

## بحوث ودراسات باللغة العربية

- المسؤولية المدنية عن الأضرار التي أصابت ركاب الرحلة «302»،  
للخطوط الإثيوبية الناجمة عن انفجار طائرة بوينغ 737 ماكس 8  
د. تركي مصلح حمدان  
برنامج القانون، كلية البريمي الجامعية، سلطنة عمان
- دور المؤسس الدستوري في صناعة القواعد الدستورية  
المتعلقة بحقوق وحرية الأفراد: دراسة مقارنة  
د. فاطمة الزهراء رمضاني  
كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر
- تطور النظام القانوني الدولي لمواجهة التغيرات  
المناخية: دراسة تحليلية نقدية  
د. نادية ليتيم  
كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر
- الوساطة القضائية كوسيلة بديلة لحل المنازعات  
الإدارية: دراسة مقارنة  
د. صفاء محمود السوليميين  
كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن
- د. أحمد الضالعين  
كلية القانون، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
- رهانات الأمن السيبراني الوطني في ظل التحول الرقمي:  
قراءة في التأصيل المعرفي واستراتيجية مواجهة التشريعية  
د. دلالي جيلالي  
د. بلبشير يعقوب  
كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر
- القواعد النازمة للشرط الجزائي وضوابط تطبيقه في  
التشريع الفلسطيني: دراسة مقارنة  
د. محمود عبد المحسن سلامة  
أ. إبراهيم خالد عبد يحيى  
كلية الحقوق، الجامعة العربية الأمريكية، جنين، فلسطين

## بحوث ودراسات باللغة الإنجليزية

- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:  
استقلالية الأطراف (المدى والقيود)  
د. وفاء يعقوب جناحي  
أ. منيرة خليفة آل خليفة  
كلية الحقوق، جامعة البحرين
- جائحة كوفيد-19: التأثير على قانون المنافسة في فرنسا  
أ. حبيبة بحوري  
كلية الحقوق، جامعة ليون 3، جان مولان، فرنسا

- الحكم الشرعي في مساهمة المواطنين في مشروعات  
الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دولة الكويت:  
شركة شمال الزور الأولى للطاقة والمياه نموذجاً  
د. عدنان الملا  
كلية القانون الكويتية العالمية  
د. عبد العزيز الناهض  
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت
- مدى هيمنة مجلس الخدمة المدنية على الجهات الحكومية  
والهيئات والمؤسسات المستقلة: دراسة تحليلية وتطبيقية  
أ. بدر مشاري الحماد  
نائب رئيس جهاز المراقبين الماليين بالوكالة سابقاً (2021)  
ووكيل مساعد سابق لشؤون الرقابة المالية، وزارة المالية، دولة الكويت
- الممارسات الضارة في التجارة الدولية: دراسة للإغراق  
والدعم والوقاية في القانونين السعودي والمقارن  
أ. د. أحمد السعيد الزقرد  
كلية الشريعة، جامعة القصيم، المملكة العربية السعودية  
د. حسام سيد علي  
كلية الدراسات الإنسانية والإدارية، عنيزة، المملكة العربية السعودية
- الحماية الجنائية للطفل وفقاً للاتفاقيات الدولية  
والتشريعات الوطنية... التشريع الأردني والنظام  
السعودي نموذجاً: دراسة تحليلية مقارنة  
د. لورنس سعيد الحوامدة  
كلية الحقوق، جامعة طيبة، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية
- معايير التضليل بالفعل في إعلانات المنتجات الطبية في ضوء  
أحكام قانون المنتجات الطبية الإماراتي رقم 8 لسنة 2019  
أ. شوق حسين الشويكي  
د. محمود إبراهيم فياض  
كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة
- ظاهرة الملاءمة السياسية في عملية تفسير النصوص  
الدستورية: دراسة فلسفية تأصيلية مقارنة  
د. بهاء الدين مسعود خويرة  
كلية القانون، جامعة لوسيل، الدوحة، قطر
- مدى فعالية السياسة الجنائية العُمانية في مواجهة  
جائحة كورونا: دراسة تحليلية مقارنة  
د. نزار حمد قشطة  
كلية القانون، جامعة الشارقة، سلطنة عمان

## القواعد الناظمة للشرط الجزائي وضوابط تطبيقه في التشريع الفلسطيني: دراسة مقارنة

د. محمود عبد المحسن سلامة وأ. إبراهيم خالد عبد يحيى  
كلية الحقوق، الجامعة العربية الأمريكية  
جنين، فلسطين



## CERTIFICATE OF ACCREDITATION

This is to certify that

### **Kuwait International Law School**

Is accredited by the Quality Assurance Agency for Higher Education (QAA) for the successful completion of the International Quality Review and meeting the Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area.

Accreditation valid: 11/2017 - 11/2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Douglas Blackstock'.

Douglas Blackstock, Chief Executive, QAA



# KILAW

كلية القانون الكويتية العالمية  
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

## مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

علمية، محكمة، ربع سنوية  
تعنى بنشر الدراسات والبحوث القانونية والشرعية  
صدر العدد الأول منها في مارس 2013

السنة العاشرة - العدد 1 - العدد التسلسلي 37  
ربيع الثاني/ جمادى الأولى 1443 هـ - ديسمبر 2021 م

النصوص الكاملة للبحوث متاحة على موقع المجلة على الإنترنت

[Journal.kilaw.edu.kw](http://Journal.kilaw.edu.kw)

# القواعد الناظمة للشرط الجزائي وضوابط تطبيقه في التشريع الفلسطيني: دراسة مقارنة

د. محمود عبد المحسن سلامة  
أستاذ القانون المدني المساعد  
قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، الجامعة العربية الأمريكية، جنين، فلسطين

أ. إبراهيم خالد عبد يحيى  
محاضر وحاصل على ماجستير قانون

## الملخص:

يتناول البحث مسألة تأصيل وجود الشرط الجزائي في نطاق مجلة الأحكام العدلية في ظل سكوتها عن تنظيمه، بالاستناد إلى القواعد الفقهية والنصوص العامة، مع محاولة التأصيل لإمكانية افتراض الضرر بما لا يقبل نفي وقوعه في نطاق المجلة، خلاف التوجه السائد بحصر دور الشرط الجزائي في نقل عبء نفي وقوع الضرر أو المبالغة فيه على عاتق المدين. ويسعى البحث إلى توضيح الأسس القانونية التي تمنح القضاء سلطة تعديل الشرط الجزائي في نطاق المجلة، وتحليل الاجتهادات القضائية الفلسطينية التي لم تستقر على موقف واحد من الشرط الجزائي وتعديله، كما يسعى البحث إلى توضيح أفضلية الاجتهاد القضائي المعدل في الشرط وفق شروط مقيدة على سواه من الاجتهادات، جرياً على مذهب القانون المدني الفلسطيني النافذ في غزة، باعتباره يحافظ على الطابع التهديدي للشرط الجزائي من خلال تبني معيار «التناسب» بين التعويض والضرر، وليس «التساوي» المتبنى وفق المجلة، بما يخدم فلسفة الشرط الجزائي في الجمع بين الطابع التعويضي والتهديدي معاً.

**كلمات دالة:** التعويض الاتفاقي، الضرر، سلطة القاضي في التعديل.

## المقدمة:

نصت العديد من التشريعات على الشرط الجزائي بصورة واضحة، فقد نصت المادة (240) من القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012<sup>(1)</sup> المطبق في غزة على أنه: «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون»، ونصت المادة (241) من القانون ذاته على أنه: «1- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. 2- يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. 3- إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً. 4- يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة»<sup>(2)</sup>.

ونصت المادة (364) من القانون المدني الأردني<sup>(3)</sup> على أنه: «1- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون. 2- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك».

كما أن الفقه الإسلامي عموماً يحتوي على مدلول الشرط الجزائي، ومن ذلك ما روي عن البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكريه: «أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: مَنْ شرط على نفسه طائعاً غير مكروه فهو عليه»<sup>(4)</sup>، وهو ما أيده جانب من الفقه الإسلامي الحديث حين أقر جواز الشرط الجزائي حتى في حالة الديون التي يتأخر فيها المدين عن السداد

(1) منشور في الوقائع الفلسطينية (المجلة الرسمية)، عدد ممتاز، أغسطس (آب) 2012.

(2) تقابلها المادتان (240) و(241) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، إذ من الجدير ذكره أن القانون المدني المطبق في الضفة الغربية من مناطق السلطة الفلسطينية يختلف عن القانون المطبق في قطاع غزة التابعة كذلك للسلطة الفلسطينية، إذ هو مجلة الأحكام العدلية في الضفة، والقانون المدني الفلسطيني في غزة الذي صدر من خلال القنوات التشريعية للسلطة القائمة في غزة، حيث إن وجود سلطتين تشريعتين منفصلتين إحداهما في الضفة والأخرى في غزة نشأ عن حالة الانقسام السياسي بين الأحزاب السياسية منذ عام 2006، فالسلطة التشريعية في الضفة الغربية لم تعمل على إصدار قانون مدني، بل ما زالت المجلة مطبقة، أما السلطة التشريعية في قطاع غزة فقد أصدرت القانون المدني الفلسطيني الذي ما زال مشروعاً في الضفة الغربية ينتظر إصداره كقانون.

(3) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، الجريدة الرسمية رقم 2645، بتاريخ 1976/8/1، ص 2.

(4) محمد أحمد حسن محمود، الشرط الجزائي: دراسة مقارنة، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، المجلد 6، العدد 12، سنة 2010، ص 507.

في الميعاد المحدد<sup>(5)</sup>.

وإذا لم تكن مجلة الأحكام العدلية بصفتها القانون المدني المطبق في الضفة الغربية في فلسطين قد نصت على الشرط الجزائي بصورة واضحة، إلا أنها احتوت العديد من القواعد الفقهية والنصوص القانونية التي تصلح أساساً للاعتراف بالشرط الجزائي في ظلها، كما احتوت قواعد تؤيد تعديل الشرط الجزائي سوف يتم تفصيلها في متن البحث، أسوة بحق القضاء النظر في العقود في نظام «الأعذار» في عقد الإجارة<sup>(6)</sup> الذي تأخذ به المجلة، إذ يتيح للمحكمة فسخ العقد، ومن باب أولى أن يتاح للقضاء سلطة التعديل تحقيقاً للموازنة في العقود، ورفعاً للتعسف في الشرط الجزائي<sup>(7)</sup>.

والشرط الجزائي هو اتفاق طرفي العقد على تعويض محدد في العقد عند إخلال أحدهما بالتزاماته، يستحق حين وقوع الإخلال<sup>(8)</sup>. كما أنّ الشرط الجزائي التزم تابع للالتزام أصلي هو العقد، فإذا بطل العقد بطل الشرط الجزائي الوارد فيه<sup>(9)</sup>، ويشترط أن يقع

(5) «ولا شك أنّ تأخير الحق عن صاحبه عمداً ومطلاً وبطلاناً دون عذر شرعي هو ظلم وجور بشهادة الأحاديث النبوية الأنفة الذكر، وفيه ضرر لصاحب الحق بحرمانه من منافع حقه أو ماله مدة التأخير التي قد تطول كثيراً، فهذا المدين الظالم بالتأخير، والمامل في الوفاء رغم قدرته، إذا لم يلزم بتعويض صاحب الحق عن هذا التأخير، كانت النتيجة أنّ الظالم العاصي يتساوى في النتيجة مع الأمين العادل المطيع الذي لا يؤخر حقاً عليه، ولا يسبب ضرراً. والجزاء الأخرى بمعاقبة هذا الظالم لا يفيد صاحب الحق المهضوم المحروم شيئاً في هذه الدنيا. والحقوق المالية الثابتة في نظام المعاملات الشرعي جعلت لها حماية وضمان قضائية في هذه الدنيا قبل الجزاء الأخرى، هذه سياسة الشريعة الحكيمة. فإذا تساوى معطي الحق ومانعه، أو معجله ومؤخره كان هذا مشجعاً لكل مدين على أن يؤخر الحقوق ويماطل فيها بقدر ما يستطيع ليستفيد من هذا الظلم أكبر قدر ممكن دون أن يخشى طائلة أو محذوراً، ما دام لن يؤدي في النهاية إلى أصل الحق. وهذا خلاف مقاصد الشريعة وسياستها الحكيمة قطعاً». مصطفى أحمد الزرقا، هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المامل بالتعويض على الدائن؟ مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، العدد 2، المجلد 2، سنة 1985، ص 107-108.

(6) تنص المادة (443) من المجلة على أنه: «لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة».

(7) غازي خالد أحمد أبو عرابي، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، دراسات - علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، العدد 2، المجلد 25، سنة 1998، ص 49.

(8) محمد أحمد حسن محمود، مرجع سابق، ص 456؛ وانظر أيضاً في تعريف الشرط الجزائي، محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ف66، ص 63؛ جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 73؛ أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 163.

(9) نقض مدني، حقوق رقم 2011/323، محكمة النقض المنعقدة في رام الله، بتاريخ 2014/12/4، منشور على موقع المقتفي. وانظر استئناف مدني، حقوق رقم 2009/462، محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله، بتاريخ 2010/6/30، منشور على موقع المقتفي؛ فقهاً راجع: عبد القادر الفار، أحكام الالتزام - آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2015، ص 85؛ محمد شكري سرور، مرجع سابق، فقرة 69، ص 65.

الإخلال على التزام مشروع، أمّا إن كان غير مشروع فلا عبرة بالشرط الجزائي<sup>(10)</sup>.

### أولاً: أهمية البحث

تتمثل أهمية البحث في أنه يسعى لمعالجة مسألتين مهمتين، الأولى محاولة لتأصيل وجود الشرط الجزائي في مجلة الأحكام العدلية المطبقة في الضفة الغربية، في ظل تباين الاجتهادات القضائية بخصوص الاعتراف بالشرط الذي خلت المجلة من تنظيمه، هذا التأصيل يفيد القضاة والمحامين في تبني الشرط الجزائي في ظل مجلة الأحكام العدلية انسجاماً مع شيوعه في الواقع العملي.

والأهمية الأخرى هي الوقوف على موقف القضاء من تعديل قيمة الشرط بالنسبة للاجتهادات القضائية التي اعترفت بوجود الشرط الجزائي، إذ ينادي البحث بتبني الموقف الذي يسمح بتدخل القضاء إنقاصاً وزيادة في قيمة الشرط بما يحقق التناسب - رغم أنّ المجلة تشترط جعل التعويض مساوياً للضرر- إذ إنّ هذا الموقف هو الأقرب إلى فلسفة الشرط الجزائي، مما فتح الباب لنقاش مدى انسجام أحكام التعويض في المجلة مع فلسفة الشرط الجزائي.

### ثانياً: إشكالية البحث

ثمة عدة تساؤلات تشكل في مجموعها إشكالية البحث على النحو التالي: ما موقف القضاء الفلسطيني من الشرط الجزائي في ظل مجلة الأحكام العدلية؟ ما الأسانيد التي من الممكن الاستناد إليها في تأصيل وجود الشرط الجزائي في ظل مجلة الأحكام العدلية؟ ما موقف الاجتهادات القضائية التي اعترفت بالشرط الجزائي من تعديل القضاء لقيمة الشرط الجزائي؟ وما أسانيد تدخل القضاء في تعديل قيمة الشرط الجزائي في ظل المجلة؟ وما مدى انسجام موقف المجلة بخصوص التعويض مع فلسفة الشرط الجزائي في ضوء الاجتهادات القضائية المختلفة؟

### ثالثاً: منهجية البحث

اعتمد البحث على المنهج الاستقرائي لنصوص مجلة الأحكام العدلية ومشروع القانون المدني الفلسطيني، وتمت المقارنة في بعض أجزاء البحث حيثما كان ذلك مثيراً للبحث مع نصوص قانونية عربية، كما اعتمد البحث على الاجتهادات القضائية الفلسطينية في فهم موقف القضاء من الشرط الجزائي، خاصة في ظل خلو المجلة من نص صريح يعالج الشرط الجزائي.

