مدى سقوط الشرط الجزائي بفسخ العقد في ضوء أحكام محكمة التمييز

د. صالح ناصر العتيبي
أستاذ مشارك – القانون الخاص
كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص:

يتناول البحث أثر الشرط الجزائي في حالة فسخ العقد الذي جاء الشرط الجزائي ضماناً لتنفيذه، فهل يبقى الشرط ليرتِّب أثره بعد زوال العقد بفسخه، ومن ثَمَّ يؤدي دوره بوصفه تعويضاً اتفاقياً للدائن عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أم أنه بما يمثله من بند في العقد يسقط بزوال العقد، ومن ثم لا يرتِّب أثره فلا يكون أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض القضائي وليس الاتفاقي مما يفوِّت عليه الفائدة التي كان يرجوها من وراء اشتراطه للشرط الجزائي.

ولم ينص المشرِّع على بيان حكم هذه المسألة، وبالنظر إلى أحكام محكمة التمييز تبيَّن أنها في بعض أحكامها تحكم بسقوط الشرط الجزائي عند فسخ العقد، وفي أحكام أخرى لا تحكم بسقوطه وإنما تعمل أثره بما يتضمنه من تعويض اتفاقي، على الرغم من حكمها بفسخ العقد، وقد يبدو للوهلة الأولى وجود تناقض في أحكام محكمة التمييز، ومما يزيد من هذا الاعتقاد أن المحكمة لا تؤسس قضاءها في الحالتين تأسيساً قانونياً يبرِّر ذلك التناقض، ولكن بتحليلٍ أعمق لتلك الأحكام أظهر البحث أن الأمر يتعلق بالإرادة المشتركة للمتعاقدين؛ فالشرط الجزائي ما هو إلا اتفاق بين طرفين، وباتفاقهما قد يجعلان الشرط الجزائي جزاءً لإخلال المدين بتنفيذ التزام معين، وبفسخ العقد تسقط كل الالتزامات ومعها الشرط الجزائي الذي يمثل بنداً في العقد عبارة عن تنفيذٍ بمقابل لأحد الالتزامات، ومن ثم يكون الشرط الجزائي تابعاً للالتزام الأصلي فيسقط بزواله، أما إذا كان الاتفاق على تطبيق الشرط الجزائي عند

فسخ العقد ففي هذه الحالة يكون انقضاء الالتزام وليس عدم تنفيذه هو الذي يؤدي إلى إعمال الشرط الجزائي، ومن ثم يكون للشرط الجزائي وجود مستقل عند العقد ولا يكون تابعاً له كما في الحالة الأولى.

المقدمة:

يحتل الشرط الجزائي مكانة بارزة في مجال المسؤولية المدنية، سواء كانت عقدية أم تقصيرية؛ فمعظم العقود المهمة تتضمن شرطاً جزائياً، والدائنون ينظرون إليه بوصفه سيفاً مسلطاً على المدين كي يقوم بتنفيذ التزامه؛ لذلك لم تقتصر وظيفته على أنه مجرد تعويض اتفاقي عند إخلال المدين بتنفيذ التزامه، وإنما ينظر إلى ما يتصف به من طابع تهديدي بتوقيع الجزاء على المدين الذي لا ينفذ التزامه على النحو المطلوب. ومن هنا فإن مقدار التعويض المتفق عليه غالباً ما يتجاوز حجم الضرر الذي يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه؛ مما يشكل ضمانة مهمة للدائن تشعره بالاطمئنان؛ إذ أن المدين سيجد نفسه مجبراً على تنفيذ التزامه خوفاً من تطبيق الشرط الجزائي عليه، بالإضافة إلى ما يحققه الشرط للدائن من تجاوز لسلبيات التعويض القضائي الذي يعد الأصل العام في التعويض.

وعلى الرغم من أهمية الشرط الجزائي فإن القانون المدني الكويتي لم يتناوله بتنظيم جميع أحكامه؛ فقد نظَّمه في ثلاث مواد فقط، هي المواد من (302) إلى (304)، وفيها اقتصر على تعريفه وارتباط استحقاقه بالضرر الذي نقل عبء إثبات وجوده ومداه من الدائن بحسب القواعد العامة في التعويض القضائي ليلقيه على عاتق المدين بما فيه من عبء يرهق كاهله؛ فعلى المدين إذا أراد تجنُّب تطبيق الشرط الجزائي أن يثبت عدم وقوع ضرر للدائن أو أن التعويض مبالغٌ فيه إلى درجة كبيرة، أو أنه نفَّذ الجزء الأكبر من التزامه.

ولم يتطرق القانون المدني الكويتي إلى مسألة غاية في الأهمية، هي التي اخترناها لموضوع بحثنا وهي مدى سقوط الشرط الجزائي بفسخ العقد؛ ذلك أن كثيراً ما يتسرَّع الدائن في طلب فسخ العقد كردة فعل على عدم قيام المدين بتنفيذ ما التزم به

دون أن يدرك مدى ارتباط الشرط الجزائي بالعقد الذي فسخ من حيث الوجود؛ ذلك أنه بفسخ العقد اعتبر كأنه لم يكن موجوداً. فهل يختفي معه الشرط الجزائي أم يظل له وجود مستقل عن العقد، ويبقى ليرتب أثره بعد زوال العقد بالفسخ، كما لم يشر القانون الكويتي إلى مسألة مدى جواز إعمال الشرط الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية، والمسألتان مرتبطة إحداهما بالأخرى، ذلك أنه مع فسخ العقد تختفي المسؤولية العقدية لتظهر المسؤولية التقصيرية إذا توافرت أركانها.

وعلى الرغم من أهمية موضوع البحث، ولعدم وجود إجابة له في نصوص القانون المدني الكويتي فإن ذلك جعلنا نبحث في أحكام محكمة التمييز الكويتية لنجد في بعضها أنها قضت بسقوط الشرط الجزائي عند فسخ العقد تطبيقاً لمبدأ تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي الوارد في العقد؛ فيسقط بسقوطه ويبقى ببقائه، وفي هذه الحالة يرتبط الشرط الجزائي بالمسؤولية العقدية وجوداً وعدماً. ولكن المحكمة ذاتها وفي أحكام أخرى تطبِّق الشرط الجزائي ولا تقضي بسقوطه على الرغم من حكمها بفسخ العقد وهو ما يعني التحول من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية، وهذا الأمر جعلنا نتقصى مسلك محكمة التمييز من خلال تحليل أحكامها لمعرفة الأساس القانوني الذي استندت إليه في استبقائها الشرط الجزائي ليرتب أثره، وفي سقوطه وعدم ترتيب أثره في الحالة التي تحكم فيها بفسخ العقد، وخصوصاً أن سقوط الشرط الجزائي يؤدي إلى فوات الفائدة التي كان سيجنيها الدائن من وراء شرطه، ويجعل المدين في موطن قوة لعلمه بأنه لن يخضع لقواعد التعويض الاتفاقي التي أرادها الدائن، وإنما لقواعد التعويض القضائي، فيتخلص من الأعباء التي يلقيها عليه الشرط الجزائي وقد يتقاعس عن تنفيذ التزامه، الأمر الذي كان يخشى منه الدائن، ومن أجل ذلك ضمن العقد شرطاً جزائياً.

وسنتناول موضوع البحث بتقصي اتجاه محكمة التمييز الكويتية في هذا الشأن من خلال دراسة أحكامها المنشورة وفقاً للمنهج التحليلي التأصيلي، وقبل ذلك نمهِّد في مبحث تمهيدي للتعريف بالشرط الجزائي وبيان أهميته العملية. وهو ما اقتضى أن نقسم خطة البحث على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: التعريف بالشرط الجزائي وأهميته.

المبحث الأول: سقوط الشرط الجزائي بفسخ العقد.

المطلب الأول: عرض لبعض أحكام محكمة التمييز في هذا الشأن.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لاتجاه محكمة التمييز بالحكم بسقوط الشرط الجزائي عند فسخ العقد.

المبحث الثاني: عدم سقوط الشرط الجزائي بفسخ العقد.

المطلب الأول: عرض لبعض أحكام محكمة التمييز في هذا الشأن.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لاتجاه محكمة التمييز في الحكم بعدم سقوط الشرط الجزائي عند فسخ العقد.

الخاتمة

مبحث تمهيدي
التعريف بالشرط الجزائي وأهميته

إن الوقوف على علاقة الشرط الجزائي بفسخ العقد يقتضي منا التعريف به وبيان أهميته العملية، وهو ما سنتناوله في مطلبين وفقاً لما يلي:

المطلب الأول
التعريف بالشرط الجزائي

حظي العقد بأهمية كبيرة مع تزايد حاجة الناس بعضهم لبعض في تلبية احتياجاتهم؛ فهو الوسيلة القانونية التي يستطيع بها كل شخص أن يحصل على ما يرغب فيه من سلع أو خدمات أو أموال نقدية. وكل متعاقد وقت إبرامه العقد يأمل من المتعاقد الآخر أن يقوم بتنفيذ التزامه ليحصل هو على حاجته، وهذه هي الغاية من إبرامه للعقد؛ فالعقد لا يقصد لذاته، وإنما هو وسيلة لإشباع حاجة معينة. ويسيطر هذا الأمر على ذهن المتعاقد في مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرامه للعقد ولكن ليس كل عقد يتم تنفيذه، وحتى يضمن المتعاقد أن المتعاقد الآخر سينفذ التزاماته العقدية على النحو المطلوب فأنه يضع في اعتباره في مرحلة انعقاد العقد احتمال أن المتعاقد الآخر قد لا ينفِّذ التزامه، سواء كان عدم تنفيذ كلي، أو جزئي، أو تأخير في التنفيذ، أو تنفيذ معيب، ولما كان في لجوء الدائن للقضاء لإجبار المدين على تنفيذ التزامه، أو طلب التعويض عن إخلاله في تنفيذ العقد طريقاً طويلاً وتكتنفه الصعوبات وغير مضمون النتائج، فإن الدائن يلجأ إلى ما يعرف بالشرط الجزائي الذي يُعد سيفاً مسلطاً على المدين لتنفيذ التزامه، ويحد من سلطة القاضي التقديرية في التحقق من الضرر ومداه.

والشرط الجزائي هو اتفاق بين الدائن والمدين ، بموجبه يلتزم المدين بأن يقوم بأداء معين أو بتحمله عبئاً معيناً لصالح الدائن في حالة إخلاله بتنفيذ التزام أصلي مقرر في ذمته لهذا الدائن جزاء له على هذا الإخلال، ويعد تعويضاً للدائن عما يلحق به من

أضرار بسبب إخلال المدين بتنفيذ التزامه وغالباً ما يكون محل الشرط الجزائي دفع مبلغ معين من النقود، وقد يكون شيئاً آخر، أو عملاً، أو امتناعاً عن عمل، أو تقصيراً لميعاد في استعمال الحق، أو تشديداً في شروط استعماله، أو تغييراً. لمكان تنفيذ الالتزام الذى أخل بتنفيذه أو غير ذلك من أعباء يتحملها المدين المخل [1] .

