# سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات

# The Authority of The Court to Amend The penalty clause in The Constructions Contracts

إعداد الطالب

طارق بهاء الدين العياشي

(401220062)

إشراف الدكتور

محمد أبو الهيجاء

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

كانون الثاني /2016

# تفويض

أنا الطالب طارق بهاء الدين مصطفى العياشي أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي والمعنونة " سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات" ورقياً والكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث و الدراسات العلمية عند طلبها.

الأسم : طارق بهاء الدين مصطفى العياشي

التوقيع: طارق

التاريخ: 2016 / 1 / 6

## قرار لجنة المناقشة

**نوقشت هذه الرسالة وعنوانها: " سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات " وأجيزت بتاريخ 2016/01/6.**

**أعضاء لجنة المناقشة:**

| | | |
|---|---|---|
| الدكتور محمد أبو الهيجاء | مشرفا | التوقيع..... |
| الدكتور مأمون الحنيطي | رئيساً | التوقيع..... |
| الدكتور محمود الشوابكة | عضوا خارجيا | التوقيع..... |

# شكر وتقدير

ما كان لهذه الرسالة أن تتمّ وتكتمل على هذا الشكل الذي أرجو أن أكون هُديت فيه إلى الصواب، لولا توفيق الله تعالى، واستجابة للتوجيه الرباني القائل: **(لئن شكرتم لأزيدنّكم)**، (إبراهيم:7) ، فإنني أشكر الله تعالى أولاً على ما أنعم به علي وتفضّل، وأسأله سبحانه المزيد من فضله، وأن ينوّر لي بصيرتي، وأن يجعل عملي خالصاً لوجهه الكريم.

وأتوجه بالشكر لكل من أسهم بتعليمي أو بتوجيهي، في أي أمر يتعلق بهذه الرسالة، وأخصّ بالشكر: الأستاذ الدكتور محمد ابو الهيجاء، الذي تابع الرسالة من أولها إلى آخرها، وأفادتني ملاحظاته القيمة، وتوجيهاته النافعة، حتى وصلَت الرسالة إلى ما أرجوه لها من القَبول عندالله وعند أهل العلم.

وكذلك أتقدم بالشكر الى جامعة الشرق الأوسط التي كان لها الدور الفعال في العلم الذي منحتني أياه.

**الباحث**

# الإهداء

اهدي هذا العمل المتواضع الى روح والدي الطاهرة بهاء الدين مصطفى حكمت العياشي–بإذن الله–فكم يصعب علي يا والدي ان امسك بالقلم لإهديك ثمرة جهدي هذا ولم يمضي سوى أيامٌ قلائل على فقدانك يا حبيب... حتى وان حال بيني وبينك عالم البرزخ، فقلبي ممتلىءٌ بالمحبة والوفاء لإبٍ جليلٍ ورجلٍ، عَزَ على الزمن الحاضر أن يأتي بمثله وشائت الأقدار ان يلاقي وجه ربه على رأس عمله مترافعاً من محراب العدالة، وعزائي أن: –

حكم المنية في البرية جاري

مـــا هـــذه الدنيـــا بـــدارِ قـــرار

فإذا نطقت فأنت أولا منطقي

وإذا سكنت فإنت في أضماري

تغمدك الله بواسع رحمته يا والدي وأكرمنا بجوارك في مقعدِ صدقٍ عند مليكِ مقتدر.

وأهدي هذا العمل أيضاً الى والدتي العزيزة، أطال الله عمرها، وهي التي أمدتني بالطموح، وسهرت الليالي، لأصل الى ما وصلت اليه، والى أخوتي الذين وقفوا بجانبي طوال حياتي.

# قائمة المحتويات


| الموضوع |
| --- |
| التفويض ..... ب |
| قرار لجنة المناقشة ..... ج |
| الشكر ..... د |
| الإهداء ..... هـ |
| قائمة المحتويات ..... و |
| الملخص باللغة العربية ..... ي |
| الملخص باللغة الإنجليزية .....ك |
| الفصل الأول خلفية الدراسة وأهميتها..... 1 |
| أولاً المقدمة ..... 1 |
| ثانياً مشكلة الدراسة ..... 4 |
| ثالثاً أهداف الدراسة ..... 5 |
| رابعاً أهمية الدراسة..... 7 |
| خامساً أسئلة الدراسة وفرضياتها..... 8 |
| سادساً تعريف المصطلحات..... 9 |
| سابعاً حدود الدراسة..... 10 |
| ثامناً محددات الدراسة..... 10 |
| تاسعاً : الإطار النظري للدراسة ..... 11 |
| عاشراً : الدراسات السابقة ..... 12 |
| أحد عشر : منهجية الدراسة ..... 14 |

| |
|---|
| الفصل الثاني ماهية عقد المقاولة ..... 16 |
| المبحث الأول مفهوم عقد المقاولة ..... 17 |
| المطلب الأول تعريف العقد والمقاولة ..... 18 |
| الفرع الأول تعريف العقد والمقاولة في اللغة ..... 18 |
| الفرع الثاني تعريف العقد والمقاولة إصطلاحاً ..... 19 |
| الفرع الثالث تعريف عقد المقاولة في القانون ..... 20 |
| المطلب الثاني خصائص عقد المقاولة ..... 21 |
| الفرع الأول : عقد المقاولة عقد رضائي ..... 22 |
| الفرع الثاني: عقد المقاولة هو عقد معاوضة ..... 23 |
| الفرع الثالث: عقد المقاولة عقد ملزم للجانبين ..... 23 |
| الفرع الرابع: عقد المقاولة عقد وارد على عمل ..... 24 |
| الفرع الخامس: عقد المقاولة عقد محدد ..... 25 |
| الفرع السادس: عقد المقاولة عقد ممتد ..... 25 |
| الفرع السابع: الإعتبار الشخصي في إبرام عقد المقاولة ..... 26 |
| المبحث الثاني التكييف القانوني لعقد المقاولة وتمييزه عن غيره من العقود ..... 26 |
| المطلب الأول التكييف القانوني لعقد المقاولة ..... 27 |
| المطلب الثاني تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود ..... 28 |
| الفرع الأول: عقد المقاولة وعقد الإيجار ..... 28 |
| الفرع الثاني: عقد المقاولة وعقد البيع ..... 30 |
| الفرع الثالث: عقد المقاولة وعقد العمل .....31 |
| الفرع الرابع: عقد المقاولة وعقد الأشغال العامة ..... 34 |

| |
|---|
| الفرع الخامس: مقاولات البناء والمنشآت الثابتة وغيرها من عقود المقاولات ..... 35 |
| الفصل الثالث ماهية الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي ) ..... 37 |
| المبحث الأول مفهوم الشرط الجزائي وأهميته ..... 38 |
| المطلب الأول مفهوم الشرط الجزائي ..... 38 |
| المطلب الثاني أهمية الشرط الجزائي وتمييزه عن الأوضاع القانونية المشابهة له ..... 43 |
| الفرع الأول : مزايا الشرط الجزائي..... 43 |
| الفرع الثاني: القيمة العملية للشرط الجزائي ..... 47 |
| الفرع الثالث: التمييز بين الشرط الجزائي وغيره من الأوضاع القانونية .....48 |
| أولاً: التمييز بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية .....48 |
| ثانياً: التمييز بين الشرط الجزائي والعربون: .....52 |
| المبحث الثاني خصائص الشرط الجزائي وشروط استحقاقه ..... 54 |
| المطلب الأول خصائص الشرط الجزائي ..... 54 |
| الفرع الأول: الشرط الجزائي إلتزام تابع ..... 55 |
| الفرع الثاني: الشرط الجزائي شرط إتفاقي ..... 56 |
| المطلب الثاني شروط استحقاق الشرط الجزائي ..... 57 |
| الفرع الأول : الخطأ (الإخلال بالإلتزام التعاقدي) ..... 58 |
| الفرع الثاني: الضرر ..... 61 |
| الفرع الثالث: العلاقة السببية ..... 63 |
| الفرع الرابع: الإعذار ..... 64 |
| الفصل الرابع آثر الشرط الجزائي ومدى تعلق أحكامه بالنظام العام ..... 66 |
| المبحث الأول سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي ..... 66 |

| |
|---|
| المطلب الأول سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي ..... 67 |
| المطلب الثاني سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي ..... 72 |
| المبحث الثاني أحكام التعويض الاتفاقي والنظام العام ..... 77 |
| المطلب الأول فكرة النظام العام ..... 77 |
| المطلب الثاني التعويض الاتفاقي والنظام العام ..... 79 |
| الفرع الأول الموقف في القانون المدني المصري..... 80 |
| الفرع الثاني الموقف في القانون المدني الأردني..... 81 |
| الفصل الخامس الخاتمة والنتائج والتوصيات ..... 83 |
| أولاً: الخاتمة ..... 83 |
| ثانياً: النتائج: ..... 84 |
| ثالثاً: التوصيات ..... 85 |
| قائمة المراجع ..... 87 |

# سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات

**إعداد الطالب**

**طارق بهاء الدين العياشي**

**إشراف الدكتور**

**محمد أبو الهيجاء**

## ملخَّص

يدور موضوع هذه الرسالة حول **سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات** الذي يجري التعامل به في كثير من المعاملات والذي تدور حوله الكثير من الإشكاليات في المحاكم، والبحث في سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي في عقود المقاولات، ومدى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في عقود المقاولات، والقواعد العامة، وعلى هذا الأساس سار هذا البحث.

وفصل هذا البحث قدر الإمكان في مسألة الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي في عقود المقاولات خاصة، وبين ماهية عقد المقاولة، ومدى سلطان الإرادة في إنشاء العقود والنص على هذا الشرط في العقود.

وفكرة الشرط الجزائي تقوم على أساس وجوب التعويض المتفق عليه بين المتعاقدين في عقود المقاولة، لخطورة شأن هذه العقود، وعليه، فقد فصّلت الدراسة البحث في ماهية عقود المقاولات، وماهية الشرط الجزائي وآثر المترتب على الشرط الجزائي، في حالتي الإخلال والتقصير.

وبالمجمل، فإن القانون المدني الأردني يتوافق مع ما قرّرته هذه الدراسة فيما يتعلق بالشرط الجزائي، مع بعض الملاحظات والنتائج والتوصيات التي توصلت اليها على بعض مواد القانون في هذا الشأن، وعليه فان سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي) يجب أن تكون محددة وفق ما اقتضاه الإتفاق وذلك تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين واحتراماً لمبدأ حرية التعاقد بين أطراف عقد المقاولة.

**الكلمات المفتاحية:** سلطة المحكمة، تعديل الشرط الجزائي، عقود المقاولات، التعويض الإتفاقي، القانون المدني الأردني.

# The Authority of The Court to Amend The penalty clause in The Constructions Contracts

## Abstract

The subject of this Dissertation is about **The Authority of the Court to Amend the Penalty Clause in Construction Contracts**, where a lot of problematic arises in the courts and which has been dealing with a lot of transactions, and searching The Authority of the Court to Amend The Penalty Clause in the Construction Contract, and the extent of the principle of the individual will in the construction contract, and the general rules, and on that basis this Search goes.

And this research was clear as much as possible in the matter of the penalty clause or compensation Convention in the construction contracts in private, and the nature of the construction contracts, and the good will in the creation of contracts and the text on the conditions in the contracts.

The idea of the penalty clause is based on what has been agreed upon between the contractors in the construction contracts for compensation, the seriousness of the affair of these contracts, and therefore, the study Find separated in what the construction contracts, and what the penalty clause and the impact of the penalty clause, in the cases of breach and negligence.

As the Jordanian civil law in line with the decision of this study with respect to the penal condition, with some observations and conclusions and recommendations reached by some articles of the law in this regard, therefore the authority of the court to amend the penalty clause should be specified as necessitated by the agreement between the parties and that is pursuant to the rule and the respect for the principle of freedom of contracts between contracting parties to the constructions contract.

**Keywords** Court's Authority , Amending The penalty clause , Constructions Contracts, compensation Convention, Jordanian civil law.

# الفصل الأول

# خلفية الدراسة وأهميتها

## أولاً : المقدمة :

يتناول موضوع هذه الدراسة (الشرط الجزائي في عقود المقاولات) من حيث سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي، بمعنى ان الدراسة لا تتسع لتبحث الأوجه والمسائل التي يتناولها الشرط الجزائي بعامة، وانما يفترض فيها ان تنصب بشكل رئيس على الجزء المتعلق بسلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي، وان لا تذهب الدراسة الى البحث في مسألة الشرط الجزائي بشكل تفصيلي ابتداءً من بحث مدلوله اللغوي وتطور استخدام هذه العبارة (الشرط الجزائي ) عبر فترات نشوء ظاهرة او مفهوم الشرط الجزائي في سلوك البشرية طيلة السنوات التي مرت على هذا النشوء ، وكذلك بحث المفردات اللغوية الموازية او المستخدمة في بعض اللغات او الأنظمة القانونية ، واوجه التشابه و/او التطابق والفروق بين الإصطلاحات المستعملة في بعض الأبحاث او التشريعات التي تعطي معنىً مشابهاً لمعنى الشرط الجزائي وكذلك الفروق بين بعض هذه المصطلحات في مجال الاستعمال القانوني أو اللغوي التي تقترب او تطلق على صياغات او نصوص قانونية او تعاقدية من معاني او بعض دلالات تعبير الشرط الجزائي كعبارة الغرامة التهديدية ، إلا أن الدراسة بالضرورة ستتطرق بالقدر اللازم الى هذه الأمور مع الحفاظ على جوهر موضوع الدراسة المتعلق بمفهوم الشرط الجزائي دون ان تعرض هذه الدراسة او تغفل عن الإشارة الى المشابهات او الأشكالات المتعلقة بالإستعمال اللغوي لأن طبيعة

الأمور في بحثنا هذا وفي الجانب المتعلق بالتطبيق العملي منه واستكمال وضع الأمور في نصابها وسياقها المنشود الذي يحقق مقاربة بحثية أفضل لهذا البحث الهام والخاص من الأبحاث المتعلقة بعقود المقاولات ومن مسألة تفاوت التعبير القانوني (عن مادة البحث) في العديد من اللغات وربما الإستعمالات أيضاً ، وبالقدر الذي يمكن القارئ او الدارس من الاطلاع على أبعاد ومراحل نشوء المصطلح واستعمالاته ، استكمالاً ضرورياً في نظرنا لإستيفاء أوجه الدراسة .

إن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، فلا يتولد عنه التزام اصلي بالتعويض ولكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين ، وشروط استحقاق هذا الإلتزام هي نفس شروط الإلتزام الأصلي ، وتكييفه القانوني هو انه التزام تابع لا إلتزام أصلي[1].

