كلية الحقوق
قسم القانون المدني

الشرط الجزائي في القانون الكويتي

دراسة مقارنة

أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من

الباحث/ نزال عقاب نزال الهاجري

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ محمد شكري سرور أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الحقوق ورئيس قسم القانون المدني جامعة القاهرة السابق.	مشرفاً ورئيساً
الأستاذ الدكتور/ محمد السعيد رشدي. أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الحقوق جامعة بنها سابقاً	عضواً
الأستاذ الدكتور/ أيمن سعد عبد المجيد. أستاذ ورئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة	عضواً

٢٠١٦

إهـــداء

أهدي هذا العمل المتواضع الذي قصدت من ورائه سلوك درب العلم والمعرفة إلى:

والـــدي

عليه الرحمة،

مع خجلي أمام عظيم تضحياته لأجلي،

وكم كنت أتمنى وجوده وقت إنجاز هذا العمل وإخراجه!

وإلى

والدتي

وإلى

زوجتي وأبنائي الأعزاء.

وأرجو من كل قارئ لهذه الرسالة أن يدعو لنا ولوالدينا بما يتيسر له من خير الدعاء الصالح، راجيًا من الله العزيز القدير أن يجعل ذلك في موازين حسناتهم.

شكر وتقدير

بعد الشكر لله على كثير نعمه وفضله ومنته أن يسر لي إنجاز بحثي هذا، أتوجهُ بجزيل الشكر وجميل العرفان إلى أستاذي الأستاذ الجليل الفقيه الدكتور/ محمد شكري سرور؛ أستاذ القانون المدني، ووكيل كلية الحقوق، ورئيس قسم القانون المدني جامعة القاهرة السابق، على ما منحهُ لي من شرف قبولِه الإشراف شخصيا على موضوع رسالتي، وعلى رعايته لي وإرشادي طيلة فترة إعداد هذه الرسالة، والذي كان له الفضل الكبير في الوصول إلى غايتي منها. جزاه الله عني خير الجزاء وأرجو من الله العلي القدير أن يمده بموفور الصحة والعافية.

والشكر واجبٌ موصولٌ إلى كل من عُضوَي لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ محمد السعيد رشدي؛ أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الحقوق جامعة بنها السابق.

والأستاذ الدكتور/ أيمن سعد عبد المجيد؛ أستاذ القانون المدني ورئيس قسم القانون المدني جامعة القاهرة.

على تفضُّلُهما بقبول مناقشة هذه الرسالة، والحكم عليها، واللَّذَينِ سيكون لهما أطيب أثر علمي عليها.

كما أشكر الصديق الوفي العقيد محمد مفرح بن صبري الهاجري، الذي كان طوال إعداد هذه الرسالة يشجعني على إكمالها، ويحثني على إنجازها.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله، خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه ومَن سار على نهجه إلى يوم الدين.

أما بعد...

فإن مما لا خلاف فيه أن أهمية موضوع هذه الرسالة لا يحتاج إلى بيان؛ ذلك أن الشرط الجزائي له أهمية كبيرة ذات مظاهر متعددة ومألوفة في الحياة العملية المعاصرة، أدت لشيوع استعماله في كافة العقود والتصرفات القانونية بشكل عام دون تحديد؛ فهو عملة متداولة يندر أن يخلو ميدان التعامل في العصر الحديث من عقد أو تصرف قانوني إلا وقد تضمن شرطًا جزائيًّا، فهو كما قيل قرين كل عقد، وظل كل اتفاق، فالشرط الجزائي فرض نفسه على الحياة العملية؛ نتيجة لما يقدمه من منافع ومزايا عديدة للمتعاقدين والمجتمع، على نحو ما سيتضح من خلال استبانة الأسباب الداعية إليه، والمتمثلة في الغاية منه، ومزاياه، وقيمته العملية في الفصل الأول من هذه الرسالة.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تنبع أهمية موضوع هذه الرسالة من أن الشرط الجزائي على الرغم من أنه أحد أكثر النظم القانونية انتشارًا في جميع التشريعات، سواء القديم منها أو الحديث، إلا أن تنظيمه قد أحدث تباينًا واختلافًا تشريعيًّا أدى إلى اختلاف قضائي وجدل فقهي لا يزال قائما. كان ذلك وغيره مما يأتي أدناه هو الدافع لي وراء اختياري "الشرط الجزائي في القانون الكويتي دراسة مقارنة" موضوعًا لرسالتي.