(10) نقض مدني، حقوق رقم 2004/6، محكمة النقض المنعقدة في غزة، بتاريخ 2004/10/6، منشور على موقع المقتفي.



#### رابعاً: خطة البحث

في ضوء ما سبق، فقد تم اعتماد الخطة التالية:

المطلب الأول: تأصيل الشرط الجزائي في نطاق القانون الفلسطيني

المطلب الثاني: سلطة القضاء في تعديل الشرط الجزائي

## المطلب الأول

### تأصيل الشرط الجزائي في نطاق القانون الفلسطيني

يعالج هذا المطلب موقف مجلة الأحكام العدلية من الشرط الجزائي في ظل سكوتها عن تنظيمه، حيث ظهر دور القواعد الفقهية والنصوص المنظمة للعقد في إمكانية تأصيل وجود الشرط الجزائي في نطاق المجلة، إذ يتناول (الفرع الأول) موقف المجلة بنصوصها المذكورة، في حين عالج القانون المدني الفلسطيني المطبق في غزة الشرط الجزائي بنصوص صريحة تعتبر هي الأساس القانوني دون حاجة لبحث مسألة التأصيل في نطاقه، بينما يتناول (الفرع الثاني) ضوابط تبني الشرط الجزائي في نطاق المجلة والقانون المدني الفلسطيني، وموقفهما من شروط التعويض في الشرط الجزائي.

## الفرع الأول

### تحليل موقف مجلة الأحكام العدلية من الشرط الجزائي

بداية، لم تعالج مجلة الأحكام العدلية موضوع التعويض الاتفاقي بنصوص خاصة، بل تركت ذلك للأحكام العامة فيها<sup>(11)</sup>. ويمكن القول إن المجلة تنظم كل عقد من العقود بأحكامه التفصيلية، ويرجع إلى هذه الأحكام لتحديد إطار الالتزامات العقدية فيه، وأنه إذا حدث إخلال عقدي تقوم المسؤولية.

وعليه يمكن تقسيم الأسانيد القانونية التي تدعم وجود الشرط الجزائي وفق المجلة إلى قسمين: الأولى في القواعد الفقهية الكلية، بينما الثانية في النصوص العامة المنظمة للعقد، وسوف يتم تفصيلها تباعاً.

## الغصن الأول

### القواعد الفقهية الكلية (الأصولية) التي تدعم وجود الشرط الجزائي

تحتوي المجلة على العديد من القواعد الكلية التي يمكن الاستناد إليها في تأصيل الشرط الجزائي<sup>(12)</sup>، وسنكتفي بإيراد النصوص الأكثر انطباقاً ووضوحاً في كونها أساساً يمكن

(11) عاصم حمودة شحبير، الشرط الجزائي في العقود المدنية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين 2013، ص 140-150.

(12) من هذه النصوص الكلية ما يلي: المادة (19) «لا ضرر ولا ضرار»، والمادة (20) «الضرر يزال»، والمادة (60) من المجلة «إعمال الكلام أولى من إهماله»، والمادة (12) «الأصل في الكلام الحقيقة»، والمادة (83) «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان»، والمادة (32) «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة، ومن

الاستناد إليها، وهي على النحو التالي:

أولاً: قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(13)</sup>، و«الضرر يزال»<sup>(14)</sup>

تعد هاتان القاعدتان من القواعد المحورية في مجلة الأحكام العدلية لما فيهما من سعة تجعلهما تحتويان العديد من الأحكام القانونية، وقد ورد في شرح القاعدة الأولى (لا ضرر..) بأنه: «لا يجوز لأحد أن يضر أحداً في نفسه أو ماله»<sup>(15)</sup>، وورد في شرح الثانية أنه: «يجب إزالة الضرر إذا حصل لعدم جواز استمرار الضرر وهو ظلم»<sup>(16)</sup>.

وبديهي أن الدائن المتمسك بالشرط الجزائي إنما يتمسك بإعمال الشرط لأنه يعتقد أنه تضرر من جراء إخلال المدين بالتزامه العقدي، وبما أن الضرر ركن جوهري للحكم بالشرط الجزائي؛ فإنه إذ يترتب على الشرط ضرر، وإذ إن الشرط اتفاق يرد في عقد، فإن نصوص الضرر المذكورة تحكمه باعتبارها حاكمة لقواعد المسؤولية العقدية والمسؤولية عن الفعل الضار في المجلة، ما دام توفر الإضرار والضرر وعلاقة السببية.

وبناء عليه، متى تحققت أركان الشرط الجزائي؛ وجب إزالة الضرر، وإذا ما أمعنا النظر في عبارة «الضرر يزال»، وطبقناها بصدد الشرط الجزائي؛ نجد أن دور القاضي يتمثل في إزالة الضرر، وهو إذن ليس ملزماً بتحقيق كامل المساواة العقدية بين المتعاقدين، إذ يكفي رفع الضرر، ولو تضمن العقد مصلحة لطرف أكبر من مصلحة الطرف الآخر، ما دامت لم تصل حد الضرر.

ومع ذلك، يبدو أن هذا التحليل الأخير لا يتفق مع طبيعة التعويض وفق المجلة، إذ يجب أن يكون التعويض مساوياً للضرر الواقع فعلاً ولا يزيد عليه، مما يعني ضرورة إزالة الضرر في تقدير قيمة الشرط الجزائي إلى الحد الذي يصبح فيه مبلغ الشرط مساوياً

هذا القليل تجويز البيع بالوفاء، حيث إنه لما كثرت الديون على أهل بخارى مست الحاجة إلى ذلك فصار مرعياً»، والمادة (36) «العادة محكمة»، يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات شرعي، والمادة (37) «استعمال الناس حجة يجب العمل بها». والمادة (39) «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»، وينطبق عليها أيضاً ما جاء في معناها في تقرير جمعية المجلة من أن رؤية أحد بيوت الدار كان قديماً كافياً عند شرائها، وأما اليوم فلا؛ لأن بناء البيوت في هذا الزمان لم يعد على طراز واحد كما كان قديماً»، والمادة (40) «الحقيقة تترك بدلالة العادة»، والمادة (41) «إنما تعتبر العادة إذا أطرقت أو غلبت»، والمادة (42) «العبرة للغالب الشائع لا للنادر»، والمادة (43) «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، والمادة (44) «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»، والمادة (45) «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص».

(13) المادة (19) من المجلة.

(14) المادة (20) من المجلة.

(15) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص 36؛ سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، ج 1 و 2، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص 23.

(16) علي حيدر، مرجع سابق، ص 37؛ سليم رستم باز اللبناني، مرجع سابق، ص 23-24.

للضرر الحاصل فعلاً، والسبب هو أن نصوص التعويض في المجلة التي تعتبر التعويض جبراً للضرر نصوص خاصة في مواجهة القاعدة الكلية (الضرر يزال)، ويجب أن تفهم الأخيرة في سياق الأولى وتنسجم معها.

### ثانياً: قاعدة «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان»<sup>(17)</sup>

تعد هذه القاعدة من أهم القواعد التي يمكن الاستناد إليها في مجال تأصيل الشرط الجزائي؛ وذلك لأنها تنص بصريح العبارة على ضرورة مراعاة شروط العقد المتفقة مع الشرع، وقد وردت في شرح المجلة بصدده المادة أمثلة كثيرة على الشروط الجائزة وغير الجائزة، وإن أهم ما يرتبط بموضوع البحث هو الشرط الذي ورد في شرح المجلة باعتباره شرطاً جائزاً على النحو التالي: «الدين - إذا اشترط الدائن في الدين المقسط بأنه إذا لم يدفع المدين الأقساط في أوقاتها المضروبة يصبح الدين معجلاً، فيجب مراعاة الشرط، فإذا لم يف المدين بالشرط ولم يدفع القسط الأول مثلاً عند حلول أجله يصبح الدين جميعه معجلاً»<sup>(18)</sup>.

وقد اعتبر جانب من الفقه هذا الشرط صورة من صور الشرط الجزائي، إلا أن الذي يميّزه هو عدم اشتراط حصول ضرر، فبمجرد الإخلال المتمثل بعدم الالتزام بقسط واحد؛ تستحق باقي الأقساط دون بحث توفر الضرر من عدمه، وهو من حيث الأصل يخرج عن فكرة الشرط الجزائي المقنن في التشريعات بما أن الشرط الجزائي يحوي معنى التعويض عن الضرر<sup>(19)</sup>. ومع ذلك، ذهب جانب آخر إلى اعتبار الشرط المذكور شرطاً جزائياً بالمعنى المتبنى في التشريعات، وكل ما في الأمر أن صورة التعويض فيه تتمثل في تعجيل الأقساط جميعها، وليس مقداراً معيناً من النقود<sup>(20)</sup>.

ونحن نتخذ منهجاً وسطاً بين الرأيين، فلا نقول بأنه لا عبرة بالضرر، فكأننا ننفي وجوده، بل نقول بوجوده لكنه مفترض ضمناً لا نقاش فيه، ولا يبحث في تحققه من عدمه، وهو متحقق لا محالة بمجرد حصول الإخلال. ولا نقول كالرأي الثاني بأنه صورة لا تخرج - مطلقاً - عن جوهر الشرط الجزائي الذي يتضمن تعويضاً، وسبب عدم اتفاقنا معه أن هذا الرأي يعتبر أنه حتى في هذه الحالة يمكن نفي الضرر من قبل المدين تطبيقاً لأحكام الشرط الجزائي من وجهة نظره، مما يعني معه أن استحقاق الأقساط هنا يجب أن يرافقه ضرر.

(17) المادة (83) من المجلة.

(18) علي حيدر، مرجع سابق، ص 85.

(19) حسام الدين الأهواني، تأملات في الشرط الجزائي: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص 10.

(20) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 2، الإثبات - آثار الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، ف 477، ص 796.

وعلى أي حال، ورغم اختلاف الرأي كما سبقت الإشارة إلى ذلك؛ إلا أنه ما من اختلاف في أن هذه الصورة يصدق عليها وصف الشرط الجزائي، وما دام شرح المجلة أورد هذا المثال كشرط معتبر يرد في العقود يجب الالتزام به؛ فيمكن القول أن نصوص المجلة تدعم وجود الشرط الجزائي، وتوجب الوفاء به باعتباره شرطاً صحيحاً.

**ثالثاً: قاعدة «العادة محكمة»<sup>(21)</sup> و«استعمال الناس حجة يجب العمل بها»<sup>(22)</sup>**

إضافة إلى كون الشرط الجزائي من حيث موضوعه شرطاً تعترف به المجلة؛ فإن للعرف والعادة دوراً في تبنيه، إذ تنص القاعدتان السابقتان على أن أطراد الناس على التعامل في شيء لا يناقض الشرع يجعل هذا التعامل ملزماً، وحجة يؤخذ بها أمام القضاء، فقد ورد في شرح الأولى أن العادة والعرف يجعلان حكماً لإثبات حكم شرعي<sup>(23)</sup>. وورد في شرح الثانية أن اتفاق الناس على شيء معين لا يخالف الشرع واجتهاد الفقهاء يعد حجة<sup>(24)</sup>.

وفي السياق نفسه نصت المادة (41) من المجلة على أنه: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»، وهو ما يعني أن العادة لا تنقطع بل تستمر مرة بعد مرة، وحتى إن انقطعت فحضورها في الناس أكثر من انقطاعها بعض الوقت<sup>(25)</sup>. وبما أن الشرط الجزائي لا يخالف في جوهره أحكام المجلة، فإن أطراد الناس على التعامل به - وهو الحاصل عملاً - يجعل منه حجة توجب اعتراف القضاء الفلسطيني به.

## الغصن الثاني

### النصوص العامة المنظمة للعقد التي تدعم وجود الشرط الجزائي

تستند هذه النصوص إلى معنى العقد (أولاً)، أو إلى الشروط المقترنة بالعقد (ثانياً)، وهو ما نبهته على النحو الآتي:

#### أولاً: الاستناد إلى معنى العقد وفق المجلة

عرّفت مجلة الأحكام العدلية العقد بأنه: «التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب (المادة 101) بالقبول (المادة 102)».

(21) المادة (36) من المجلة.

(22) المادة (37) من المجلة.

(23) علي حيدر، مرجع سابق، ص 44.

(24) المرجع السابق، ص 46.

(25) علي حيدر، المرجع السابق، ص 50؛ وقريب من ذلك: سليم رستم باز اللبناني، مرجع سابق، ص 30.

إنَّ الشرط الجزائي هو اتفاق الأطراف على تقدير الضرر<sup>(26)</sup>، فهو إذن اتفاق يتضمن إيجاباً وقبولاً، ومن ثم ينطبق عليه ما ينطبق على الاتفاقات والعقود، إذ إما أن يكون الاتفاق على الشرط الجزائي بصفته بنداً من بنود العقد، أو استقلاً بصفته اتفاقاً لاحقاً مرتبطاً بالعقد<sup>(27)</sup>، وبما أنَّ معنى العقد وفق المجلة هو التزام المتعاقدين أمراً، فإنَّ الشرط الجزائي - وهو اتفاق عقدي - يوجب التزام المتعاقدين بمضمونه.

وحيث إنَّ العقد ينطبق على كل ما فيه التزامات مدعومة بإيجاب وقبول، فإنَّ الشرط الجزائي لا يخرج عن هذا المعنى، ولا يمكن استثناء الشرط من هذا المعنى ما لم يستثنه المشرع بنص صريح، وإذا لم تفعل المجلة ذلك حيث سكتت عن تنظيم الشرط دونما رفض له؛ فإنَّ كل ما ينطبق على معنى العقد ينطبق عليه، ويصبح معترفاً به في نطاق المجلة من هذا الباب.

وقد قررت العديد من الاجتهادات القضائية الفلسطينية قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين»<sup>(28)</sup>، التي يمكن الاستناد إليها في تقرير وجود الشرط الجزائي ما دام أنه تم الاتفاق عليه وأصبح شريعة للمتعاقدين.

### ثانياً: الاستناد إلى الشروط المقترنة بالعقد

نظمت المجلة أحكاماً خاصة بالشروط المقترنة بالبيع، والتي قد تفيد في معرفة مدى جواز اشتراط التعويض الاتفاقي في العقد في ظل المجلة باعتبار البيع من أهم العقود وأكثرها شيوعاً، مما يمكن قياس أحكامه على سواه من العقود بما لا يعارض طبيعتها. فقد جاءت الشروط الصحيحة المقترنة بالبيع على ثلاثة أنواع، فالنوع الأول هو البيع بشرط يقتضيه العقد، إذ نصت المادة (186) على أنَّ: «البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر، مثلاً لو باع بشرط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض الثمن، فهذا الشرط لا يضر في البيع، بل هو بيان لمقتضى العقد».

(26) محمد شكري سرور، مرجع سابق، ف68، ص64.

(27) محمد سامي الصادق وآخرون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني: أحكام الالتزام، دون ناشر، القاهرة، 2011، ص76-77؛ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص163؛ عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2015، ص84؛ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص79-80.

(28) نقض مدني فلسطيني رقم 2012/570 بتاريخ 2013/7/7 منشور على موقع المقتفي. <http://muqtafi.birzeit.edu>؛ نقض مدني فلسطيني رقم 2016/328 بتاريخ 2017/2/27 منشور على موقع مقام: <https://maqam.najah.edu>؛ نقض مدني فلسطيني رقم 2004/119 بتاريخ 2004/11/10 منشور على موقع المقتفي: <http://muqtafi.birzeit.edu>؛ نقض مدني فلسطيني رقم 2015/149 بتاريخ 2017/11/16 منشور على موقع المقتفي: <http://muqtafi.birzeit.edu>؛ ونقض مدني فلسطيني رقم 2004/130 بتاريخ 2004/10/27 منشور على موقع قانون: [www.qanon.ps](http://www.qanon.ps)

والنوع الثاني هو البيع بشرط يؤيد العقد، إذ نصت المادة (187) على أن: «البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط أيضاً معتبر، مثلاً لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً، أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل صح البيع، ويكون الشرط معتبراً حتى أنه إذا لم يف المشتري بالشرط، فللبائع فسخ العقد لأن هذا الشرط مؤيد للتسليم الذي هو مقتضى العقد». وأمّا النوع الأخير فهو البيع بشرط متعارف، وهو ما نصت عليه المادة (188) بقولها: «البيع بشرط متعارف يعني الشرط المرعي في عرف البلدة صحيح والشرط معتبر، مثلاً لو باع الفروة على أن يخيط بها الظهارة، أو القفل على أن يسمره في الباب، أو الثوب على أن يرقعه، يصح البيع، ويلزم البائع الوفاء بهذه الشروط».