إذاً، فالشرط الجزائي هو اتفاق بين طرفين، أحدهما دائن والآخر مدين على تحديد مقدار التعويض الواجب أداؤه مقدماً قبل استحقاقه عند أدراج هذا الاتفاق في العقد ذاته، أو في اتفاق لاحق، وهو بذلك يختلف عن الصلح أو تجديد الالتزام؛ إذ ينعقد كلاهما بعد أن يصبح التعويض مستحقاً، إما لحسم نزاع بشأن تقدير هذا التعويض، وإما للاستعاضة عنه بدين جديد. أما الشرط الجزائي فهو اتفاق يسبق استحقاق التعويض؛ أي أنه يتقرر قبل وقوع الإخلال بالالتزام.

وإذا كنا بصدد تحديد تعريف للشرط الجزائي يحدد نطاق تطبيقه، فذلك يكون من خلال الرجوع إلى القانون المدني الكويتي الذي نظَّم الشرط الجزائي دون أن يسميه بهذا المسمى، وذلك في المواد من (302) إلى (304)، التي تمثل الأحكام العامة للشرط الجزائي [2]، واقع الأمر أن المادة (302) هي فقط التي بينت ماهية الشرط الجزائي، وقد صيغت في إطار قاعدة قانونية مكملة، أما المادتان (303)، (304) فتضمنتا أحكامه، وقد جاءتا في إطار قواعد قانونية آمرة، وهو أمر يفيد أنه ما دام التعويض القضائي قد استبدل به الشرط الجزائي الذي يعد تعويضاً اتفاقياً، فلا أقل من أن يتم ضبطه بقواعد قانونية آمرة حتى لا يفرغ التعويض من فاعليته ويفقد جدواه باعتباره تنفيذاً بمقابل للالتزام عند تقاعس المدين عن تنفيذ التزامه الأصلي،

(1) انظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، منشورات مكتبة صادر، الطبعة الثانية، القاهرة 1992، ص 177؛ إبراهيم أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت سنة 1995، ص 403.

(2) أفصحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي صراحة عن مسماه بقولها: «وتضع المادة (302) مبدأ جواز الاتفاق مقدماً على تقدير التعويض الذي يستحق عند إخلال المدين بالتزامه، وهو المعروف بالشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي". راجع ذلك في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، الطبعة الثالثة، الناشر: الفتوى والتشريع، سنة 1999، ص 274

أو تنفيذه تنفيذاً معيباً،[1] ويتبين من المادة (302) من القانون المدني الكويتي [2] أنها تعد الشرط الجزائي من طبيعة عقدية؛ فهو يستلزم اتفاقاً؛ أي عقد يكون هو شرطاً فيه، أي بنداً من بنوده، ومن ثم تسري عليه أحكام العقد من حيث أركانه وشروطه وبوجه خاص خضوعه لمبدأ سلطان الإرادة، ويرد عليه البطلان والقابلية للبطلان، ويجوز إلغاءه والتخلي عنه باتفاق الطرفين على ذلك صراحة أو ضمناً، كما يخضع لآثار العقد من حيث اعتبار العقد شريعة المتعاقدين بما يعرف بالقوة الملزمة للعقد. كما يجوز ألا يتضمن الاتفاق سوى الشرط الجزائي وذلك في الحالة التي يحدد فيها الاتفاق مقدار التعويض عن خطأ تقصيري على ما سنرى[3] .

كما أجازت المادة (302) المذكورة أن يكون الشرط الجزائي في اتفاق لاحق للعقد وليس معاصراً له. ونرى أن هذا الاتفاق هو بذاته يُعَدُّ عقداً، وهو ما يعني أن الشرط الجزائي يجد مصدره في جميع الأحوال في عقد بصرف النظر عن مصدر الالتزام الأصلي الذي جاء هو لضمان تنفيذه. ومما يؤيد الطبيعة العقدية للشرط الجزائي أنه يفترض لقيامه وجود التزام أصلي فيأتي الشرط الجزائي في صورة اتفاق بين الدائن والمدين لضمان تنفيذ هذا الالتزام الأصلي، وكل اتفاق يعد عقداً ما دامت أركان العقد وشروطه قد توافرت فيه، [4] وقد أكدت الطبيعة العقدية للشرط الجزائي المادة (302) المذكورة التي استخدمت عبارة «يجوز للمتعاقدين»، وما ورد في القانون المدني الكويتي في المادة (302) يماثل ما ورد في القانون المدني المصري في المادة (223) الذي استخدم أيضاً عبارة «يجوز للمتعاقدين» بما يفيد أن الشرط الجزائي من طبيعة عقدية؛ أي أن مصدره عقد. ولا يعني ذلك أن الالتزام الأصلي الذي جاء الشرط الجزائي لضمان تنفيذه هو الآخر يجب أن يكون مصدره عقداً، فقد يكون مصدره

(1) لما كان الشرط الجزائي جاء خلاف الأصل العام، وهو أن تقدير التعويض يكون قضائياً، فإنه في حالة الشك يفسر على عدم وجود الشرط الجزائي؛ أي أن يكون التعويض قضائياً انسجاماً مع الأصل العام في تقدير التعويض

(2) تنص المادة (302) من القانون المدني الكويتي على ما يلي: «إذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدماً التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق «بينما تنص المادة (223) من القانون المدني المصري على ما يلي: «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق..".

(3) انظر: لاحقاً المطلب الثاني من المبحث الثاني.

(4) انظر: عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام والإثبات، الطبعة الثالثة 2009، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، ص 22.

عقداً أو أي مصدر آخر من مصادر الالتزام، وهذا ما أكدته الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي حينما ذكرت: «ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أداؤه، فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى».

ولهذا لا نتفق مع الرأي[1] الذي ذهب إلى قصر مجال الشرط الجزائي على الحالات التي يكون فيها العقد مصدراً للالتزام الأصلي، استناداً إلى أن المشرِّع قد نظم أحكام المسؤولية التقصيرية بقواعد تتعلق بالنظام العام، ومن ثم فهو لن يسمح لأي اتفاق أن يعفي أو يحد من أحكامها، ومن ثم يترك تقدير التعويض المترتِّب عليه للقاضي، كما أن الاتفاق مسبقاً على التعويض عن طريق الشرط الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية أمر يصعب التحقق منه في الواقع العملي[2]، وقد انتقد هذا الرأي من جانب بعض الفقه[3]، بالقول إن عدم جواز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو تقييدها لا يؤدي – بالضرورة – إلى مخالفة أحكام المسؤولية التقصيرية التي تتعلق بالنظام العام، فالشرط الجزائي ليس إلا تقديراً مسبقاً للتعويض؛ لذلك لا يحظر، في مجال المسؤولية التقصيرية، إلا إذا كان هدفه هو تقييدها لتصبح أقل من قيمة الضرر الذي وقع، أما إذا كان التقدير المحدَّد في الشرط الجزائي مساوياً لقيمة الضرر فليس هناك ما يمنع من اللجوء إليه، كما لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على شرط جزائي يتضمن تحديداً للتعويض عن فعل غير مشروع يزيد على قدر الضرر الذي يترتب عليه، ومن الأمثلة على الشرط الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية الاتفاق الذي يبرمه صاحب

(1) من هذا الاتجاه: كاربونييه، القانون المدني الفرنسي، ج1، الطبعة السادسة، رقم 78 مشار إليه في مؤلف: إبراهيم أبو الليل: المرجع السابق، ص 493.

(2) انظر: حسني محمد جاد الرب: التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة 2007، ص 205.

(3) انظر: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، طبعة 2004، ص 195، محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة 1990، ص226؛ إبراهيم أبو الليل: المرجع السابق، ص 493؛ محمد شتا أبو سعد: التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، طبعة 2001، ص 102.

أحد المصانع مع جيران المصنع على قدر التعويض الذي يلتزم به في حالة إصابتهم بأضرار نتيجة تشغيل مصنعه، ولكن التطبيق الأكثر شيوعاً للشرط الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية هو عندما يحدد المتعاقدان مبلغ التعويض المستحق لأحدهما في حالة فسخ العقد، إي إن المسؤولية المترتبة بعد فسخ العقد هي مسؤولية تقصيرية، نظراً لزوال العقد بالفسخ، وهو ما أخترناه لموضوع بحثنا.

المطلب الثاني
أهمية الشرط الجزائي

ترجع أهمية الشرط الجزائي إلى المزايا التي يحققها للدائن في مواجهة احتمال إخلال المدين بتنفيذ التزامه الأصلي لما يقوم به من وظيفتين : تعويضية وجزائية.

الفرع الأول
الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي

يشكل الالتزام الجانب السلبي للحقوق الشخصية منظوراً إليها من جانب المدين؛ فهو عبء يثقل كاهله، ويجب أن ينفذه المدين لصالح الدائن بما يعرف بالتنفيذ العيني للالتزام، وهذا هو الأصل، فما وجد الالتزام إلا لينفذه المدين تنفيذاً عينياً؛ أي أداء عين ما التزم به، أما إذا لم ينفِّذ المدين ما التزم به أو نفذه تنفيذاً معيباً عُدَّ مخلاً بالتزامه، فيظهر التنفيذ بمقابل أو ما يسمى بالتعويض الذي هو جزاء للمسؤولية، سواء كانت عقدية أم تقصيرية.

والأصل أن يقوم القاضي بتقدير التعويض بما يعرف بالتعويض القضائي الذي يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب. ويسمح القانون للدائن والمدين أن يتفقا مقدماً على مقدار التعويض، سواء ذكر في العقد ذاته أو في اتفاق لاحق ولكن قبل أن يقع الضرر بالفعل؛ أي قبل أن يخل المدين بالتزامه الموجب للتعويض.

وبناء على ذلك فجوهر الشرط الجزائي أنه تقدير اتفاقي للتعويض، يتمثل في المبلغ أو الأداء الذي يتم تحديده مسبقاً من قبل الدائن والمدين في الالتزام الأصلي وفيه يقدران مقدماً الأضرار المتوقع حدوثها من جراء إخلال المدين بتنفيذ التزامه الأصلي ومقدار التعويض عن ذلك، وهو ما أكدته محكمة التمييز بقولها: «إن الجزاء المالي الذي يفرضه العاقدان في روابط القانون الخاص لضمان تنفيذ اتفاقهما إنما يستهدف جبر الضرر الذي يصيب المتعاقد الذي جرى الإخلال بتنفيذ الالتزام في حقه»[1]. وتظهر الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي، بصفة خاصة، في الحالات التي يتم فيها تقديره بمبلغ مساو لقدر الأضرار المتوقع حدوثها نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته الأصلية، فيلتزم الطرفان بهذا التقدير، ولا يستطيع القاضي المساس به[2].

ومع هذه الصفة التعويضية للشرط الجزائي يظهر دوره الرئيسي، وهو أنه يقلل – إلى حد كبير – المنازعات التي يمكن أن تثور بشأن ركن الضرر في المسؤولية من حيث وقوعه من عدمه، ومن حيث اعتباره ضرراً مباشراً أو غير مباشر، متوقعاً أو غير متوقع، ومن حيث تقدير ما يجبره؛ لأنه يتضمن أولاً تسليماً من المدين بأن إخلاله بالتزامه يترتب عليه ضرر للدائن؛ مما يستوجب التعويض، وثانياً، تقديرياً لمبلغ التعويض؛ فيخفف الأمر الأول عبء الإثبات على الدائن، ويسهل الأمر الثاني مهمة القاضي في تقدير التعويض، فالدائن أقدر من غيره في معرفة حجم الضرر الذي لحق به من جراء عدم تنفيذ الالتزام، وبمقدار التعويض الذي يناسب هذه الأضرار، وموافقة المدين على ذلك هو دليل على جدية هذا التعويض وجبره للأضرار التي تصيب الدائن[3].