وستتطرق الدراسة أيضاً الى قدر غير قليل من البحث في نظرية العقد وتطبيقاتها وبشكل عام موجز مع تركيز على مسألة (الشرط الجزائي ) وظهورها وتطورها وعلاقتها بالقواعد والمبادئ العامة التي تحكم مسألة العقود بين المتعاقدين عبر التطور الذي مرت فيه من حياة المجتمعات البشرية حتى استقرت (على الأقل في الوضع الراهن ) الى الشكل الذي قامت الدراسة على اساسه وتقديم رؤية صحيحة وافية عن نشوء الشرط الجزائي وتضمينه في العقود وبخاصة في بعض انواع هامة من العقود وهي عقود المقاولات التي أصبحت مدار لقطاع كبير وهام وشاملة لنشاطات تعاقدية غير مقتصرة على ابناء الوطن الواحد او الأقليم الواحد او الدولة الواحدة بل تعدت ذلك لتصبح واحدة من أهم دعامات التعامل الدولي وشرطاً لازماً في كثير من الحالات ولتأمين التطور والنمو الإقتصادي واستغلال الموارد المتاحة بما تيح للبشرية قيام انماط من العلاقات الإقتصادية تقوم على الجوار او التقارب في الجغرافية

[1] االسنهوري ، عبد الرزاق (1968) ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام – الإثبات – آثار الإلتزام، المجلد الثاني ، دار النهضة العربية، ص 854

او بين اجناس معينة من البشرية ، فضلاً عن تلبية هذه العقود (التي يلعب الشرط الجزائي فيها دوراً هاماً وضامناً لوضع قواعد هامة لعقود المقاولات بين الدول والشعوب) ، كما هو الأمر بين ابناء البلد الواحد او الشعب، ولا شك ان التغيرات المذهلة التي طرأت على وسائل الإتصال بكل انواعها المقروءة والمسموعة والمكتوبة، وتنامي العلاقات الدولية بين مختلف الدول نحو المبادلات التجارية كنتيجة هامة لتكاثر سكان العالم وتنامي الحاجات المتبادلة بين الدول بهدف الإستفادة من وسائل تحسين منظومة تبادل الغذاء والدواء العالمية بالإضافة الى حاجات التنمية للدول السائرة في طريق التطور التكنولوجي، كما ان التغيرات في الأسواق الإقتصادية الكبرى وبخاصة الأزمات التي أخذ العالم يمر بها وجميعها تؤكد على ان التعاون المتبادل بين الشعوب والدول التي تمثلها قد تنامى وأصبح شرطاً اقتصادياً مسبقاً هاماً يحكم اقتصاد الغالبية العظمى من دول العالم حيث ظهرت مؤسسات قانونية وحقوقية واقتصادية تعتمد بشكل أساسي على العقود الدولية والمقاولات بين الدول بعامة والدول ذات الشركات متعددة الجنسية او العابرة للحدود والقارات ، والتي أنشأت بدورها مؤسسات متخصصة ذات علاقة بنظر الإشكالات والنزاعات التي تحدث في النزاعات بين أطراف العقود وحل الخلافات (مؤسسات التحكيم أو فض النزاعات او التسويات الإقتصادية والتجارية) وغني عن الذكر في مجال الحديث عن تنفيذ العقود بأن الشرط الجزائي وكل ما يتعلق به أصبح وسيظل جزءاً هاماً من أي نزاع او خلاف ينجم عن هذه العقود أثناء التنفيذ او بعده.

وبالتالي فإن تسليط الضوء على هذا الموضوع الهام والبحث في كافة جوانبه من الأهمية بمكان كون العقود والإلتزامات التعاقدية لها دور هام في العلاقات الإقتصادية الدولية ويتوجب ان ينظر

اليها بإهتمام شديد لما يترتب عليها من نتائج بالغة الخطورة تستحق منا ان نفرد لها أبحاث ودراسات متعددة لإرساء قواعد هامة وواضحة للمتعاقدين من أفراد او مؤسسات او دول.

ومن هنا تبدأ أهمية هذه الدراسة وميولها الى التركيز على مسألة الشرط الجزائي باعتباره أحد أهم بنود الإتفاقات الدولية عامة والإتفاقات الوطنية خاصة والمتعلقة في المقاولات، وما يعنيه هذا من أهمية بالغة الخطورة .

## ثانياً : مشكلة الدراسة :

ان هذه الدراسة تتناول مشكلة هامة تثور يومياً في الحياة العملية والقانونية ، إذ تثور مشكلة الشرط الجزائي او كما يعرف أيضاً بالتعويض الإتفاقي في معظم عقود المقاولات عند عدم تنفيذ العقد أو التأخر في التنفيذ أو التنفيذ الجزئي او التنفيذ المعيب ، ومدى إلزامية قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين " في هذه العقود ، وهل للمحكمة صلاحية تجاوز ما تم الإتفاق عليه بين الأطراف في البنود المتعلقة بالشرط الجزائي في حال تبين للمحكمة عدم وجود التناسب بين مقدار الضرر الفعلي ، وما حدد اتفاقاً كشرط جزائي ، وهل يعتبر ذلك مخالفة للقاعدة القانونية "العقد شريعة المتعاقدين " ام لا ؟، وهل تملك المحكمة صلاحية التعديل في شروط العقد تحقيقاً للعدالة وتكافؤ التعاقد ؟، وما مدى سريان نظرية الظروف الطارئة او السبب الأجنبي وأثرها على الشرط الجزائي في عقود المقاولات .

ويشير الباحث الى أنه واثناء اعداد مشروع الخطة قد واجه العديد من الإشكالات ومنها :

1- قلة المراجع والدراسات الحديثة حول الموضوع بعامة (موضوع الشرط الجزائي في العقود ) وبخاصة في عقود المقاولات .

2- ندرة المراجع المتعلقة بموضوع الدراسة التي بحثت بتوسع مجد في الشرط الجزائي في القوانين الأردنية، وعدم احاطة معظمها بكافة جوانب الموضوع ، والإكتفاء بإشارات او انطباعات او اقتباسات غير كافية لغايات اكتشاف المواضيع التي يتضمنها هذا البحث وبخاصة كونه يتبادل البحث في مسائل لها بعد دولي او وطني بالغ الأهمية بحكم حجم العقود والمقاولات التي تنظمها هذه العقود وهي ضخمة وكبيرة للغاية في بعضها وذات أهمية دولية او وطنية بالغة الأهمية وإنعكاساتها على الدول العربية .

**ثالثاً : أهداف لدراسة :**

تهدف هذه الدراسة الى الوصول للرؤية الأكثر مصداقية وثبوتاً ، لموقف الفقهاء من هذه القضايا وكذلك القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية ، ومناقشة امكانات التطور في قبول نظرية (الشرط الجزائي)، والمدى الذي يمكن ان يذهب اليه القضاء في هذا المجال ، وكيف يمكن معالجة الأمور والإشكالات التي يثيرها القول باعتماد نظرية ذات مضمون مختلف ، وما مدى استعداد العالم الخارجي لقبول رؤية مخالفة لما يعتنقه او لما توصل اليه العالم حتى الآن وهل يمكن التوفيق بين الرؤيتين العربية المستمدة من الفقه الإسلامي والفكر الأوروبي القانوني ، وعليه فإن هذه الدراسة سوف تحاول ان تحقق العديد من الأهداف ومنها :

1- التوصل الى مفهوم الشرط الجزائي ودوره في عقود المقاولات .

2- معرفة سلطة المحكمة في تعديل هذا الشرط وتعديل أي بند او شرط من شروط اتفاقية المقاولة او عقد المقاولة .

3- معرفة دور اهم العقود ودور المحكمة في تفسير هذه العقود ، مثل عقد الفيديك .

4- بيان اهم القواعد التي من الممكن ان تؤثر في تكوين العقد مثل قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين " والحالات التي يحق للمحكمة ان تخالف هذه القاعدة .

5- معالجة اهم النقاط التي لم يستطع المشرع الأردني من تحديدها في القانون المدني ، وبيان اوجه الشبه والإختلاف بين موقف المشرع الأردني وموقف المشرع الفرنسي ، وتوافقهما مع الفقه الإسلامي .

6- صعوبة تحديد رؤية المنظومة القانونية الأردنية لطبيعة الشرط الجزائي وبخاصة الجارية في العالم العربي (بشكل واضح وحاسم او غير مجتزأ) وبخاصة ان معظم قوانين العالم العربي التي تناولت هذا الموضوع تبدو غير حاسمة او مرتبكة في تأصيل هذا المبدأ او مترددة في تناوله ، بمظنة ان اقرارها بالشكل الذي وصلت اليه في معظم دول العالم تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تحتل مكانة هامة في القوانين العربية التي مست او تناولت هذا الموضوع ، مما قد يطرح سؤالاً هاماً حول موقف الشريعة الإسلامية من الشرط الجزائي في المقاولات ، وكذلك العلاقة بين الشرط الجزائي وبين قاعدة (المسلمون عند عقودهم) وقاعدة (الشرط أملك عليك أمالك) المستمدة من الشريعة الإسلامية ، والإختلاف على مصدر قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين ) المعروفة في الفقه الإسلامي ، وهل هي قاعدة اسلامية المنشأ ام انها مستمدة أو مأخوذة من الشرائع الأوروبية (من فقه الرومان خاصة)؟ .

7- تأثير الفقه الغالب في الشريعة الإسلامية على تطبيقات هذه القاعدة في القوانين المستحدثة الموضوعة (الوصفية ) في الدول العربية ومنها الأردن بالطبع ، وما هو الموقف الرئيسي او المستخلص من قواعد الفقه الإسلامي الغالبة ؟ .

8- ازاء كل هذا الجدال و التنوع في الرأي هل هنالك توجه غالب في القوانين العربية والفقه العربي المستمد من الشريعة الإسلامية وما هي خلاصة الفكر الإسلامي في هذا الفقه وأين يقع في عداد المنظومات القانونية في العالم .

9- اوجه الإختلاف والتوافق مع اقرار قاعدة الشرط الجزائي في المقاولات بين الفقه القانوني السائد في معظم دول العالم وبين قواعد الفقه الإسلامي .

10- ما هي القواعد التي تستطيع القول انه تضمن التوافق بين الحكم في الفقه الإسلامي من هذه الجهة حول سلطة القاضي في هذا المقام .

**رابعاَ: أهمية الدراسة :**

ان اهمية الدراسة تكمن في انها تبحث في الإتجاهات الفقهية والقضائية المتعلقة بالشرط الجزائي سواء من حيث المفهوم النظري لها ثم من حيث التطبيقات العملية في المحاكم ومجالس التحكيم والدراسات المتاحة لمواكبة التطورات التي تحدثت في هذا (القضاء ، او المجال القانوني ) الذي يكتسب باستمرار مع ازدياد اللجوء الى عقود المقاولات بحكم طبيعة النمو المتزايد للحاجة اليها ، وتزايد الإقبال على عقود التجارة والإنشاءات بين الدول المتقاربة جغرافياً والمتباعدة جغرافياً أيضاً وسهولة وسائل الإتصال، وللتواصل ، ونمو الإتصالات الدولية بأشكال وأنماط جديدة تبنى على التعاون والتبادل بين الدول التي تحتاج الى مزيد من المعرفة والخبرة التكنولوجية وبين تلك الدول التي تضخمت وتضاعفت حاجاتها المادية في ظل التحولات والعلاقات الدولية، مما يجعل البحث في هذه المواضيع أمراً بالغ الأهمية والحساسية في ظل التغيرات الطارئة على البنيان الإقتصادي الدولي .

كما ان دولنا العربية تشكل نسبة عالية ممن يلجأون الى مثل هذه العقود الموصوفة أعلاه بحكم محاولاتها اللحاق بايقاع التطور الإقتصادي السريع ، وللشعور بمزيد من تشابك المفاهيم والتطبيقات القانونية في العقود المعقدة بين الدول المختلفة مع قلة حجم التطورات الواقعية على الفكر القانوني والتشريعي .

## خامساً : أسئلة الدراسة وفرضياتها :

قد تطرح هذه الدراسة العديد من الأسئلة والتي يجب الإجابة عليها ، ومن أهم الأسئلة التي سوف يتم طرحها في هذه الدراسة هي :

1- ما هو الشرط الجزائي او التعويض الإتفاقي في عقود المقاولات ؟

2- هل يعتبر الشرط الجزائي التزام اصلي ام التزام تبعي في عقود المقاولات ؟

3- ما مدى الزامية الشرط الجزائي في عقود المقاولة ؟

4- هل للمحكمة صلاحية في تعديل الشرط الجزائي ؟

5- هل يتأثر المقاول من الباطن او المقاول الفرعي من الشرط الجزائي في حال اخلال المقاول الرئيسي بأحد بنود العقد ؟

6- ما مدى سريان قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين " في عقود المقاولة ؟

7- ما مدى سريان نظرية الظروف الطارئة او القوة القاهرة على الشرط الجزائي في عقود المقاولات ؟

8- ما مسؤولية المتعاقد من الباطن امام المقاول الرئيسي في حال كان الإخلال في التنفيذ من المقاول الفرعي ؟

**سادساً : تعريف المصطلحات:**

وعليه تبين هذه الدراسة اهم المصطلحات التي سوف يتم ورودها في متنها :

1. الشرط الجزائي : هو ان يتفق المتعاقدان مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه او عند تأخره في تنفيذ ذلك الإلتزام في موعده المحدد ، قد يوضع هذا الشرط ضمن فقرات وبنود العقد المبرم بين المتعاقدين ، او قد يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد[1].
2. الإلتزام (الحق الشخصي ) : رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني او القيام بعمل او الإمتناع عن عمل[2] . وهذا التعريف هو ما نص عليه المشرع الأردني في القانون المدني في المادة (68).
3. المقاولة : عقد يتعهد احد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الأخر . وهذا تعريف المشرع الأردني في نص المادة (780) من القانون المدني .
4. الظروف الطارئة : هو ان تطرأ حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها ان تنفيذ الإلتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان ترد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك[3] .

---

[1] الجبوري ، ياسين محمد (2003) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، الجزء الثاني – أثار الحقوق الشخصية ، دراسة موازنة، دار الثقافة، عمان، ص 171.

[2] السرحان ، عدنان ابراهيم وخاطر ، نوري حمد (2005) شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات ) دار الثقافة ، عمان ، ص 15

[3] السرحان وخاطر ، مرجع سابق ص 257

**سابعاً: حدود الدراسة :**

تسلط هذه الدراسة الضوء على سلطة المحكمة بالتعديل بالشرط الجزائي في عقود المقاولات وتبين فيما اذا كانت صلاحية المحكمة مطلقة ام مقيدة في تعديل الشرط الجزائي الذي اتفق اطراف العقد بوضعه كشرط او كبند في بنود العقد ، ومدى الزامية قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " حيث ستتضح معالم هذه الدراسة مع نهاية الفصل الأول من العام الدراسي 2016/2015 ، وذلك لتمكن الأفراد كافة والقانونيين والقضاة والمقاولين والمشرع بشكل خاص من الإستعانه بها ، وذلك باعتبار ان موطن هذه الدراسة الرئيس هو نصوص القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 .

**ثامناً : محددات الدراسة :**

لا توجد أي قيود تحد من نشر وتعميم هذه الدراسة في المملكة الأردنية الهاشمية وباقي الدول العربية والأجنبية أيضاً ، وذلك باعتبار ان هذه الدراسة سوف تمكن القانونين من فهم موضوع الشرط الجزائي وسلطة المحكمة في تعديله في العقود التي تحتل الأهمية الكبرى في حياتنا وفي وقتنا الحاضر وهي عقود المقاولات .