فالشرط الجزائي يثير مسائل قانونية متعددة؛ فقد اختلف حول طبيعته القانونية: هل هو تعويض أم عقوبة؟ كما كان النقاش واسعًا حول حدود مشروعية الاتفاق عليه: هل يقتصر على المسئولية العقدية فحسب أم يمتد ليطال نطاق المسئولية التقصيرية؟ وما ثار حول مصيره في حالة فسخ العقد المنشئ للالتزام الأصلي؛ أي أيبقى أم يزول تبعًا لزوال الالتزام الأصلي التابع له؟ ومدى قيامه في حالة تقييد المسئولية في صورتي الإعفاء أو التخفيف منها؟ وبين هذا وذاك، فالشرط الجزائي وإن كان نظامًا قانونيًّا مستقلًّا بذاته، إلا أنه يتشابه مع بعض الأنظمة القانونية الأخرى، وقد أدى ذلك التشابه بالبعض إلى الالتباس بينه وبينها؛ كالالتزامات

الشرطية والتبادلية والتخييرية وغيرها؛ مما يقتضي التمييز بينها وبين الشرط الجزائي، كما أن ثبات الشرط الجزائي وعدم إمكانية تعديله إلا في حالات استثنائية، كان هدفًا آخر من أهداف هذه الدراسة، التي اقتضى تتبعها دراسة بعض النظم القانونية المقارنة؛ حتى يتسنى لنا تقدير موقف القانون الكويتي من القوانين الأخرى التي تنظم أحكام الشرط الجزائي، فتنظيم المشرع الكويتي للشرط الجزائي لم يكن حدثًا تشريعيًّا جديدًا خاصًّا به دون غيره من التشريعات المقارنة؛ إذ سبقه في ذلك العديد من القوانين؛ كالقانون الروماني والفرنسي، والقوانين العربية؛ كالقانون المصري واللبناني والعراقي والسوري، وغير ذلك من القوانين؛ إذ إن هناك أساسًا مشتركًا في مختلف التشريعات من حيث إقرار الشرط الجزائي والعمل به، غير أن الاختلاف بينها يظهر جليًّا حول سلطة القاضي في تعديله.

يضاف إلى أسباب اختياري لدراسة الشرط الجزائي في القانون الكويتي كموضوع لرسالتي، أن المشرِّع الكويتي في تنظيمه لأحكام الفوائد قد حظرها في نطاق العمل المدني دون العمل التجاري، وأن ذلك الحظر قد يمتد ويشمل الشرط الجزائي عن التأخير في الوفاء بالتزام نقدي متى كان الالتزام الأصلي من طبيعة مدنية؛ إذ يعد الاتفاق على الشرط الجزائي في هذه الحالة في صورة فوائد تأخيرية اتفاقية، وهي محظورة في نطاق العمل المدني، فما هو عندئذ مآل الاتفاق على الشرط الجزائي عند التأخير في الوفاء بالتزام مدني محله مبلغ من النقود؛ إذ لا يخضع لأحكام الفوائد ولا لأحكام الشرط الجزائي؟ وهل ما قرره المشرع الكويتي في المادة ٣٠٦ مدني من أحكام كافٍ لمعالجة الشرط الجزائي عن التأخير في الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود في ظل حظر الفوائد في القانون المدني. كل ذلك دفعني إلى اختيار دراسة الشرط الجزائي في القانون الكويتي موضوعًا لرسالتي.

منهج الدراسة وخطة البحث:

نظرًا لقيام هذه الدراسة على المقارنة والموازنة بين أحكام الشرط الجزائي في القانون الكويتي، والقانون الفرنسي، والقانون اللبناني، والقانون المصري[١]، ولما

---

(١) القوانين المختارة للدراسة هي القانون المصري باعتباره أحد المصادر التاريخية للقانون الكويتي، والقانون الفرنسي باعتباره أحد القوانين التي كانت تتسم بثبات الشرط الجزائي رغم ما حصل من تعديل عام ١٩٧٥ أعطى للقاضي صلاحية تعديله، والقانون اللبناني الذي كان تنظيمه أقرب إلى القانون الفرنسي من القانون الكويتي والمصري.