ومما يدل على الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي أنه لا يستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر من جراء إخلاله بتنفيذ التزامه الأصلي، كما للمحكمة أن تخفِّض مقدار التعويض عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض الوارد بالشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه، وهذا الحكم أوردته المادة (303) من القانون المدني وجعلته متعلقاً بالنظام العام،

(1) طعن بالتمييز رقم 1067 لسنة 2004 تجاري، جلسة 26/10/2005، منشور في أنظمة صلاح الجاسم.

(2) انظر: إبراهيم أبو الليل، المرجع السابق، ص 420؛ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 87.

(3) انظر: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 177.

فنصت على أن كل اتفاق خلاف ذلك يقع باطلاً. وبذلك قلبت المادة (303) المذكورة عبء الإثبات في حالة وجود الشرط الجزائي؛ فلم يعد الدائن هو المكلف بإثبات الضرر الذي لحق به بحسب ما تقضي به القواعد العامة في التعويض القضائي، وإنما المدين هو الذي يثبت عدم وقوع ضرر للدائن حتى لا يُطبَّق عليه الشرط الجزائي. وكذلك الأمر بالنسبة إلى تخفيض قيمة الشرط الجزائي، وفي ذلك قضت محكمة التمييز أنه: «يجوز للمتعاقدين الاتفاق مقدماً على تحديد مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين نهائياً عند إخلاله بالتزاماته لجبر ما يلحق بالدائن من ضرر أياً كانت صورته، بيد أنه إذا نجح المدين في إثبات عدم وقوع الضرر امتنع الحكم بالشرط الجزائي، أما إذا أثبت أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بحيث يصبح شرطاً تهديدياً فحسب، أو أنه إذا نفذ التزامه الأصلي في جزء منه جاز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي الذي لا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض بل لابد لاستحقاق الجزاء المشروط من توافر الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وغاية ما في الأمر أن النص على هذا الشرط يقوم على قرينة قانونية غير قاطعة على وقوع الضرر. فلا يكلف الدائن بإثباته بل يقع على المدين إثبات عدم وقوعه»[1].

وقد كان لهذه الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي وما تحققه من مزايا للدائن من إعفائه من إثبات وقوع الضرر ما جعل الشرط الجزائي موجوداً في غالبية عقود المقاولات والبيع بالأقساط وغير ذلك من العقود المهمة.

الفرع الثاني

الوظيفة الجزائية للشرط الجزائي

إذا كانت الوظيفة الأساسية للشرط الجزائي أنه يُعد تعويضاً، فإن له وظيفة أخرى عارضة، وإن لم تكن أساسية فإنها موجودة وتبرز أهمية اللجوء للشرط الجزائي، وهي تتمثل في الوظيفة الجزائية، وتظهر في مسماه بالشرط الجزائي. وهذه الوظيفة تعني ذلك الجزاء الذي يتهدد المدين المخل بالتزامه؛ الأمر الذي يدفعه إلى احترام وتنفيذ

(1) الطعنان بالتمييز رقما 938، 972 لسنة 2011 مدني، جلسة 7/3/2012، منشور في أنظمة صلاح الجاسم.

ما التزم به، فيضفي الشرط الجزائي بذلك قدراً من التأمين والضمان للدائن بأن المدين سينفذ التزامه [1].

وتتحقق الوظيفة الجزائية للشرط الجزائي في كل حالة تكون فيها قيمة الشرط الجزائي أكبر من الضرر المتوقع حصوله نتيجة الإخلال بتنفيذ الالتزام الأصلي، بشرط ألا تكون هذه الزيادة مبالغاً فيها بدرجة كبيرة، فإن كانت الزيادة في الشرط الجزائي معقولة؛ أي غير مبالغ فيها، فإن الشرط يُطبَّق في حالة إخلال المدين بالتزامه ويحصل الدائن على تعويض أعلى من قيمة الضرر. فالقاضي لا يخفضه إلا إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة وفقاً للمادة (303) مدني.

ويكون الفرق بين الضرر الحقيقي ومقدار الشرط الجزائي جزاء أو عقوبة يتحملها المدين، فيصبح للشرط وظيفة الجزاء، ويمثل قوة ردع وضابطاً للمدين كي ينفذ التزامه [2].

ومع ذلك فإن أهمية الوظيفة الجزائية للشرط الجزائي تختفي في الحالة التي تكون فيها قيمة الشرط مساوية لقدر الضرر أو أقل منه. والأمر نفسه إذا لم يلحق الدائن ضرر من عدم تنفيذ الالتزام الأصلي؛ حيث لن يعمل بالشرط الجزائي، ومنه ثم لا يكون هناك محل للحديث عن دوره الجزائي.

أما إذا كانت قيمة الشرط الجزائي مبالغاً فيها لدرجة كبيرة بالنسبة للضرر الذي أصاب الدائن فإن القاضي يتدخل بناء على طلب المدين، ويعدِّل في مقدار الشرط الجزائي بما يتلاءم مع قدر الضرر الذي وقع فعلاً، ولكن إذا ترتَّب على تدخل القاضي وتعديله للشرط الجزائي أن استمر هذا الشرط إلى ما هو أعلى من الضرر الذي حصل بالفعل فتستمر الوظيفة الجزائية للشرط على الرغم من تدخل القاضي، فدور القاضي يقتصر على إزالة المبالغة الكبيرة في قيمة التعويض ولا يساويه بالضرر، ومع ذلك فلا تخلو هذه الحالة من أهمية نظراً لما يتركه الشرط الجزائي من أثر نفسي في ذهن المدين من إمكان توقيع الشرط الجزائي المغالى فيه كما هو دون تعديل في حالة إخلاله بالتزامه

(1) انظر: محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 91.

(2) انظر: إبراهيم أبو الليل، المرجع السابق، ص 445.

الأصلي فيدفعه ذلك إلى تنفيذه عندها تتحقق الوظيفة الجزائية للشرط الجزائي [1].

فالوظيفة الجزائية هي – إذن – وظيفة استثنائية ، غير مقصودة لذاتها، قد تتحقق عرضاً وبقدر محدود كما بينا أعلاه.

ولكن لا يجوز أن تقتصر وظيفة الشرط الجزائي على الضابط التهديدي فيجب ألا تختفي وظيفته الأساسية وهي أنه تعويض اتفاقي عن الإخلال بالالتزام، فالشرط الجزائي هو في جوهره ليس إلا تعويضاً [2]، وهذا ما أفصحت عنه محكمة التمييز حيث قضت في حكم لها بأنه: «بيد أنه إذا نجح المدين في إثبات عدم وقوع الضرر امتنع الحكم بالشرط الجزائي، أما إذا أثبت أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بحيث يصبح شرطاً تهديدياً فحسب، أو أنه نفذ التزامه الأصلي في جزء منه جاز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي» [3].

(1) قضت محكمة التمييز بأن غرامة التأخير تعتبر شرطاً جزائياً حيث جاء في أحد أحكامها: "من المقرر، في قضاء هذه المحكمة، أن غرامات التأخير في مجال عقود المقاولات تعتبر من قبيل الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي". الطعن رقم 174 لسنة 2003 تجاري، جلسة 24/3/2004، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، تصدر عن المكتب الفني بمحكمة التمييز، القسم الخامس، المجلد الرابع، يناير 2009، ص 415 قاعدة رقم 24.

(2) انظر: إسماعيل غانم، أحكام الالتزام، ص 119.

(3) الطعنان بالتمييز رقما 938، 972 لسنة 2011 مدني 3، جلسة 7/3/2012، منشور في أنظمة صلاح الجاسم.

المبحث الأول
سقوط الشرط الجزائي بفسخ العقد

يقتضي هذا المبحث إيراد بعض أحكام محكمة التمييز لاتجاهها في الحكم بسقوط الشرط الجزائي عند فسخ العقد في المطلب الأول، ثم تحليل هذه الأحكام لمعرفة الأساس القانوني الذي استندت إليه محكمة التمييز في أحكامها المذكورة وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول
عرض لبعض أحكام محكمة التمييز في هذا الشأن

أولاً– الطعن بالتمييز رقم (272) تجاري لسنة 2004 بتاريخ 1/2/2006، ويتعلق بعقد إيجار[1] : جاء في الحكم ما يلي: «بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة حيث إن الوقائع، على ما يبيِّن من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق، تتحصل في أن الشركة الطاعنة أقامت على الشركة المطعون ضدها الدعوى التي قيدت أخيراً برقم 1177 لسنة 2003 تجاري كلي، بطلب الحكم بفسخ عقد الإيجار المؤرخ 17/8/1998، وإخلاء المحلات المؤجرة، وإلزام المطعون ضدها أن تدفع لها القيمة الإيجارية عن باقي مدة العقد من 1/3/2001 حتى 30/11/2003 – مبلغ 71940 ديناراً والفوائد القانونية، وقالت بياناً لدعواها: إنه بموجب عقد الإيجار سالف البيان استأجرت منها المطعون ضدها المحلات المبينة به وبالصحيفة لمدة خمس سنوات من 1/12/1998 حتى 30/11/2003، بأجرة شهرية مقدارها 2180 ديناراً، إلا أنها قامت بإغلاق تلك المحلات بإرادتها المنفردة رغم إنذارها في 15/1/2001 بإبقائها مفتوحة، ولم تسدد القيمة الإيجارية منذ نهاية فبراير سنة

(1) حكم منشور في مجلة القضاء والقانون الصادرة عن المكتب الفني بمحكمة التمييز، سنة 34 جزاء 1، عدد يونيو 2008، ص 106.

2001 ومن ثم أقامت الدعوى، حكمت المحكمة بفسخ عقد الإيجار سند التداعي المؤرخ 1998/8/17 وإلزام المطعون ضدها بأن تؤدي للطاعنة مبلغ 6540 ديناراً مقابل الأجرة المتأخرة عن الفترة من 2001/3/1 حتى 2001/6/4. استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم 1676 لسنة 2003 تجاري، وبتاريخ 2004/2/8 قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق التمييز ..... وحيث إن الطاعنة تنعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وفي بيان ذلك تقول إنه وقد انتهى إلى فسخ العقد لتوافر شروطه بتقصير المطعون ضدها في تنفيذ التزاماتها العقدية، فإن لازم ذلك أن يقضى بإلزامها بالتعويض الاتفاقي الذي لا يسقط بفسخ العقد خلافاً لما انتهى إليه الحكم ، أو بالأقل يلزمها بالتعويض القانوني المتمثل في أداء الأجرة حتى نهاية مدة العقد – وهذا مما يعيب الحكم ويستوجب تمييزه، وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي؛ إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام، فإذا سقط الالتزام الأصلي سقط معه الشرط الجزائي، فلا يُعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه، وإن استُحق تعويض على ذلك تولى القاضي تقديره وفقاً للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر – في هذا الخصوص – فإن النعي يكون على غير أساس» .