**تاسعاً : الإطار النظري للدراسة :**

تتطلع هذه الدراسة الى التوصل عبر تحليل النشأة والتطور الذي طرأ على مسألة العقود الى تعاريف شاملة ودقيقة يمكن فهمها من اوسع عدد ممكن من المستفيدين او المتعاملين مع هذه العقود والتشجيع على دراسة اسباب الإستقصاء وعلى توحيد اكبر لفهم (موضوع الشرط الجزائي ) ليكون عاملاً مشتركاً من شأنه المساعدة على حلول أفضل وأسرع للأمور التي تحدث حول عقود المقاولات ، نظراً لضمانة حقوق الأطراف في هذه العقود ، وعليه سوف تقسم هذه الدراسة الى خمسة فصول رئيسية ، يتناول الفصل الأول فيها مقدمة الدراسة والتي تتضمن عرضاً لموضوع الدراسة ، ومبررات إجراءها وتشمل أيضاً توضيحاً لمشكلة الدراسة وأهدافها وأهميتها وحدودها ومحدداتها ، وتعريفاً بأهم المصطلحات وبيان منهجيتها .

بينما سيتناول الفصل الثاني ماهية عقد المقاولة بإعتباره الجزء الرئيس من هذه الدراسة ومن المتوجب تسليط الضوء على طبيعة العقد ، وموقعه من العقود المسماة ، وأهمية عقد المقاولة في الوقتنا الحاضر ، وأهم ما يتميز به عقد المقاولة عن باقي العقود ، وبيان خصائصه وبيان بعض أهم العقود التي تلجأ اليها دول العالم ومنها الأردن في عقود المقاولات الضخمة مثل عقد الفيديك.

في حين سوف يتناول الفصل الثالث من الدراسة ماهية الشرط الجزائي وأهميته ، وشروط استحقاقه ، وتكييفه القانوني، وبيان النصوص القانونية المتعلقة فيه وموقف المشرع الأردني من الشرط الجزائي .

اما الفصل الرابع من الدراسة فسيخصص لبيان أثر الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي) ومدى تعلق أحكامه بالنظام العام، وذلك من حيث سلطة المحكمة في زيادة او تخفيض مقدار قيمة التعويض الإتفاقي، سواء في حال التنفيذ المعيب او التنفيذ الجزئي أو عدم التنفيذ، وفي حالة الظروف الطارئة والقوة القاهرة، خاصةً مع وجود قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين " ومبدأ سلطان الإرادة.

ويتناول الفصل الخامس خاتمة الدراسة، وذلك من خلال بيان أهم النتائج والتوصيات التي توصلت اليها الدراسة.

## عاشراً : الدراسات السابقة :

1- الرويشد – عبد المحسن سعد – 1983 – الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة" – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – مصر .

تناولت هذه الدراسة احكام ونظرية الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي حيث بينت تعريف الشرط الجزائي والأصل الشرعي للشرط الجزائي ، وتحدثت أيضاً عن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وخصائصه ، والآثار التي تنجم عنه ، وبينت موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي .

إلا ان هذه الدراسة لم تتطرق الى سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي، ولم تتطرق أيضاً الى قوة الشرط الجزائي وأثره في الظروف الطارئة والحادث الأجنبي، على خلاف هذه الدراسة التي سوف تتناول الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي) في القانون وأهم تطبيقات الشرط الجزائي.

2- درادكه – فؤاد صالح موسى – 1994 – الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي) في القانون المدني الأردني " دراسة مقارنة" – رسالة ماجستير – كلية الحقوق – الجامعة الأردنية – الأردن .

حيث تناولت هذه الدراسة موضوع الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني وقامت بدراسة مقارنة مع قوانين البلاد العربية وبعض الأوروبية والفقه الإسلامي، وبينت وسائل التنفيذ في القانون المدني وبينت أيضاً ماهية الشرط الجزائي وشروط استحقاقه في القانون المقارن والفقه الإسلامي، ونطاق تطبيق الشرط الجزائي وآثاره .

إلا ان هذه الدراسة – مع كامل تقديري – لم تتطرق الى بعض أنواع العقود الخاصة والهامة وعلى القدر الكبير من الأهمية مثل عقد المقاولة، ولم تبين سلطة المحكمة بالتعديل في هذا الشرط سواءأ بالزيادة او بالنقصان في حال الإخلال في التنفيذ او التنفيذ المعيب أو في حال وجود القوة القاهرة، في حين سوف تتطرق هذه الدراسة الى أهم صور وتطبيقات الشرط الجزائي ومدى تعلق تعلق الشرط الجزائي بالنظام العام.

3- سلامة – عبد الحميد احمد – 1994 – نظرية الظروف الطارئة في عقدي التوريد والمقاولة في القانون الأردني " دراسة مقارنة " – رسالة ماجستير – كلية الحقوق – الجامعة الأردنية – الأردن.

وتناولت هذه الدراسة بشكل خاص نظرية الظروف الطارئة في عقدي التوريد والمقاولة، وبينت مدى تأثير مبدأ سلطان الإرادة في هذا النوع من العقود، حيث ان هذه الدراسة ارتكزت بشكل رئيس على نظرية الظروف الطارئة ونشأة هذه النظرية، ومدى تأثر عقدي التوريد والمقاولة من هذه النظرية،

إلا ان هذه الدراسة – مع كامل التقدير لم تتطرق الى الشرط الجزائي في هذا النوع من العقود ولم تبين سلطة المحكمة في التعديل بالشرط الجزائي، في حين سوف تقوم هذه الدراسة ببحث الشرط الجزائي ومدى تعلقه بأهم العقود وهو عقد المقاولة.

4- جبر – بسام سعيد جبر – 2011 – ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورهما في منع تراخي تنفيذ العقود " دراسة مقارنة " – رسالة ماجستير – كلية الحقوق – جامعة الشرق الأوسط – الأردن .

تناولت هذه الدراسة ماهية التنفيذ الجبري للإلتزام ودور الغرامة التهديدية في اجبار المدين على التنفيذ العيني، وأيضاً دور الشرط الجزائي في اجبار المدين على التنفيذ العيني ، وقد بنيت هذه الدراسة على منهجية البحث الوصفي المقارن بين القانون الأردني والقانون المصري .

إلا ان هذه الدراسة – مع كل التقدير – لم تتطرق في موضوع الشرط الجزائي وسلطة المحكمة في التعديل بالشرط الجزائي بشكل واف ولم تتوسع في بحث سلطة المحكمة التقديرية في حالة التنفيذ المعيب او التنفيذ الجزئي في بعض الأنواع الخاصة من العقود مثل عقد المقاولة والذي يعتبر من أهم العقود في الوقت الحالي على خلاف ما قامت به هذه الدراسة في بحثها لأهم العقود المعاصرة مثل عقد المقاولة ومدى تدخل القضاء في تعديل الشرط الجزائي.

## أحد عشر: منهجية الدراسة:

اختارت هذه الدراسة منهج البحث الوصفي، حيث ستقوم على بيان أهم النصوص القانونية التي تعرضت للشرط الجزائي وعقد المقاولة في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، وسيقوم

الباحث بتحليل ومقارنة نصوص القانون الأردني ببعض القوانين كالقانون الفرنسي وتوافق هذه القوانين مع الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية بإعتبار ان الشريع الإسلامية والفقه الإسلامي تعتبر من المصادر الرئيسية للقانون الأردني .

# الفصل الثاني

## ماهية عقد المقاولة

يقصد بالمقاولة " عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الأخر " [1] ، وقد نظم المشرع الأردني الأحكام العامة لعقد المقاولة في المواد من (780 – 804 ) من القنون المدني والتي بدورها تعالج جميع أنواع عقود المقاولات ، ومنها عقود البناء والإنشاءات وعليه فإن عقود مقاولات البناء والإنشاءات من العقود التي تجمع بين صاحب العمل والمقاول والعمال .

يعتبر عقد المقاولة من اهم العقود المسماة التي نص عليها القانون المدني الأردني، إذ ان المقاولة أصبحت من أهم ومن أكثر العقود المستخدمة في حياتنا وذلك مع التطور الإقتصادي وزيادة اعداد السكان، حيث ان هذا التطور الإقتصادي ادى بشكل كبير الى إنشاء الكثير من الشركات العملاقة لبناء المجمعات سواء منها السكنية او التجارية وليتمكن أكبر عدد من الأفراد في المجتمع ان يستثمروا او ان يسكنوا فيها، هذا ما أدى الى انشاء عدد كبير من الشركات المختصة في المقاولة وفي الإنشاءات.

أيضاً فقد حرص المتعاقدون على النص صراحة على الإلتزام في عقودهم الخاصة ليتجنبوا أي خلاف حول وجوده او تحديد نطاقه ، وعلى نطاق أوسع تم ادراج هذا الإلتزام في بعض العقود النموذجية ، فقد قام الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين (FIDIC) بإعداد وصياغة عقد نموذجي

---

[1] المادة (780) من القانون المدني الأردني (قانون رقم 43 لسنة 1976 المنشور على الصفحة (2) من عدد الجريدة الرسمية رقم (2645) تاريخ 1976/8/1 والذي أصبح قانوناً دائماً بموجب الإعلان المنشور على الصفحة (829) من عدد الجريدة الرسمية رقم (4106) تاريخ 1996/3/16 )

سمي بشروط عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية (او ما عرف بالكتاب الأحمر ) وتضمن العديد من التطبيقات لهذا الإلتزام في عقود المقاولات الإنشائية[1] ، والذي كان الاصل الذي استمد منه دفتر عقد المقاولة للمشاريع الإنشائية الصادر من وزارة الأشغال العامة والإسكان[2] .

ومع كل هذا التطور الذي حصل في زمننا هذا وبعد الثورة الإقتصادية، ارتأيت ان ابين ماهية عقد المقاولة او ماهية المقاولة وابين الخصائص التي يتمتع بها هذا العقد، وأركان عقد المقاولة ، وأيضاً التمييز بين عقد المقاولة وغيره من العقود التي من الممكن ان تتشابه معه او المشابهة لهذا العقد ، وبعد ذلك سوف ابين احدث العقود التي يلجأ لها في الإنشاءات والمقاولات وهو عقد فيديك .

وعليه وبناءاً لما تقدم سوف اقوم بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين سوف اتناول في المبحث الأول ماهية عقد المقاولة وخصائص هذا العقد وأركانه، و في المبحث الثاني سوف اميز ما بين عقد المقاولة وبين اهم العقود الأخرى، وسوف ابين أيضاً اهم وأحدث عقد في المقاولة والذي يتم اللجوء اليه في معظم عقود الإنشاءات وهو عقد فيديك.

## المبحث الأول

## مفهوم عقد المقاولة

لا تقتصر العقود التي يجري التعامل بها اليوم على ان يكون موضوعها (محل العقد) سلعاً تؤول بها الى عقود التوريد والتي سوف يتم الحديث عنها لاحقاً ، بل يمكن ان يكون محل العقد عملاً يتعهد به أحد المتعاقدين ، وعليه سوف يتناول هذا المبحث موضوعين أساسين لا بد من التطرق اليهما

---

[2] تم اعتماد عقد المشاريع الإنشائية الصادر عن الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين (FIDIC ) في الأردن بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (948) تاريخ 2004/2/24 .

وهما أولاً : تعريف عقد المقاولة ، وثانياً : بيان خصائص عقد المقاولة واهم الأركان لهذا العقد ، وعليه فقد قامت هذه الدراسة بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين يتناول المطلب الأول تعريف المقاولة وخصائص المقاولة ، كما سيتناول المطلب الثاني أركان عقد المقاولة .

## المطلب الأول

## تعريف العقد والمقاولة

تتناول الدراسة في هذا المطلب التعريف بالمقاولة وعقد المقاولة ، إذ انه لا بد ان ان تبين هذه الدراسة تعريف المقاولة والعقد في اللغة والإصطلاح وذلك بشكل مختصر لأن هذه الدراسة ليست متخصصة في موضوع المقاولة فقط؛ حيث سوف تقوم هذه الدراسة في بحث عقد المقاولة والشرط الجزائي، ومدى سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي، وأخيراً بيان تعريف عقد المقاولة في القانون، وبعد ان يتم بيان تعريف عقد المقاولة من جميع جوانبه سوف يتم التطرق الى خصائص هذا العقد .

### الفرع الأول: تعريف العقد والمقاولة في اللغة:

المقاولة صيغة مبالغة على وزن مفاعلة، تقضي مشاركة من أطراف متعددة، وأصل اشتقاقها الفعل قال يقول قولاً وقولة، وقاولته في أمره وتقاولنا أي تفاوضنا، فالمقاولة معناها المفاوضة والمجادلة[1].

[1] ابن منظور- لسان العرب – الجزء 11 – دار صادر – بيروت - ص577.

وقال ابن فارس العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق، واليه ترجع فروع الباب كلها والعقد مصدر عقده يعقده عقداً، ويستعمل اسماً فيجمع على عقود[1] . ويطلق على معاني كثيرة في اللغة منها: الربط ، والشد ، والتوثيق ، والإحكام ، والقوة ، والجمع بين الشيئين .

ويراد بالمقاولة في اللغة: المفاوضة والمجادلة، ومنه قولهم : قاوله في الأمر مقاولة إذا فاوضه وجادله ، وتقاولوا في الأمر : تفاوضوا ، وتطلق أيضاً على إعطاء العمل للآخر ، قاوله مقاولة على : تعهد منه للقيام به ، والمقاول : من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروط خاصة كبناء بيت ، او إصلاح طريق : اتفاق بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة [2].

## الفرع الثاني : تعريف العقد والمقاولة إصطلاحاً :

أما في الإصطلاح الفقهي فنجد ان للعقد معنيان عام وخاص فالمعنى العام يطلق على كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا ، وسواء كان التزاماً دينياً كالنذر او دنيوياً كالبيع ونحوه [3]، أما المعنى الخاص فيطلق العقد على كل اتفاق تم بين إرادتين أو أكثر على إنشاء إلتزام أو نقله ، فهو لا يتحقق إلا من طرفين أو أكثر ، وهذا هو المعنى الغالب عند أغلب الفقهاء للعقد في الإصطلاح الفقهي [4] .

---

[1] ابن منظور - لسان العرب – دار صادر – بيروت - الجزء (3 ) ، ص 296

[2] الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس . (5/641)

[3] ابن رجب ، القواعد لإبن رجب ، القاعدة الثانية والخمسين ، ص 78.

[4] التركماني ، خالد – ضوابط العقد في العقد الإسلامي – مكتبة دار المطبوعات الحديثة – 1992- ص 24 . البعلي ، عبد الحميد – ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالفقه الوضعي وفقهه – مكتبة وهبه – 1989 – ص 44 .