ومع أنّ هذه الشروط هي الشروط الصريحة التي ذكرتها المجلة؛ إلاّ أنّها نصت في المادة (189) على البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد من المتعاقدين، حيث جاء فيها بأن: «البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح والشرط لغو، مثلاً بيع الحيوان على ألاّ يبيعه المشتري لآخر، أو على شرط أن يرسله في المرعى صحيح والشرط لغو»، وهو ما يعني حسبما نراه بمفهوم المخالفة أنّ البيع بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين بيع صحيح والشرط معتبر، وهو ما يعني إذن أنه لا يشترط لصحة الشرط الوارد في العقد أن يعود بالنفع على كلا المتعاقدين، فإمّا أن يعود عليهما معاً، أو يعود على أحدهما.

وإنّ الشرط الذي يعود بالنفع على أحد العاقدين ينطبق من حيث المبدأ على الشرط المتضمن تعويضاً اتفاقياً، فهو شرط يعود بالنفع على الدائن إذا ما أخل المدين بالتزامه العقدي، كما أنّ الشرط المتعارف المذكور بموجب المادة (188) يفيد في تقرير مشروعية الشرط الجزائي؛ على اعتبار أنّ تواطؤ الناس في زمن معيّن على شرط ما يدرجونه في عقودهم، ولا يخالف هذا الشرط النظام العام أو القانون، فهو شرط معتبر يتعيّن الوفاء به، واعتراف القضاء بمشروعيته<sup>(29)</sup>. هذا بالإضافة إلى أنّ الشرط الجزائي يصدق عليه كذلك وصف الشروط المؤيدة لمقتضى العقد؛ لأنّها تؤكد على مجازاة المضار بما رتبته من ضرر للطرف الآخر<sup>(30)</sup>.

ورغم الأسانيد السابقة جميعها؛ فقد ذهب أحد الاجتهادات القضائية الفلسطينية إلى

(29) انظر في معنى سعة مذهب الحنفية - والذي منه المجلة - وخاصة في الشروط التي يقرها العرف: محمد أحمد بكر، الشرط الجزائي: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسسيوط، جامعة الأزهر، مصر، العدد 18، المجلد 6، سنة 2006، ص 60.

(30) انظر هذا الرأي لدى: فتحي الدريني، الفقه المقارن مع المذاهب، نقلاً عن فؤاد صالح موسى درادكة، الشرط الجزائي - التعويض الاتفاقي - في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1994، ص 217؛ محمد أحمد حسن محمود، مرجع سابق، ص 500.

عدم إمكانية تأصيل وجود الشرط الجزائي في نطاق المجلة، وأنه لا يمكن تبني الشرط الجزائي بناءً على نصوصها العامة، فقد قضت محكمة استئناف رام الله في أحد أحكامها بأنه: «... في ظل الواقع القانوني المشار إليه أعلاه، يتعين الوقوف على نظامنا القانوني فيما إذا أخذ أو جرى القوانين المجاورة، حيث يلاحظ من واقع نصوص أحكام المجلة في المادة (19) لا ضرر ولا ضرار، والمادة (20) الضرر يزال، والمادة (92) المباشر ضامن وإن لم يتعمد، وبما أن العقد يترتب آثاره فإن أي إخلال أو عدم تنفيذ له يترتب القانون عليه التعويض بشرط إثبات وقوع الإخلال بالعقد بعدم تنفيذ الالتزام مع ضرورة إثبات الضرر، بما لا يتجاوز واقع حكم المادة (11) من المجلة بإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، بمعنى أن كل دائن وقع عليه ضرر جراء عدم تنفيذ المدين لتعهدده عليه إثبات أمرين: الأول إثبات عدم تنفيذ المدين لتعهدده، والثاني إثبات قيمة الضرر الواقع، مما ينفي في نظامنا القانوني التمسك بالشرط الجزائي على أساس القواعد المذكورة أعلاه في المجلة، أو على الدائن إثبات إخلال المدين بما تعهد به بحدوث الخطأ (الضرر)، حيث يتعين إثباتهما معا ليُصار إلى التعويض..... وبما أن الواقع المشار إليه أعلاه أخفق من جانبي طرفي النزاع إثبات صحة الادعاء لكل طرف، فلا يجوز لمحكمة الدرجة الأولى الحكم بواقع الشرط الجزائي الذي لا يأخذ به نظامنا القانوني حتى ولو فسخت الاتفاقية من جانب الجهة المدعى عليها في الادعاء الأصلي...»<sup>(31)</sup>.

يتضح من هذا الحكم أنه استدل لعدم جواز الأخذ بالشرط الجزائي في ظل المجلة بأن القواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية وفق المجلة تلزم الدائن بإثبات الإضرار والضرر، ومن ثم لا يمكن التمسك بالشرط الجزائي باعتباره يقلب عبء الإثبات بخصوص الضرر على عاتق المدين، وأن ذلك خروج على مذهب المجلة. ولكن الذي غفلت عنه المحكمة الموقرة هو أنها لم تمحّص في أحكام الشروط المقترنة بالعقد التي نصت عليها المجلة، والتي -كما سنشير إليها تفصيلاً- يتم الأخذ بها ما دامت لا تخالف القانون والنظام العام، وأنها أغفلت أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام<sup>(32)</sup>، وأنه يجوز قلب عبء الإثبات باتفاق الأطراف، ما دام أن أركان المسؤولية العقدية متوافرة من إخلال وضرر ورابط سببية، حتى وإن كان الضرر مفترضاً، فهذه مسألة خاضعة لقواعد الإثبات يجوز الاتفاق عليها.

(31) محكمة استئناف رام الله، حقوق رقم 9/ 2018، بتاريخ 24/4/2018، منشور على موقع المقتفي.  
(32) المادة (1/68) من قانون البيّنات في المواد المدنية والتجارية الفلسطينية رقم 4 لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، العدد 38، سبتمبر 2001، ص226.



## الفرع الثاني

### ضوابط تبني الشرط الجزائي

نسعى في هذا الفرع لتأصيل الشرط الجزائي من حيث إمكانية افتراض الضرر في ظل مجلة الأحكام العدلية، والمقصود بافتراض الضرر هو اعتباره قطعياً غير قابل لإثبات العكس، وقصر حق المدين في المجادلة في قيمة الشرط، في حين أن القانون المدني الفلسطيني النافذ في قطاع غزة قد حسم الأمر بأن الشرط الجزائي يقلب عبء الإثبات، مع بقاء حق المدين في نفي وقوع الضرر من أساسه، وتفصيل ما سبق على النحو التالي.

## الغصن الأول

### إمكانية افتراض الضرر في ظل مجلة الأحكام العدلية

يعتبر الشرط الجزائي - من حيث الأصل - متفقاً مع أحكام التعويض في المجلة في حال كان مقصوداً به التعويض مع تحقق الضرر، والذي نراه مفترضاً غير قابل لإثبات العكس، إذ إن تحقق الضرر شرط للزوم التعويض، وذلك حسب نص المادتين (19) و(20) من المجلة<sup>(33)</sup>.

والرأي الشائع فقهاً<sup>(34)</sup> وقضاً أن الشرط الجزائي يقلب عبء الإثبات فينقله على عاتق المدين، بحيث يصبح المدين مجبراً على إثبات أن الدائن لم يصبه ضرر، أو أن يثبت أن التعويض المتفق عليه مبالغ فيه، مع ضرورة الإشارة إلى أنه بالنسبة لهذه الاتجاهات الفقهية والقضائية - التي تعفي الدائن من إثبات حصول الضرر - لا تخرج عن شرط تحقق الضرر، إذ غاية الأمر أن يعفى الدائن من إثبات وقوعه، فيصبح الضرر مفترضاً بناء على قرينة غير قاطعة، ونقل ذلك على عاتق المدين، فإن أثبت عدم تحقق الضرر، فلا شك - وفق هذا الاتجاه الفقهي والقضائي - بأنه لا يحكم للدائن بقيمة الشرط، وبالتالي يظل شرط حصول الضرر متوافراً<sup>(35)</sup>.

(33) تنص المادة (19) من المجلة على أنه: «لا ضرر ولا ضرار»، بينما تنص المادة (20) على أن: «الضرر يزال». (34) أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 165؛ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 66؛ جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 78؛ محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 144؛ عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول: أحكام الالتزام، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2007، ص 80.

(35) المحكمة العليا بغزة بصفتها محكمة الاستئناف، حقوق رقم 2001/290، بتاريخ 2002/6/30، منشور على موقع المقتفي. وانظر حكم محكمة صلح رام الله الذي قضى بأنه: «... فإن لم يصب المتعاقد ضرر

وحيث إنّ قواعد الإثبات ليست من النظام العام<sup>(36)</sup>، فإنّه يجوز الاتفاق على تحميل المدين عبء إثبات عدم وقوع الضرر، فضلاً عن المبالغة في مقداره، وهذا ما أخذ به القضاء الفلسطيني، حيث قضى بأنّه: «وحيث إنّ أثر هذا الشرط الجزائي ينحصر في إعفاء الدائن من تقديم البيّنة على حجم الضرر اللاحق به جرّاء الإخلال بالالتزام، فإنّ عبء الإثبات من حيث عدم وقوع الضرر أو المبالغة فيه يقع على عاتق المدين»<sup>(37)</sup>.

والحقيقة أنّنا لا نتفق مع التوجه السابق، إذ إنّ القول بأنّ الشرط الجزائي ينقل عبء إثبات وقوع الضرر على المدين فيه - حسبما نرى - تقويض لفلسفة الشرط ومغزاه، إذ إنّ الشرط الجزائي ما هو إلاّ رغبة الطرفين في جعل الضرر مفترضاً، بحيث لا يناقش الطرف المخل بالالتزام وجود الضرر من عدمه، فكأنّما يتراضى الطرفان على أنّ الضرر واقع لا محالة بمجرد حصول الإخلال، وأنّه لا مجال لدحض ذلك بدليل عكسي، وإلاّ لما خرج الشرط الجزائي إذن عن نطاق التعويض العادي عن الإخلال العقدي، ولأصبح دوره محصوراً في نقل عبء الإثبات، وهو على ما فيه في هذه الحالة من فسحة للدائن، إلاّ أنّه قاصر عن تحقيق مراده بردع المدين عن الإخلال، وإنّ أعمال كلام المتعاقدين أولى من إهماله ما دام لا يخالف القانون.

وحيث إنّ المجلة تشترط وقوع الضرر، فإنّنا لا نرى أنّ في افتراض الضرر وعدم وجوب إثبات وقوعه خروجاً عن مذهب المجلة، فالضرر فعلاً واقع باتفاق الأطراف بمجرد حصول الإخلال، أي فعل الإضرار، ولا نرى إذن إلّا حق المدين في إثبات المبالغة في تقدير الدائن للضرر من خلال مبالغته في قيمة الشرط، وذلك أسوة بحق القضاء في تعديل الشروط التعسفية، وبالتالي تخفيض قيمة الشرط بما يناسب طبيعة الإخلال، ولأنّ التعويض - وينطبق على الشرط الجزائي لكونه تعويضاً - حسب المجلة جبر للضرر، فيكفي أن يجبر الضرر فعلاً، لا أن يثري الدائن بسببه على حساب المدين.

رغم إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه أو عدم الوفاء به، فلا يكون للحكم بالتعويض أو الحكم بالشرط الجزائي محل؛ لأنّ مناط التعويض وقوع الضرر، وطالما تبين للمحكمة من البيّنات سابقة الذكر أنّ المدعي لم تتضرر جرّاء إنهاء المدعي عليها العمل دون إشعارها؛ لذلك فإنّ مطالبة الجهة المدعية بالتعويض تكون مؤسسة على ما يخالف القانون...»، محكمة صلح رام الله رقم 2960/2014، بتاريخ 2016/12/22، حكم غير منشور.

(36) نص المادة (1/68) من قانون البيّنات الفلسطيني.

(37) نقض فلسطيني، حقوق رقم 2010/262، بتاريخ 2012/11/29، منشور على موقع المقتفي. وقضت بالأمر ذاته في حكم آخر راجع: نقض مدني، حقوق رقم 2010/138، محكمة النقض المنعقدة في رام الله، منشور على موقع المقتفي. وقضت بذلك محكمة استئناف رام الله التي جاء في حكمها بأنّه: «... في حين أنّه كان على عاتق المدعي عليها إثبات عدم وقوع الضرر كون الضرر هنا مفترضاً لتعلقه بشرط جزائي أي متفق عليه مسبقاً...»، استئناف رام الله، حقوق رقم 2009/25، بتاريخ 2010/5/16، منشور على موقع المقتفي.

هذا عدا أن السماح للمدين بإثبات عدم وقوع ضرر أصلاً يحمل صعوبة عملية؛ لأنه يتطلب إقامة دليل على النفي، أي ليس دليلاً لإثبات واقعة، بل دليل نفي واقعة معينة.

وقد ذهبت محكمة استئناف رام الله في أحد أحكامها إلى أن اتفاق رب العمل مع العامل على تعويض العامل في حال إنهاء عقد العمل محدد المدة قبل انتهائه بدفع الأجرة المتبقية من العقد إنما هو من قبيل الشرط الجزائي، ويجب على رب العمل أداء المبلغ دون اشتراط أن يلحق العامل ضرر جزاء الإنهاء<sup>(38)</sup>، إذ باستقراء الحكم نجد أن المحكمة افترضت أن الضرر واقع مفترض بمجرد حصول الإنهاء.

وكان ثمة رأي في فرنسا ومصر قبل سريان القانون المدني الجديد يناهض بعدم اشتراط الضرر<sup>(39)</sup>، باعتبار أن المتعاقدين كأنما اتفقا على أن الضرر حاصل لا مجال لإنكار وقوعه، أو الجدال حتى في مقداره، فيحكم به كما ورد في العقد؛ لكنه تعرض للنقد الشديد مما دفع المشرع المصري إلى اشتراط الضرر<sup>(40)</sup>.

والحقيقة أننا نتفق مع كثير مما ورد في هذا الرأي المنتقد من حيث النتيجة، إذ نتفق معه بأن الضرر حاصل ضمناً باتفاق الأطراف بمجرد الإخلال، ولا مجال لنفيه من جانب المدين، وأنه لا يجوز القول بعدم حصوله، فهو حاصل بالضرورة، إلا أننا نختلف معه في قوله بعدم السماح للمدين بالمجادلة في قيمة الشرط، إذ هذه مسألة متعلقة بالقواعد العامة التي تسمح للقضاء بتعديل العقد تحقيقاً للتوازن ودفعاً للضرر.

وإن الاعتداد بالإخلال (الإضرار) دون اشتراط ثبوت الضرر وفق الرأي السابق، إنما يعبر عن الطابع التهديدي (الجزائي) للشرط، باعتبار أنه يتم الاعتداد بالشرط دون البحث في حصول الضرر، ودون مساس بقيمة الشرط المنفق عليها<sup>(41)</sup>، خلاف الطابع التعويضي للشرط الذي يعني أن الشرط ما هو إلا تعويض اتفاقي يتطلب توافر أركان المسؤولية، سواء العقدية في حال كان الإخلال المرتب لإعمال الشرط عقدياً، أو التقصيرية إذا كان

(38) استئناف رام الله، حقوق رقم 2008/227، بتاريخ 2010/12/29، منشور على موقع المقتفي.

(39) لا يقصد هذا الرأي عدم وجود ضرر أبداً، إنما يقصد أن الضرر واقع بمجرد الإخلال، وهذا واضح من السياق.