ثانياً – الطعن بالتمييز رقم 2003/728 تجاري، جلسة 2004/12/11، ويتعلق بعقد بيع بالتقسيط[1]: يخلص الحكم في أن شركة لبيع السيارات باعت سيارة لأحد الأشخاص بالتقسيط، وقد سدَّد بعض الأقساط، ثم توقَّف عن سداد باقي الأقساط ، فطلبت الشركة من المحكمة الحكم بفسخ العقد وسداد باقي أقساط السيارة عن مدة العقد بالكامل تطبيقاً للشرط الجزائي بينها وبين المشترى، الذي يقضي بأنه في حالة عدم سداد المشتري أي قسط تستحق الأقساط عن باقي مدة العقد، وقد رفضت المحكمة ذلك وردت عليها بالآتي: «إن الشرط الجزائي التزام

(1) حكم منشور في مجلة القضاء والقانون الصادرة عن المكتب الفني بمحكمة التمييز، السنة 32، الجزء 3، عدد مايو 2007، ص 150.

تابع للالتزام الأصلي فيسقط بسقوطه ..... وإنه متى سقط الشرط الجزائي الوارد بالعقد بفسخه أصبح التعويض الذي يلزم به المتعاقد المقصِّر بالتزاماته متروكاً تقديره للمحكمة ويكون للقاضي الهيمنة على الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية، وفي هذه الحالة يقدر القاضي ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب. لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن المستأنف ضدها الأولى قد تقاعست عن تنفيذ التزاماتها بالوفاء بأقساط السيارة المبيعة إليها حسب تكييف المحكمة للعقد موضوع التداعي من أنه عقد بيع بالتقسيط وليس عقد إيجار وذلك اعتباراً من القسط المستحق في 20/11/2011، ولم تنازع في ذلك وكان كل ما سددته هو مبلغ 803 دنانير كدفعة أولى، إضافة لسدادها عدد ثلاثة أقساط بقيمة 95 ديناراً لكل قسط، ويكون مجموع ما سددته هو 1088 ديناراً، وتخلفت عن سداد الباقي وقدره 6820 ديناراً، وهو ما تطالب به الشركة المستأنفة، ويبين من ذلك أن الجزء المسدد من قيمة السيارة لا يناسب مع ما بقي من المبلغ المتفق عليه، ومن ثم يكون طلب الشركة المستأنفة في هذا العقد في محله وتجيبها إليه من تاريخ توقف المستأنف عليها الأولى عن السداد في 20/11/2001، دون أن يمتد أثر الفسخ إلى المدة السابقة على الفسخ باعتبار أن المبالغ التي سددت قبل هذا التاريخ تعتبر مقابل انتفاع المستأنف عليها بالسيارة، ويترتَّب على الفسخ إلزام المستأنف عليها تسليم السيارة إلى الشركة المستأنفة، كما يلزم الطرف الذي تسبب في الفسخ بأن يؤدي للطرف الآخر تعويضاً يقدره القاضي، ويشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وفي مجال تقدير المحكمة للتعويض المستحق للشركة المستأنفة فإنها تستأنس في ذلك بما ورد بالعقد من تقدير الطرفين لمقابل استغلال السيارة بمبلغ 95 ديناراً شهرياً وتقدير قيمة هذا التعويض كتعويض جابر للضرر الذي لحق بالشركة المستأنفة لا باعتباره قسطاً إيجارياً، ولكنه مقابل استغلال المستأنف عليها الأولى للسيارة، وإذا خالف الحكم المستأنف هذا النظر تعين إلغاؤه والقضاء مجدداً بإلزام المستأنف عليهما وعلى سبيل التضامن بأن يؤديا للشركة المستأنفة مبلغ 95 ديناراً شهرياً اعتباراً من تاريخ التوقف عن الوفاء في سداد أقساط السيارة في 20/11/2011 وحتى تمام تسليمها إلى المستأنفة بحالة سليمة».

ثالثاً – الطعن بالتمييز رقم 519 لسنة 2009 تجاري 3 ، ويتعلق بعقد مقاولة[1] : تخلص القضية في اتفاق شركة استثمارية مع شركة مقاولات على أن تبني لها عدد 25 منزلاً على الهيكل الأسود، بمبلغ إجمالي 3375000 دينار، وقد تضمن البند الرابع من العقد المبرم بينهما التزام الشركة الاستثمارية بإجراءات استلام الحدود من البلدية وتسليمها لشركة المقاولات خلال ثلاثة أسابيع، إلا أنها تقاعست عن تنفيذ التزامها، ولما ترتَّب على ذلك ضرر لشركة المقاولات فقد أقامت الدعوى وطلبت فيها أن ترد لها الشركة الاستثمارية قيمة الشيكين اللذين قدما لها كضمان لتنفيذ العقد، وأن تعوضها بقيمة الشرط الجزائي الذي يمثل نسبة 3% من قيمة العقد، وقد حكمت المحكمة بفسخ العقد وتعويضها وفقاً لأحكام التعويض القضائي وليس طبقاً لأحكام الشرط الجزائي، وقد جاء في حكم محكمة التمييز ما يلي: «.... وإنه متى سقط الشرط الجزائي الوارد بالعقد بفسخه أصبح التعويض الذي يلزم به المتعاقد المقصر بالتزاماته متروكاً للمحكمة، ويكون للقاضي الهيمنة على الشروط الجزائية في نطاق المسؤولية التقصيرية، وفي هذه الحالة يقدر القاضي ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب ..... ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائي والمكمل له، قد انتهى إلى أن تكييف طلب الطاعنة برد قيمة الشيكين والبالغ مقدارهما 15000 د.ك والتي قامت الطاعنة بدفعها للشركة المطعون ضدها عند التوقيع على العقد موضوع النزاع وفقاً للبند 20 منه – ما هو إلا طلب فسخ العقد موضوع النزاع وإعادة الحال على ما كان عليه المتعاقدان، الطاعنة والمطعون ضدها، قبل إبرام العقد المذكور، وخلص من ذلك إلى إلزام المطعون ضدها برد قيمة الشيكين سالفي الذكر، وأضاف الحكم أن نطاق البند السابع من العقد المذكور لا يعدو أن يكون شرطاً جزائياً عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، وأنه لا يجوز العمل به لسقوطه بفسخ العقد موضوع النزاع، ثم قدر الحكم التعويض الجابر للضرر الذي لحق بالطاعنة من جراء إخلال الشركة المطعون ضدها بالتزاماتها، وذلك وفقاً لما لحقها من خسارة وما فاتها من كسب بالمبلغ المقضي به، وكان هذا الذي خلص إليه الحكم سائغاً ولا يخالف الثابت بالأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، ويتفق مع صحيح القانون، ولا ينال

(1) حكم منشور في أنظمة صلاح الجاسم.

من ذلك ما تنعاه الطاعنة من أن المحكمة لم تقض بفسخ العقد موضوع النزاع؛ ذلك أن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد انتهى في أسبابه إلى إعادة المتعاقدين، الطاعنة والمطعون ضدها، إلى الحالة التي كانتا عليها قبل التعاقد إعمالاً للبند 20 من العقد موضوع النزاع، وهو ما يعنى قضاء ضمنياً بفسخ هذا العقد؛ مما يكون معه النعي على غير أساس، ولما تقدم يتعين رفض الطعن».

المطلب الثاني
الأساس القانوني لاتجاه محكمة التمييز
بالحكم بسقوط الشرط الجزائي عند فسخ العقد

إن ما يجمع الأحكام الثلاثة المذكورة أنها تتعلق بعقود قضت محكمة التمييز بفسخها لإخلال أحد طرفي العقد بتنفيذ التزام معين يعد فيه مديناً؛ مما حدا الطرف الآخر – وهو الدائن في ذلك الالتزام – الطلب من المحكمة فسخ العقد وطلب التعويض وفقاً للشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد، ويسمى الالتزام الذي جرى الإخلال به من جانب المدين الالتزام الأصلي، وقد وجد الشرط الجزائي لضمان تنفيذه، وهو في القضية الأولى عدم قيام المستأجر بسداد أجرة المحلات في مواعيدها، وفي القضية الثانية عدم قيام المشتري بدفع أقساط السيارة المبيعة، وفي القضية الثالثة عدم قيام رب العمل في عقد المقاولة بإجراءات استلام حدود الأرض من البلدية وتسليمها للمقاول خلال المدة المتفق عليها. أما الشرط الجزائي الذي جاء لضمان قيام المدين بتنفيذ التزامه الأصلي، فهو في القضية الأولى التزام المستأجر دفع القيمة الإيجارية عن باقي مدة العقد، وفي القضية الثانية التزام المشتري دفع جميع الأقساط المتبقية، أما في القضية الثالثة فكان أن يدفع رب العمل نسبة 3% من القيمة الإجمالية للعقد. وفي القضايا الثلاث المذكورة حكمت المحكمة بفسخ العقد لكنها لم تجب الدائن إلى طلبه بإعمال الشرط الجزائي الذي هو تعويض اتفاقي بل حكمت بالتعويض وفقاً للأصل العام؛ أي التعويض القضائي؛ حيث حكمت المحكمة بتعويض الدائن المضرور عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه بمقدار ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وهذا التعويض

في القضايا الثلاث يقل عما طالب به الدائن بموجب الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، وهو ما جعل كلاً منهم يطعن في الحكم بالتمييز؛ مما يدل على أن الشرط الجزائي في القضايا الثلاث المذكورة كان له طابع جزائي أكثر من كونه تعويضاً، وقد أفصحت المحكمة عن سبب حكمها بالتعويض القضائي دون إعمال الشرط الجزائي بما يتضمنه من تعويض اتفاقي؛ فذكرت في القضية الثالثة ما يأتي: «إن مؤدى نص المادة (211) من القانون المدني أنه إذا فُسخ العقد سقط أثره بين المتعاقدين واعتبر كأن لم يكن، وأعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه، وأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي يسقط بسقوطه؛ إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي ولا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه، فإذا استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقاً للقواعد العامة»[1].

ويتضح لنا من الأحكام المذكورة أن محكمة التمييز تأخذ بمبدأ تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي الذي تجد أساسه في قاعدة «الفرع يتبع الأصل»، على الرغم من عدم النص عليها في القانون المدني[2]. ويعني مبدأ التبعية أن الشرط الجزائي التزام ثانوي أو تبعي أو فرعي؛ مما يستلزم بالضرورة وجود التزام أصلي يستند إليه ويستهدف الشرط الجزائي ضمان قيام المدين بتنفيذ التزامه الأصلي، فإذا لم ينفذه على الإطلاق – كما هو الحال في القضية الثالثة، حيث لم يقم رب العمل باستلام حدود الأرض من البلدية حتى يقوم المقاول بالبناء – فقوانين البلدية تمنع قيام المقاول بالبناء قبل قيام المالك باستلام حدود الأرض منها، وهو التزام على عاتق رب العمل ولم ينفذه على الإطلاق. وهذا الالتزام الأصلي مقرر بموجب عقد المقاولة وكذلك الأمر بالنسبة إلي الشرط الجزائي، وكلاهما من شروط العقد؛ أي بنوده التي يتكون من مجموعها العقد.

(1) انظر: سابقاً الطعن بالتمييز رقم 519 لسنة 2009 تجاري.