ويعتبر مصطلح عقد المقاولة من المصطلحات القانونية الحديثة ، ولذلك عرفه علماء الشرع المعاصرون في الدورة الرابعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي[1] عند بحثهم لموضوع عقد المقاولة بأنه : " عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئاً او ان يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الأخر "[2] .

بعد ان تم توضيح تعريف المقاولة في اللغة وفي الإصطلاح، لا بد ان نبين تعريف المقاولة في القانون وتعريف المقاولة في التشريعات المقارنة مثل التشريع المصري والفرنسي واخيراً وليس آخراً التشريع الأردني.

## الفرع الثالث: تعريف عقد المقاولة في القانون

لم يأت المشرع الفرنسي بتعريف لعقد المقاولة ، حيث كان الفقهاء في فرنسا قد اختلفوا في هذا التعريف إختلافهم في تعريف عقد العمل لعدم اتفاقهم على العنصر الذي يميز بين العقدين فمنهم من قال بأن الفيصل هو في طريقة تحديد الأجر للعامل بحيث يعتبر عقد عمل كل عمل يؤجر على أساس المدة التي يستغرقها ، ويعتبر عقد مقاولة إذا كان العامل فيه يؤجر بالقطعة ، فعرفوا عقد المقاولة بأنه العقد الذي يتعهد فيه شخص بأن يؤدي عملاً معيناً لقاء أجر يحسب على حسب أهمية العمل ، ومنهم أيضاً من قال بأنه تعتبر مقاولة كلما كان العمل يؤدى بحرية تامة بحيث لا يكون هنالك رابط تبعية او خضوع، وهذا الرأي الثاني هو الذي يقول به معظم الشراح والقضاء في فرنسا[3].

---

[1] مجمع الفقه الإسلامي تأسس تنفيذاً للقرار الصادر عن مؤتمر القمة الإسلامي الثالث "دورة فلسطين والقدس " المنعقد في المملكة العربية السعودية في عام 1981، وهو عبارة عن هيئة علمية إسلامية ذات شخصية اعتبارية مستقلة .

[2] عقد المقاولة والتعمير: حقيقته تكييفه وصوره – القرار رقم 129 – الدورة الرابعة عشر – 2003- مجلس مجمع الفقه الإسلامي – الدوحة – قطر.

[3] قره ، فتيحه – احكام عقد المقاولة – منشأة المعارف بالإسكندرية – 1987 – ص 15.

وقد قام المشرع المصري أيضاً في القانون المدني بتعريف عقد المقاولة بأنه : "عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الأخر"[1].

وأما المشرع الاردني فقد اورد الأحكام العامة لعقد المقاولة في القانون المدني الأردني في المواد من (780) الى (804) في الباب الثالث من الكتاب الثاني الذي يشمل أحكام العقود ، وأما فيما يتعلق بتعريف عقد المقاولة فقد اورد المشرع الأردني تعريف عقد المقاولة في المادة (780) من القانون المدني، حيث عرفت هذه المادة المقاولة : " بأنها عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر ".

## المطلب الثاني

## خصائص عقد المقاولة

ان متطلبات الإنسان المتزايدة والتضخم السكاني المستمر أدى الى التوسع الكبير في مجال البناء والعمران ، فأقيمت المباني والمنشآت بأشكالها وأحجامها المختلفة من منازل وسدود ومصانع وجسور وأبراج وغيرها ، وقد رافق ذلك الكثير من التطور الهائل في مجال التكنولوجيا والصناعات المتطورة والضخمة والتي ساعدت بشكل كبير في انجاز هذه المشاريع سواء الصغيرة منها او الكبيرة في سرعة كبيرة .

ولكن السرعة في انجاز المشاريع والإهمال في أعمال البناء والإشراف كثيراً ما يسفر عن العديد من الحوادث الخطيرة التي تؤدي الى خسائر كبيرة في الأرواح والأموال بسبب تهدم البناء تهدماً

[1] المادة (646) قانون مدني مصري

كلياً او جزئياً او ظهور عيوب في البناء والتي من الممكن ان تسبب أضراراً مع مرور الزمن وتضعف متانة البناء.

ان التهدم الكلي او الجزئي او العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته لا تظهر عند تسليم المشروع وهذا في أغلب الأحيان بل من الممكن ان تتطلب عدة سنوات لكي تبدأ هذه العيوب بالظهور، ولما تقدم ولكثرة الحوادث التي حصلت، أصبح هنالك ما يعرف بمسؤولية المقاول والمهندس لكونهما المسؤولين عن أعمال البناء والتشييد، وهذا الأمر الذي جعل المشرع في الكثير من التشريعات الى تنظيم هذه المسؤولية التي تقع على عاتق كل من المقاول والمهندس.

ان عقد المقاولة له العديد من الخصائص، والتي من الممكن ان يستخلص بعضها من تعريف المشرع الأردي لعقد المقاولة، ان لعقد المقاولة خصائص وأوصاف يفيد تحديدها والعلم بها في تعيين القواعد الناظمة لهذا العقد [1] ، وعليه فإن خصائص عقد المقاولة تتمثل فيما يلي :

## الفرع الأول: عقد المقاولة عقد رضائي:

تعد المقاولة من العقود الرضائية التي يكفي لإنعقادها إرتباط الإيجاب والقبول سواء أكان ذلك شفوياً او خطياً ضمن الصيغ المأخوذ بها قانوناً لإنعقاد العقد الرضائي، وليس هنالك شكلية معينة خاصة في هذا النوع من العقود [2] ، ولكن غالباً وأكثر ما يستخدم في ابرام عقود المقاولات ، هو ما يسمى بعقد فيديك ، والذي يعتبر من أهم عقود المقاولات في العالم وهو يعتبر في الوقت الحالي العقد الأساسي لإبرام أي عقد مقاولة لتنفيذ مشروع معين .

---

[1] الشهاوي ، قدري عبد الفتاح – عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن – ط2 – منشأة المعارف – الأسكندرية -2002

[2] المومني، أحمد سعيد– مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة– مكتبة المنار للنشر والتوزيع– الأردن- الطبعة الأولى– 1987- ص 45- 46.

**الفرع الثاني: عقد المقاولة هو عقد معاوضة:**

تعد المقاولة أيضاً من عقود المعاوضات التي يأخذ فيها كل طرف مقابلاً لما يقدمه وعليه فهو يحقق منفعة لجميع أطرافه، فالمقاول يقوم بالعمل وقد يقدم المواد اللازمة لهذا العمل، وصاحب العمل يدفع الأجر للمقاول مقابل هذا العمل[1] .

لأن كلا الطرفين يهدفان من تعاقدهما الحصول على منفعة، مقابل ما يقدمه للطرف الآخر، فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل البدل (الأجر) الذي يحصل عليه من صاحب العمل.

**الفرع الثالث: عقد المقاولة عقد ملزم للجانبين:**

ترتب المقاولة على عاتق كل من طرفيها التزامات أهمها بالنسبة للمقاول إنجاز العمل المطلوب منه، وبالنسبة لصاحب العمل دفع الأجر المستحق للعمل الذي يقوم به المقاول، ويترتب على هذه الصفة التبادلية للمقاولة نتائج هامة فيما يتعلق بالفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتبعة الهلاك[2] .

ان عقد المقاولة منذ إبرامه يرتب إلتزامات على عاتق كل من طرفيه، فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل المطلوب منه ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، كما يلتزم صاحب العمل بأداء الأجر والذي عبر عنه المشرع الأردني بمصطلح (البدل)، واستلام العمل بعد انجازه.

وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية انه " إذا كانت الاتفاقية الجارية بين طرفي الدعوى من العقود الملزمة للجانبين فانه يتعين على كل من الطرفين تنفيذ التزامه تجاه الأخر بما يتفق وحسن النية تطبيقاً لنص المادة 202 من القانون المدني والإجازة للمتعاقد أن يمتنع عن الوفاء بإلتزامه إذا لم يقم المتعاقد

[1] شنب ، محمد لبيب – شرح أحكام عقد المقاولة – دار النهضة العربية – القاهرة - 1962 – ص 12-13
[2] قره ، فتيحه – مرجع سابق – ص 19

الأخر بتنفيذ ما أوجبه العقد عليه من إلتزامات. وبما أن الطاعن / المدعي لم يقم بتنفيذ التزاماته تجاه المدعى عليه والمتمثلة بعدم الوفاء بالأقساط المستحقة فإن من حق المدعى عليه الامتناع عن تنفيذ إلتزاماته تجاه المدعي والتي ألتزم بها بموجب الاتفاقية الخطية بتسليم البناء وتجهيزه خلال المدة المتفق عليها إعمالاً لنص المادة 203 من القانون ذاته والتي تنص على أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ إلتزامه مما يترتب عليه أنه لا يحق للمدعي المطالبة بالعطل والضرر الذي لحق به وبدل الشرط الجزائي لما سبق بيانه ولعدم ورود أية بينة تثبت أن خطأً عقدياً صدر من المدعى عليه الأمر الذي تعدو معه دعوى المدعي لا تستند إلى أي أساس من القانون " [1].

## الفرع الرابع : عقد المقاولة عقد وارد على عمل

يعد عقد المقاولة من العقود الواردة على عمل ، فالأداء الرئيسي من العقد مطلوب من المقاول لأنه هو من عليه القيام بعمل معين ، ورغم ان هذا العمل يتم مقابل أجر معين إلا أن الإعتداد في وصف العقد يكون على أساس الأداء الرئيسي لا المقابل ، أي ان العنصر الجوهري او الأمر الجوهري في عقد المقاولة هو قيام المقاول في أداء العمل او المطلوب منه ، وذلك كون المقاول يقوم بالعمل باستقلال تام ، ولا يخضع لأي نوع من أنواع التبعية على خلاف عقد العمل .

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2010/74 (هيئة خماسية ) تاريخ 2010/7/22 ، منشورات مركز عدالة

حيث ان المقاول يقوم بالعمل المكلف به باستقلال عن صاحب العمل فلا يخضع لإدارته او اشرافه وانما يقوم به باسمه الخاص ، فالعقد يحدد العمل والنتيجة التي يريدها المتعاقدين ، والمقاول يختار الطريقة والأدوات التي يراها مناسبة في تحقيق النتيجة[1] .

## الفرع الخامس: عقد المقاولة عقد محدد:

العقد المحدد هو العقد الي يمكن لكل من أطرافه ان يحدد عند التعاقد قيمة المنفعة التي يقدمها الى المتعاقد الأخر، وقيمة المنفعة التي سوف يأخذها منه، دون ان يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع، كما في عقد الغرر .

## الفرع السادس: عقد المقاولة عقد ممتد:

لأن الإلتزام في عقد المقاولة ينفذ بأداء مستمر او أداء دوري، والعقد الممتد أقسام هي : عقد ذو تنفيذ مستمر ، كعقد الإيجار ، وعقد العمل لمدة معينة ، وعقد ذو تنفيذ دوري كعقد التوريد ، وعقد المقاولة يشمل القسمين معاً .

ويقابل العقد الممتد العقد الفوري التنفيذ كعقد البيع الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة وقد يتراخى تنفيذ العقد الى آجل يحدد اختيارياً او اجبارياً ، ويترتب على هذا التقسيم أمران :

الأول: لا ينسحب الفسخ في العقد الممتد أثره على الماضي: لأن ما نفذ منه لا يمكن اعادته، فلا يسري حكم الفسخ إلا بالنسبة الى الزمن الآتي بعد الفسخ، والثاني: العقود الممتدة هي المجال الطبيعي

[1] قره ، فتيحه – مرجع سابق – ص 19

لنظرية الظروف الطارئة، أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً.

### الفرع السابع: الإعتبار الشخصي في إبرام عقد المقاولة:

ويبدو الإعتبار الشخصي جلياً عندما يتعاقد صاحب العمل مع مقاول من أصحاب المهن الحرة الماهرين، كما هو الحال بالنسبة للطبيب والمحامي والنجار ، إذ يعتمد تحقيق النتيجة المنتظرة على مدى الثقة والخبرة التي يوليها للمقاول المهني ، ويبرر الإعتبار الشخصي في المقاولة الحكم بإنقضاء العقد بموت المقاول ، إذ لا يمكن القول بإنتقال العقد تلقائياً الى الخلف العام ، وذلك ما نصت عليه المادة (804) من القانون المدني الأردني [1].

## المبحث الثاني

## التكييف القانوني لعقد المقاولة وتمييزه عن غيره من العقود

أن التكييف القانوني او الوصف القانوني لعقد المقاولة، وتبين القواعد والأحكام الخاصة لهذا العقد الذي يعتبر من أهم العقود في الوقت الحاضر، وللقيام بذلك ولبيان هذه الأحكام والخصائص لهذا العقد سوف تقوم هذه الدراسة بتمييز عقد المقاولة عن غير من العقود التي تشتبه به، ولذلك سوف يتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، حيث سوف يبين المطلب الأول التكييف القانوني لعقد المقاولة في حين سوف يقوم المطلب الثاني بتمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود.

---

[1] نص المادة (804) من القانون المدني الأردني على انه " ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول اذا كان متفقاً على ان يعمل بنفسه او كانت مؤهلاته الشخصية محل الإعتبار في التعاقد ".

## المطلب الأول

## التكييف القانوني لعقد المقاولة

يراد بتكييف العقد إعطاؤه الوصف الذي يلائم ما احتوى عليه العقد من عناصر أساسية[1]، تميزه عن غيره من العقود الأخرى والتي تجعل هذا العقد خاضعاً لأحكام وقواعد خاصة، فقد يثار نزاع بين طرفي العقد يدعي فيه المقاول بأن العلاقة التي تجمع الطرفين هي علاقة يحكمها القانون، وان الأساس الذي يتميز فيه عقد المقاولة عن غيره من العقود الأخرى، هو ان المقاولة تتجلى في التعهد بأداء عمل، والأساس هو وجود علاقة التبعية بين المقاول وصاحب العمل .

ان التكييف القانوني من أهم الأعمال التي يقوم بها القاضي، فالقاضي يقوم بتفسير العقد واستنتاج الغرض المقصود منه بالنسبة للمتعاقدين، فإذا تبين للقاضي ان الغرض الرئيسي الذي اتجهت اليه إرادة المتعاقدين هو قيام أحدهما مستقلاً باسمه الخاص بإنجاز عمل معين لحساب المتعاقد الأخر في مقابل أجر ، عندئذ يكيف القاضي العقد بأنه عقد مقاولة ، فعقد المقاولة يتميز إذن بخصيصتين أساسيتين هما :-

1- ان القيام بالعمل المتفق عليه يتم بصورة مستقلة دون اشراف صاحب العمل او ادارته.

2- ان العمل المتفق عليه يتم مقابل أجر معين .

[1] كشبور ، محمد – انتهاء العقد – مطبعة النجاح الجديدة – ص 240

وهاتان الخاصيتان أساس التفريق بين عقد المقاولة وما يشتبه به من عقود أخرى، كعقد الإيجار والبيع والعمل والوكالة وغيرها ، وستقوم هذه الدراسة بالتفريق بين عقد المقاولة وأهم العقود التي تتشابه معه[1].