(40) حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 30-31؛ عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 79؛ نبيل إبراهيم سعد، الشرط الجزائي في التقنين المدني المصري والقانون الفرنسي الحديث، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد 3-4، المجلد 20، سنة 1990، ص 305.

(41) حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 167؛ جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 75؛ محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 138-139، محمد شكري سرور مرجع سابق، ف 71، ص 69.

الإخلال المرتب لإعمال الشرط تقصيرياً، ومن ثم اشتراط الضرر بالضرورة<sup>(42)</sup>.

ونعتقد أنّ الشرط الجزائي يحمل الطابعين في ذاته، فهو تعويضي لأنّ أركان المسؤولية حاضرة بحسب الالتزام الذي تم الإخلال به، دون إهمال الضرر، فهو حاصل، لكنه - من وجهة نظرنا - مفترض لا يجوز دحض وقوعه بدليل عكسي من قبل المدين، ودون إهمال جواز تعديل قيمة الشرط في حالة المبالغة زيادة أو نقصاناً لجعل التعويض متناسباً.

وأما الصفة الجزائية للشرط الجزائي، فتكمن في أنّه يظل محتفظاً بصفته التهديدية من خلال عدم إطلاق سلطة القضاء في تعديل قيمته، فيلزم تدخل القضاء في حالة المبالغة سواء في زيادته عن الضرر أو نقصانه عنه، فلا يجوز إذن تعديله بقصد جعل التعويض مساوياً للضرر، إنّما متناسباً معه، فإذا زاد أو نقص التعويض عن الضرر زيادة معقولة فلا حرج في ذلك، ما دامت لم تصل حد المبالغة والمغالاة أو الإجحاف<sup>(43)</sup>، إذ أنّ القول بغير ذلك يفقد الشرط معناه، ويهدم طابعه التهديدي، فلا نظن أنّ الدائن وهو يضع الشرط الجزائي في العقد يأمل فقط منه أن يقلب عبء الإثبات على المدين، بل يرتجي منه أن يبلغ في نفس المدين أثراً تهديدياً يحثه على احترام العقد، وعدم التهاون في تنفيذ التزاماته<sup>(44)</sup>، وأنّه إن أخل فلا شك أنّه سيتعرض لجزاء يفوق التعويض العادي الذي يلزم به المدين في حالة الإخلال العادي غير المضمون بشرط جزائي، إذ إنّ هذه الصفة الجزائية هي ما تميّز هذا الشرط عن التعويض العادي.

وهو جزائي من جانب آخر، حيث إنه - من وجهة نظرنا - يجعل الضرر مفترضاً لا يجوز نفي وقوعه من قبل المدين، فهو حاصل بمجرد الإخلال بلا ريب، مما يعطي ميّزة للدائن في هذا الصدد، إلا أنّه يسمح للمدين، تطبيقاً للقواعد العامة، أن يدعي المبالغة في قيمته، كما يحق للدائن أن يدعي بنقصان قيمته عن الضرر.

ومن التطبيقات التشريعية التي يمكن الاستناد إليها في مسألة افتراض الضرر، الإنهاء المبترس لعقد العمل محدد المدة؛ إذ نجد أنّ المشرع العمالي الأردني نص بصريح العبارة بموجب المادة (26/أ) من قانون العمل على ما يلي: «إذا أنهى صاحب العمل عقد العمل محدد المدة قبل انتهاء مدته، أو أنهاه العامل لأحد الأسباب الواردة في المادة (29) من هذا

(42) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 164-165؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 84-85؛ أيمن سعد، مرجع سابق، ص 166.

(43) حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 181.

(44) هشام إبراهيم توفيق سليمان، التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي): دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2006، ص 28.

القانون، يحق للعامل الاستفادة من جميع الحقوق والمزايا التي ينص عليها العقد، كما يستحق الأجور التي تستحق حتى انتهاء المدة المتبقية من العقد ما لم يتم إنهاء العمل فصلاً بموجب المادة (28) من هذا القانون»، إذ يعتبر تقدير التعويض بأجور المدة المتبقية للعقد تقديراً جزافياً لا يشترط حصول الضرر فعلاً، بل هو افتراض للضرر، وذلك بغض النظر عن العقد وفكرة التعويض العادل<sup>(45)</sup>.

## الغصن الثاني

### موقف القانون المدني الفلسطيني النافذ في قطاع غزة من ركن الضرر

فيما يخص القانون المدني الفلسطيني؛ نلاحظ أنّ المشرع الفلسطيني يتبنى الشرط الجزائي بصورته الحديثة المتبنية في القوانين المدنية، خلاف المجلة التي لم تعرف هذا النظام القانوني بين ثناياها، ويقر القانون المدني الفلسطيني نقل عبء إثبات الضرر على المدين بناءً على الفقرة الأولى من المادة (241)، وبذلك يكون للدائن الادعاء بوقوع إخلال، وعلى المدين نفي وجود الضرر، فإن أثبت ذلك لا يستحق الدائن قيمة الشرط الجزائي، وهو اتجاه لا نؤيده؛ لأنّه يحصر دور الشرط الجزائي في نقل عبء الإثبات، والأحرى أن يقر القانون افتراض الضرر، وعدم جواز نفي وقوعه من قبل المدين.

كما أنّ القانون المدني الفلسطيني النافذ في قطاع غزة يقر صراحة حق القضاء في مراجعة قيمة الشرط الجزائي وفق شروط مقيدة، بحيث تشير الفقرة الثانية من المادة (241) إلى حق القضاء في تخفيض قيمة الشرط الجزائي، دون سلطة زيادة قيمة التعويض فيما لو كان بخساً لا يتناسب مع الضرر الواقع فعلاً إلا في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم. ومع ذلك، إنّ سلطة التخفيض وفق النص محصورة في حالات محددة سنأتي على ذكرها في معرض الحديث عن صور التعديل القضائي.

(45) زين محمود الزين، مدى تطبيق الشرط الجزائي على الإنهاء غير المشروع لعقد العمل الفردي (بالتشريع الأردني)، دراسات - علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، 2013، ص 915.

## المطلب الثاني

### سلطة القضاء في تعديل الشرط الجزائي

سنبحث في هذا المطلب الأسس التي يمكن الاستناد إليها في منح القضاء سلطة تعديل الشرط الجزائي في نطاق المجلة، وذلك في ظل عدم وجود نص قانوني خاص بالشرط الجزائي يخول القضاء هذا الحق، إذ يمكن الاستناد إلى النظريات القانونية والقواعد الفقهية التي تجد لها أساساً في المجلة (الفرع الأول)، ثم سنتطرق إلى صور التعديل القضائي حسب الاجتهادات القضائية الفلسطينية، ومدى انسجامها مع فلسفة الشرط الجزائي التي ينادي بها البحث (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الأساس القانوني لمنح القضاء سلطة التعديل في نطاق المجلة

بعد أن توصلنا لإمكانية الحكم بالشرط الجزائي وفق مجلة الأحكام العدلية؛ بقي أن نوضح أن دور القضاء بصدد تعديل قيمة الشرط الجزائي دور فعال في ظل المجلة، وذلك لأن التعويض وفقها هو جبر للضرر الواقع فعلاً، ولا يجوز أن يزيد عنه<sup>(46)</sup>، ويدعم تدخل القضاء بالتعديل في ظل مجلة الأحكام العدلية عديد من النظريات مازالت تتدافع دون حسم في أيها الأقدر على توفير غطاء تشريعي للتعديل، وأما بالنسبة لمشروع القانون المدني فقد حوى نصاً واضحاً يخول القضاء سلطة تعديل الشرط الجزائي بشروط مقيّدة كما سيتبين في حينه، فيكون هذا النص القانوني هو السند المباشر لسلطة التعديل؛ ولذا سوف نحصر حديثنا في هذا الفرع على أسس تدخل القضاء بالتعديل وفق مجلة الأحكام العدلية في ظل غياب نص واضح ينظم ذلك، فمن هذه النظريات أو القواعد ما يلي:

### الغصن الأول

#### نظرية «الإثراء بلا سبب» كأساس قانوني لسلطة القاضي في التعديل

ينبغي أن يتاح للقضاء التعديل في قيمة الشرط خاصة إذا تضمن ما يزيد على جبر الضرر، وإلا فإن الدائن يثري على حساب المدين بلا سبب شرعي، وفي ذلك نصت المادة

(46) عدنان إبراهيم السرحان وحمد خاطر نوري، شرح القانون المدني - مصادر الحق الشخصي - الالتزامات، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2012، ص 472-475؛ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط 1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2005، ف 351، ص 247.

(97) من المجلة على أنه: «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بغير سبب شرعي»، وكذلك نص المادة (22) التي جاء فيها بأن: «ما أبيح للضرورة يتقدر بقدرها». ولكن هذه النظرية لا تعتبر الأكفأ لاعتبارها أساساً لتدخل القضاء، ذلك أن من شروط الإثراء بلا سبب أن يكون سبب الإثراء واقعة مادية وليس عملاً قانونياً، في حين أنه في الشرط الجزائي عمل قانوني هو الاتفاق<sup>(47)</sup>، والنقد الآخر أن من شروط الإثراء بلا سبب ألا يكون ثمة سبب شرعي فعلاً<sup>(48)</sup>، ولكنه موجود في صدد الشرط الجزائي، فالسبب الشرعي هو الشرط الجزائي الوارد في عقد صحيح. ويشترط كذلك لإعمال النظرية أن يفتقر الدائن جرأ الإثراء<sup>(49)</sup>، في حين أنه غير حاصل هنا، لأن الدائن لا يفتقر، وإنما يطلب العدالة في تقدير القيمة.

## الغبن الثاني

### نظرية الغبن كأساس قانوني لسلطة القاضي في التعديل

تقوم نظرية الغبن في ظل المجلة على حق المتعاقد المغبون في فسخ العقد بالإرادة المنفردة بسبب ما لحقه من غبن<sup>(50)</sup>، إذ يؤدي وجود الغبن إلى جعل العقد غير لازم، باعتبار أن الغبن أحد الخيارات التي تنص عليها المجلة، والغبن في المجلة يعني عدم التعادل بين الالتزامات العقدية بشرط اقترانه بالتغريب، وإلا فلا يعترف به استقلاً إلا في حالات خاصة هي مال الوقف والدولة واليتيم<sup>(51)</sup>.

وإذا أردنا إسقاط هذه النظرية على الشرط الجزائي؛ فلن نجد لها أساساً متيناً لمنح القضاء سلطة التعديل؛ ذلك أنها أولاً بموجب المجلة خيار يتيح الفسخ، في حين أن تعديل الشرط الجزائي يفترض أن يرفع الضرر عن المدين مع بقاء العقد<sup>(52)</sup>، لا أن يسمح له بالفسخ.

(47) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952، ص 1121؛ أنور سلطان، مرجع سابق، ف 607، ص 390؛ عدنان إبراهيم السرحان وخاطر نوري، مرجع سابق، ف 654، ص 530.

(48) أنور سلطان، مرجع سابق، ف 607، ص 309؛ عدنان إبراهيم السرحان وخاطر نوري، مرجع سابق، ف 661، ص 533.

(49) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1130.

(50) تنص المادة (357) من المجلة على أنه: «إذا غر أحد المتبايعين الآخر، وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً، فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ».

(51) تنص المادة (356) من المجلة على أنه: «إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغريب، فليس للمغبون أن يفسخ البيع، إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم فلا يصح البيع. ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم».

(52) محمد سامي الصادق وآخرون، مرجع سابق، ص 79-80؛ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ف 71، ص 68-69؛ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 168.

أضف إلى ذلك أنّ الغبن يجب أن يقترن بتغيير وفق المجلة، في حين أنه قد تتحقق المبالغة في الشرط الجزائي أو التفاهة في قيمته رغم عدم ممارسة المتعاقد تغييراً بحق المتعاقد الآخر<sup>(53)</sup>، مما ينفي إمكانية الاستناد إلى النظرية.

كما أنّ الغبن يلحق التزامات المتعاقدين الأصلية المتقابلة، إذ يكون منصّباً على ركن من أركان العقد، كالثمن في عقد البيع أو الأجرة في الإجارة، وقس على ذلك، بحيث إنّ إعطاء خيار الفسخ هو بسبب عدم التعادل بينما يؤدي المدين في مقابل ما يؤدي الدائن، في حين أنّ عدم عدالة قيمة الشرط الجزائي لا تنصب على التزام عقدي، إنّما ترد على الشرط الذي هو تابع للالتزام عقدي، إذ يحصل - وهو الغالب - أن تكون الالتزامات العقدية سليمة خالية من الغبن، ثم تطال مبلغ الشرط مبالغة أو تفاهة، ولا يقابل أداء هذا المبلغ التزام متقابل على الطرف الآخر، إنّما تتمثل المقابلة في الالتزام الذي أدى الإخلال به إلى أعمال الشرط، ولذلك فإنّ أهم شروط نظرية الغبن غير متوفرة في حالة الشرط الجزائي.

وكذلك لا يمكن الحديث عن عيب الاستغلال أو الغبن الاستغلالي الذي تتبناه بعض التشريعات ومنها مشروع القانون المدني الفلسطيني<sup>(54)</sup>؛ وذلك لأنّ الغبن الاستغلالي يتطلب عنصراً نفسياً متعلقاً بالدائن هو سوء النية، من خلال استغلال حاجة المدين ووضعه العقدي المختل لهوى أو طيش أو قلة خبرة أو غيرها<sup>(55)</sup>، دون اشتراط ممارسة تغيير، وبشرط توفر عدم التعادل الفاحش في الالتزامات<sup>(56)</sup>، وهي عناصر لا تتوفر في حالة الشرط الجزائي، لعدم ضرورة توفر سوء نية من جانب الدائن، ولعدم ضرورة توفر صفات الضعف أو الحاجة أو الطيش أو قلة الخبرة من جانب المدين، علاوة على

(53) الحبيب بلحاج، التدخل القضائي لمراجعة الشرط الجزائي: قراءة في المواقف الفقهية والقضائية والقانون المقارن، مجلة بحوث ودراسات قانونية، جمعية الحقوقيين، تونس، العدد 13، سنة 2017، ص312.

(54) تنص المادة (128) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه: «إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشاً بيئاً، أو هوىً جامحاً، أو عدم خبرة، وجعله ذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، كان للطرف المغبون أن يطلب إبطال العقد أو أن ينقص التزامه. ويجوز للمتعاقد الآخر أن يتوقى إبطال العقد إذا عرض ما تراه المحكمة كافياً لرفع الغبن».

(55) عبد الله حسين الخشروم، عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفقه الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، 1992، ص44-45؛ على نجيدة: النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص150؛ نزيه محمد الصادق المهدي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دون ناشر، 2004، ص195-196.

(56) نصت على ذلك المادة (128) من القانون المدني الفلسطيني النافذ في قطاع غزة التي جاء فيها: «... ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ...»



انطواء الاستغلال على شرط وجود غبن، وهو ما تم نقده - أي الغبن - كغطاء قانوني لتدخل القضاء في تعديل الشرط الجزائي.

### الغصن الثالث

#### مبدأ حسن النية كأساس قانوني لسلطة القاضي في التعديل

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ الشمولية الذي تندرج تحته العديد من النظريات القانونية، ورغم عدم وجود تعريف محدد له؛ إلا أن جوهره ضرورة مراعاة أسس الأمانة والأخلاق والإنصاف، ويمكن اعتباره أساساً لتدخل القضاء في تعديل الشرط الجزائي<sup>(57)</sup>. ولم تنص المجلة على مبدأ حسن النية بشكل صريح، إلا أنها تضمنت تطبيقات لهذا المبدأ، منها بيوع الأمانة، وعدم جواز استخدام وسائل تضليلية أو احتيالية، ومنه ما يعرف بالتغريب<sup>(58)</sup> الذي هو شرط لازم لإعمال خيار الغبن<sup>(59)</sup>، ومنه كذلك واجب الإعلام بعيوب العين محل التعاقد. وعليه يعتبر التمسك بقيمة الشرط الجزائي رغم عدم تناسبه مع الضرر الواقع من قبيل سوء النية الذي يجيز تدخل القضاء بالتعديل<sup>(60)</sup>.