(2) وهو الاتجاه نفسه الذي أخذت محكمة النقض المصرية في أحكامها، انظر الطعن بالنقض رقم 381 بجلسة 1968/2/27، منشور في : محمد كمال عبد العزيز: التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، الجزء الأول، في الالتزامات، الطبعة الثانية، 1980، ص 830.

أما في القضيتين الأولى والثانية فإخلال المدين بالتزامه يتمثل في أنه نفذ التزامه تنفيذاً جزئياً، ففي القضية الأولي دفعت الأجرة عن مدة معينة من مدة العقد ولم تدفع عن باقي مدة العقد، وكذلك الأمر في القضية الثانية؛ حيث سدد المدين بعض أقساط السيارة وامتنع عن سداد باقي الأقساط. ويجد الشرط الجزائي تبعيته للالتزام الأصلي في أنه يمثل جزاء اتفاقياً يتحمله المدين؛ إذ لم ينفذ التزامه الأصلي الذي جاء الشرط الجزائي لضمان تنفيذه، لذلك فمن أهم خصائص الشرط الجزائي أن الالتزام الأصلي هو سبب للالتزام الفرعي الذي هو الشرط الجزائي، أما الالتزام الفرعي فليس سبباً للالتزام الأصلي؛ إذ إن الالتزام الأصلي هو أساس الالتزام الفرعي وسنده وليس العكس. وبناءً عليه، إذا فقد الالتزام الفرعي؛ أي الشرط الجزائي سنده فإنه ينهار، أما الالتزام الأصلي فإنه إن انفصل عنه الالتزام الفرعي بقي، إذ إن الفرع يتبع الأصل والعكس غير صحيح. والالتزامان الأصلي والفرعي يجتمعان داخل إطار واحد هو العقد، فالشرط الجزائي يعتبر جزءاً من العقد ولا يمكن أن يبقى بعد اختفاء العقد. فالشرط الجزائي وجد كعنصر في العقد ومن الطبيعي أن يختفي مع اختفاء العقد[1].

ولذلك نجد أن الدائن في كلٍّ من القضايا الثلاث المذكورة قد أخطأ بطلب فسخ العقد وتطبيق الشرط الجزائي؛ فالأمران لا يجتمعان معاً في ظل مبدأ تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي، فإما أن يبقي على العقد ويطالب بتنفيذه وعلى وجه الخصوص تطبيق الشرط الجزائي، وهو ما لم يحصل. وإما أن يطلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض القضائي وليس الاتفاقي. وقد وجد الدائنون أنفسهم في القضايا المذكورة أمام الوضع الأخير حيث حكمت المحكمة بالفسخ، وتطبيق التعويض القضائي، وهو ما لم يطلبه أي منهم في طعنه أمام محكمة التمييز؛ فكل منهم طلب فسخ العقد ثم طلب تطبيق الشرط الجزائي الوارد في العقد، أي: التعويض الاتفاقي نظراً لما يحققه له من مزايا على نحو ما تبين لنا في المبحث التمهيدي.

(1) في تفصل ذلك انظر: حسام الدين الأهواني، تأملات في الشرط الجزائي، دراسة مقارنة، دون ناشر، سنة 2014، ص 37 وما بعدها،

إن فسخ العقد عاد بالدائنين إلى أحكام المسؤولية التقصيرية لتطبق عليهم وفقاً لقواعدها العامة من وجوب قيامهم بإثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، ولا مجال هنا لتطبيق قواعد المسؤولية العقدية لزوال العقد واعتباره كأن لم يكن بسبب فسخه تطبيقاً لمبدأ تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي.

وخلاصة الأمر أن الدائنين في القضايا الثلاث المذكورة لو كانوا طلبوا تنفيذ العقد والتعويض الاتفاقي لحكم لهم بالتعويض وفقاً للشرط الجزائي الوارد في عقد كل منهم؛ لأن في تنفيذ العقد بقاء له، وعدم زواله، وما دام العقد باقياً وجب إعمال ما ورد فيه من شروط، ومنها الشرط الجزائي بما يحققه من مزايا للدائن عند إخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي.

المبحث الثاني
عدم سقوط الشرط الجزائي بفسخ العقد

في هذا المبحث سنرى اتجاهاً مخالفاً لمحكمة التمييز عن اتجاهها في المبحث السابق، حيث قضت في بعض أحكامها بعدم سقوط الشرط الجزائي على الرغم من فسخ العقد. وهذا الأمر اقتضى منا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: في الأول منهما نعرض ثلاثة أحكام صادرة عن محكمة التمييز في هذا الشأن، ثم نبحث في المطلب الثاني من خلال تلك الأحكام الأساس القانوني الذي أخذت به المحكمة، وما إذا كان يبرر مخالفتها لاتجاهها السابق الذي عرضنا له في المبحث السابق.

المطلب الأول
عرض لبعض أحكام محكمة التمييز في هذا الشأن

أولاً- الطعن بالتمييز رقم 119 لسنة 1993 تجاري، جلسة 14/12/1993، المتعلق بعقد شركة[1]: وقد تضمن الحكم ما يلي: «وحيث إن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وبياناً لذلك تقول إنها عقدت في 1979/5/10 مع المطعون ضدها عقد إدارة وتقديم خبرات مع حق استخدام الاسم التجاري والشهرة التجارية، تضمن إدارة المطعم من جانب الطاعنة مع حق المطعون ضدها الانتفاع بالاسم التجاري والعلامة والشهرة التجارية « مطعم .....»، ثم إنه باتفاق لاحق في 1980/3/6 اتفق على حق الطاعنة عند فسخ العقد المؤرخ 1979/5/10 برفع وإزالة وسحب الشعارات (الأرمات) واللوحات والإعلانات وغير ذلك مما يحمل الاسم التجاري وسحب الأدوات والمعدات الخاصة بالمطعم السابق لها تقديمها، وإنه يحق لها التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بها

(1) حكم منشور في مجلة القضاء والقانون الصادرة عن المكتب الفني بمحكمة التمييز، العدد 21، الجزء الثاني، مارس 1998؛ والحكم منشور أيضاً في مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة التمييز الصادرة عن المكتب الفني بمحكمة التمييز، القسم الثالث، المجلد الثاني، يوليو 1999.

نتيجة لذلك وفقاً للشريحة المنصوص عليها في البند الخامس من ذلك العقد، وإذ قامت المطعون ضدها في 1984/6/11 بفسخ العقد فكان يتعين عليها الامتناع عن استعمال العلامة التجارية، وأن ترد إليها المفروشات والأدوات وغيرها مما سبق أن قدمتها إليها، إلا أنها استمرت في استغلال تلك الأشياء حتى توقيع الحجز التحفظي عليها في 1989/1/19 فكان يتعين إلزامها بالشرط الجزائي المتفق عليه بالاتفاق اللاحق الحاصل في 1979/5/10 وحسبما انتهي إليه الخبير المندوب في تقريره وقدره بالمبلغ الذي قضت به محكمة الدرجة الأولى إلا أن الحكم المطعون فيه لم يعمل هذا الشرط قولاً بأنه تابع للالتزام الأصلي بكونه إخلالاً بهذا الالتزام الأصلي، وبفسخ العقد يسقط الشرط الجزائي وأعمل سلطته التقديرية في التعويض المستحق لها دون اعتبار لما هو متفق عليه بين الطرفين بالشرط الجزائي، في حين أن تحقق الشرط الجزائي يجعل الضرر واقعاً فلا يكلف الدائن بإثباته وإنما يقع على المدعيين عبء إثبات عدم وقوع الضرر أو أن التعويض الذي تضمنه الشرط الجزائي مبالغ فيه، وإذا خالف الحكم هذا النظر فيكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون ؛ بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن النعي سديد في أساسه، ..... وإذا حدَّد المتعاقدان مبلغ التعويض في حالة فسخ العقد فالمسؤولية التي تتخلف عن فسخ العقد إنما هي مسؤولية تقصيرية حدَّد المتعاقدان بشرط جزائي مبلغ التعويض عنها، فالشرط الجزائي ليس قاصراً على المسؤولية العقدية فقط بل يكون في المسؤولية التقصيرية ..... لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر ولم يعمل الشرط الجزائي بشروطه سالفة البيان وإنما انتهى إلى إسقاطه لسقوط الالتزام بفسخ العقد مع أنه قائم ويجب إعماله بالضوابط المشار إليها، واستعمل الحكم سلطته في تقدير التعويض كأصل عام دون اعتبار للشرط فإنه يكون فيها بمخالفة القانون؛ مما يوجب تمييزه».

ثانياً: الطعنان بالتمييز رقما 556، 566 لسنة 2009 تجاري، جلسة 2011/5/24، المتعلقان بعقد نقل [1]: تخلص وقائع القضية في اتفاق شركة مع شركة أخرى على أن تقوم الثانية بنقل بضائع للشركة الأولى من دولة الكويت إلى الجمهورية العراقية لمدة ستة أشهر، إلا أن الشركة الأولى لم تكلف سيارات النقل،

(1) حكم منشور في أنظمة صلاح الجاسم.

التي وضعتها الشركة الثانية تحت تصرفها، بأي عمل طيلة فترة العقد، وقد حكمت محكمة أول درجة برفض الدعوى في حين حكمت محكمة الاستئناف بتعويض الشركة الناقلة مبلغ 14625 ديناراً. ولما كان هذا المبلغ لا يمثل قيمة الشرط الجزائي قامت الشركة الناقلة بالطعن عليه بالتمييز رقم 556/2009 استناداً إلى أن حكم الاستئناف لم يقض بقيمة الشرط الجزائي لإخلال الطرف الثاني بالتزاماته في عدم تحديد جدول لتحريك شاحنات النقل، ومن ثم فإنها تكون ملزمة تعويضها عن كامل قيمة العقد طبقاً للبند الحادي عشر من العقد الذي يمثل شرطاً جزائياً ينص على التزام الطرف الثاني في حالة فسخ العقد دفع 30% من إجمالي المبلغ الشهري لجميع الشاحنات كشرط جزائي عن كامل مدة العقد، وهي ستة أشهر، وإن الحكم المطعون فيه خالف ذلك وقدر التعويض المستحق عن الشرط الجزائي بإجمالي المستحق عن شهر واحد فقط.

كما قامت الشركة صاحبة البضائع بالطعن على حكم محكمة الاستئناف المذكور بموجب الطعن رقم 566/2009، وأبرز ما جاء فيه أن حكم محكمة الاستئناف اعتبر الإنذار الموجه منها إلى المطعون ضدها (شركة النقل) بمثابة فسخ ضمني للعقد في حين أنها حملت بموجبه شركة النقل مسؤولية عدم تنفيذ العقد المبرم بينهما.