## المطلب الثاني

## تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود

### الفرع الأول :عقد المقاولة وعقد الإيجار

المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الأخر ، فالمقاولة ترد على العمل أما الإيجار فيرد على منفعة عين ، والغرض منه الإنتفاع بالشيء المؤجر ، ومع ذلك فقد يصعب أحياناً تحديد ما إذا كان العقد مقاولة ام إيجاراً ، إذ ان المقاول قد يستخدم في عمله بعض الاشياء التي ينتفع بها صاحب العمل بطريق غير مباشر ، مما يحدث معه تداخلاً ملموساً بين عقد المقاولة وعقد الإيجار وأيضاً موقف التشريعات التي اعتبرت المقاولة إجارة واردة على العمل تمييزاً لها عن اجارة المنافع ، وهي محل المقارنة مع عقد المقاولة ، ومن أمثلة هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي ومجلة الأحكام العدلية .

عرفت المادة 780 من القانون المدني عقد المقاولة بأنه " عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الأخر " ، بينما نجد ان المشرع الأردني عرف

[1] قره ، فتيحة – مرجع سابق - ص20

عقد العمل وفقاً لنص المادة 805 من ذات القانون " بأنه عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة الأخر تحت اشرافه او ادارته لقاء أجر " .

ومن الأمثلة التي يسوقها الفقه في سبيل بيان التداخل الذي قد يحصل بين المقاولة والإيجار ، اتفاق شخص مع شركة من شركات النقل على ان تضع تحت تصرفه إحدى سياراتها مع سائقها ليستخدمها فترة معينة أو للقيام برحلة ، فهل يعد هذا الإتفاق عقد إيجار وارداً على السيارة ، أم يعد عقد مقاولة محله القيام بنقل المتعاقد الى الجهات التي يقصدها ؟

يتوقف التكييف القانوني لمثل هذا العقد على معرفة من يمتلك السيطرة على السيارة وسائقها خلال الرحلة ، فإذا كانت الشركة هي التي تملك هذه السيطرة باحتفاظها برقابة وتوجيه السائق والإشراف على السيارة بواسطته ، فإن العقد يعد مقاولة ، أما إذا كان الراكب هو من يملك السيطرة على السيارة وهو من له سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف على السيارة ، فهنا نكون بصدد عقد إيجار للسيارة [1].

وقد قضي بأنه إذا وضع مصنع في خدمة إحدى الشركات لتنفذ فيه الطلبات التي تتلقاها من عملائها، ويكون تنفيذ هذه الطلبات وتمويل عملية الصنع بواسطة هذه الشركة لا بواسطة من يملك المصنع ، فإن العقد يكون ايجاراً للمصنع لا عقد مقاولة[2] .

وإذا اختلط عقد المقاولة بعقد الإيجار في عملية واحدة وجب ان يلاحظ أمران لتمييز احدهما عن الأخر وهما :

---

[1] حسين ، عبد الرزاق – المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء – الطبعة الأولى – 1987 – ص 42

[2] شبيب ، محمد لبيب ، المرجع السابق ، ص 14.

1- تحري العنصر الأساسي الذي وقع عليه التعاقد لمعرفة مدى غلبة احد العقدين على الأخر .

2- تحري التزامات الطرفين التي تؤثر في التكييف القانوني للعقد ، هل هي مقاولة انصبت على العمل ، او انها ايجار انصب على الإنتفاع بالمأجور لقاء أجر معين [1].

ويترتب على التمييز بين عقد المقاولة وعقد الإيجار نتائج أهمها ان المقاول بصفته أجيراً مشتركاً يضمن حكماً أموال صاحب العمل التي بين يديه وإن لم يقصر او يتعد، ويستثنى من ذلك ما إذا وقع الضرر بسبب حادث لا يمكن التحرز منه أما المستأجر فيده على المأجور يد أمانة فلا يضمن هلاك المأجور دون تعد او تقصير منه .

**الفرع الثاني: عقد المقاولة وعقد البيع:**

المقاول يقوم بأداء عمل او خدمة مقابل أجر ، اما البيع فيهدف الى نقل ملكية شيء من البائع الى المشتري ، وعلى ذلك فقد يبدو ان لا مجال للخلط بين المقاولة والبيع ، إلا ان الحاجة الى التفرقة تبدو عندما يترتب على إنجاز العمل دخول حق مالي جديد في ذمة صاحب العمل ويكون ذلك عندما لا يقتصر دور المقاول على القيام بعمل لمصلحة صاحب العمل ، بل يتعداه الى تصنيع شيء ما على ان يقوم المقاول بتقديم المادة او الخدمات التي تم الإستصناع منها ، وهذا ما يعرف بعقد الإستصناع[2].

[1] الدوري ، محمد جابر ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشأت الثابتة ، بغداد ، مطبعة وأوفسيت عشتار ، 1985، ص19

[2] شبيب، محمد لبيب ، مرجع سابق ، ص 14.

الإستصناع عقد مختلط يخضع لمزيج من أحكام البيع والمقاولة، ولكن هذا الرأي يثير صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام المقاولة مع أحكام البيع، كما هو الأمر فيما بطبيعة العوض وتحديده، وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

ان الإستصناع عقد مقاولة ابتداءً إلا انه يتحول في نهاية الأمر الى بيع ويعاب على هذا الرأي ان تكييف العقد يكون دائماً وقت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك ، ويذهب رأي آخر الى ان الإستصناع هو بيع شيئاً مستقبلاً ويستند هذا الرأي الى ان ما قصده المتعاقدان عند ابرام العقد هو الشيء المصنوع ، وان عمل الصانع ليس إلا وسيلة للوصول الى الهدف النهائي وهو الشيء المصنوع، ولكن يؤخذ على هذا الرأي انه لا ينظر الى إلا الى أثر واحد من آثار العقد وهو نقل ملكية الشيء المصنوع ، ويهمل عمل الصانع ، مع ان عمل الصانع قد يكون هو العمل الجوهري .

وإن الإستصناع قد يكون بيعاً وقد يكون مقاولة بحسب الأحوال، وهذا هو الرأي الراجح في الفقه والقضاء في الوقت الحاضر، ومقتضاه ان نقارن بين قيمة العمل وقيمة المواد المستخدمة فيه ، فإن كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المواد المستخدمة فيه ، كان العقد مقاولة ، وإن كان العكس كان عقد بيع، ولكن يؤخذ على هذا الرأي ان الأساس الذي يرتكز عليه غير محدد ، إذ قد تتغير قيمة العمل من وقت لآخر ومن مقاول لآخر ، كما ان قيمة المواد المستخدمة في الصنع ليست ثابتة دائماً .

**الفرع الثالث : عقد المقاولة وعقد العمل :**

من المهم التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل ، فإنه إذا كان كل من العقدين يرد على العمل إلا ان القواعد التي يخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التي يخضع لها العقد

الأخر ، وبخاصة في تحمل التبعية حيث يتحملها المقاول على التفصيل الذي سنبينه ولا يتحملها العامل ، وفي الخضوع لتشريعات العمل المختلفة ومنها التشريعات المتعلقة بساعات العمل والإجازات وتقدير الأجر وضماناته وإصابات العمل والفصل التعسفي ، وما الى ذلك مما هو مذكور في عقد العمل الفردي ، وهذه التشريعات تسري على العامل دون المقاول[1].

وإذا كان عقد المقاولة يتفق مع عقد العمل في ان الهدف الأساسي لكل منهما القيام بعمل معين، إلا ان الذي يفرق بينهما هو ان عقد العمل يرد على العمل في ذاته، ويكون العامل فيه في حالة خضوع وتبعية لصاحب العمل، أما عقد المقاولة فيرد على العمل ويكون المقاول مستقلاً في عمله عن صاحب العمل[2] .

وقضت محكمة التمييز الأردنية "ان الفرق بين عقد المقاولة وعقد العمل هو عنصر التبعية والذي يعني خضوع العامل لإشراف ورقابة وتوجيه رب العمل وهيمنة رب العمل خلال تنفيذ العقد على نشاط العامل بتوجيهه ورقابته أثناء قيامه بالعمل وإطاعته لأوامر رب العمل وأنه في ضوء الوقائع الثابتة في الدعوى والعمل الذي يمارسه المدعي فإنه يخضع لأوامر وتوجيهات رب العمل وبذلك يغدو العقد في ضوء ما تقدم عقد عمل وليس عقد مقاولة ويكون ما توصلت إليه محكمة الاستئناف موافقاً للقانون"[3] .

يعد خضوع العامل وتبعيته لصاحب العمل هو المعيار في التفريق بين المقاولة والعمل ، وهذا هو الرأي المسلم به في الوقت الحاضر ، إذ أن عقد العمل يخول صاحب العمل سلطة توجيه العامل

---

[1] السنهوري ، عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء (7) ، المجلد الأول ، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة ، دتر النهضة العربية ، القاهرة ، 1964 ، ص 8-9

[2] مرسي ، كامل ، العقود المسماة ، الجزء (4) ، الطبعة الأولى ، دار النشر للجامعات المصرية ، 1953 ، ص 479 .

[3] قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2008/1208 (هيئة خماسية ) تاريخ 2009/2/16 منشورات مركز عدالة

وإدارته ، فيما يؤديه من خدمات وأعمال ، ليقوم العامل بأداء ما هو مكلف به تحت إدارة صاحب العمل وإشرافه وسيطرته ، وعليه يكون في مركز الخضوع والتبعية لصاحب العمل وهذا هو المعيار الذي أخذ به القانون المدني الأردني في التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل ، فقد نصت المادة (805) الفقرة الأولى منها على أن " عقد العمل عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة الأخر تحت إشرافه او ادارته لقاء أجر " .

يستفاد من المادة ( 2 ) من قانون العمل والمادة (780) والمادة (805) من القانون المدني ، أن أهم ما يميز عقد العمل على عقد المقاولة هو عنصر الإشراف والإدارة والتبعية التي يستقل بها عقد العمل . وحيث أن محكمة الموضوع قد قنعت بالبينة التي استمعت إليها بأن عنصر الإشراف والتبعية غير متوفر في هذه الدعوى للأسباب والعلل التي أوضحتها في قرارها المطعون فيه[1] .

فعلاقة التبعية بين العامل وصاحب العمل لا تتوافر في العلاقة بين المقاول وصاحب العمل ، لأنه يقوم بعمله بصورة مستقلة ، وعلاقة التبعية هذه هي التي تميز عقد المقاولة عن عقد العمل وتبعية العامل لصاحب العمل قد تكون تبعية فنية ، تخول صاحب العمل توجيه العامل فيما يتعلق بأصول العمل الفنية، وقد تكون إدارية أو تنظيمية تقتصر على إشراف صاحب العمل على الظروف الخارجية التي يتم فيها تنفيذ العمل ، كتقسيم العمل على العمال ورقابتهم في أثناء قيامهم بالعمل ، ولا تطلب هذه التبعية التنظيمية أن يكون صاحب العمل ملماً بأصول العمل الفنية ، ويكفي توافر التبعية الأخيرة لإعتبار العقد عملاً [2].

---

[1] قرار محكمة التمييز رقم 2007/602 (هيئة خماسية ) تاريخ 2007/10/8 منشورات مركز عدالة

[2] مرسي ، كامل ، مرجع سابق ، ص 479

## الفرع الرابع: عقد المقاولة وعقد الأشغال العامة:

ان عقد المقاولة من عقود القانون الخاص، وانها في نطاق هذا القانون قد تكون عقداً مدنياً وقد تكون عقداً تجارياً، وقد تكون عقداً مختلطاً، فتكون مدنية بالنسبة لرب العمل وقد تكون تجارية بالنسبة للمقاول[1] ، ولا يمكن الخلط بين عقد المقاولة وعقد الأشغال العامة وذلك لأن عقد الأشغال العامة هو من العقود الإدارية في القانون العام .

ويعرف عقد الأشغال العامة "بأنه عقد بمقتضاه تعهد الإدارة الى شخص من أشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار في مقابل أجر، تحقيقاً للمنفعة العامة"[2] .

ومن هذا التعريف يستخلص انه لكي يكون العقد عقد أشغال توافر الشروط التالية:

1- ان ينصب العقد على عقار.

2- ان يتم العمل لحساب شخص معنوي عام.

3- أن يكون الغرض من العمل تحقيق منفعة عامة [3].

واعتبار العقد عقد أشغال عامة لا عقد مقاولة يترتب عليه عدم خضوع لأحكام القانون المدني ، سواء الأحكام العامة لنظرية العقد أو أحكام عقد المقاولة ، إلا في الحدود التي لا تتعارض فيها هذه

---

[1] شنب ، محمد لبيب – مرجع سابق – ص 50 .
[2] قره ، فتيحه – احكام عقد المقاولة – منشأة المعارف بالإسكندرية – 1987 – ص 56.
[3] شنب ، محمد لبيب – مرجع سابق – ص 50-51.

الأحكام مع القانون العام ، ويبرر ذلك بالغرض المقصود من الأشغال العامة وهو تحقيق المنفعة العامة[1].

ان تكييف عقد الأشغال العامة يتحدد بصفة صاحب العمل وكونه شخصاً من أشخاص القانون العام ، ولا أثر لصفة المقاول على هذا التكييف ، لذلك يجب تحديد ما إذا كان صاحب العمل شخصاً عاماً أو خاصاً ، فإذا كان شخصاً عاماً كالدولة او احدى مؤسساتها العامة كان العقد عقد أشغال عامة[2].

## الفرع الخامس : مقاولات البناء والمنشآت الثابتة وغيرها من عقود المقاولات :

وحيث ان هذه الدراسة تنصب بالجزء الأكبر منها على عقود مقاولات البناء والنشآت الثابتة الأخرى فلا بد من تمييز هذه العقود عن غيرها من عقود المقاولات وعليه ، وبناءاً على ما تقدم فقد عرف الفقه ، عقد مقاولة البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، "بأنه عقد يتعهد بموجبه مقاول او مهندس معماري بأن يبني لأخر ، لقاء أجر، بناء او منشآت ثابتة أخرى" [3].

وذلك لأن عقد مقاولة البناء ينصب على اقامة وتشييد المباني او منشآت ثابتة أخرى مثل السدود وآبار المياه وجسور وغيرها من الأبنية او المنشآت التي تكون متصلة مع الأرض.

---

[1] قره ، فتيحه – مرجع سابق – ص 57 .
[2] قره ، فتيحه – مرجع سابق – ص 57 – 58 .
[3] قره ، فتيحه – مرجع سابق – ص68

أما من حيث أطرافه فإن هذا العقد يبرم مع مقاول بناء او مهندس معماري يتعهد بإقامة الأبنية والمنشآت المذكورة إما لشخص طبيعي او لشركات او لمؤسسات من القطاع الخاص، او لشخص معنوي من القطاع العام على أساس كون العقد عقد مقاولة لا عقد أشغال عامة كما أشرنا سابقاً .

ويتميز هذا العقد عن عقود المقاولات الأخرى بأنه ينصب من حيث موضوعه على تشييد المباني او المنشآت الثابتة الأخرى كالجسور والسدود والخزانات والمصانع وغيرها من المنشآت الكبيرة الأخرى .