ولكن الإشكالية تكمن في أن مبدأ حسن النية من السعة بحيث يصعب ضبطه، ولا تحتوي المجلة على نص واضح بخصوصه، وبذلك يكون الاستناد إليه أمراً متعسراً بالمقارنة مع غيره من النظريات والمبادئ الأكثر دقة وتفصيلاً كالتعسف الذي هو في نهاية الأمر متفرع عن مبدأ حسن النية، إلا أنه في الوقت ذاته أوضح دلالة في سياق المجلة، وأكثر شيوعاً في استناد القضاة إليه في أحكامهم.

كما أن تطبيق مبدأ حسن النية بصدد الشرط الجزائي يتطلب توفر سوء نية المتعاقد<sup>(61)</sup>، فلا يمكن تطبيقه إلا إذا ثبت سوء نية الطرف المتمسك بالشرط الجزائي رغم عدم عدالة قيمته، في حين أن الأخذ بنظرية التعسف لا يلزم بالضرورة توفر سوء النية كما سيتبين قريباً، فيمكن تطبيقها حتى وإن كان الطرف المتمسك بالشرط حسن النية، ويعتقد أنه

(57) روزان طالب السويطي، مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2018، ص 38.

(58) تنص المادة (164) من المجلة على أن التعريب هو: «توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية».

(59) نصت المادة (357) من المجلة على أنه: «إذا غر أحد المتبايعين الآخر، وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً فللمغوب أن يفسخ البيع حينئذ».

(60) دعاء برهم، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2018، ص 177.

(61) وليد قارة، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الندوة للدراسات القانونية (إلكترونية)، الجزائر، العدد 18، سنة 2018.

يمارس حقاً مشروعاً بمطالبته بقيمة الشرط المتفق عليه ابتداءً، وهذا في نظرنا أقرب إلى روح العدالة؛ ذلك أن نظرية التعسف تنظر إلى موضوع التجاوز بحد ذاته، لا إلى نية المتجاوز، مما يسهل تدخل القضاء في تعديل القيمة.

## الفصل الرابع

### مبادئ العدالة والإنصاف كأساس قانوني لسلطة القاضي في التعديل

تعرف مبادئ العدالة والإنصاف بأنها: المبادئ المستقرة في وجدان وضمير الناس، والتي يلجأ إليها القاضي حين لا يجد نصوصاً قانونية يمكن الاستناد إليها في حكم موضوع النزاع، وقد ذهب آراء للقول بأنها تصلح أساساً لتدخل القضاء في تعديل الشرط الجزائي، وتحديدًا في ظل الفقه الإسلامي، على اعتبار أنه يقيم لمبادئ العدالة وزناً هاماً، وعلى أساس أنه يندرج تحت هذه المبادئ العديد من القواعد الفقهية التي تصب في معنى مبادئ العدالة<sup>(62)</sup>، ومن هذه القواعد: الضرر يزال<sup>(63)</sup>، إذ إن المبالغة أو البخس في قيمة الشرط يسبب ضرراً يجب إزالته، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار<sup>(64)</sup>، حيث إن في المبالغة أو البخس في قيمة الشرط ضرراً للطرف الآخر بما أنه ضرر يمس في ماله، وقاعدة درء المفسد أولى من جلب المنافع<sup>(65)</sup>، بحيث إنّه رغم تحقق المنفعة لأحد الأطراف، إلا أن الطرف الذي يتضرر من بخس قيمة الشرط أو المبالغة تصيبه مضرة أولى بالإزالة من تلك المنفعة المتحققة للطرف المقابل، وكذلك قاعدة الأمور بمقاصدها<sup>(66)</sup>، فيما أن مقصد الشرط الجزائي هو التعويض؛ فإنّه يلزم رده إلى هذه الغاية إذا خرج عنها سواء في حالة المبالغة في قيمته أو البخس في مقداره، وأيضاً قاعدة «المشقة تجلب التيسير»<sup>(67)</sup>، فحيثما تحققت مشقة للطرف المتضرر من الشرط الجزائي بسبب المبالغة أو البخس وجب رفع المشقة عن طريق تعديل القيمة.

ورغم أن القواعد السابقة قد تعتبر أساساً معقولاً للأخذ بالشرط الجزائي، إلا أنها قواعد متفرقة، وقد تتضارب الأحكام القضائية في الأخذ بإحداها دون الأخرى، مما يؤدي إلى عدم استقرار في الأساس القانوني، خاصة أن كل واحدة منها على حدة لا تشكل نظرية

(62) أحمد رمضان قشوط، مدى سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة تحليلية بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، مجلة الجامعة الأسمرية، ليبيا، السنة 11، العدد 21، سنة 2014، ص 243-263.

(63) المادة (20) من المجلة.

(64) المادة (19) من المجلة.

(65) المادة (30) من المجلة.

(66) المادة (2) من المجلة.

(67) المادة (18) من المجلة.

عامة لها معالم وأركان واضحة، مما قد يؤدي إلى قصور حين وضعها موضع التطبيق على الشرط الجزائي. كما أنّ مدلول «قواعد الإنصاف والعدالة» ليس مستقراً، بل هو مدلول قابل للتغير باستمرار<sup>(68)</sup>؛ ولذلك نرى أنّ الأدق هو الأخذ بمجموع ما تشير إليه العديد من هذه القواعد الفقهية فيما يعرف بنظرية «التعسف في استعمال الحق»، التي تجد أساسها في تضافر عدد من هذه القواعد كما سيتم إيضاحه في الفقرة التالية.

## الفصل الخامس

### نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس لسلطة القاضي في التعديل

لا شك أنّ مجلة الأحكام العدلية وإن لم تنص بصريح نصوصها على نظرية التعسف؛ إلاّ أنّها تعترف بها ضمناً من خلال العديد من النصوص، فبالرجوع إلى المجلة نجد أنّها تبنت في نصوص متفرقة هذه الأسس، وإن اختلفت في بعض الأحكام، ومن ذلك معيار «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(69)</sup>، وكذلك معيار «الأمر بمقاصدها»<sup>(70)</sup>، وكذلك معيار «درء المفاسد أولى من جلب المنافع»<sup>(71)</sup> الذي هو معيار موضوعي<sup>(72)</sup>، ثم معايير «العادة محكمة»<sup>(73)</sup>، وقاعدة «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»<sup>(74)</sup>، وقاعدة «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»<sup>(75)</sup>، والتي كلها معايير موضوعية لا تستند إلى شخص المتعسف<sup>(76)</sup>، إذ إنّ الضرر غير المألوف هو الذي يقدر العرف والعادة أنّه غير مألوف.

(68) الحبيب بلحاج، مرجع سابق، ص 303.

(69) المادة (19) من المجلة. ويقصد بقاعدة «لا ضرر ولا ضرر» عدم جواز الإضرار بالغير في نفسه أو ماله، وورد في شرحها ما يفيد أنّ من إحدى معانيها أنّه لا يجوز أن ينطوي تصرف الشخص وإن في حقه على ضرر لغيره. علي حيدر، مرجع سابق، ص 36. وورد في إحدى معانيها أيضاً عدم جواز إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً. أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق، 1409 هـ - 1989 م، ص 47.

(70) المادة (2) من المجلة.

(71) المادة (30) من المجلة، وتقرأ معها المادة (27) التي تنص على أنّ: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»، والمادة (29) التي تنص على أنّ: «يختار أهون الشرين». وورد في شرح هذه القاعدة أنّه إذا وجدت مصلحة لشخص، وكانت مباشرة هذه المصلحة ترتب ضرراً أشد أو مساوياً للمنفعة المتوخاة من الفعل، فيقدم دفع المضرّة على مباشرة المصلحة. علي حيدر، مرجع سابق، ص 41 - 42.

(72) به مو بروين، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد «دراسة مقارنة»، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 97.

(73) المادة (36) من المجلة.

(74) المادة (41) من المجلة.

(75) المادة (43) من المجلة.

(76) انظر اعتبار معيار «العرف والعادة» المتبنى في القوانين والمستمد من الفقه الإسلامي معياراً موضوعياً لدى: به مو بروين، مرجع سابق، ص 100.

وبناء عليه، يمكن القول إنَّ المعيار الذي يتبناه الفقه الإسلامي - ومنه المجلة - في التعسف هو «المصلحة»<sup>(77)</sup>، والذي هو معيار مادي موضوعي، ينظر إلى تفاوت المنافع بالنظر إلى نصوص المجلة المختلفة، وهذا المعيار ينطق به سياق نصوص المجلة، رغم توفر قصد الإضرار في بعض الحالات الذي لا يقدر في تحقق النظرية وفق هذا المعيار<sup>(78)</sup>.

وتقوم نظرية التعسف في استعمال الحق على أساس أن من يخوله القانون حقاً معيناً؛ فإنه يتعين عليه أن يمارس حقه ليس فقط استعمالاً مشروعاً، بل بعدم المضارة في استعمال الحق وإن كان ضمن الحد المشروع، فإذا استعمل الحق في نطاقه المشروع؛ لكن شاب هذا الاستعمال أحد معايير التعسف المشار إليها سلفاً؛ يحق للطرف الآخر الذي تعرّض للتعسف أن يطلب إزالة التعسف بإزالة الضرر، وقد عرفه الفقه بأنه: «المضارة في استعمال الحق»<sup>(79)</sup>، فهو إذن المجاوزة في حق مشروع، وأن أهم ما يميّز نظرية التعسف أن المتعسف لا يعد مخطئاً، أي لا مجال للحديث عن المسؤولية التقصيرية بصورتها الشهيرة في القوانين المقارنة التي تقوم على الخطأ، فالمسؤول تقصيرياً يتعدى بارتكاب خطأ يمنع القانون ممارسته، أي لا يملك حقاً في تصرفه<sup>(80)</sup>، في حين أن

(77) انظر تبني هذا المصطلح كغاية ومناط فكرة التعسف في الفقه الإسلامي لدى: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص39-44. وصالح الرند، الإنهاء التعسفي لعقد العمل طبقاً لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة مقارنة بالشرعية الإسلامية، دار نشر أكاديمية شرطة دبي، دبي، 2010، ص122-128. وانظر كذلك هذا الرأي الجامع بين المعيار الموضوعي والشخصي وإن يسمى مختلف وهو «استعمال الحق في غير ما شرع له» لدى محيد محمود أبو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير ووجه الصلة بينهما، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن، 2002، ص50-51، والذي يراه الباحث مسمى مشابهاً لمسمى المصلحة، ويؤدى غرضه بدليل ما أورده المرجع المذكور بقوله: «من جهة أنه قصد مناقضة الشارع فيما شرع له من مصلحة...»، ص51، مع الإشارة إلى أنهم - القائلون بمعيار المصلحة - أوردوا «قصد الإضرار» ولكن ليس بصيغة الاشتراط والضرورة، بل إمكان توفره.

(78) فتحي الدريني، مرجع سابق، ص50، حيث يرى: «على أن استعمال الحق يصبح غير مشروع إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير، ولو كان دون قصد...».

(79) محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق، 27، نقلاً عن: محمد زكي السيد عبد الغني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، أسيوط، مصر، ع 4، سنة 1986، ص67؛ ويعرّف أيضاً بأنه: «انحراف عن مسلك الرجل المعتاد». عبد القادر الفار، المدخل للعلوم القانونية، مبادئ القانون - النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2015، ص235.

(80) انظر هذا المعنى للتعدي بالقول إنّه مجاوزة الحدود لدى: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 779 و 842 و 843؛ مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقها انطلافاً من نصوص القانون المدني الأردني، ط1، دار القلم، دمشق، 1988، ص78 و 79 و 83.

المتعسف يتصرف في حق يقره له القانون<sup>(81)</sup>، كما أنه لا يشترط لإعمال النظرية سوء نية المتعسف، فقد يمارس المتعسف التعسف وهو يعتقد أنه يمارس حقاً مشروعاً، مع التأكيد دائماً على أن المجلة لا تتضمن المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ، بل تتضمن الفعل الضار الذي يرتب التعويض بتحقيق الإضرار والضرر.

وإزاء هذه الأحكام؛ يبدو أن نظرية التعسف أفضل من سابقتها من النظريات في اعتبارها غطاءً قانونياً لتدخل القضاء في تعديل الشرط الجزائي، إذ إن حق الدائن مشروع في المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل جراء مخالفة المدين، إلا أن المبالغة في قيمة التعويض قد توصف بالتعسف، وبذلك يجوز للقاضي إزالته، دون ضمان تحقيق العدالة الكاملة، ولذلك قد يكون هذا الإجراء بتخفيض المبلغ من قبل القضاء فقط بإزاله المبالغة، دون ضمان تساوي التعويض مع الضرر؛ ولذلك يتفق هذا مع توجه الرأي الراجح فقهاً وقضياً بعدم اشتراط المساواة، وإنما الاكتفاء بجعل التعويض متناسباً مع الضرر<sup>(82)</sup>، أي قد يزول التعسف مع بقاء التعويض زائداً عن الضرر الواقع فعلاً، وهذا ينسجم مع آثار نظرية التعسف، وهو ما يجعل نظرية التعسف أساساً معقولاً بموجب المجلة لتدخل القضاء في تعديل قيمة الشرط الجزائي. وتجدر الإشارة إلى أن نظرية التعسف هي إحدى تطبيقات مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود<sup>(83)</sup>.

## الفرع الثاني

### مدى انسجام تقدير القضاء الفلسطيني للتعويض الاتفاقي

#### مع فلسفة الشرط الجزائي

جاءت الاتجاهات الفقهية وأحكام القضاء الفلسطيني متضاربة في مدى منح القضاة سلطة في تعديل قيمة الشرط الجزائي بين اتجاه مؤيد لذلك لكن بشروط محددة، وبين

(81) انظر الفرق بين التعدي والتعسف لدى: مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 78 و79 و83؛ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 66 و89 و313. مصطفى أحمد الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفهمها، ط1، دار البشير، الأردن، 1983، ص 19 و20 و26 و27. وانظر تحليل موقف المشرع الأردني لدى: جميلة الرفاعي، التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد 20، العدد 3، سنة 2005، ص245.

(82) محمد شكري سرور، مرجع سابق، ف70، ص67؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص87؛ جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص83.

(83) الهادي السعيد عرفة، حسن النية في العقود: دراسة مقارنة لمفهوم حسن النية وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع1، سنة 1986، ص177-178.

اتجاه يمنح القضاة سلطة واسعة، وتعددت الأسانيد التي استندت إليها المحاكم في إجراء هذا التعديل، وذلك على النحو التالي:

## الغصن الأول

### الاتجاه القضائي الذي يمنح القاضي سلطة مقيدة

#### في تعديل الشرط الجزائي

مع أن المشرع العثماني لم يتعرض في مجلة الأحكام العدلية للشرط الجزائي من حيث تنظيمه وسلطة القاضي إزاءه، بما يعني أن يكون للأخير سلطة مطلقة تجاهه، إلا أن المتبع لموقف القضاء الفلسطيني في الأحكام الصادرة عنه، فيما يتعلق بسلطته في تعديل مقداره لم تأت متوافقة مع ذلك، حيث إن الأحكام القضائية التي تعرضت له لم تمارس سلطتها في التعديل إلا بشروط أو قيود محددة، ويظهر ذلك من خلال الأحكام المختلفة الصادرة عن القضاء الفلسطيني، حيث نستنتج مما ذهب إليه بعض الأحكام القضائية إلى سلب دورها في الرقابة على مبلغ الشرط من تلقاء نفسها إلا بناء على طلب، إذ إن الشرط الجزائي هو دين للدائن في ذمة المدين يجب على المحكمة أن تحكم به كما هو، ولا تبسط رقابتها عليه إلا إذا ادعى المدين أن قيمة الشرط مبالغ فيها<sup>(84)</sup>، وحينها إذا أثبت ذلك واقتنعت المحكمة بالمبالغة فإنها تخفص قيمته، لكنها بالضرورة لا تعدل قيمة الشرط من تلقاء نفسها، وإنما يطلب المدين. كما أن هذا الاتجاه حسبما هو واضح باستقراء الحكم لا يسمح للقضاء بالتعديل بناء على طلب المدين إلا في الحالة المذكورة.