تتطلبه من الوقوف عند بعض الجزئيات وتحليلها، وهو ما يستلزم أن أطرح وجهة نظري الذاتية؛ لذلك كان منهجي فيها هو المنهج المقارن التحليلي، هادفًا من وراء ذلك إلى إثراء موضوع هذه الرسالة، ومحاولة مني للإلمام بجميع تفاصيل موضوعها. وقد اقتضت الغاية التي نتوخاها من هذه الدراسة- والمنهج المحدد للسير فيها- أن أقسم رسالتي إلى مبحث تمهيدي وأربعة فصول، كل فصل ينقسم بدوره إلى مبحثين، والمبحث في كل فصل يشتمل على ثلاثة مطالب، وعند الاقتضاء على أربعة مطالب، والمطلب عند الحاجة يتفرع إلى فرعيين أو أكثر، وكذلك الفروع هي الأخرى تنقسم إلى بنود في بعضها.

في المبحث التمهيدي استعرضت الملامح التاريخية للشرط الجزائي، وفي الفصل الأول مفهوم الشرط الجزائي، المبحث الأول تعريف الشرط الجزائي ومقوماته، وفي المبحث الثاني الأسباب الداعية إلى الشرط الجزائي، وتناولت في الفصل الثاني مشروعية الشرط الجزائي ومجال إعماله، المبحث الأول: مشروعية الشرط الجزائي، والمبحث الثاني: مجال إعمال الشرط الجزائي، في حين خصصت الفصل الثالث لشروط استحقاق الشرط الجزائي، وسلطة القاضي في تعديله، المبحث الأول: شروط استحقاق الشرط الجزائي، والمبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، وجعلت الفصل الرابع والأخير لصفات الشرط الجزائي وطبيعته القانونية وتمييزه عما قد يشتبه به، المبحث الأول: صفات الشرط الجزائي وطبيعته القانونية، والمبحث الثاني: تمييز الشرط الجزائي عما قد يشتبه به.

واختتمت هذه الرسالة بخاتمة تحمل خلاصة ما انتهت إليه الدراسة من نتائج، ووضعت فيها ما بدا لي من توصيات. ثم ذيلت الرسالة بقائمة من المراجع العلمية مرتبة بحسب الترتيب الأبجدي لأسماء المؤلفين، وفهرس الموضوعات.

مبحث تمهيدي

لمحة تاريخية عن الشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو: اتفاق الأطراف مقدمًا على مقدار التعويض عن الضرر الذي يلحق بالدائن من جراء إخلال المدين بتنفيذ التزامه الأصلي[١]، فمن المعلوم أن العقد وُجد لتنفيذ الالتزامات التي يُنشئها، تنفيذا عينًيا فلا تتحقق مزاياه وفوائده لكلٍّ من طرفيه إلا بالتنفيذ العيني للالتزام الأصلي، ولكن تنفيذ الالتزام عينًا قد يعترض سبيله ما يحول دون حصوله كلية أو جزئيًّا، أو تنفيذه بصورة معيبة، أو يتأخر إجراء التنفيذ عن الوقت المحدد له بسبب يرجع لأحد أطرافه، وحيث إن إخلال المدين (Punition) بتنفيذ التزامه قد ينشئ للدائن (assureur) حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك الإخلال[٢]. والأصل أن القاضي (juge) هو من يتولى بنفسه الفصل في مسألة تقدير التعويض المطالب به[٣]، إلا أن المتعاقدين قد يتكفلان بذلك بدلًا من القاضي من خلال تقديرهما للتعويض؛ إذ لا يوجد ما يمنعهما من الاتفاق (convention) مقدمًا على مقدار التعويض الذي يُستحَقُّ عند إخلال المدين منهما بتنفيذ التزامه[٤]، فقد لا يترك كلٌّ من الدائن والمدين أمر تقدير

---

(١) انظر في تعريف الشرط الجزائي إلى المطلب الأول من المبحث الأول في الفصل الأول.

(٢) التعويض هو مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كانت سيحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية، والثقة المتبادلة بين الناس. هذا وإن كان الغالب أن التعويض يقدر بمبلغ من النقود، فإن ذلك لا يمنع أن يكون شيئًا آخر؛ كأن ينشر حكم البراءة من القذف في الصحف على حساب المدين القاذف كتعويض عن الضرر الأدبي. د.حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي أحكام الالتزام، الناشر: العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧، ص٢٦-٢٧.

(٣) تنص المادة (١/٣٠٠) من القانون المدني الكويتي على: (١- تقدر المحكمة التعويض إذا لم يكن مُقدَّرًا في العقد أو بمقتضى القانون)؛ فالتعويض يتحدد مقداره وفقًا لما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، ويشترط للقضاء له توافر شروط المسئولية المدنية بصفة عامة؛ وهي: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، فضلًا عن توافر الإعذار في الحالات التي يكون فيها وجوبيًّا.