ويتميز هذا العقد أيضاً بأن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في عقود المقاولات هذه لا تنتهي بإنتهاء العمل موضوع العقد، وإنما تمتد بحكم القانون الى ما بعد إنتهاء العقد وللمدة التي يحددها القانون، إذ حدد المشرع الأردني هذه المدة بعشر سنوات وسميت بالضمان العشري[1] .

[1] تنص المادة (788) من القانون المدني الأردني على أنه " 1- اذا كان عقد المقاولة قائما على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على ان ينفذه المقاول تحت اشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيداه من مبان او اقاماه من منشآت . وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته اذا لم يتضمن العقد مدة اطول. 2- يبقى الالتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل او التهدم ناشئا عن عيب في الارض ذاتها او رضي صاحب العمل باقامة المنشآت المعيبة. 3- تبدا مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل."

# الفصل الثالث

## ماهية الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي )

وبما ان هذه الدراسة يدور موضوعها حول الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديل هذا الشرط، ويلاحظ ان من أكثر ومن اهم تطبيقات الشرط الجزائي هو الشرط الجزائي الذي يوضع في عقود المقاولة، ولذلك ولمقدمة لهذه الدراسة والتي تناولت في الفصل الأول، عقد المقاولة وخصاص هذا العقد وما يميز هذا العقد عن غيره من العقود.

ان الأصل في التعويض ان يكون قضائياً، يقدره القاضي بعد ان يتحقق من توافر شروط وعناصر هذا التعويض، ولكن في الكثير من الأحيان يفضل المتعاقدين عدم ترك هذا التعويض الى القضاء ، فيتفقا مقدماً وقت ابرام العقد على مقدار التعويض ، في حال عدم تنفيذ الإلتزام ، او التأخر في تنفيذه ، ويطلق على هذا الإتفاق (الشرط الجزائي ) ، لأنه يوضع عادةً ضمن شروط العقد الأصلي ابتداءً ، او يوضع ضمن شروط عقد ملحق للعقد الأصلي ، ولكن قبل وقوع الضرر .

وعليه وبناءً لما تقدم سوف يتم بيان مفهوم الشرط الجزائي وأهميته، في المبحث الأول من هذا الفصل، في حين سيتناول المبحث الثاني من هذا الفصل خصائص الشرط الجزائي وشروط استحقاقه.

## المبحث الأول

## مفهوم الشرط الجزائي وأهميته

سيتناول هذا المبحث بيان مفهوم الشرط الجزائي لغة واصطلاحاً وبيان تعريف الفقه والتشريع، وبعد بيان هذه التعريفات لا بد ان تبين هذه الدراسة أهمية وجود الشرط الجزائي في العقود التي تبرم .

### المطلب الأول

### مفهوم الشرط الجزائي

أن تحديد مفهوم الشرط الجزائي يقتضي ابتداءً تحديد معنى الشرط لغةً واصطلاحاً:

الشرط لغةً : هو الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، وجمع الشرط هو شروط وان للشرط عدة معاني في اللغة [1].

وان الشرط الذي يقصد به إلزام الشيء والتزامه، ويقال شرط يشرط – بكسر الراء وضمها – إذا شرط على صاحبها أمراً ، ويقال شارطه إذا شرط كل منهما على الآخر أمراً .

تعريف الشرط اصطلاحاً : ان لمصطلح الشرط عدة معاني في القانون والتشريع ، فإنه يطلق أحياناً للدلالة على كافة الأحكام التي اتفق عليها أطراف العقد ، ومثال ذلك ان يشترط أحد أطراف العقد على ان يكون الدفع بعد التسليم ، وعليه لكلمة الشرط الجزائي، معنى واسع ولكن ليس في هذا تعليق لوجود الالتزام أو زواله على أمر مستقبل محقق الوقوع وانما هو بند في العقد وليس وصفا في

[1] ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد السابع ، لبنان – بيروت – ص 349

الالتزام[1]، وهنا يجب التفريق ما بين الشرط المنصوص عليه في المادة (393) من القانون المدني الأردني والتي عرفت الشرط بأنه " التزام مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه " .

في حين ان الشرط الجزائي المنصوص عليه في المادة (364 ) من القانون المدني الأردني وهو ( اتفاق المتعاقدين مقدماً على تحديد قيمة التعويض و/او الضمان في العقد في حالة عدم تنفيذ احد العاقدين بما التزم به) فإن في الحالة الأخيرة يتعلق الأمر بالاتفاق على قيمة التعويض الذي يستحقه المتضرر، من مبلغ مالي لعدم التزام احد الطرفين في تنفيذ العقد في حين أن الشرط المنصوص عليه في المادة (393) من القانون المدني فان الأمر يتعلق بتحقق الشرط من ثم لتوقف على تحقيقه وجود الحكم او زواله وان التصرف المتعلق هو متوقف على تحقق الشرط ام لا.

**مفهوم الشرط الجزائي قانونا :**

ان القانون المدني الأردني اخذ في نظام الشرط الجزائي مثله مثل غيره من القوانين المدنية العربية والاجنبية. حيث افرد له نصا خاص بالمادة (364) من القانون المدني حيث قضت هذه المادة بما يلي:

1- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة احكام القانون.

2- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب احد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.

[1] غانم ، اسماعيل ، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الثاني ، أحكام الإلتزام ، ص 383 .

حيث قضت محكمة التمييز الأردنية بهيئتها العامة في قرارها رقم 1995/502 بأنه " يحكم لصاحب البناء على المقاول بالتعويض عن الضرر الذي قدره الخبير من جراء تاخره عن تسليم البناء في الموعد المتفق عليه في الاتفاقية المعقودة بينهما والمتضمنة موعد التسليم والزام المقاول بدفع مبلغ محدد فيها عن كل يوم تاخير عن التسليم كشرط جزائي ولا يؤثر عدم تكرار الشرط الجزائي في الاتفاقية اللاحقة المبرمة بينهما في الموعد المحدد للتسليم والمتضمنة اكمال المقاول للبناء خلال شهر وتسديد ما بقي له من اجور على الحكم بالتعويض"[1].

وعليه فان مصطلح الشرط الجزائي شأنه شأن المصطلحات القانونية الأخرى له عدة تعريفات، إلا اننا نجد ان هذه التعريفات لا تخرج عن ثلاثة وهي التعريف التشريعي، والتعريف الفقهي والتعريف المختلط [2].

**1- التعريف التشريعي :**

ان هذا التعريف وكما يدل عليه اسمه ، يطلق على ما تورده النصوص القانونية على تعريف مصطلح ما ، حيث انه في أغلب الأحيان لا تقوم القوانين على تعريف مصطلح معين إلا إذا كان يتخلل هذا المصطلح غموض معين ، وانه من الممكن ان يقع الشخص في لبس معين في هذا المصطلح ، او إذا أراد المشرع في القوانين توضيح أمر معين، ذلك انه ليس من مهمة المشرع وضع التعريفات للمصطلحات ، بل ان التعريف والتحليل هو من مهمة القضاء والفقه .

---

[1] قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم 1995/502 (هيئة عامة) تاريخ 1995/4/16منشورات مركز عدالة.

[2] درادكة ، فؤاد ، الشرط الجزائي ، التعويض الإتفاقي في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، 1994 ، ص 61 .

ففي القانون المدني الفرنسي، نص المشرع الفرنسي في القسم السادس من الفصل الرابع في الباب الثالث، تحت عنوان " في الإلتزامات المقترنة ببنود جزائية، في المادة 1226 منه على ان " البند الجزائي هو البند الذي يلتزم شخص بموجبه، لأجل ضمان تنفيذ اتفاقية، بأداء شيء في حال عدم التنفيذ " ، ونص أيضاً في المادة 1229 من نفس القانون على ما يلي " إن البند الجزائي هو تعويض عن العطل والضرر اللاحق بالدائن من جراء عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي .. " [1]

في حين نص المشرع المصري على الشرط الجزائي في المادة(223) من القانون المدني المصري على انه: " يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من 215 الى 220 "[2].

اما المشرع الأردني فقد نص على هذا الامر وعالجه في المادة(364) من القانون المدنى الأردني المشار إليها سابقاً، حيث ان المستفاد من هذا النص بان المشرع لم يورد تعريف للشرط الجزائي مثله مثل اغلب القوانين المدنية العربية، حيث أن أغلب الباحثين والفقهاء اشادوا بذلك من ان التعريف التشريعي ليس له اهمية كبيرة فى إظهار النظرية البحتة وليس له اي قيمة نسبية[3].

**2- التعريف الفقهي (الوظيفي):**

أن هذا التعريف كما هو مستفاد من اسمه هو التعريف الذي يطلقه الفقهاء وشراح القانون على الشرط الجزائي ، ويظهر فيه كل منهم المقصود بهذا الشرط والوظيفة التي يؤديها .

---

[1] القانون المدني الفرنسي بالعربية ، موسوعة (DALLOZ ) جامعة القديس يوسف في بيروت .الطبعة 108 ، 2009 .

[2] السنهوري ، عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام (آثار الإلتزام ) ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، 1968، ص 851 - 853 .

[3] درادكة ، فؤاد ، مرجع سابق ، ص 62

فقد عرف الفقيه الفرنسي الأستاذ **TOULLIER** الشرط الجزائي بأنه: " ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كعقوبة لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه "[1].

في حين عرفه السنهوري: " إتفاق المتعاقدين مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه أي منهما في حال تخلف أحدهما عن التنفيذ أو التأخر في التنفيذ "[2] .

**3- التعريف المختلط:**

ذهب رأي من الفقه إلى القول بان التعريف الأمثل للشرط الجزائي يجب أن يستند إلى الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وخصائصه، لأن مثل هذا التعريف يوضح البناء القانوني له حيث وصل هذا الراي إلى نتيجة بان الشرط الجزائي هو اتفاق تابع يحدده الطرفان مسبقاً وذلك للتعويض عند عدم التنفيذ أو التاخر فيه وقد سماه البعض العقوبة عند عدم التنفيذ او التأخر في التنفيذ ، وذلك لتلافي الانتقادات الموجهة إلى التعريف الفقهي والتشريعي.

إلا ان البعض رأى أن هذا التعريف قد بين جوهر وطبيعة الشرط الجزائي وان هؤلاء لم يوافقوا على استعمال كلمة العقوبة الواردة فيه حيث رأى هؤلاء الباحثين أن مفهوم العقوبة للشرط الجزائي يحيي في الأذهان مفهوم التعويض في التشريعات القديمة التي كانت تعتبره عقوبة بحتة، وان في ذلك خروج عن المفهوم الحديث للتعويض باعتبار ان للعقوبة وظيفة مزدوجة إصلاحية اولا ، ورادعة ثانياً ، فالقانون المدني يعتبر قانون استرداد يعيد الحالة إلى ما كانت عليه سابقاً قبل وقوع الضرر، وعليه يجب تغليب مفهوم الوظيفة الإصلاحية للتعويض علي وظيفة الردع، من حيث ان الشرط الجزائي هو اتفاق سابق

---

[1] درادكة ، فؤاد ، مرجع سابق ، ص 62

[2] السنهوري ، عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ص 851.

على مقدار التعويض وتابع إلى اتفاق الطرفين في العقد وشروطه ، حيث أن ذلك يعتبر اتفاق على قيمة التعويض عند عدم تنفيذ احد طرفي العقد التزامه او تاخره في ذلك [1] .

حيث ان ذلك يظهر في عقود البيع في حالة عدم تنفيذ احد طرفي العقد لالتزامه او عقود المقاولة في حالة تأخر احد طرفي العقد في تنفيذ تعهده .

## المطلب الثاني

## أهمية الشرط الجزائي وتمييزه عن غيره من الأوضاع القانونية المشابهة له

تبرز أهمية الشرط الجزائي في كثرة استعماله في عقود المقاولات والتوريد والنقل بشكل خاص، حيث انتشر إدراج الشرط الجزائي في العقود المشار إليها اعلاه، ذلك لأهمية هذه العقود، والتي يعتبر من أهمها عقد المقاولة، حيث تم وضع شرط خاص ضمن عقد فيديك والذي يعتبر من أهم عقود المقاولة، والذي يتم إبرام معظم عقود البناء والإنشاءات بهذا العقد.

وبناء على ذلك سوف تقوم هذه الدراسة ببحث أهمية الشرط الجزائي من خلال معرفة مزايا الشرط الجزائي، وأيضاً من خلال معرفة القيمة العملية للشرط الجزائي.

### الفرع الأول: مزايا الشرط الجزائي:

يتضح لنا من تعريف الشرط الجزائي، بأن النص على الشرط الجزائي في العقود يؤكد على وجود عدد من المزايا لصالح المتعاقدين، وللغير أيضاً، ولذلك يتميز الشرط الجزائي بعدة مزايا، وأهمها ضمان تنفيذ هذه العقود حسب ما اتفق عليه اطرافها بدون تأخير، وذلك تجنباً لدفع قيمة الشرط الجزائي

[1] درادكة ، فؤاد ، مرجع سابق ، ص 63

كتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام او التأخر في تنفيذه، وأن ذلك يؤدي إلى حماية مصالح الأفراد او الجماعات، حيث يمكن اجمال هذه المزايا على النحو التالي :

1- ضمان تنفيذ الإلتزام :

ان وجود هذا الشرط ضمن أحكام العقد يدفع المدين الى تنفيذ التزام ، لأنه يعلم انه ملزم بدفع ما يزيد عن التزامه الأصلي في حالة عدم تنفيذ و/او عدم التأخر في تنفيذه[1] ، حيث يضمن هذا الشرط تنفيذ الالتزام ، وهذه الميزة هي أهم مزايا الشرط الجزائي حيث ان ذلك يعتبر إحدى الوسائل لضمان تنفيذ الالتزام بطريقة فعالة ، حيث ان الشرط الجزائي يشكل بذلك قوة فعالة و/او ضاغطة على الملتزم بتنفيذ ما التزم فيه في العقد، وبالتالي تجنب الضرر للمتعاقد الأخر، حيث أن ذلك يمنع سوء النية لدى المتعاقد الأخر، كما أنه يجعله حريصاً على عدم الإخلال في أي إلتزام ، كما انه يجعل الطرف الأخر في العقد قي حالة الاطمئنان والأمان[2] .

2- يجنب المتعاقدان تحكم القضاء :

لجوء المتعاقدين الى تقدير الضمان الذي يجب على المدين دفعه نتيجة اخلاله بالإلتزام، يجنب القضاء تقديره وتحديد نوعه ، لأن المتعاقدين أقدر على تقدير الضرر الذي حل باحدهما نتيجة عدم تنفيذ الإلتزام و/او التأخر في تنفيذه[3] ، ولكن تكون هذه الحالة عند عدم الطعن أمام المحكمة في قيمة التعويض ، حيث نص المشرع الأرني في الفقرة الثانية من المادة (364) على انه " ويجوز للمحكمة

---

[1] الحلالشة ، عبد الرحمن احمد ، المختصر في شرح القانون المدني الأ{دني (آثار الحق الشخصي) أحكام الإلتزام دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار وائل ، 2010 ، ص 63 .