وقد قضت محكمة التمييز بالآتي: «.... وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الشركة الطاعنة في الطعن الثاني المطعون ضدها في الطعن الأول بأن تؤدي للشركة الطاعنة في الطعن الأول مبلغ أربعة عشر ألفاً وستمائة وخمسة وعشرين ديناراً كويتياً على ما خلص إليه من أوراق الدعوى والعقد سندها المؤرخ 21/3/2006 أنه تضمن في البند الحادي عشر منه على أن يتعهد الطرف الثاني الطاعن في الطعن الثاني بدفع ما قيمته 30% من إجمالي المبلغ الشهري بجميع الشاحنات في حالة فسخ العقد قبل بداية تنفيذه، وكان الخبير قد انتهي في تقريره إلى أن الشركة الطاعنة في الطعن الأول أوفت بالتزاماتها المترتبة على عقد النقل المشار إليه وقامت بتدبير الشاحنات المتفق عليها عن طريق استئجارها من شركة أخرى، ووضعتها رهن تعليمات الطاعن في الطعن الثاني المنوط بها تحديد خطوط السير لتلك السيارات وتوجيهها حسب

الأماكن المحددة للشحن إلا أن الأخيرة لم تنفذ العقد في مهده بتوجيه إنذار إلى الشركة الطاعنة في الطعن الأول تحملها فيه مسؤولية عدم تنفيذ العقد بعد أن طالبتها الأخيرة بقيمة الفواتير عن أجرة السيارات عن الأيام التي مضت دون تنفيذ العقد، وهو ما يُعد منها فسخاً ضمنياً للعقد من جانبها، الأمر الذي رأت معه المحكمة استحقاق الطاعنة في الطعن الأول للتعويض الاتفاقي المشار إليه لتحقق شروط استحقاقه، والذي ارتضاه الطرفان تعويضاً جابراً لما لحق بها من أضرار في حالة عدم تنفيذ العقد منذ بدايته أو في جزء منه وما رأته مناسباً بجبر هذه الأضرار ورتب قضاءه بإلزام الشركة الطاعنة في الطعن الثاني بالمبلغ المقضي به، وكان هذا الاستخلاص من الحكم سائغاً وله أصل ثابت بالأوراق، ويكفي لحمله وتؤدي إلى ما انتهت إليه وكان ما تثيره الطاعنتين في الطعنين بأسباب طعنهما حول تعيب هذا الاستخلاص لا يعدو أن يكون جدلاً فيما لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة».

ثالثاً – طعن بالتمييز رقم 671 لسنة 2010 تجاري جلسة 12/10/2011 يتعلق بعقد استثمار[1]:

توجز وقائع القضية بأن الشركة الطاعنة أقامت على الشركة المطعون ضدها دعوى طلبت فيها الحكم بفسخ عقد الاستثمار، وبإخلائها من العين وتسليمها لها خالية من الشواغل، وبإلزامها أن تؤدي لها مبلغ 33215 ديناراً قيمة مقابل الانتفاع ورسوم الخدمات وغرامة التأخير المتفق عليها في العقد كشرط جزائي، وقد حكمت لها محكمة أول درجة بإخلاء العين المؤجرة وتسليمها لها خالية من الشواغل وبأن تؤدي لها المطعون ضدها مبلغ 32000 دينار قيمة الأجرة المتأخرة وما يستجد منها حتى تمام الإخلاء، ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات. استأنفت الطاعنة الحكم أمام محكمة الاستئناف التي قضت بتأييده فطعنت فيه أمام محكمة التمييز لعدم إعمال الحكم للشرط الجزائي المتمثل في غرامة التأخير، وقضت لها محكمة التمييز بذلك حيث جاء حكمها على النحو التالي: «وحيث إن هذا النعي سديد؛ ذلك أن المقرر، في قضاء هذه المحكمة، أن للدائن والمدين في التزام ما قد يريان ألا يتركا تقدير التعويض إلى القاضي

(1) منشور في مجلة القضاء والقانون الصادرة عن المكتب الفني بمحكمة التمييز، السنة 39، الجزء الثالث، عدد أغسطس 2013، ص 56.

كما هو الأصل، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير التعويض فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، فيكون تعويضاً عن عدم التنفيذ أو على مقدار التعويض إذا ما تأخر المدين في تنفيذ التزامه فيكون تعويضاً عن التأخير ويسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي، ويوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه، وإذا حدد المتعاقدان أن مبلغ التعويض يستحق في حالة فسخ العقد فالمسؤولية التي تتخلف عن فسخ العقد إنما هي مسؤولية تقصيرية حدد المتعاقدان مبلغ التعويض عنها بموجب شرط جزائي، فالشرط الجزائي ليس قاصراً على المسؤولية العقدية فقط بل يكون في المسؤولية التقصيرية أيضاً، .... لما كان ذلك، وكان الثابت من عقد الاستثمار المؤرخ 4 / 3 / 2007 أنه تم الاتفاق بين طرفي هذا العقد حسبما جاء بالبند الرابع فقرة (د) على أنه إذا حجز أي مبلغ من مقابل الانتفاع أو أي جزء منه أو أي مبالغ أخرى واجبة السداد من الطرف الثاني، المطعون ضدها، بموجب هذا العقد أو تم تأخيرها بعد تاريخ استحقاق سدادها مقابل الانتفاع أو أي مبلغ آخر يستحق من الطرف الثاني سواء طلب سداده رسمياً من عدمه فإن الطرف الثاني يلتزم – إذا طلب منه ذلك بمعرفة الطرف الأول – أن يسدد بالإضافة إلى هذه المبلغ مبلغ 5 دنانير يومياً كغرامة تأخير حتى سداد هذا المبلغ المتأخر للطرف الأول، الطاعنة، ويتم سداد غرامة التأخير بمجرد طلب الطرف الأول ذلك، ومفاد ذلك أن طرفي الخصومة تم الاتفاق بينهما مقدماً على مقدار التعويض الذي تستحقه الطاعنة الدائنة عند إخلال المطعون ضدها بالتزامها بالتأخر عن أية مبالغ واجبة السداد بموجب عقد الاستثمار سالف الذكر، ويترتب عليه افتراض حصول ضرر مساو لما قدره المتعاقدان، ....ومن ثم فإنه يتعين تطبيق هذا الشرط الجزائي إعمالاً لنص المادتين (302) و (303) من القانون المدني، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض طلب الطاعنة الخاص بغرامة التأخير استناداً لنص المادة (306) من القانون المدني لعدم إثبات الطاعنة قدره المطعون ضدها على الوفاء بالمبلغ المحكوم به عليها فضلاً عن أنها لم تثبت أن ضرراً غير مألوف أو غير عادي قد لحقها بسبب تأخر المطعون ضدها في الوفاء، ولم يفطن إلى أنه بقيام الطرفين بتقدير التعويض مقدماً على النحو الوارد بغرامة التأخير الثابتة بالعقد يترتب عليه حصول

ضرر قبل الطاعنة ولا يقع عليها عبء إثبات ذلك طبقاً لأحكام المادتين (302) و (303) من القانون المدني المنطبقتين على واقعة الدعوى؛ فيكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يعيبه ويوجب تمييزه جزئياً في هذا الخصوص».

المطلب الثاني
الأساس القانوني لاتجاه محكمة التمييز بالحكم بعدم سقوط الشرط الجزائي عند فسخ العقد

إن ما يجمع بين الأحكام الثلاثة التي ذكرناها في المطلب الأول أن محكمة التمييز بعد أن حكمت بفسخ العقد طبقت الشرط الجزائي بما تضمنه من تقدير اتفاقي للتعويض ولم تقض بسقوطه تبعاً لفسخ العقد الذي ورد فيه الشرط الجزائي خلافاً لما تبين لنا في المبحث الأول الذي قضت فيه المحكمة نفسها بسقوط الشرط الجزائي بسبب فسخ العقد الذي ورد به الشرط استناداً إلى مبدأ تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي من حيث إنه يسقط بسقوطه ويبقى ببقائه.

أما ما تبيَّن لنا في هذا المبحث من خلال الأحكام المذكورة فيه هو عدم تطرق محكمة التمييز لمبدأ التبعية السابق ذكره، فعلى الرغم من زوال العقد بأثر رجعي بالفسخ فإن الشرط الجزائي بقي وطبق على المدين الذي أخل بالتزامه قبل أن يفسخ العقد.

وتبدو دقة المسألة في أن فسخ العقد يؤدي إلى اختفائه من يوم وجوده؛ أي: اعتباره كأن لم يكن موجوداً في أي وقت، وهو ما يؤدي إلى الخروج من مجال المسؤولية العقدية والدخول في مجال المسؤولية التقصيرية التي نظمت أغلب أحكامها بقواعد آمرة لتعلقها بالنظام العام، وقد يستر الشرط الجزائي ما يخالف تلك الأحكام كأن يتضمن اتفاقاً على مبلغ صغير يقل كثيراً عن الضرر المتوقع؛ فيكون الشرط الجزائي بمثابة إعفاء أو تخفيف من قواعد المسؤولية التقصيرية، وهو مالا يجوز وفقاً للمادة (254) من القانون المدني[1]، وبخاصة أن القاضي لا يملك تعديل الشرط الجزائي برفع قيمته

(1) تنص المادة (254) من القانون المدني على أنه: «يقع باطلاً كل اتفاق يبرم قبل قيام المسؤولية عن العمل غير المشروع، ويكون من شأنه أن يعفي منها كلياً أو جزئياً»

ليساوي قيمة الضرر وإنما يكون له أن يخفض من قيمته إذا كان مبالغاً فيها[1]، وقد تطرقنا في المبحث التمهيدي إلى أن بعض الفقه يقصر الشرط الجزائي على حالات المسؤولية العقدية دون التقصيرية استناداً إلى أن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام.

ولكن محكمة التمييز – من خلال الأحكام الثلاثة المذكورة في المطلب السابق – رأت إمكانية وقانونية إعمال الشرط الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية إلى جانب المسؤولية العقدية، وهي بذلك تأخذ بالرأي القائل بإمكانية إعمال الشرط الجزائي بالرغم من فسخ العقد، وبخاصة أن فسخ العقد يختلف عن بطلانه على الرغم من أن آثارهما واحدة، فإن كان العقد يزول في الحالتين بأثر رجعي سواء كنا أمام بطلان أم فسخ فإن البطلان يفترض أن العقد في مرحلة تكوينه قد تخلف ركن من أركانه وهو لم يكن موجوداً في الأصل، ومن ثم لا تثور مسألة عدم تنفيذه. أما الفسخ فهو يفترض أن عقداً قائماً و موجوداً ثم لم يقم المدين بتنفيذ التزامه؛ مما يؤدي إلى فسخه بأثر رجعي. كما أن الأثر الرجعي للفسخ لا يتعلق بالنظام العام والاتفاق على الشرط الجزائي يفيد ضمناً اتجاه الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى استبقاء الشرط الجزائي في حالة فسخ العقد ومن ثم يكون للشرط الجزائي وجود مستقل عن العقد الذي فسخ[2]، فإذا زال

(1) وهو ما تبين لنا من الحكم الثاني المذكور في المطلب الأول من هذا المبحث ، الطعنين بالتمييز رقمي 556 ، 566 لسنة 2009 سابق الإشارة إليهما حيث أيدت محكمة التمييز ما قامت به محكمة أول درجة التي أقرته عليها محكمة الاستئناف من تطبيق الشرط الجزائي على الرغم من فسخ العقد ولكنها خفضت من قيمته بعدما رأت أنه مبالغ فيه لدرجة كبيرة، وذلك وفقاً لنص المادة (303) من القانون المدني ونصها: "لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، ويجوز للمحكمة أن تخفض التعويض عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

(2) يشبِّه بعض الفقه استقلال الشرط الجزائي عن العقد باستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي تضمن شرط التحكيم؛ بحيث يكفل هذا الاستقلال إعمال شرط التحكيم الصحيح على الرغم من فسخ العقد. فالشرط الجزائي يتفق مع شرط التحكم في أنهما يتضمنان خروجاً على الوظيفة القضائية للدولة؛ ففي الأول يحرص طرفا العقد على الابتعاد عن سلطة القاضي في تقدير التعويض؛ بحيث يتم تقديره باتفاقهما، وفي شرط التحكيم يتفق الأطراف على تسوية منازعتهم بعيداً عن الدولة عن طريق من يختارونه لفض المنازعة، وكل من شرط التحكيم والشرط الجزائي يتحدان في أنهما يتعلقان بتسوية النتائج المترتبة على عدم التنفيذ، ومن ثم يتمتعان باستقلال عن شروط العقد الأخرى ، واستقلال هذين الشرطين يرجع إلى أنهما يتميزان عن الادعاءات القانونية والاقتصادية المتبادلة والمتولدة عن العقد بحيث لا يترتب على فصلهما عن العقد أو إضافتهما إلى العقد المساس بجوهره أو بالالتزامات الناشئة عنه. انظر ذلك في مؤلف: حسام الدين الأهواني، تأملات في الشرط الجزائي، المرجع السابق، ص 57.