(٤) تنص المادة (٣٠٢) من القانون المدني الكويتي على: (إذا لم يكن محل الالتزام مبلغًا من النقود، يجوز للمتعاقدين أن يقدِّرا مقدمًا التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق).

التعويض للقاضي كما هو في الأصل[١]، فيتفقان مقدمًا على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن منهما عن الضرر الذي يلحقه في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو التأخير فيه، فهذا الاتفاق هو ما يسمى بالشرط الجزائي (clause pénale)[٢].

وحيث إن الشرط الجزائي كان امتدادًا لتطور الفكر القانوني في التشريع الروماني القديم، والذي انتقل منه إلى الدول التي تأثرت بالقانون الروماني، والتي منها القانون الفرنسي، ودخلت فكرة الشرط الجزائي إلى حيز نطاق القوانين (codes) العربية متأثرة بالقانون الفرنسي، الذي يعد أحد المصادر التاريخية لأغلب القوانين العربية؛ كالقانون المصري، الذي يعد هو الآخر أحد المصادر التاريخية للقانون الكويتي. وعليه فإن إسقاط الضوء على الشرط الجزائي من الناحية التاريخية يسهم في إبراز الفكرة التي يقوم عليها، وهذا ما سنستعرضه في هذا المبحث التمهيدي، والذي نقسمه إلى ثلاثة مطالب؛ أولها: للشرط الجزائي في القانون الروماني، وثانيها: للشرط الجزائي في القانون الفرنسي، وثالثها: للشرط الجزائي في القوانين العربية.

---

(١) أحيانًا يتدخل المشرع في حالات معينة؛ ليحدد هو مقدار التعويض، فيسمى التعويض بالتعويض القانوني، مثال ذلك ما نص عليه المشرع الكويتي في المادة (٢٤٨) من القانون المدني، التي تقرر أنه: (إذا كان الضرر واقعًا على النفس، فإن التعويض عن الإصابة ذاتها يتحدد طبقًا لقواعد الدية الشرعية من غير تمييز بين شخص وآخر...). وقد حددت الفقرة الأولى من المادة (٢٥١) من ذات القانون قيمة الدية الشرعية بالنص عليها: (تقدر الدية الشرعية الكاملة بعشرة آلاف دينار...)، وكذلك الفوائد القانونية متى كان محل الالتزام الأصلي دفع مبلغ من النقود.

(٢) يعبر عن الواجب القانوني في مصر والكويت وأغلب الدول العربية بمصطلح (كلمة) التزام (Obligation)، بينما يعبر عنه في فرنسا ولبنان بمصطلح موجب، وجمعه موجبات، وكذلك يطلق على الشرط الجزائي في نطاق القانون الفرنسي واللبناني مصطلح البند الجزائي. وينوه الباحث على أنه سيقتصر على استخدام لفظ الالتزام دون الموجب، والشرط الجزائي دون البند الجزائي، حتى في تناولنا لبعض جوانب دراسة الشرط الجزائي في القانونين الفرنسي واللبناني، ما لم يقتضِ الأمر خلاف ذلك، ولا سيما في النصوص القانونية.

المطلب الأول

الشرط الجزائي في القانون الروماني

تعود فكرة الشرط الجزائي في أصولها إلى أسلوب ابتكره الفقهاء الرومان، وقصدوا به إعطاء قوة إلزامية لبعض الاتفاقات والعقود التي لم يكن لها قبل الاتفاق عليه قوة إلزامية بمقتضى القانون الروماني، خاصة الالتزامات التي كان محلها شيء آخر غير النقود، فإذا اشترط الدائن على المتعهد التزامًا لا يكرسه القانون؛ بأن يدفع له في حالة عدم تنفيذ تعهُّد معين، فإنه في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه الذي نكل عنه، يلزمه القاضي بدفع ما تعهد به، وهو غالبًا ما يكون دفع مبلغ من النقود، فقد كان التعهد المجرد لدى الرومان لا يحدث آثارًا قانونية إلا إذا أُدرج في شكل مشارطة، وفقًا للشروط والشكليات التي وضعوها لذلك، فالأفراد كانوا يلجئون إلى هذه الصورة باشتراط جزاء محدد يدفع عند عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، ليصبح للاتفاق قوة ملزمة مستمدة من ذلك الجزاء الاتفاقي[١]، إذ كان من غير المتصور في القانون الروماني أن يستفيد من العقد من لم يكن طرفًا فيه، فالعقد الذي يُشترَط فيه حق لمصلحة الغير يكون عقدًا باطلًا؛ وذلك لانتفاء مصلحة المشترط، وإذا انتفت المصلحة فلا دعوى. ومع ذلك، فقد أباح القانون الروماني للمشترط أن يضع لنفسه حقًّا شخصيًّا في العقد، وذلك عن طريق وضع شرط جزائي يطالب به المتعهد إذا لم يقم الأخير بتنفيذ تعهده لمصلحة المنتفع[٢]، فكان الشرط الجزائي – آنذاك – أهم الوسائل إن لم يكن الوسيلة الوحيدة التي استخدمها الرومان لتقوية وتفعيل الالتزامات التي لا تستمد قوتها من القانون، واستُخدم أيضًا لضمان تنفيذ التزامات لم تكن لها دعوى