[2] درادكة ، فؤاد ، مرجع سابق ، ص 67 – 68

[3] الحلالشة ، عبد الرحمن احمد ، مرجع سابق ، ص 63

في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين ان تعدل في هذا الإتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ، ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف ذلك " ، وعليه فإن وجود الشرط الجزائي في الإتفاق لا يعتبر أمراً ملزماً للإطراف حتى لو إتفق الإطراف على عدم اللجوء الى المحاكم ، لأن في ذلك مخالفة واضحة وصريحة للتطبيقات القانونية الصحيحة، والمنطق القانوني السليم ، وعليه وبناءً لما تقدم فإن هذه الميزة التي يتميز فيها الشرط الجزائي تكون في حالة واحدة وهي عند عدم اللجوء الى القضاء .

3- يزيد قوة العقد الملزمة :

ان الشرط الجزائي يسبغ على العقود قوة جديدة على قوتها القانونية العادية، حيث أن ذلك يؤدي إلى عدم إخلال الملتزم بتنفيذ التزامه، وإلا وبعكس ذلك سوف يكون ملزم بدفع التعويض المتفق عليه في العقد، حيث يغلب في الحياة العملية ان يكون مقدار الشرط الجزائي اكبر من مقدار الضرر الحقيقي، الذي يكون لحق بالدائن، وان هذه الميزة تفرض الإحترام الدقيق للإلتزامات الثانوية التي قد يميل المدين الى اهمالها ، حيث يحرص إلى عدم الإهمال في تفيذ الالتزام لعدم تعرضه لدفع قيمة الشرط الجزائي ، وان مثل هذا الشرط يسهم في انشاء نوع من الإلتزام الإقتصادي الخاص[1] .

4- توفير النفقات وتخفيف الوقت:

ان الاتفاق على قيمة الشرط الجزائي يجنب من اشترط لمصلحته الإجراءات القضائية، والتي تكون دائماً بطيئة، وانه في حالة عدم تنفيذ التزامه او التأخر في تنفيذه، فإنه يوفر النفقات فى حالة عدم الطعن فى قيمة التقدير، حيث ان الملتزم يقوم بدفع قيمة الشرط الجزائي في حالة عدم تنفيذه

[1] درادكة ، فؤاد ، مرجع سابق ، ص 69 .

للإلتزام او تأخر في ذلك تجنباً للجوء الطرف الأخر إلى القضاء، وما يترتب على ذلك من دفع الرسوم والنفقات والمصاريف الاخرى التي قد تتطلبها الدعوى[1].

5- يجنب المنازعات التي تثور حول الضرر :

ان وجود الشرط الجزائي يجنب المنازعات ويزيل كل صعوبة محتملة حول الضرر، سواء ما تعلق منها بوقوعه او عدمه، او حتى تقديره، ويغني في الغالب عن رفع الدعاوى، سواء كان الضرر مباشراً او غير مباشر، متوقعاً او غير متوقع، لأن وجود مثل هذا الشرط يعني ضمنياً بأن هنالك اقرار من الملتزم به، وانه في حالة اخلاله بالالتزام يترتب عليه ضرر للدائن، وهذا ما يرفع عن كاهل الدائن اثبات الضرر، ويجعل نفيه على كاهل المدين خلافا للقواعد العامة[2].

6- يقيد المسؤولية:

قد يقوم الشرط الجزائي بدور الشرط المقيد او المحدد للمسئولية، ويقع هذا عندما يكون مقدار التعويض المحدد مقدماً لعدم التنفيذ اقل بشكل ملحوظ عن مقدار الضرر الفعلي الناشئ من جراء عدم التنفيذ[3] .

7- يؤكد على التنفيذ السليم والصحيح للعقود والإتفاقيات الضخمة:

ان وجود الشرط الجزائي في الإتفاقيات والعقود الكبيرة والضخمة مثل عقود المقاولات والبناء والإنشاءات ، يؤكد على حرص كل من المقاول وصاحب العمل ، والمقاولين الفرعيين على ان يقوموا

---

[1] درادكة ، فؤاد ، مرجع سابق ، ص 68 .
[2] درادكة ، فؤاد ، مرجع سابق ، ص 69 – 70 .
[3] درادكة ، فؤاد ، مرجع سابق ، ص 70

بأعمالهم على أحسن وجه ، حيث ان عقود المقاولات تعتبر من أكبر العقود واهم العقود في وقتنا الحاضر، وان أي تأخير أو أي تقصير في تنفيذ هذه العقود يؤدي الى أضرار كبيرة للمجتمع وللأشخاص جميعاً .

وبعد ان بينت هذه الدراسة المزايا التي يتمتع بها الشرط الجزائي وذكره كشرط في العقد سوف تتطرق هذه الدراسة الى بيان القيمة العملية للشرط الجزائي :

## الفرع الثاني : القيمة العملية للشرط الجزائي

تتضح القيمة العملية للشرط الجزائي في مجال العقود فقد اشترط المشرع الأردني في القانون المدني انه وللحكم بقيمة الشرط، لا بد ان يكون قد لحق الدائن ضرر بسبب عدم التنفيذ او التأخر في التنفيذ، وهذا يعتبر من أحد أهم شروط استحقاق الشرط الجزائي ، وهو ما ستتناوله هذه الدراسة في المبحث التالي[1]، ومن هنا يمكن تلخيص الفوائد التي يحققها الشرط الجزائي للدائن، حيث ان وجود الشرط الجزائي يجعل من وقوع الضرر، وتقدير التعويض أمراً مفترضاً ولذلك فليس على الدائن إثبات وقوع الضرر حيث يقع عبء إثبات الضرر او التقدير المبالغ فيه للضرر الواقع على عاتق المدين الذي يدعي بعدم وقوع الضرر او ان تقدير التعويض عن الضرر الحاصل فعلاً أمراً مبالغاً فيه، وأيضاً من الفوائد التي يمتاز بها الشرط الجزائي بأن للقاضي السلطة التقديرية في تقدير التعويض والإبقاء على قيمة الشرط سواء أكان التقدير أقل من الضرر الحاصل فعلاً او أكثر[2].

---

[1] درادكة ، فؤاد ، مرجع سابق ، ص71

[2] السنهوري ، عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ص 875 – 876 / درادكة ، فؤاد ، مرجع سابق ، ص71

**الفرع الثالث: التمييز بين الشرط الجزائي وغيره من الأوضاع القانونية:**

لما كان موضوع الشرط الجزائي او محله في الغالب مبلغ من النقود، ونظراً لما يتمتع به من خصائص، فإنه قد يختلط مع غيره من الأوضاع القانونية الأخرى، مما يجعل التمييز بين الشرط الجزائي وغيره من الأوضاع القانونية أمراً صعباً، ومن هذه الأوضاع التي تبدو قريبة بعض الشيء من الشرط الجزائي، عقد الصلح، الغرامة التهديدية، العربون، وغرامة التأخير، وغيرها.

ولذلك سوف يتم عقد مقارنة بين الشرط الجزائي وبين الغرامة التهديدة وبين العربون.

أولاً: التمييز بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية:

المقصود بالغرامة التهديدية "الحكم على المدين بالتنفيذ العيني وبغرامة تهديدية باعتبار كذا عن يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى إذا تأخر عن تنفيذ التزامه عن ميعاد معين يحدده القاضي. وليس الغرض من هذه الغرامة تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء، بل المقصود بها ارهاب المدين وحمله على التنفيذ العيني"[1].

إذا كان محل الالتزام يستلزم الوفاء به تدخل المدين شخصيًا أي أنه إذا كان محل الالتزام لشخصية المدين محل اعتبار، وامتنع عن تنفيذ التزامه وتعذر إجباره على ذلك، فلا يبقى أمام الدائن في هذه الحالة إلا المطالبة بالتعويض .لكن هناك طريقة أخرى يتم اللجوء إليها لاجبار المدين على تنفيذ التزامه وهي استعمال القوة المادية وهذا ما يطلق عليه الغرامة التهديدية ويكون ذلك باستصدار حكم قضائي على الملتزم المتعنت يلزمه بتنفيذ التزامه تحت طائلة غرامة تهديدية عن كل تأخير في

[1] سلطان، أنور ،أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص158

التنفيذ، أي بالزامه بدفع مبلغ معين عن كل فترة معينة يستمر في امتناعه كأن يكون عن كل يوم أو أسبوع أو شهر على أمل أن يؤدي مبلغ التهديد المالي المتراكم إلى الضغط على الملتزم وحمله على التنفيذ الطوعي[1].

لقد أخذ المشرع المصري بالغرامة التهديدية في المادة ( 213 ) من القانون المدني، أما بالنسبة للمشرع الأردني فأخذ بها بطريقة غير مباشرة وكما يرى البعض من الفقهاء بأنه ورد النص عليها على استحياء وغموض في القصد[2]، حيث نصت المادة ( 360 ) من القانون المدني على أن "إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي يلتزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بداة من المدين".

وعلى أي حال، فإنه يمكن اللجوء إلى التهديد المالي في جميع أنواع الالتزامات وعلى الأخص الالتزام بالقيام بعمل ما دام تنفيذ الالتزام لا يزال ممكنًا.

**1- شروط التهديد المالي وخصائصه:**

وللحكم الغرامة التهديدية يشترط توافر عدة شروط وهي[3]:

- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكنًا، ذلك لأن الغرض منه هو الحصول على التنفيذ، فإذا أصبح مستحيلاً فلا فائدة من اللجوء إلى التهديد المالي.
- أن يكون التنفيذ العيني يقتضي تدخل المدين الشخصي.

---

[1] الفار، عبد القادر :أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 64
[2] المرجع سابق، ص 64
[3] السنهوري، عبد الرازق :الوسيط، ج2 ، مرجع سابق، ص807

- قيام الدائن بالمطالبة بتوقيع الغرامة التهديدية تجاه المدين أمام المحكمة المختصة، ذلك أن المبدأ في قانون أصول المحاكمات هو أن المحكمة لا يجوز لها أن تقضي بأكثر مما يطلبه الخصم.

**2- خصائص التهديد المالي[1]:**

- يعتبر التهديد المالي بأنه وسيلة تهديدية، إذ يقصد منه تهديد المدين والضغط عليه لتنفيذ التزامه عينًا، وغالبًا ما يتم تحديد التهديد المالي بمبلغ كبير لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن من تأخر المدين بالتنفيذ، ولهذا يطلق عليه بأنه تحكمي.
- أن الحكم بالتهديد المالي يعتبر حكمًا وقتيًا مصيره إلى التصفية وفقًا للموقف النهائي للمدين، فإذا ما قام بالوفاء بالتزامه حط عنه القاضي الغرامة إزاء استجابته لما أمر به، والزامه بالتعويض عن التأخير لا أكثر، أما إذا أصر المدين على عناده قرر القاضي التعويض الواجب عن الضرر الناشيء عن عدم الوفاء.
- أن الغرامة التهديدية لا تعتبر دينًا محققًا في ذمة المدين، ولذا فلا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أمواله، بل ينبغي انتظار التصفية النهائية التي يتوقف عليها مصير الغرامة، ثم التنفيذ بالحكم الصادر بالتعويض عن التأخير أو عدم التنفيذ.

[1] الفار، عبد القادر :أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص66

### 3- أوجه الشبه والخلاف بين التهديد المالي والتعويض الاتفاقي[1]:

مما تقدم يتضح بأن التهديد المالي يشبه التعويض الاتفاقي في بعض الأمور ويختلف عنه في أمور أخرى لذا سيتم تحديد أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بينهما كما يلي:

**أولاً :أوجه الشبه بين التهديد المالي والتعويض الاتفاقي**

- أن كل منهما لا يثار البحث فيه إلا في حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه، فكلاهما يهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزام.
- كل منهما يمتاز بطابع جزائي فهو يعتبر كذلك وبشكل دائم في التهديد المالي، في حين يتسم به التعويض الاتفاقي عندما يتجاوز المبلغ المحدد به، الضرر الفعلي.
- أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية حيال التهديد المالي والتعويض الاتفاقي أيضًا.

**ثانيًا :أوجه الخلاف بين التهديد المالي والتعويض الاتفاقي**

- أن الغاية من التهديد المالي هي الحصول على التنفيذ العيني للالتزام وليس تعويض الدائن عما لحق به من ضرر، في حين أن التعويض الاتفاقي يعتبر نوع من أنواع التعويض.
- أن مصدر التهديد المالي هو الحكم القضائي، في حين أن مصدر التعويض الاتفاقي هو اتفاق المتعاقدين.
- التهديد المالي تحكمي لا يقاس بمقدار الضرر، في حين أن التعويض الاتفاقي في الأصل فيه أن يقاس بمقدار الضرر.

---

[1] درادكة، فؤاد، مرجع سابق، ص 66-67

- أن التهديد المالي لا يمكن إلزام المدين على دفع مقدراه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً فهو يكون بلا فائدة، في حين أن التعويض الاتفاقي يمكن مطالبة المدين به إذا كانت الاستحالة بسببه إذا أعذر قبل حصولها، وفي حالة ما إذا كان قد أخذ على عاتقه تبعة الظروف القاهرة.
- يمكن الجمع بين التهديد المالي والتعويض، في حين لا يجوز الجمع بين التعويض الاتفاقي والتنفيذ العيني إلا إذا كان متفقًا عليه لحالة التأخر في تنفيذ الالتزام.

**ثانياً: التمييز بين الشرط الجزائي والعربون:**

ورد النص على العربون في القانون المدني الأردني في المادة (107) حيث نصت على ما يلي:" 1. دفع العربون وقت إبرام العقد يفيذ ان لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الإتفاق بغير ذلك، 2. فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله".

ويعرف العربون بأنه مبلغ من النقود او أي شيء مثلي آخر يقدمه أحد المتعاقدين للآخر عند ابرام العقد، وذلك لجعل العقد بينهما مبرماً وأن لكل من المتعاقدين الحق في امضاء العقد أو نقضه.

1- أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والعربون:

- ان كلاً منهما منهما لا يثور البحث فيه إلا عند عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدي من قبل أحد الأطراف.
- لا يجوز للقاضي ان يحكم بالشرط الجزائي او بالعربون إذا كان التنفي العيني ممكناً، إلا إذا كان ذلك مرهقاً للمدين شريطة الا يلحق به ضرر جسيم جراء الحكم بالتعويض.

- ان الشرط الجزائي والعربون لا يستحقان إذا ما جرى فسخ العقد برضا الطرفين المتعاقدين او استحال تنفيذ العقد لسبب أجنبي.
- ان كلاً منهما يمتازان بطابع التبعية للعقد الأصلي، أو للإتفاق الأصلي.

2- أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي والعربون:

- لا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا تحقق الضرر للمتعاقد جراء عدم تنفيذ المتعاقد الأخر للعقد في حين يستحق العربون إذا كان قد دفع لغرض العدول عن العقد ولو لم يترتب على العدوا عن العقد أي ضرر.
- ان الشرط الجزائي هو عبارة عن شرط يتم صياغته كبند في العقد او بإتفاق منفصل تابع للعقد الأصلي، أما العربون فهو مبلغ مقطوع دفعه أحد المتعاقدين للأخر، ولا يجوز للقاضي تعديله على عكس الشرط الجزائي.
- ان الشرط الجزائي لا يستحق إلا بعد الإعذار، أما العربون فلا يشترط الإعذار لإستحقاقه.