العقد بفسخه بقي الشرط الجزائي لينظم النتائج المترتبة على عدم تنفيذ العقد وهذا هو هدفه[1]، وهو ما يتبين لنا من أحكام محكمة التمييز المذكورة في المطلب السابق؛ ففي القضيتين الأولى والثانية كانت الإرادة المشتركة للمتعاقدين صريحة في بيان أن الشرط الجزائي يطبق في حالة فسخ العقد. فقد وجدنا في القضية الأولى، وهي الطعن رقم 119 لسنة 1993، أن الشرط الجزائي كان واضحاً في الدلالة على أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد انصرفت إلى إعمال الشرط الجزائي في حالة فسخ العقد أو إلغائه أو انتهائه لسبب من أي من طرفيه، فالشرط في هذه الحالة هو توقيع جزاء على المتسبب في الفسخ، ومن ثم يجب أن يتحقق الفسخ حتى يطبق الشرط الجزائي. فانقضاء الالتزام الأصلي بالفسخ وليس عدم تنفيذه هو الذي يؤدي إلى إعمال الشرط؛ مما ينفي أي نوع من التبعية بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيكون الشرط الجزائي مستقلاً عن الالتزام الأصلي[2].

وكذلك الأمر بالنسبة إلى القضية الثانية ؛ حيث كان الشرط الجزائي صريحاً في إعمال هذا الشرط في حالة فسخ العقد من جانب الطرف الثاني ، المطعون ضدها ؛ فقد نص على أنه في حالة فسخ العقد من جانب الطرف الثاني قبل بداية تنفيذه فإنه يدفع 30% من إجمالي المبلغ الشهري لجميع الشاحنات كشرط جزائي عن كامل مدة العقد ، وهي ستة أشهر.

وهكذا نجد أن محكمة التمييز في أحكامها قد نظرت إلى الشرط الجزائي بما له من وجود مستقل عن العقد الذي فسخ؛ أي: أنه اتفاق قائم بذاته لا يتأثر بزوال العقد بأثر رجعي، فوجوده لا يتوقف على وجود العقد فهو ليس تابعاً له بل مستقلاً عنه، ولم تبين محكمة التمييز الأساس القانوني الذي استندت إليه في أحكامها المذكورة والتي قضت فيها عدم تطبيق مبدأ تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي؛ بحيث يسقط بسقوطه على ما مر بنا في المبحث الأول. أما القضاء المصري فقد أوضح الأساس القانوني؛ حيث قضت محكمة النقض في حكم لها: «إنه ولئن كان المقرر أن الشرط

(1) انظر: محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، حيث يقول في ص 189: « كما لا يجوز له الجمع بين فسخ العقد وطلب مبلغ الجزاء إلا إذا كان الشرط الجزائي موضوعاً لتعويض الضرر الناجم عن الفسخ ذاته».

(2) انظر: حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 68.

الجزائي، باعتباره تعويضاً اتفاقياً، هو التزام تابع لالتزام أصلي في العقد والقضاء بفسخه يرتب سقوط الالتزامات الأصلية؛ فيسقط الالتزام التابع بسقوطها ، ويزول أثره ولا يصح الاستناد إلى المسؤولية العقدية لفسخ العقد وزواله ، ويكون الاستناد، إن كان لذلك محل، إلى أحكام المسؤولية التقصيرية طبقاً للقواعد العامة، بيد أن ذلك محله أن يكون الشرط الجزائي متعلقاً بالالتزامات التي ينشئها العقد قبل عاقديه باعتباره جزاء الإخلال بها مع بقاء العقد قائماً، فإذا كان هذا الشرط مستقلاً بذاته غير متعلق بأي من تلك الالتزامات فلا يكون ثمة تأثير على وجوده من زوال العقد ما دام الأمر فيه يتضمن اتفاقاً مستقلاً بين العاقدين، ولو أثبت بذات العقد، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن عقد البيع العرفي المؤرخ 19/06/1955 قد نص في بنده التاسع على أنه إذا تخلف المشتري عن سداد أي قسط من الأقساط يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار فضلاً عن ضياع ما يكون قد دفعه وصيرورته حقاً مكتسباً للشركة، وما تضمنه هذا النص هو اتفاق الطرفين على الجزاء في حالة حصول الفسخ، ومن ثم تتحقق لهذا الشرط ذاتيته واستقلاله عما تضمنه العقد الذي فسخ من التزامات؛ مما لا يعتبر معه هذا الاتفاق التزاماً تابعاً لالتزام أصلي في العقد يسقط بسقوطه، وإذا خالف الحكم المطعون هذا النظر يكون مجانباً لصحيح القانون ويستوجب نقضه «[1].

أن ما ذهب إليه القضاء المصري من بيان الأساس القانوني لعدم سقوط الشرط الجزائي بفسخ العقد نجده ظاهراً لنا في الحكمين الأولين لمحكمة التمييز؛ ففي الحكم الأول وهو الطعن رقم 119/1993 تجاري كان الشرط الجزائي واضحاً في استقلالية عن الالتزامات التي تضمنها العقد حيث كان الاتفاق على إعمال الشرط الجزائي في حالة فسخ العقد أو إلغائه أو انتهائه لسبب ما من أحد طرفيه، والقول بتطبيق الشرط الجزائي بمجرد فسخ العقد بغض النظر عن سبب الفسخ أو الطرف الذي تسبب فيه حتى ولو كان هو من يطالب بتطبيق الشرط الجزائي يثير مسألة أن الشرط الجزائي باعتباره تعويضاً اتفاقياً يقتضي وجود خطأ من جانب المدين وهو ما لم يتطلبه الشرط

(1) طعن بالنقض رقم 1857 لسنة 51 ق، جلسة 17/5/1987، مشار إليه في مؤلف، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 798. كما يشير إلى حكمين آخرين بالمضمون نفسه.

في الحكم المذكور، وفي هذا الشأن ذهب بعض الفقه [1] إلى أنه يجب التمييز بين الشرط الجزائي كتقدير اتفاقي للتعويض وشروط استحقاقه حيث يرى أن الأخيرة تتعلق بالنظام العام، ومن ثم فهي تخرج عن نطاق الاتفاق وتخضع للقواعد العامة المتعلقة بانعقاد مسؤولية المدين، سواء كنا بصدد مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، وعلى القاضي أن يستظهر أن عدم التنفيذ يرجع إلى تقصير المدين من عدمه، ومن ثم يبطل أي اتفاق بإعمال الشرط الجزائي حتى ولو لم يتوافر عنصر الخطأ [2]. مع مراعاة ما هو مقرر في شأن شروط الإعفاء من المسؤولية وتحمل عبء القوة القاهرة، وبتطبيق ذلك على الحكم الأول المذكور لا يكون الحكم صحيحاً إن كان من يطالب بتطبيق الشرط الجزائي هو من تسبب في فسخ العقد بل يجب أن يكون الطرف الآخر الذي لم يتسبب في فسخ العقد، وما ذلك إلا لأن الشرط الجزائي إنما هو تعويض اتفاقي عن إخلال المدين بالتزامه، فهو بذاته لا يعد مصدراً للتعويض بل للتعويض مصدر آخر هو الالتزام أو العقد الذي أخل المدين بتنفيذه ، والإخلال هو خطأ في جانب المدين [3] .

أما الحكم الثاني [4] فكان أكثر وضوحاً في بيان طبيعة الشرط الجزائي؛ فقد تضمن البند الحادي عشر من العقد المبرم بين الطرفين أن يتعهد الطرف الثاني الطاعن في الطعن الثاني بدفع ما قيمته 30% من إجمالي المبلغ الشهري بجميع الشاحنات في حالة فسخ العقد قبل بداية تنفيذه. ومما أورده الحكم المذكور: «أن تقرير الخبير الفني انتهى إلى أن الشركة الطاعنة في الطعن الأول أوفت بالتزاماتها المترتبة على عقد النقل وقامت

(1) انظر: حسام الدين الأهواني، تأملات في الشرط الجزائي، المرجع السابق، ص 29.

(2) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 2004، حيث يقول في ص 891: "فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا كان هناك خطأ من المدين، فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين فلا مسؤولية في جانبه ولا يكون التعويض مستحقاً، ومن ثم لا محل لإعمال الشرط الجزائي". ويشير في نفس الصفحة إلى حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 19/12/1957 قضت فيه بألا محل للحكم بما تضمنه الشرط الجزائي ما دام الحكم قد أثبت أن كلاً من المتعاقدين قد قصر في التزامه.

(3) انظر: إسماعيل غانم، المرجع السابق، حيث يقول في ص 121: «ويجب أن يكون عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ راجعاً إلى فعل المدين"، وانظر أيضاً: إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية، دار الكتب والدراسات العربية بالإسكندرية، طبعة 2016، ص 55؛ وانظر: الطعنين بالتمييز رقمي 938، 972 لسنة 2011 مدني ، جلسة 7/3/2012 سابق الإشارة إليهما.

(4) الطعنان بالتمييز رقما 556 و 566 لسنة 2009 تجاري ، سابق الإشارة إليهما.

بتدبير الشاحنات المتفق عليها عن طريق استئجارها من شركة أخرى ووضعتها رهن تعليمات الطاعن في الطعن الثاني المنوط بها تحديد خطوط السير لتلك السيارات وتوجيهها حسب الأماكن المحددة للشحن إلا أن الأخيرة لم تنفذ العقد في مهده».

وهكذا يتضح لنا أن الشرط الجزائي المذكور في الحكم الثاني كان له وجود مستقل عن الالتزامات التي أنشئها العقد ، وأن فسخ العقد لعدم تنفيذه من جانب أحد الطرفين يعطي للطرف الآخر الحق في المطالبة بالشرط الجزائي لإخلال الطرف الأول بما تعهد به من تنفيذ للعقد بصرف النظر عن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور وهو ما لم يتحقق حيث فسخ العقد ؛ لذلك طبقت المحكمة الشرط الجزائي ، على الرغم من فسخ العقد.