في حين ذهب الرأي المخالف في حكم محكمة النقض الفلسطينية السابق إلى أنه: «غير أننا نختلف معها فيما قضت به للطاعنة بكامل مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي، على الرغم من أن الطاعن الأول قد نفذ القسم الأكبر من التزامه؛ ذلك أن للمحكمة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين: الأولى إذا أثبت المدين أن تقدير الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، والثانية إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، فالشرط الجزائي يوضع لحالة عدم قيام المدين بالتزامه أصلاً، فإذا نفذ جزءاً منه وجب تخفيض الشرط الجزائي بمقدار النسبة التي تم تنفيذها....»<sup>(85)</sup>.

ونلاحظ أن الرأي المخالف هنا يتيح للقضاء سلطة التعديل، ولكن ليس على الإطلاق، بل

(84) نقض مدني فلسطيني، حقوق رقم 2010/262، بتاريخ 2012/11/29، منشور على موقع المقتفي.

(85) انظر الرأي المخالف في حكم نقض مدني حقوق: محكمة النقض المنعقدة في رام الله، رقم 2010/262، بتاريخ 2012/11/29، منشور على موقع المقتفي.

بتقييد ذلك في حالتين هما: إثبات المدين المبالغة في قيمة الشرط، وتنفيذه جزءاً كبيراً من التزامه. وأن الحالة الأولى لا يختلف فيها هذا الاجتهاد عن الاجتهاد السابق الذي أشرنا إليه، فكلاهما يذهبان إلى أنه إذا أثبت المدين المبالغة في قيمة الشرط يحق للقضاء التعديل، إذ لم يشير الرأي المخالف هنا إلى حق المحكمة من تلقاء نفسها النظر في الشرط المبالغ في قيمته، أما في الحالة الثانية فأقر الرأي المخالف بأحقية القضاء التدخل من تلقاء نفسه إذا نفذ المدين جزءاً من الالتزام الأصلي، إذ يجب خصم قيمة الشرط بما يعادل الجزء الذي نفذ.

ونستطيع القول إن هذا الاجتهاد الأخير المتمثل في الرأي المخالف قد أقر على استحياء حق القضاء في التعديل، إذ قيده بشروط محددة محتدياً حدو القانون المدني الفلسطيني النافذ في قطاع غزة، وعليه لا نستطيع القول بأن هذا الاجتهاد القضائي أقر بصورة مطلقة سلطة القضاء في تعديل قيمة الشرط، رغم أن المجلة - ومثلها القانون المدني الأردني - كما أشرنا تسمح للقضاء مطلقاً ودون قيود النظر في الشرط بما أنها تشترط أن يكون التعويض مساوياً للضرر<sup>(86)</sup>.

وفي اتجاه آخر تقرر أنه من حق القضاء تخفيض قيمة الشرط إذا كان مبالغاً فيه بدرجة كبيرة<sup>(87)</sup>، وهو يختلف عن مذهب القانون المدني الفلسطيني النافذ في غزة وعن الاجتهادات القضائية السابقة المعدلة بشروط مقيّدة في جزئية أن هذا الاتجاه يعطي المحكمة سلطة التعديل من تلقاء نفسها دون شرط ادعاء المدين وإثباته المبالغة في قيمة الشرط، في حين تتطلب الاجتهادات السابقة والقانون المدني الفلسطيني النافذ في قطاع غزة إثبات المدين المبالغة.

ونلاحظ أن تقييد القضاء في الأحكام السابقة يتمثل إما في شروط تدخل المحكمة من حيث اشتراط بعضها إثبات المدين المبالغة في قيمة الشرط، أو في حال تنفيذه جزءاً من الالتزام، وبالتالي خروج أي حالة أخرى من نطاق سلطة المحكمة في التعديل، وإما يكون التقييد في حصر دور المحكمة في تخفيض قيمة الشرط، دون إعطائها سلطة زيادة قيمته ليصبح متناسباً مع الضرر في حال كان أقل من مقدار الضرر الواقع.

(86) نود الإشارة إلى أن هذا الاتجاه القضائي خرج عن مذهب المجلة، ويبدو ذلك رغبة في التخفيف من سعة موقف المجلة التي كما أشرنا تطلق سلطة القضاء في التعديل دون قيود، ونحن نؤيد هذا التوجه القضائي مع التأكيد على ضرورة تبني هذا الموقف تشريعياً حتى لا يصار إلى التعارض بين التوجه القضائي والنص التشريعي.

(87) نقض مدني، حقوق رقم 2018/159، محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، بتاريخ 2019/3/27، منشور على موقع المقتفي.

كما أنّ تدخل القضاء وفق هذه الأحكام يسعى إلى جعل التعويض «متناسباً» مع الضرر الواقع، وليس «مساوياً» له، وهو ما ينسجم مع تأسيس تدخل القضاء بالتعديل بناءً على نظرية التعسف؛ لأنّ الأخيرة لا تضمن المساواة بين قيمة التعويض والضرر، بل إزالة التعسف، والذي هو مجاوزة الحد، أي هي أقرب إلى منهج التناسب وليس المساواة بين التعويض والضرر.

## الفصل الثاني

### الأسانيد والحجج التي استند إليها القضاء الفلسطيني

#### لتعديل قيمة الشرط الجزائي

تتمثل أسباب التعديل التي ساقها الاتجاه القضائي الذي تبني حق المحكمة في التعديل وفق شروط مقيدة في ظل المجلة، وهي ذاتها التي نص عليها القانون المدني الفلسطيني، على النحو التالي:

#### أولاً: أن يكون تقدير التعويض مبالغاً فيه

يخضع تقدير «المبالغة» لقاضي الموضوع وفق سلطته التقديرية، مستدلاً بذلك بمعيار موضوعي متمثل في وجود فارق واضح بين الضرر الواقع فعلاً، وقيمة التعويض التي تزيد عنه بدرجة كبيرة، بحيث يستشف القضاء أنّ مبلغ الشرط تجاوز الغرض منه، وأصبح تعسفياً<sup>(88)</sup>. ولم يوضح القانون المدني الفلسطيني الناقد في قطاع غزّة فيما إذا كان دور القاضي حين التخفيض يصل إلى حد جعل مبلغ الشرط مساوياً للضرر أم متناسباً معه، ولكن يذهب اتجاه فقهي إلى أنّ سلطته تصل إلى حد جعله متناسباً مع الضرر، إذ ليس في نهج القانون المدني الفلسطيني وأحكامه مساواة التعويض بالضرر الواقع فعلاً، حتى لا يفقد الشرط قيمته التهديدية، فكما أنّه لا يكفي مجرد الادعاء بزيادة التعويض عن الضرر، وإنّما يشترط إثبات المبالغة؛ فإنّه حين التخفيض إذن من البديهي ألا يصل التخفيض إلى حد جعل التعويض مساوياً للضرر<sup>(89)</sup>.

ولذلك، رغم عدم وجود معيار وسقف واضحين نستطيع معهما القول بأنّ مبلغ الشرط مبالغ فيه؛ إلاّ أنّه يمكن للقضاء النظر في قيمة التعويض والضرر الحاصل، وعدم الاعتداد بالمعيار الشخصي. وعلى أي حال، نعتقد أنّ القانون المدني الفلسطيني لم يكن

(88) إبراهيم البعلبي، دور القاضي في إعادة التوازن للتعويض الاتفاقي على ضوء القضاء المغربي والمقارن، مجلة منازعات الأعمال، المملكة المغربية، العدد 39، سنة 2019، ص 104-105.

(89) طارق محمد أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص 76.



دقيقاً حين استعمل لفظة «مبالغاً فيه» هكذا مجردة، إذ كان الأخرى إيراد وصف للزيادة أو المبالغة، وهو ما فعلته قوانين أخرى، إذ نصت علي كون التعويض «مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة»<sup>(90)</sup>، أو «مفرطاً» أو «أن يكون الفرق فادحاً» إذ إن هذه الألفاظ توحي بأن تدخل القضاء يكون في حالات يتضح فيها - بلا شك - الفرق الملموس بين القيمة والضرر، أما مصطلح «مبالغاً فيه» يظل أقل حدة في التعبير عن زيادة قيمة الشرط عن الضرر، وهو من السعة بحيث يجعل تدخل القضاء أسهل في تعديل الشرط.

بينما ذهب اتجاه فقهي آخر إلى أنّ سلطة القاضي في التخفيض هنا والمستمدة من النص القانوني إنّما تفترض أنّ ثمة عيب إرادة وقع فيه المدين دفعه للتعاقد على قيمة الشرط سواء باعتباره غلطاً في التعاقد، أو إكراهاً وقع على المدين جعله يقبل شرطاً مجحفاً، ثم يثبت أنّ التقدير مبالغ فيه، مما يسمح للقضاء تعديل القيمة أسوة بحق القضاء في النظر في العقد في حال عيوب الإرادة<sup>(91)</sup>.

ولذا، نرى ضرورة احترام اتفاق الأطراف، وجعل التدخل - إلى حين تعديل صياغة النص - فقط في حالات التفاوت الواضح، بحيث يتم رفع التعسف عن الشرط، اتساقاً مع ما أشرنا له سابقاً بكون نظرية التعسف أساساً معقولاً لتدخل القضاء بالتعديل في الشرط الجزائي<sup>(92)</sup>.

### ثانياً: إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه

تبدو علة تخفيض قيمة الشرط واضحة هنا، إذ حين ينفذ جزء من الالتزام الأصلي الذي وضع الشرط الجزائي ضماناً لتنفيذه أصلاً؛ فإن ذلك يعني أنّه يجب تخفيض قيمة الشرط بقدر الجزء الذي نفذ<sup>(93)</sup>، فلا يصح معاملة عدم تنفيذ الالتزام بذات معاملة تنفيذ جزء منه، بل إنّ هذه الحالة من تخفيض قيمة الشرط تشمل حالة تنفيذ الالتزام بجودة أقل من المطلوب، بمعنى أداء الالتزام مشوباً ببعض العيوب<sup>(94)</sup>، إذ نستطيع أن نفهم المغزى من النص التشريعي على حالة أداء جزء من الالتزام أنّه مغزى مشترك مع هذه

(90) تنص المادة (2/224) من القانون المدني المصري على أنّه: «يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أنّ التقدير كان مبالغاً فيها إلى درجة كبيرة». وتنص المادة (303) من القانون المدني الكويتي على أنّه: «... يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة».

(91) رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 87.

(92) إبراهيم البعلبي، مرجع سابق، ص 105.

(93) جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 84؛ محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 155؛ عبد

الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 86.

(94) غازي خالد أحمد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 50.

الحالة الأخيرة التي أوردناها، فالعلة واحدة، وهي ألا يثري الدائن على حساب المدين في حالات يكون فيها المدين قد نفذ جانباً من التزامه.

وإنَّ الجزء الذي قرّره المشرع للشرط الجزائي إنما يجد مجاله في حالة عدم تنفيذ الالتزام أصلاً، أو التأخر في تنفيذه كله، أمّا أداء جزء منه وكان قد حقق هذا الجزء إشباعاً للدائن في هذا الجزء يتعيّن معه التخفيض بمقدار ما تمّ تنفيذه<sup>(95)</sup>. ويتعيّن على المدين إثبات أداء جزء من الالتزام، فإذا ما أثبت ذلك يتعيّن أيضاً أن يكون الجزء المنفذ مفيداً للدائن، أي يحقق ولو جزءاً من مقصود العقد، وألا يكون مقداراً تافهاً من التنفيذ<sup>(96)</sup>.

ولم ينص المشرع الأردني على حالة تخفيض مبلغ الشرط إذا نفذ المدين جزءاً من التزامه، تاركاً ذلك لحكم القواعد العامة، ومع ذلك انتقد هذا التوجه على أساس أن الانتقاص هنا قد يكون محل تأويل وجدل قضائي بالإمكان الاستغناء عنه<sup>(97)</sup>.

### الفصل الثالث

#### الاجتهاد القضائي المعدّل للشرط الجزائي من دون قيود

ذهبت بعض الاجتهادات القضائية إلى أن للقضاء سلطة تعديل قيمة الشرط زيادةً ونقصاناً، دون تقييد ذلك بقيود محددة، فقد ذهبت محكمة استئناف رام الله إلى ذلك حين قضت بأنه: «... أن هذا شرط جزائي وغالباً ما يكون مقدراً تقديراً جزافياً، ولذلك فهو قابل لإعادة النظر فيه من قبل القضاء، بحيث يكون التعويض مساوياً للضرر بزيادة أو إنقاص المبلغ المتفق عليه، ولا يخل ذلك بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين...»<sup>(98)</sup>.

ويعد هذا الحكم الأخير - من وجهة نظرنا - منسجماً مع سياق المجلة - على ما فيه من نقد - إذ إن جعل التعويض مساوياً للضرر هو مذهب المجلة بما أنها تشترط أن يكون التعويض عن الضرر الواقع فعلاً، وأن يكون جبراً للضرر، خاصة وأن الحكم تضمن عبارة «مساوياً» التي تقترب من مذهب المجلة المذكور<sup>(99)</sup>.

(95) نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 316.

(96) عاصم حمودة شحير، الشرط الجزائي في العقود المدنية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013، ص 141.

(97) صاحب عبيد الفتلاوي، ملامح أحكام التعويض في القانون المدني الأردني، مجلة العلوم السياسية والقانونية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، جامعة ديالى، العراق، المجلد 7، العدد 1، سنة 2017، ص 26-27.

(98) استئناف رام الله، حقوق رقم 2009/25، بتاريخ 2010/5/16، منشور على موقع المفتي.

(99) أمل ملاح، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مجلة الفقه والقانون، (إلكترونية)، المغرب، العدد 60، أكتوبر 2017، ص 131، وترى الباحثة أن الشرط الجزائي إذا حمل معنى التهديد يصبح غير مشروع، وأنه يجب تحقيق المساواة بين مبلغ الشرط والضرر الحاصل فعلاً.

ومن ناحية أخرى؛ إنَّ المجلة لم تتضمن نصوصاً خاصة تمنع القاضي من التدخل في قيمة التعويض زيادة أو نقصاناً بحكم أنها لم تنظم الشرط الجزائي بالصورة التي عُرِف بها في القوانين الحديثة، ولذا تظل القاعدة العامة التي تقرّر مساواة التعويض للضرر هي الفيصل في هذا الصدد، وتعتبر قاعدة أمره يجب مراعاتها، وتعديل القيمة سواء أكانت أقل أم أكثر من الضرر لتصبح مساوية له.

كما أنَّ هذا الاتجاه لا يتطلب من الأطراف إثبات المبالغة أو البخس في قيمة الشرط الجزائي كاشتراط لتدخل القضاء، بل يحق له التدخل من تلقاء نفسه، فهو إذن تدخل مطلق من حيث عدم حصر التدخل في حالات معينة، بل في كل حالة لا يكون فيها التعويض مساوياً للضرر، وهو مطلق من حيث عدم اشتراط طلب الأطراف التدخل من قبل القضاء.

وأما فيما يخص حق زيادة قيمة الشرط؛ فلا تقر المادة (3/241) من القانون المدني الفلسطيني النافذ في قطاع غزة - خلاف المجلة إذ لم تمنع ذلك - حق القضاء في زيادة قيمة الشرط فيما إذا تبين أنَّ الضرر الواقع فعلاً يزيد على قيمة الشرط، إلا في حالتين هما ارتكاب المدين غشاً أو خطأً جسيماً.