---

(١) جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الثاني، بيروت، لبنان، ١٩٦٣، ص١٤٠، د.إلياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ، بدون ناشر (المؤلف)، ١٩٩١، ص١٩. د. أحمد إبراهيم حسن، الأصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٧، ٢٤، ٣٠، ٩١. د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص٤٧، ٤٨.

(٢) د. رمضان أبو سعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الناشر: الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص٢٥٢، ٢٥٣.

تحميها؛ كالاشتراط لمصلحة الغير، والتعهد عن الغير[١]، وقد أطلق على الشرط الجزائي في القانون الروماني اسم stipulation poena، والذي يتضمن في آنٍ معنى الاشتراط stipulation، والعقاب Poena؛ مما يعني أن غاية الشرط الجزائي في القانون الروماني لم تستهدف التعويض عن الضرر الناتج من عدم التنفيذ فحسب، وإنما تمتد لمعاقبة المدين زجرًا له عما اقترفه بحق الدائن؛ إذ اعتبر الرومان المدين الذي لا ينفذ التزامه كالمجرم الذي يستحق العقاب[٢]، فالقانون الروماني كان ينظر إلى الشرط الجزائي باعتباره جزاءً أكثر منه تعويضًا، فهو يستخدم أساسًا كوسيلة لإجبار المتعاقد على تنفيذ ما تعهد به في التصرفات القانونية التي كانت عديمة الأثر في هذا القانون؛ لخلوها من الشكليات الملزمة التي كان يعتنقها[٣]، فهو يعمل على صحة التعهدات التي لم يكن لها أثر ملزم في القانون؛ وذلك بفضل التعهد المعبر عنه في شكل الشرط الجزائي[٤].

فالشرط الجزائي يعطي قوة إلزامية للاتفاق ويضمن تنفيذه[٥]، فقد كان الشرط

---

(١) د. طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة باريس، ١٩٧٤، النسخة العربية، ص٥٢، د.أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص٧، ١٠.

(2) L. Barde et G. Baudry Lacantinerie. De Droit – civil des Obligations Troisième édition Tome Deuxième Sirey, p 465. 1906.

د.طلال المهتار، المرجع السابق، ص٤٠، ٤١. د.إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص١٤، ١٩.

(٣) اتسم القانون الروماني في مراحله الأولى بالطابع الشكلي؛ إذ كانت التصرفات القانونية تتطلب لصحتها فيه إجراء طقوس معينة، أو تُلفظ بعبارات محددة. وقد أدى ذلك إلى حصر قانون الالتزامات في نطاق ضيق للغاية. وبعد تطور المجتمع الروماني واتساعه، أصبح القانون الروماني المكبل بالشكليات غير قادر على تلبية احتياجات المجتمع، فكان الشرط الجزائي أهم الوسائل إن لم يكن الوسيلة الوحيدة التي استخدمها الرومان لإخراج قانون الالتزامات من سجنه الضيق، وذلك عن طريق التوصل إلى إنشاء التزامات من خلال الاتفاق على الشرط الجزائي. انظر: د.أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص٧.

(4) L. Barde et G. Baudry Lacantinerie op cit. p 464.

(5) G. Girard de la stipulation poenae en droit roman et de la clause pénale en droit français thèse Paris 1877 p 11.

الجزائي في بادئ الأمر هو الإجراء الوحيد الذي يؤدي إلى تنفيذ التعهدات، ولا سيما غير المالية منها[١].