وبالنسبة إلى الحكم الثالث المتمثل في الطعن بالتمييز رقم 2010/671 تجاري نجد أن الشرط الجزائي قد تعلق بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد ولم يشر إلى ارتباطه بفسخ العقد. فقد كان مضمون الشرط الجزائي – وفقاً لما أورده الحكم الثالث المذكور – ما يلي: «إذ حجز أي مبلغ من مقابل الانتفاع أو أي جزء منه أو أي مبالغ أخرى واجبة السداد من الطرف الثاني بموجب هذا العقد أو تم تأخيرها بعد تاريخ استحقاق سداد مقابل الانتفاع أو أي مبلغ آخر يستحق من الطرف الثاني، سواء طلب سداده رسمياً من عدمه، فإنه يلتزم الطرف الثاني إذا طلب منه ذلك بمعرفة الطرف الأول بأن يسدد بالإضافة إلى هذه المبالغ مبلغ 5 دنانير يومياً، غرامة تأخير، حتى سداد هذا المبلغ المتأخر للطرف الأول «.

ففي هذه القضية لم يكن للشرط الجزائي وجود مستقل عن العقد الذى فسخ ؛ فهذا الشرط الجزائي جاء لضمان تنفيذ التزام معين نشأ من عقد الاستثمار؛ أي: أنه تابع لذلك الالتزام ويضمن تنفيذه ، ومن ثم فإن فسخ هذا العقد يترتب عليه سقوط الشرط الجزائي تبعاً لذلك وليس تطبيقه كما قضت بذلك محكمة التمييز، فكان يجب عليها – وفقاً لمبدأ تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي الناشئ عن العقد – أن تقضي بسقوط الشرط الجزائي وليس تطبيقه كما انتهت إليه في حكمها المذكور، ومما يدل على ذلك أن صياغة الشرط الجزائي لم يرد فيها مصطلح فسخ العقد، ومن

ثم لم يرتبط الشرط الجزائي بالفسخ وكل ما هناك أن الشركة الطاعنة طلبت فسخ العقد وتطبيق الشرط الجزائي، وذلك ما قضت به محكمة التمييز، وهو ما نراه مخالفاً لطبيعة الشرط الجزائي على نحو ما تبين لنا في المبحث الأول.

الخاتمة:

يعرف الشرط الجزائي بأنه تقدير اتفاقي للتعويض؛ فهو بطبيعته اتفاق من اتفاقات المسؤولية لتحديد الجزاء المترتب على إخلال المدين بتنفيذ التزام أياً كان مصدره، ويتمثل هذا الجزاء في صورة تعويض أو تكليف على المدين لمصلحة الدائن ، وغالباً ما يتجاوز مقدار التعويض حجم الضرر المتوقع أن يلحق بالدائن، وهو ما أدى إلى بروز وظيفته الجزائية التي استمد منه اسمه؛ حيث يسمى بالشرط الجزائي أكثر من تسميته بالتعويض الاتفاقي، ويوجد الشرط الجزائي في كثير من العقود، كعقود المقاولات وعقود البيع بالتقسيط وغير ذلك من العقود؛ نظراً لما يحققه للدائنين من شعور بالاطمئنان من أن المدين سينفذ التزامه تحت وطأة التهديد بتوقيع هذا الجزاء عليه إذا ما قصر في تنفيذ التزامه.

وعلى الرغم من أهمية الشرط الجزائي فإن المشرع الكويتي لم ينظمه تنظيماً كافياً، وعلى وجه الخصوص موضوع بحثنا المتعلق بالحالة التي يفسخ فيها عقد متضمن شرطاً جزائياً من حيث سقوط الشرط أم بقاءه ليرتب أثره، سواء ورد الشرط ضمن بنود العقد أو في اتفاق لاحق. وترجع أهمية هذه المسألة إلى أنها تمثل التطبيق الأكثر شيوعاً لاستخدام الشرط الجزائي ؛ فقد وجدنا كثيراً من الأحكام التي نظرها القضاء الكويتي؛ فكان في بعضها يحكم فيها بسقوط الشرط الجزائي عند فسخ العقد تطبيقاً لمبدأ تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي الوارد بالعقد، فيبقى ببقاء العقد ويسقط بزواله ، في حين أنها في أحكام أخرى لا تأخذ بمبدأ التبعية ؛ فتحكم المحكمة ببقاء الشرط الجزائي وبإعمال أثره بما تضمنه من تعويض اتفاقي على الرغم من حكمها بفسخ العقد مما قد يبدو معه أن هناك تناقضاً في أحكام محكمة التمييز، ومما يعزز هذا الاعتقاد أن المحكمة لا تؤسس أحكامها في هذا الشأن تأسيساً قانونياً ، ولا تستند فيها إلى نص تشريعي وهو ما أدى بها إلى أن تطبق الشرط الجزائي في حالة فسخ العقد حتى دون أن يشير الاتفاق إلى تطبيق الشرط في حالة الفسخ ، وهو ما نراه تطبيقاً غير صحيح بعدما تبين لنا أن الحد الفاصل بين سقوط الشرط الجزائي وبقائه عند فسخ العقد يكمن في الإرادة المشتركة لطرفي الشرط الجزائي؛ فهما في اتفاقهما –الذي هو بمثابة عقد– قد يجعلان الشرط الجزائي تابعاً للالتزام الأصلي لضمان تنفيذه؛ بحيث إن لم ينفذ المدين التزامه الأصلي كان للدائن أن يطالب بتطبيق الشرط

الجزائي باعتباره تعويضاً أي تنفيذاً بمقابل، وليس تنفيذاً عينياً، ومن ثم يجب أن يبقى الالتزام الأصلي ليتم تنفيذه بمقابل في صورة شرط جزائي ، أما إذا زال الالتزام الأصلي بفسخ العقد فيترتب على ذلك سقوط الشرط الجزائي تطبيقاً لمبدأ تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي فيسقط بزواله، فباختفاء الالتزام ليس هناك مجال لتنفيذه لا عينياً ولا عن طريق التعويض القضائي أو الاتفاقي، أي: الشرط الجزائي. ويختلف الحال إذا كان للشرط الجزائي وجود مستقل عن الالتزام الأصلي، وهو يكون كذلك إذا كان الاتفاق ينص على أن يعمل بالشرط الجزائي في حالة فسخ العقد حيث تنقضي الالتزامات التي يتضمنها العقد ، ففي هذه الحالة يكون انقضاء الالتزام وليس عدم تنفيذه هو الذي يؤدي إلى إعمال الشرط الجزائي ؛ مما ينفي أي نوع من التبعية بين التزام معين والشرط الجزائي، فيكون للشرط الجزائي وجود مستقل عن أي التزام فهو قد جاء لضمان تنفيذ العقد ككل.

ولذلك يجب على الدائن ألا يسارع في طلب فسخ العقد ، فإن هو أراد تطبيق الشرط الجزائي فعليه أن يتحقق أولاً مما إذا كان للشرط الجزائي وجود مستقل عندئذ يطالب بفسخ العقد وتطبيق الشرط الجزائي. أما إذا لم يكن للشرط الجزائي وجود مستقل – بل كان تابعاً لالتزام معين يسمي الالتزام الأصلي ، حيث يضمن تنفيذه ويرتبط به وجوداً وعدماً – فعليه ألا يطلب فسخ العقد بل يحافظ عليه ويطلب تطبيق الشرط الجزائي ؛ كونه تنفيذاً بمقابل للالتزام الأصلي الوارد في العقد والذي قصر المدين في تنفيذه ، وعليه أن يحتاط في ذلك فقد وجدنا في بعض الأحكام أن محكمة التمييز تحكم بفسخ العقد ضمنياً ؛ مما يؤدي إلى إهدار الفائدة التي توخاها الدائن من وراء تضمين اتفاقه شرطاً جزائياً.

وأخيراً، يجب مراعاة هذا الأمر عند صياغة الشرط الجزائي في العقود؛ بحيث يكون المقصود منه واضحاً للمتعاقدين على النحو المتقدم ذكره ، ومن ثم يسهل على القضاء تعرف المقصود منه. ونتمنى على القضاء الكويتي أن يبين في أحكامه الأساس القانوني الذي استند إليه في حكمه سواء بسقوط الشرط الجزائي أو بعدم سقوطه في الحالة التي يحكم فيها بفسخ العقد حتى يكون الأمر واضحاً للمتعاقدين من حقيقة موقف القضاء من هذه المسألة ومن ثم نتجنب عرض تلك النزاعات على القضاء.

قائمة المراجع

1. إبراهيم سيد أحمد: الشرط الجزائي في العقود المدنية ، دار الكتب والدراسات العربية بالإسكندرية ، طبعة 2016.
2. إبراهيم دسوقي أبو الليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، مطبوعات جامعة الكويت ، سنة 1995.
3. إسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام والإثبات ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة 1967.
4. حسام الدين الأهواني: تأملات في الشرط الجزائي ، دراسة مقارنة ، دون ناشر، سنة 2014.
5. حسني محمد جاد الرب: التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ، طبعة 2007.
6. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، منشورات مكتبة صادر ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 1992.
7. عبد الرزاق السنهور :

– الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، طبعة 2004.

– الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة 2004.

8. عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس:
9. الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام والإثبات ، الطبعة الثالثة 2009 ، مؤسسة دار الكتاب ، الكويت.
10. الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، أحكام الالتزام ، مؤسسة دار الكتب، الكويت ، 2009.
11. محمد كمال عبد العزيز: التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، الجزء الأول ، في الالتزامات، الطبعة الثانية ، 1980.
12. محمد شتا أبو سعد: التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، طبعة 2001.
13. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، 1990.

المحتوى:

الموضوع	الصفحة
الملخص	19
المقدمة	20
مبحث تمهيدي – التعريف بالشرط الجزائي وأهميته	23
المطلب الأول – التعريف بالشرط الجزائي	23
المطلب الثاني – أهمية الشرط الجزائي	27
الفرع الأول – الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي	27
الفرع الثاني – الوظيفة الجزائية للشرط الجزائي	29
المبحث الأول – سقوط الشرط الجزائي بفسخ العقد	32
المطلب الأول – عرض لبعض أحكام محكمة التمييز في هذا الشأن	32
أولاً – الطعن بالتمييز رقم 272 تجاري لسنة 2004، ويتعلق بعقد إيجار	32
ثانياً – الطعن بالتمييز رقم 728 لسنة 2003 تجاري، ويتعلق بعقد بيع بالتقسيط	33
ثالثاً – الطعن بالتمييز رقم 519 لسنة 2009 تجاري 3، ويتعلق بعقد مقاولة	35
المطلب الثاني – الأساس القانوني لاتجاه محكمة التمييز بالحكم بسقوط الشرط الجزائي عند فسخ العقد	36
المبحث الثاني– عدم سقوط الشرط الجزائي بفسخ العقد	40
المطلب الأول – عرض لبعض أحكام محكمة التمييز في هذا الشأن	40
أولاً – الطعن بالتمييز رقم 119 لسنة 1993 تجاري المتعلقة بعقد شركة	40
ثانياً – الطعنان بالتمييز رقما 556، 566 لسنة 2009 تجاري، المتعلقان بعقد نقل	41

الموضوع	الصفحة
ثالثاً – طعن بالتمييز رقم 671 لسنة 2010 تجاري، يتعلق بعقد استثمار	43
المطلب الثاني – الأساس القانوني لاتجاه محكمة التمييز بالحكم بعدم سقوط الشرط الجزائي عند فسخ العقد	46
الخاتمة	52
قائمة المراجع	57