ونعتقد أنَّ المشرع الفلسطيني حسب القانون المدني النافذ في قطاع غزة قد جانب الصواب حين لم يقر حق القضاء في زيادة قيمة الشرط أسوة بحقه في تخفيضه، إذ إنَّ تحقيق العدالة بين طرفي العقد يفترض عدم حصر تدخل القضاء بالتعديل في حالة الزيادة بضرورة تحقق الغش أو الخطأ الجسيم، وذلك من أجل جعل التعويض معادلاً للضرر، أو على الأقل مناسباً له، أما بموجب النص الحالي فإنَّ هذا القصور وحصر الحق في التعديل بحالتي الغش أو الخطأ الجسيم يسهم في دعم موقف المدين المخل بالتزاماته على حساب الدائن، وهذا خلاف موقف المشرع الأردني الذي يجيز للدائن طلب زيادة قيمة التعويض لتساوي الضرر، أسوة بحق المدين في طلب التخفيض<sup>(100)</sup>، وقيل في موقف المشرع الأردني أنه يراعي العدالة التعاقدية في تقريره هذا الحق لطرفي العقد على السواء، والموازنة بين قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين»، وحق القضاء في التدخل لتعديل العقد إذا تضمن «إجحافاً» أو «عدم توازن» كحالة الظروف الطارئة، خلافاً لموقف تشريعات أخرى مثل القانون المدني الفلسطيني النافذ في غزة، والقانون المدني المصري<sup>(101)</sup> التي تقدر الاتفاق حتى لا يعود للقاضي دور إلا في حالات استثنائية<sup>(102)</sup>، وهي التي أشرنا إليها سابقاً.

(100) انظر هذا الرأي أيضاً لدى: دعاء برهم، مرجع سابق، ص 181.

(101) المادتان (234 و235) من القانون المدني المصري.

(102) أمين دواس، القانون المدني - أحكام الالتزام: دراسة مقارنة، ط 1، دار الشروق، رام الله، فلسطين، 2005، ص 77-78.

ورغم أنّ المشرع الأردني لم يوفق بنصه على «تساوي القيمة مع الضرر»، إلاّ أنّه على الأقلّ سمح للدائن بطلب زيادة قيمة الشرط، وهذا لا شك موقف محمود يحسب له. وتكمن الغرابة في هذا الصدد أنّ القانون المدني الفلسطيني يسمح بالطبع للدائن المتضرر في هذه الحالة أن يرفع دعوى التعويض بموجب قواعد المسؤولية العقدية، مما يسمح للدائن بالمطالبة بتعويض يراه جابراً للضرر الواقع، وقد يثبت هذا الضرر ويكسب الدعوى ويعوّض عن الضرر، فإذا كان هذا الأمر متاحاً فلماذا لا يتاح بموجب الشرط الجزائي، أي لماذا لا يتدخل القضاء بزيادة قيمة الشرط ما دام أنّه سيحكم للدائن فيما لو رفع دعوى دون الاستناد إلى الشرط وإنّما بموجب الإخلال العقدي الحاصل مطالباً بتعويض مقدر تقديراً جديداً؟

وقد نصت بعض القوانين على حق القضاء في تعديل قيمة الشرط زيادةً ونقصاناً، إذ نص الفصل (264) من قانون الالتزامات والعقود المغربي<sup>(103)</sup> على ذلك، وهو ما أقرّه مجلس القضاء الأعلى المغربي مؤكداً على كون سلطة التعديل من النظام العام يجوز للقضاء ممارستها دون اشتراط طلب الخصم المتضرر ذلك<sup>(104)</sup>، خلاف موقف التشريع الأردني الذي اشترط طلب الخصم المتضرر تدخل المحكمة.

والسؤال المهم بعد استعراض موقف القضاء الفلسطيني من سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي هو: ما المنهج المتفق مع فلسفة الشرط الجزائي؟ هل هو التناسب أم التساوي في حالة التعديل المطلق أو المقيّد؟

ينطوي الشرط الجزائي في الحقيقة على تقدير جزائي لا يراعي فيه الدائن مساواة التعويض بالضرر، بل على العكس غالباً ما يحوي مبالغة في تقدير قيمته، والسؤال الذي يثور هنا: هل إنّ سلطة القاضي في تعديل الشرط زيادةً أو نقصاناً تتطلب جعل قيمته مساوية تماماً للضرر الواقع فعلاً؟ أم متناسبة معه؟ أم حتى عدم ضرورة التناسب ما دام لم يصل حد المبالغة الذي أشارت إليه بعض القوانين المقارنة؟

بداية، لا شك أنّ نصوص المجلة المتعلقة بالتعويض بصفتها قواعد عامة توجي بضرورة المساواة، وكذلك نصوص القانون المدني الأردني الخاصة بالشرط الجزائي، إذ نصت المادة (2/241) من الأخير على أنّه: «يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد

(103) «... يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه، أو الرفع من قيمته إذا كان زهيداً، ولها أيضاً أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جزاء التنفيذ الجزئي». قانون الالتزامات والعقود ظهير 9 رمضان 1331هـ (12 أغسطس 1913م) صيغة محسنة بتاريخ 18 فبراير 2016.

(104) قرار عدد 489، بتاريخ 2006/5/17، ملف عدد 2004/1/3/1314، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 68، سنة 2008، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 111، نقلاً عن: أمل ملاح، مرجع سابق، ص 135.

الطرفين أن تعدّل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك»، وقضت بذلك محكمة التمييز الأردنية<sup>(105)</sup>، وقد لقي هذا التوجه انتقاداً مفاده أنّ المساواة قد تكون متعذرة من الناحية العملية<sup>(106)</sup>.

ولكننا نجد أن العديد من الآراء الفقهية<sup>(107)</sup>، والأحكام القضائية التي منحت القاضي سلطة التعديل قد أقرت بأنّ المهم هو جعل قيمة الشرط الجزائي متناسبة مع الضرر، وليس بالضرورة المساواة الفعلية بينهما. ويبدو أنّ الاتجاه القائل بحق القضاء في التعديل بشروط مقيّدة، الذي هو مذهب مشروع القانون المدني الفلسطيني، هو الأقرب إلى جوهر الشرط الجزائي وفلسفته بخصوص هذه النقطة، باعتبار أنّه يتيح للقضاء التدخل إذا أثبت المدين المبالغة في قيمة الشرط، ما يعني أنّ ثمة افتراضاً بأنّ التعويض المتفق عليه متناسب مع الضرر إلا إذا ثبت العكس، وكذلك حق القضاء في التدخل من تلقاء نفسه، وذلك في حالة تنفيذ المدين للجزء الأكبر من التزاماته؛ لأنّه لا يعود لإعمال الشرط معنى.

وهذا الاتجاه كذلك أقرب إلى جعل مبلغ الشرط متناسباً مع الضرر وليس بالضرورة مساوياً له، وذلك لأنّه بالنظر إلى الاجتهاد القضائي الذي أقرّ التوجه المذكور؛ نلاحظ أنّه اشترط المبالغة «الكبيرة» في قيمة الشرط، وهو بذلك أقرب إلى عدم اشتراط المساواة، ومعنى ذلك أنّ سبب التدخل هو «الفحش» في المبالغة، وليس المبالغة في حد ذاتها؛ إذ هي متصورة في الشرط الجزائي تحقيقاً لطابع التهديد فيه، ومن ثم يكون دور القضاء رفع المبالغة، وإبقاء قيمة الشرط في حدود المناسبة مع الضرر.

ولذلك، يبدو موقف المجلة من حيث اشتراط المساواة مقيداً لفلسفة الشرط الجزائي، وهي إن كانت قاعدة عامة مستحسنة في سياق التعويض عن الضرر بشكل عام؛ إلا أنّها ليست الحل الأمثل في حالة الشرط الجزائي الذي يبتغي فيه واضعه جانب المبالغة التي تحمل معنى التهديد، وحث الطرف الآخر على التنفيذ<sup>(108)</sup>، وافتراض الضرر كما نرى.

(105) «عندما يكون مقدار التعويض محددًا في العقد مقدماً، فإنّ القاعدة أن يحكم به، إلا إذا ادعى المتعهد بأنّه فاحش أو يزيد على الضرر الحقيقي اللاحق بالطرف الآخر، فيجوز للمحكمة تخفيضه بما يساوي الضرر تطبيقاً لأحكام المادة (2/364) من القانون المدني»، تمييز حقوق رقم 95/502، مجلة نقابة المحامين، 1995، ص 1993، نقلاً عن: طارق محمد أبو ليلى، مرجع سابق، ص 79.

(106) صاحب عبيد الفتاوي، مرجع سابق، ص 26.

(107) أمين دواس، مرجع سابق، ص 76؛ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 67؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 87؛ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 168؛ عاصم حمودة شحبير، مرجع سابق، ص 142.

(108) محمد شكري سرور، مرجع سابق، ف 70، ص 67؛ محمد سامي الصادق وآخرون، مرجع سابق، ص 79؛ جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 74.

## الخاتمة:

بعد تحليل نصوص مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الفلسطيني، والقانون المدني الأردني من أجل معرفة موقف كل من هذه القوانين من الاعتراف بالشرط الجزائي ابتداءً، وموقفها من فلسفة الشرط الجزائي وغايته، ثم أخيراً سلطة القاضي في تعديله؛ تم التوصل إلى النتائج التالية:

### أولاً: النتائج

(1) لم تتضمن مجلة الأحكام العدلية - المطبقة في الضفة الغربية - نصاً صريحاً يتناول الشرط الجزائي بأحكام واضحة، وإنما حوت العديد من القواعد الفقهية والنصوص القانونية التي تصلح أساساً لوجود الشرط الجزائي في نطاق المجلة، ومنها القواعد الكلية الأصولية كقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، و«يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان»، و«إنما تعتبر العادة إذا اطردت»، و«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً». هذا إضافة إلى إمكانية الاستناد إلى نظام الشروط المقترنة بالعقد وفق المجلة، إذ تبين أن الشرط الجزائي هو مما يؤيد مقتضى العقد، ومما يقبله العرف بما لا يخالف الشرع.

(2) عالج القانون المدني الفلسطيني - المطبق في غزة - موضوع الشرط الجزائي في المادتين (240 و241)، بحيث أيد اشتراط الأطراف مثل هذا الشرط، مما يجعل الأساس القانوني لوجود الشرط هو هاتان المادتان.

(3) توصل البحث إلى أنّ شروط الشرط الجزائي وفق مجلة الأحكام العدلية هي تحقق فعل الإضرار من جانب المدين الذي يجعل الضرر مفترضاً لا جدال في تحقيقه، إذ حاول البحث التأسيس لفكرة افتراض الضرر، بمعنى أنّ الشرط الجزائي لا يستقيم أن يكون دوره فقط نقل عبء إثبات الضرر والمبالغة فيه على عاتق المدين، بل إنّ الشرط يجعل وجود الضرر مفترضاً غير قابل لإثبات العكس، وإنما يحق للمدين المجادلة في قيمة الشرط، مما يسمح للقضاء بالتعديل فيه بالاستناد إلى نظريات عديدة، كان أكثرها دقة «نظرية التعسف في استعمال الحق» التي أصل البحث لوجودها في المجلة وأفضليتها على غيرها في هذا الصدد.

(4) يتمثل دور القضاء في تعديل الشرط في ظل المجلة في جعل قيمة الشرط مساوية للضرر الواقع فعلاً، ودون شروط مقيدة، وذلك تأسيساً على أنّ المجلة تعتبر التعويض جبراً للضرر الواقع فعلاً، وأنّه لا مجال لزيادة أو نقصان مبلغ

التعويض عن الضرر الواقع، وبالتالي فالمساواة لازمة، وحيث إنّ المجلة لم تضع أحكاماً خاصة للشرط الجزائي؛ فإنّ القواعد العامة في التعويض والضرر تظل حاکمة في هذا الصدد، وهو ما يعني أنّ موقف المجلة لا ينسجم مع طابع التهديد للشرط الجزائي الذي يسمح بزيادة مبلغ التعويض حتّى للمدين على التنفيذ، إنّما يكتفي الشرط الجزائي بطابعه التعويضي وفق المجلة، ومع ذلك فقد خرجت العديد من الاجتهادات القضائية عن هذا الحكم، وقضت بالمناسبة بين التعويض والضرر، وهو اتجاه موفق ينسجم مع فلسفة الشرط الجزائي.

(5) تتمثل شروط الشرط الجزائي في ظل القانون المدني بغزة في أن يتحقق ضرر وخطأ وعلاقة سببية، وأنّ دور الشرط الجزائي ينحصر في نقل عبء إثبات الضرر والمبالغة في قيمته على عاتق المدين، فلا يلزم الدائن بإثبات الضرر، فهو مفترض، لكنه قابل لإثبات العكس من قبل المدين بنفي وقوعه.

(6) يتمثل دور القضاء في تعديل الشرط الجزائي في ظل القانون المدني بغزة في مراجعة قيمة الشرط الجزائي وفق شروط مقيّدة، بحيث تشير الفقرة الثانية إلى حق القضاء في تخفيض قيمة الشرط الجزائي في حالة المبالغة في قيمته، أو تنفيذ المدين جزءاً من التزامه، دون سلطة زيادة قيمة التعويض فيما لو كان بخساً لا يناسب الضرر الواقع فعلاً إلا في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم. ولا يشترط القانون المدني هنا المساواة بين قيمة التعويض والضرر، بل المطلوب هو التناسب، مما يعني أنّ توجه القانون المدني الفلسطيني ينسجم مع فلسفة الشرط الجزائي التي تجمع بين الطابعين التعويضي والتهديدي معاً، إذ قد تزيد قيمة التعويض على الضرر الواقع فعلاً ما دامت لم تصل حد التعسف أو الفحش.

(7) لم يكن القانون المدني الفلسطيني النافذ في قطاع غزة موفقاً حين نص على لفظة «إذا كان مبالغاً فيه» بصدده الحديث عن سلطة القضاء في تعديل الشرط، إنّما الأولى أن يستخدم عبارات أكثر دقة، وتوحي بالفرق الواضح بين قيمة الشرط والضرر، كعبارات «إذا كان مبالغاً فيه بدرجة كبيرة»، «إذا كان مبلغ الشرط مفرطاً»، أو «إذا كان التفاوت فاحشاً بين الضرر والقيمة»، وهي تعبيرات استخدمتها العديد من التشريعات، كالمصري والكويتي وغيرهما.

(8) تضاربت أحكام القضاء الفلسطيني في تعاملها مع الشرط الجزائي، فبعضها رفض الاعتراف بوجوده في نطاق المجلة، وبعضها الآخر أقرّ بوجوده مع منح القضاء سلطة التعديل في حالة واحدة هي إثبات المدين المبالغة في الشرط، دون

حق القضاء من تلقاء نفسه في إثارة موضوع المبالغة والتعديل، في حين اتجهت بعض الاجتهادات إلى حق القضاء في التعديل بشروطين مقيدين هما حالتا: المبالغة في قيمة الشرط، وتنفيذ المدين جزءاً من التزامه، وهو ذات موقف القانون المدني الفلسطيني، مع عدم السماح للقضاء بالتدخل بالتعديل من تلقاء نفسه في حالة المبالغة، والسماح له بالتدخل ولو دون طلب المدين في حالة تنفيذه جزءاً من التزامه المقرون بالشرط، وجعل دور القضاء تحقيق التناسب لا المساواة بين قيمة الشرط والضرر، وأمّا الاتجاه القضائي الأخير والذي يعتبر متماشياً مع نصوص المجلة - على ما فيه من نقد-؛ فقد اتجه إلى أنّ حق القضاء مطلق في تعديل الشرط، دون قيود، سواء بالزيادة أو الإنقاص من قيمة الشرط، وبما يحقق المساواة بين قيمته والضرر الواقع فعلاً.

(9) توصل البحث إلى أنّ الاتجاه القضائي الأكثر انسجاماً مع فلسفة الشرط الجزائي هو الاتجاه الذي ذهب إليه مذهب القانون المدني في غزة، وذلك بحصر تدخل القضاء في حالتي المبالغة في قيمة الشرط، وتنفيذ المدين جزءاً من التزامه، وكذلك دور القضاء في تحقيق التناسب بين قيمة الشرط والضرر، وهو ما يعني الإبقاء على الطابع التهديدي للشرط الجزائي بترك فسحة للدائن في كون المبلغ زائداً على الضرر الواقع فعلاً، ما دامت الزيادة لم تصل حد «التعسف».