المطلب الثاني

الشرط الجزائي في القانون الفرنسي

انتقل استعمال الشرط الجزائي بمفهومه في القانون الروماني إلى الدول التي تأثرت قوانينها بالقوانين الرومانية، والتي منها القانون الفرنسي، وكان يسود ذلك الانتقال فكرة العقاب؛ إذ اتسم الشرط الجزائي في القانون الفرنسي القديم بطابع العقاب، وكان أيضًا يتصف بالثبات، ويخفض لصالح المدين في حالتي التنفيذ الجزئي والمجاوزة الظاهرة لمقدار الضرر[٢]، وكان ذلك التخفيض لا يرتكز على أساس قانوني، وإنما قام على آراء بعض المؤلفين كبوتيه (Pothier)، الذي تأثر بكتابات (Dumoulin) الذي يرى زيادة قيمة الشرط الجزائي إذا أثبت الدائن أن الشرط الجزائي يقل عن الضرر الفعلي اللاحق به. وفي المقابل، يستطيع المدين أن يخفض الشرط الجزائي إذا ما أثبت أن مقدار الشرط يتجاوز الضرر اللاحق بالدائن، فلا يصح أن تتجاوز قيمة الشرط الجزائي الحدود التي عينها القانون للتعويضات، فضلاً عن أن اعتبارات العدالة تقتضي تخفيض الشرط الجزائي؛ حيث إن المدين في كثير من الأحيان عندما يجري اتفاقًا يرتضي بموجبه التعويض المحدد فيه يكون مستندًا في ذلك إلى ثقته الخاطئة التي توحي له بأنه لن ينكل في تعهده، ومن ثم لو ثبت التعسف وجب التخفيض. وقد انتقد البعض من الفقه، اجتهادات القضاء؛ إذ كانوا ينظرون إلى الشرط الجزائي كمبلغ مقطوع متفق عليه لتقدير التعويض، ولا يجوز إنقاصه أو زيادته. وتأثرًا باجتهاد بعض الفقه؛ كدملون وبوتيه، وأحكام القضاء،

---

(1) Alex Weill et François Terre De Droit civil des Obligations précis Dalloz édition 1986 p 478 et.L. Barde et G. Baudry Lacantinerie. Op. cit p 464.

(2) Civ.14 fevr. 1866, D. p. 66, 1, 194 voir Alex Weill et François Terre op cit, p482.

اقترحت اللجنة المكلفة بوضع مشروع القانون المدني الفرنسي عام ١٨٠٤ الإبقاء على الاجتهاد القديم بشأن إمكانية تعديل الشرط الجزائي من قبل القاضي، إلا أن مجلس الشورى رفض هذا الاقتراح بحجة أن المتعاقدين هما أصلح المُقدِّرين للضرر الذي يمكن أن يحصل من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، فإذا حدد المتعاقدان مقدار التعويض عن الضرر، فإنه ينبغي أن يؤخذ ذلك التعاقد في الاعتبار، ويجب من ثم احترام نصوص العقد المتفق عليه بينهما(١).

فنص في المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي على: (عندما يتضمن الاتفاق نصًا بأن من يخل في تنفيذه يدفع مبلغًا من المال لإصلاح الضرر، فلا يمكن منح الفريق الآخر مبلغًا أكثر أو أقل من المبلغ المتفق عليه)(٢)؛ وبذلك النص قطع المشرع الفرنسي في إصداره القانون المدني عام ١٨٠٤ الجدل حول إمكانية تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي زيادة أو نقصانًا من عدمه؛ إذ لا يجوز للقاضي بأية حجة أن يعدله.

وقد استخلص القضاء الفرنسي من هذا النص: أن الشرط الجزائي يستحق حتى ولو ثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من إخلال المدين بتنفيذ التزامه؛ فاتفاق الطرفين على الشرط الجزائي، وتقديرهما مقدَّمًا لمبلغ التعويض يعني أنهما مُسلِّمان بأن إخلال المدين بتنفيذ بالتزامه يُحدث ضررًا اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه (٣).

وقد استُند في رفض تعديل الشرط الجزائي تخفيضًا أو زيادة في القانون

---

(1) Gabriel Marty et Pierre Raynaud Droit Civil les Obligations Edition 2 tome 1- 1988 p 777.

د. طلال المهتار، مرجع سابق، ص٤٢، ٤٣، ٩٦.

(2) Art. 1152. Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme a titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué a l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.(Code civil des français. Paris. L'imprimerie de la republique.1804)

(3) Cass civ. 6 juin 1912 voir Capart Maurice Droit civil Les Obligations 5 Edition 1933 p 81