(10) جانب المشرع في القانون المدني الفلسطيني النافذ في قطاع غزة الصواب حين لم يقرّ حق القضاء في زيادة قيمة الشرط أسوة بحقه في تخفيضه إلا بحالتي الغش والخطأ الجسيم، إذ إنّ تحقيق العدالة بين طرفي العقد يفترض عدم تقييد الحق بالمطالبة بضرورة تحقق الغش أو الخطأ الجسيم، وذلك من أجل جعل التعويض متناسباً مع الضرر، أمّا بموجب النص الحالي فإنّ هذا القصور يسهم في دعم موقف المدين المخل بالتزاماته على حساب الدائن.

## ثانياً: التوصيات

(1) نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني بحيث تتبنى «افتراض الضرر» في نطاق الشرط الجزائي دون إمكانية لنفي وقوعه من جانب المدين، والإبقاء على حق المدين في المجادلة في قيمة الشرط.

(2) نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل عبارة «إذا كان مبالغاً فيه» الواردة في المادة (2/241)، والنص على عبارة أكثر إيضاحاً للفرق بين التعويض والضرر، كعبارات «مبالغاً فيه لدرجة كبيرة» أو «فاحشاً» أو «فادحاً»، فهي أدق وأقرب إلى كون



الشرط الجزائي مشتملاً على الطابعين التعويضي والتهديدي للشرط الجزائي، وتؤكد فلسفة التناسب بين التعويض والضرر التي توحى بها نصوص القانون المدني الفلسطيني.

(3) نوصي المشرع الفلسطيني بالنص على حق القضاء في التعديل بزيادة قيمة الشرط دون حصر ذلك بحالتي الغش أو الخطأ الجسيم؛ لأن ذلك أقرب إلى تحقيق العدالة التعاقدية.

(4) بناء على التوصيات السابقة، نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل صياغة نص المادتين (240-241) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، لتصبح على النحو التالي:

«يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون.

- يترتب على الاتفاق المذكور في الفقرة السابقة افتراض الضرر بقريئة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، وإنما للقضاء الحق في تخفيض قيمة التعويض ليصبح متناسباً مع الضرر، إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

- إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، يحق للقضاء زيادة قيمة التعويض ليصبح متناسباً مع الضرر إذا أثبت الدائن تجاوز الضرر لقيمة التعويض.

- يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة».

## المراجع:

### أولاً: المراجع العامة

#### 1- الكتب:

- إبراهيم البعلي، دور القاضي في إعادة التوازن للتعويض الاتفاقي على ضوء القضاء المغربي والمقارن، مجلة منازعات الأعمال، المملكة المغربية، ع39، سنة 2019.
- أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق، 1409هـ - 1989م.
- أحمد رمضان قشوط، مدى سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: دراسة تحليلية بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، مجلة الجامعة الأسمرية، ليبيا، س11، ع21، سنة 2014.
- أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- أمين دواس، القانون المدني - أحكام الالتزام: دراسة مقارنة، ط1، دار الشروق، رام الله، فلسطين، 2005.
- أمل ملاح، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مجلة الفقه والقانون، (الإلكترونية)، المغرب، ع60، أكتوبر 2017.
- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2005.
- جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام، دار النهضة، القاهرة، 2000.
- دعاء برهم، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2018.
- الحبيب بلحاج، التدخل القضائي لمراجعة الشرط الجزائي: قراءة في المواقف الفقهية والقضائية والقانون المقارن، مجلة بحوث ودراسات قانونية، جمعية الحقوقيين، تونس، ع13، 2017.
- حسام الدين الأهواني، تأملات في الشرط الجزائي: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.

## 2- الرسائل والبحوث:

- جميلة الرفاعي، التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد 20، العدد 3، سنة 2005.
- زين محمود الزين، مدى تطبيق الشرط الجزائي على الإنهاء غير المشروع لعقد العمل الفردي (بالتشريع الأردني)، دراسات - علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، سنة 2013.
- طارق محمد أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2007.
- مجيد محمود أبو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة: دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير ووجه الصلة بينهما، ط 1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، الأردن، 2002.
- محمد أحمد بكر، الشرط الجزائي: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الأزهر، مصر، العدد 18، المجلد 6، سنة 2006.
- محمد أحمد حسن محمود، الشرط الجزائي: دراسة مقارنة، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دارالعلوم، جامعة القاهرة، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، المجلد 6، العدد 12، سنة 2010.
- محمد زكي السيد عبد الغني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الأزهر، مصر، العدد 4، سنة 1986.
- محمد سامي الصادق وآخرون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني: أحكام الالتزام، دون ناشر، القاهرة، 2011.
- محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام (في القانون المدني المصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، ج 1 و 2، ط 1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2010.

- عاصم حمودة شحيبر، الشرط الجزائي في العقود المدنية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013.
- عبد الله حسين الخشروم، عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفقه الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1992.
- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2015.
- عبد الرزاق السنهوري،
  - الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952.
  - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، الإثبات - آثار الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، ف477.
- عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول: أحكام الالتزام، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2007.
- عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية - الالتزامات: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2012.
- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- علي نجيدة: النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- فؤاد صالح موسى درادكة، الشرط الجزائي - التعويض الاتفاقي - في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1994.
- صاحب عبيد الفتلاوي، ملامح أحكام التعويض في القانون المدني الأردني، مجلة العلوم السياسية والقانونية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، جامعة ديالى، العراق، العدد 1، السنة 7، 2017.

- صالح الرند، الإنهاء التعسفي لعقد العمل طبقاً لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة مقارنة بالشريعة الإسلامية، أكاديمية شرطة دبي، 2010.
- روزان طالب السويطي، مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2018.
- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- غازي خالد أحمد أبو عرابي، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، دراسات - علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، العدد 2، المجلد 25، سنة 1998.

### ثانياً: المراجع المتخصصة

- الهادي السعيد عرفة، حسن النية في العقود: دراسة مقارنة لمفهوم حسن النية وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد 1، سنة 1986.
- هشام إبراهيم توفيق سليمان، التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي): دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2006.
- وليد قارة، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الندوة للدراسات القانونية (إلكترونية)، الجزائر، العدد 18، سنة 2018.
- موبه برويز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد «دراسة مقارنة»، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني: أحكام الالتزام، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- مصطفى أحمد الزرقا،
- الفعل الضار والضمان فيه دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقها انطلاقاً من نصوص القانون المدني الأردني، ط 1، دار القلم، دمشق، 1988.

- هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، العدد 2، المجلد 2، سنة 1985.
- صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفهمها، ط1، دار البشير، عمان، الأردن، 1983.
- نبيل إبراهيم سعد، الشرط الجزائي في التقنين المدني المصري والقانون الفرنسي الحديث، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، المجلد 20، العدد 4 و3، سنة 1990.
- نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دون ناشر، 2004.
- عبد القادر الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2015.

## المحتوى:

الصفحة	الموضوع
577	الملخص
578	المقدمة
582	المطلب الأول: تأصيل الشرط الجزائي في نطاق القانون الفلسطيني
582	الفرع الأول: تحليل موقف مجلة الأحكام العدلية من الشرط الجزائي
582	الغصن الأول: القواعد الفقهية الكلية (الأصولية) التي تدعم وجود الشرط الجزائي
583	أولاً: قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، و«الضرر يزال»
584	ثانياً: قاعدة «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان»
585	ثالثاً: قاعدة «العادة محكمة» و«استعمال الناس حجة يجب العمل بها»
585	الغصن الثاني: النصوص العامة المنظمة للعقد التي تدعم وجود الشرط الجزائي
585	أولاً: الاستناد إلى معنى العقد وفق المجلة
586	ثانياً: الاستناد إلى الشروط المقترنة بالعقد
589	الفرع الثاني: ضوابط تبني الشرط الجزائي
589	الغصن الأول: إمكانية افتراض الضرر في ظل مجلة الأحكام العدلية
593	الغصن الثاني: موقف القانون المدني الفلسطيني النافذ في قطاع غزة من ركن الضرر
594	المطلب الثاني: سلطة القضاء في تعديل الشرط الجزائي
594	الفرع الأول: الأساس القانوني لمنح القضاء سلطة التعديل في نطاق المجلة
594	الغصن الأول: نظرية «الإثراء بلا سبب» كأساس قانوني لسلطة القاضي في التعديل
595	الغصن الثاني: نظرية الغبن كأساس قانوني لسلطة القاضي في التعديل

الصفحة	الموضوع
597	الغصن الثالث: مبدأ حسن النية كأساس قانوني لسلطة القاضي في التعديل
598	الغصن الرابع: مبادئ العدالة والإنصاف كأساس قانوني لسلطة القاضي في التعديل
599	الغصن الخامس: نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس لسلطة القاضي في التعديل
601	الفرع الثاني: مدى انسجام تقدير القضاء الفلسطيني للتعويض الاتفاقي مع فلسفة الشرط الجزائي
602	الغصن الأول: الاتجاه القضائي الذي يمنح القاضي سلطة مقيدة في تعديل الشرط الجزائي
604	الغصن الثاني: الأسانيد والحجج التي استند إليها القضاء الفلسطيني لتعديل قيمة الشرط الجزائي
604	أولاً: أن يكون تقدير التعويض مبالغاً فيه
605	ثانياً: إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه
606	الغصن الثالث: الاجتهاد القضائي المعدل للشرط الجزائي من دون قيود
610	الخاتمة
614	المراجع



# The Rules Regulating the Penal Clause and its Application Controls in Palestinian Legislation: A Comparative Study

**Dr. Mahmoud Abdel Mohsen Salama**    **Mr. Ibrahim Khaled Abd Yahya**

Assistant Professor of Civil Law

Lecturer

Private Law Dept., Faculty of Law, Arab American University, Jenin, Palestine

## Abstract

This research article deals with the issue of rooting the existence of the penalty clause within the scope of the Journal of Judicial Judgments in light of its silence about its regulation, based on jurisprudence rules and general texts, with an attempt to root in the possibility of assuming damage in a way that cannot be denied within the scope of the journal, contrary to the prevailing trend of limiting the role of the penal clause in transferring the burden of denying or exaggerating the damage to let it fall on the debtor's responsibility. The research also seeks to clarify the legal bases that grant the judiciary the authority to amend the penal clause within the scope of the journal, and to analyze the Palestinian jurisprudence that did not settle on a single position on the mentioned penal clause and its amendment.

The research also sought to clarify the preference of the modified jurisprudence in the condition according to restrictive conditions over other jurisprudence, in accordance with the doctrine of the Palestinian civil law in force in Gaza, as it maintains the threatening nature of the penal clause by adopting the criterion of "proportionality" between compensation and damage, and not "equality" adopted according to the magazine, in order to serve the philosophy of the penalty clause in combining the compensatory and threatening nature together.

**Key words:** agreed compensation, damage, judge's authority to amend, Journal of Judicial Judgments, presumption of damage, Palestinian judiciary.



# Kuwait International Law School Journal

Quarterly Peer-Reviewed Law Journal

It is Concerned with Publishing Legal and Sharia'a Studies and Research

The first Issue was Published in March 2013

—•••—  
Kilaw Journal - Volume 10 – Issue 1 – Serial Number 37  
Rabi Al Thani/Jamada Al Awwal 1443 AH – December 2021 AD

—•••—  
Full text of the research is available in  
[Journal.Kilaw.edu.kw](http://Journal.Kilaw.edu.kw)



## CERTIFICATE OF ACCREDITATION

This is to certify that

### **Kuwait International Law School**

Is accredited by the Quality Assurance Agency for Higher Education (QAA) for the successful completion of the International Quality Review and meeting the Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area.

Accreditation valid: 11/2017 - 11/2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Douglas Blackstock'.

Douglas Blackstock, Chief Executive, QAA



**The Rules Regulating the Penal Clause and its  
Application Controls in Palestinian Legislation:  
Comparative Study**

*Dr. Mahmoud Abdel Mohsen Salama & Mr. Ibrahim Khaled Abd Yahya*  
*Faculty of Law, Arab American University*  
*Jenin, Palestine*

## Arabic Studies and Research

- **Sharia Ruling on the Participation of Citizens in Public-Private Partnership Projects: Shamal Az-Zour Al-Oula Power and Water Company as a Model**  
*Dr. Adnan Almulla*  
Kuwait International Law School  
*Dr. Abdulaziz Alnahedh*  
College of Sharia and Islamic Studies, University of Kuwait
- **The Extent of the Dominance of the Civil Service Council over Government Agencies, Bodies & Independent Institutions: An Analytical and Applied Study**  
*Mr. Bader Mishari Al Hammad*  
Former Acting Vice President of the Financial Audit Authority (2021) & Former Assistant Undersecretary for Financial Audit Affairs, Ministry of Finance, State of Kuwait
- **Harmful Practices in International Trade: A Study of Dumping and Subsidy Prevention in Saudi and Comparative Laws**  
*Prof. Ahmed Al Saeed Alzgard*  
College of Sharia, Qassim University, KSA  
*Dr. Hossam Sayed Ali*  
College of Human and Administrative Studies, Unayzah, KSA
- **Criminal Protection of the Child According to International Conventions and National Legislation... Jordanian Legislation and the Saudi System as a Model: A Comparative and Analytical Study**  
*Dr. Lourance Said Hawamdeh*  
Faculty of Law, Taibah University, Medina, KSA
- **The Criteria of Misleading Actions in Medicinal Products Advertisements in Light of the Provisions of the UAE Medicinal Products Law No. 8/2019**  
*Mrs. Shouq Husein Shweiki*  
*Dr. Mahmoud Ibraheem Fayyad*  
College of Law, University of Sharjah, UAE
- **The Phenomenon of Political Compatibility in the Process of Interpreting Constitutional Texts: A Comparative, Fundamentalist, and Philosophical Study**  
*Dr. Bahaaeddin Masoud Khwaira*  
College of Law, Lusail University, Doha, Qatar
- **The Effectiveness of the Omani Criminal Policy in Facing the Corona Pandemic**  
*Dr. Nizar Hamad Qeshta*  
Faculty of Law, Eastern University, Sultanate of Oman

- **Civil Liability for Damage to Ethiopian Airlines Flight 302 Caused by the Explosion of a Boeing 737 Max 8**  
*Dr. Turki Musleh Hamdan*  
Law Programme, Al Buraimi University College, Sultanate of Oman
- **The Role of the Constitution Founder in Phrasing the Constitutional Rules related to the Rights and Freedoms of Individuals: A Comparative Study**  
*Dr. Fatima Zahra Ramadani*  
Faculty of Law, University of Abu Bakr Belkaid, Tlemcen, Algeria
- **Developing the International Legal System to Confront Climate Change: A Critical Analytical Study**  
*Dr. Nadia Lytem*  
Faculty of Law, Badji Mokhtar University, Annaba, Algeria
- **Judicial Mediation as an Alternative Way to Resolve Administrative Disputes: A Comparative Study**  
*Dr. Safaa M. Al Sweilmieen*  
Faculty of Law, Yarmouk University, Jordan  
*Dr. Ahmad A. AL Dalaïen*  
College of Law, AL AIN University, UAE
- **National Cyber Security Bets in the Light of Digital Transformation: A Reading of Knowledge Rooting and the Strategy of Legislative Confrontation**  
*Dr. Dalali Jilali*  
*Dr. Belbachir Yacoub*  
Faculty of Law, Hassiba Benbouali University, Chlef, Algeria
- **The Rules Regulating the Penal Clause and its Application Controls in Palestinian Legislation: A Comparative Study**  
*Dr. Mahmoud Abdel Mohsen Salama*  
*Mr. Ibrahim Khaled Abd Yahya*  
Faculty of Law, Arab American University, Jenin, Palestine

## English Studies and Research

- **The Applicable Law to Arbitration Proceedings: Party Autonomy and *Lex Loci Arbitri* (Extent and Limitations)**  
*Dr. Wafa Yaqoob Janahi*  
*Ms. Muneera Khalifa Al-Khalifa*  
College of Law, University of Bahrain
- **COVID-19 Pandemic: Impact on Competition Law in France**  
*Ms. Habiba Bhourî*  
Faculty of Law, University of Lyon 3, Jean Moulin, France