## المبحث الثاني

## خصائص الشرط الجزائي وشروط استحقاقه

سوف نتناول في هذا المبحث الخصائص التي يمتاز بها الشرط الجزائي، حيث ان الشرط الجزائي يعتبر من الوسائل الهامة لضمان تنفيذ الإلتزام، وعلى اعتبار ان هذا الشرط يعتبر من الوسائل الهامة لضمان تنفيذ الإلتزام ومع التطور الملحوظ في المشاريع والإستثمارات بشكل عام، ومشاريع المقاولة بشكل خاص، وتفادياً لعدم تنفيذ هذه المشاريع او التأخر في تنفيذها، فقد قام المتعاقدين باللجوء الى هذا الشرط في عقودهم لضمان تنفيذ الإلتزام، وعليه فقد قام الفقهاء بوضع هذه الخصائص التي يمتاز بها الشرط الجزائي وهذا ما ستتناوله هذه الدراسة في المطلب الأول من هذا المبحث، في حين سوف تتناول في المطلب الثاني شروط إستحقاق الشرط الجزائي.

### المطلب الأول

### خصائص الشرط الجزائي

أن الغاية الأساسية من الشرط الجزائي، وكما ذكرنا سابقاً هي ضمان تنفيذ الإلتزام، وهذا يعني بالضرورة ان هنالك التزام أصلي، وهذا يعني ان الشرط الجزائي لا يستحق إلا في حالتي عدم تنفيذ أحد المتعاقدين للإلتزام الأصلي ، أو ان التأخر في تنفيذ هذا الإلتزام، وبالتالي فإن الشرط الجزائي يدور وجوداً وعدماً مع الإلتزام الأصلي، فضلاً عن أنه يتم تحديده بالإتفاق بين اطراف العقد، وبالتالي فإن للشرط الجزائي خاصيتين :

## الفرع الأول: الشرط الجزائي إلتزام تابع:

لما كانت الغاية من الشرط الجزائي هي ضمان تنفيذ الإلتزام، فإن هذا يقتضي بالضرورة، وجود التزام أصلي، وهذا ما يجعل من الشرط الجزائي التزاماً تابعاً للإلتزام الأصلي، ولذلك فإن الشرط الجزائي يدور وجوداً وعدماً مع الإلتزام الأصلي ، وهذا بالضرورة يعني انه في حال بطلان الأصل فإن الشرط الجزائي يبطل تلقائياً، والعكس ليس بالصحيح، حيث جاء المشرع الأردني في القواعد العامة لتفسير العقود في القانون المدني بأن المادة 228 من القانون المدني الأردني نصت على أن " التابع تابع ولايفرد بالحكم " وأيضاً فقد نصت المادة 229 من القانون المدني الأردني بأنه "إذا سقط الأصل سقط الفرع" وهذا يعني بالضرورة بأنه في حال بطلان الإلتزام أو العقد الأصلي فإن الشرط الجزائي يبطل تلقائياً، وفي حال بطلان الشرط الجزائي فإن العقد او الإلتزام يبقى قائماً، وذلك لأن الشرط الجزائي وضع لتنفيذ الإلتزام الأصلي، فإذا لم يوجد هذا الإلتزام فليس هنالك مبرر للحديث عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وبالتالي ليس هنالك مبرر لإعمال الشرط الجزائي، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية في العديد من قرارتها على تبعية الشرط الجزائي للإلتزام الأصلي، إذ قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2007/5/30 على انه. "جرى الفقه والقضاء على انه يشترط لإستحقاق الشرط الجزائي بالعقد ما يشترط لقيام المسؤولية العقدية التي استقرت قواعدها على ان اركانها خطأ من جانب المدين وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، وإنذار المدين، وهي وانها شروط استحقاق الشرط الجزائي، كما ان الشرط الجزائي تابع للإلتزام الأصلي ويدور وجوداً وعدماً معه."[1] ، ولذلك فإننا نصل الى نتيجة وبحكم خاصية التبعية؛ إن بطلان الإلتزام الأصلي يرتب بطلان الإلتزام التبعي (الشرط

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2007/414 (هيئة خماسية ) تاريخ 2007/5/30 منشورات مركز عدالة

الجزائي، ولذلك فإن الشرط الجزائي ليس السبب في استحقاق التعويض، حيث انه لا يتولد عن الشرط الجزائي التزام اصلي للتعويض ولكن يتولد عنه التزام تبعي لتقدير التعويض بإعتبار ان الشرط الجزائي تابع للإلتزام الأصلي، سواء أكان مصدر هذا الإلتزام العقد او أي مصدر آخر من مصادر الإلتزام.

كما انه لا بد من الإشارة الى ان خاصية التبعية التي يتميز بها الشرط الجزائي يقضي بأن لا يكون لبطلانه أثر على الإلتزام الأصلي، حيث ان الشرط الجزائي يعتبر عنصر من عناصر الإلتزام ومتمم له وان العلاقة بينهما علاقة التابع بالمتبوع وانه يترتب على ذلك في حالة بطلان التابع لا يبطل المتبوع بمعنى ان الإلتزام الأصلي يبقى ويستمر حتى وان بطل الشرط الجزائي وهنا يصبح من اختصاص المحكمة تقدير التعويض الذي يستحقه احد الطرفين في حالة تسبب بضرر للأطراف وفق القواعد العامة.

## الفرع الثاني: الشرط الجزائي شرط إتفاقي:

ان خاصية الإتفاق على الشرط هو اجازة للمتعاقدين بمقتضى أحكام نصوص القانون المدني الأردني، حيث قضت الفقرة الأولى من المادة 364 من القانون المدني على انه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة احكام القانون"، حيث أجازت هذه المادة للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة الضمان.

في الأصل ان الغاية من الشرط الجزائي هو تخلص المتعاقدين من تحكم القضاء في تحديد قيمة التعويض في حالة الإخلال بالإلتزام الأصلي، وذلك في عدم التنفيذ، أو التنفيذ المعيب، او التأخر في التنفيذ، وتجنب بطء اجراءات التقاضي، وتحكم القضاء.

إن أساس الإتفاق على قيمة الشرط الجزائي هو القاعدة القانونية العامة، والتي نص عليها المشرع في القانون المدني الأردني، وهي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث ان أساس هذه القاعدة هو إحترام إرادة المتعاقدين التي أنشأت هذا العقد، إلا أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والمبني عليها الشرط الجزائي لا تأخذ على إطلاقها، بمعنى ان قيمة الشرط الجزائي ملزمة الى الطرف الذي لا يلتزم بشروط العقد ولك في حالة عدم التنفيذ او التنفيذ المعيب او التأخر في التنفيذ[1].

## المطلب الثاني

## شروط استحقاق الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي، وكما بينت هذه الدراسة سابقاً هو تعويض اتفاقي يحدد فيه مقدار التعويض عن الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين للإلتزام، أو نتيجة لتنفيذه لهذا الإلتزام بشكل معيب وما هو بذلك إلا تقدير اتفاقي للتعويض المستحق للدائن عند إخلال المدين بالتنفيذ[2]، حيث يتبين من نص المادة 364 من القانون المدني الأردني بإن الشرط الجزائي ليس هو مصدر او سبب استحقاق التعويض بحد ذاته، حيث أن الشرط الجزائي لا ينتج عنه إلتزام أصلي بالتعويض بل أنه إلتزام تبعي بتقدير التعويض، حيث أن التعويض مصدره العقد.

وحيث أن الشرط الجزائي يرد في العقد او بإتفاق لاحق مرتبط بالعقد، فإنه يشترط لإستحقاقه ما يشترط لقيام المسؤولية العقدية التي استقر عليها الفقه والتشريع، حيث أن أركان المسؤولية العقدية هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وأخيراً يجب أن يتم الإعذار لكي تقوم المسؤولية العقدية،

---

[1] درادكة ، فؤاد ، مرجع سابق ، ص85.

[2] الجبوري، ياسين محمد، مرجع سابق، ص 232.

حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الموقرة على أنه " إذا كانت العلاقة بين الطرفين هي علاقة تعاقدية يحكمها عقد العمل فإنه من المقدر فقهاً وقضاءً انه يشترط لقيام المسؤولية العقدية التي استقرت قواعدها في التشريع والفقه المدني على أركانها وهي خطأ من الجانب المدني وضرر يصيب الدائن، وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر وإعذار المدين وهي بذاتها شروط استحقاق الشرط الجزائي..."[1].

وبناءاً لما تقدم، سوف تقوم هذه الدراسة ببحث الشروط اللازم توافرها لإستحقاق الشرط الجزائي وهي ذات الشروط التي يجب توافرها لإستحقاق التعويض بشكل عام في هذا المطلب على النحو التالي:

## الفرع الأول: الخطأ (الإخلال بالإلتزام التعاقدي):

أن أساس المسؤولية العقدية هو خطأ يصدر من المدين بصفته الشخصية أو من أحد العاملين لديه والتابعين له، ويكون مسؤول عن أفعاله مسؤولية تعاقدية.

حيث لا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا أخل المدين بالتزامه العقدي، بأن لم ينفذ إلتزامه او أخل في تنفيذ الإلتزام او انه قام بتنفيذ الإلتزام بشكل معيب، وبشرط ان يكون متعذراً على المدين ان ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً، وذلك لأن الشرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض الذي يستحقه الدائن عند امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه، وهو بذلك يعد بمثابة تعويض بمقابل، أي تعويض يقابل عدم التنفيذ، فيكون حكمه حكم التنفيذ بمقابل، فلا يصح اللجوء اليه ما دام التنفيذ العيني الجبري ممكناً[2].

---

[1] قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم 2009/451 تاريخ 2009/9/9 منشورات مركز عدالة.

[2] الجبوري، ياسين محمد، مرجع سابق، ص 232

ويقع خطأ المدين بالنسبة للإلتزام العقدي وذلك لعدم قيامه بتنفذ الإلتزام المترتب عليه تنفيذه أو تأخيره في التنفيذ، ولا يتخلص المدين من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي وفقاً لأحكام المادة 261 من القانون المدني الأردني، حيث أوردت هذه المادة بعض صور السبب الأجنبي الذي يعفي المدين من المسؤولية العقدية وبالتالي يستحق التعويض.

وهذه الأسباب المنصوص عليها في المادة 261 المشار اليها أعلاه هي:

1- الأفة السماوية :

لقد أخذ المشرع الأردني بالآفة السماوية باعتبارها صورة من صور السبب الأجنبي، حيث أن مصدر ذلك هو الفقه الإسلامي، والآفات السماوية المقصودة في هذا النص والتي تعفي من الإلتزام هي الزلازل والفيضانات والبراكين والصواعق.

والأفة السماوية وصورها المشار اليها أعلاه هي حوادث خارجية، ولا علاقة للإنسان او لأي شخص في حدوثها، ولا يمكن لأي شخص أن يحدد تاريخ وقوعها، ولا يمكن دفعها.

2- الحادث الفجائي او القوة القاهرة:

أن القانون المدني لم يحدد مفهوم للقوة القاهرة أ, الحادث المفاجئ، إلا أن بعض الفقهاء عرفوا القوة القاهرة على أنها كل شيء لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضانات وحرائق، والبعض الآخر من الفقهاء عرف القوة القاهرة بأنها، واقعة من غير الممكن توقعها ولا يمكن دفعها

ويشترط أن يتوفر هذين الشرطين فيها لكي يتحقق مبدأ او مفهوم القوة القاهرة، حيث انه وفي حال تحقق هذين الشرطين، وان تنفيذ الإلتزام أصبح مستحيلاً، تتحقق القوة القاهرة.

وكل ذلك خاضع لتقدير المحكمة، إلا أن القوة القاهرة او الحادث الفجائي سوف تحول دون استحقاق الشرط الجزائي او التعويض الإتفاقي في حال كان السبب الرئيسي او الأساسي لعدم التنفيذ او التأخر في التنفيذ او التنفيذ المعيب قد حصل بسبب القوة القاهرة، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية على أنه "لا يمكن إعفاء المدين مبدئياً من الحكم بالشرط الجزائي إلا إذا ثبت أن عدم التنفيذ كان لسبب أجنبي أو لقوة قاهرة لا يد له فيه"[1].

3- فعل الغير:

ان فعل الغير الذي يعفي من المسؤولية المقصودة هو الفعل الذي يصدر عن شخص ثالث، أي من غير أطراف العقد[2].

ولكن لا بد للإشارة الى انه لا يعتبر من الغير من وقع منه الخطأ وهو بإعتبار انه يعمل لدى أحدى أطراف العقد، ومثال على لك في حال كان هنالك مقاول او مقاول من الباطن يعمل تحت السلطة الفعلية لأحد المتعاقدين او أحد أطراف العقد ، وتحت رقابته وتوجيهه، وهذا ما يندرج تحت مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وفقاً لأحكام الفقرة (ب) من المادة 288 من القانون المدني الأردني.

[1] قرار محكمة التمييز رقم 1982/432 ، مجموعة المبادئ القانونية، مجلة المحامين صفحة رقم 924 لسنة 1981.
[2] الفاكهاني، حسن، الوسيط في شرح القانون النمدني الأردني، الجزء الثاني، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1979، ص 1347.

## الفرع الثاني : الضرر:

أن الضرر هو الركن الأساسي في المسؤولية المدنية بشقيها العقدية او التقصيرية، حيث انه ليس هنالك تعويض بدون ضرر يلحق بالدائن، حيث وان صدر خطأ من المدين ولم ينتج عنه ضرر للدائن فإن المسؤولية لا تنعقد في هذه الحالة، وإن كانت مسؤولية عقدية او تقصيرية، حيث ان التعويض مرهوناً بضرر يلحق بالدائن نتيجة فعل المدين[1].

عرف الفقه الضرر على أنه الأذى الذي يصيب شخص معين بحق من حقوقه او مصلحة مشروعة سواء كان ذلك الحق او تلك المصلحة ذو قيمة مالية ام لا[2].

ان القانون المدني الأردني اشترط وقوع الضرر لقيام المسؤولية العقدية في المادتين (360-363) من هذا القانون حيث قضت المادة (360) على انه:" إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه للمدين مراعية الضرر الذي أصاب الدائن"، كما وقضت أيضاً المادة (363) على أنه: "إذا لم يكن الضمان مقدر في القانون أو في العقد فللمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه".

واستناداً لهذين النصين المشار اليهما أعلاه أن الضرر أساس المسؤولية العقدية وكما أنه أساس المسؤولية التقصيرية وأنه لا تعويض بدون ضرر وبعكس ذلك لأصبح إثراء بلا سبب، وعليه فان الشرط الجزائي لا يستحق إذا لم يترتب ضرر نتيجة الإخلال بالالتزام من جانب الدائن.

---

[1] درادكة، فؤاد، مرجع سابق، ص 179.

[2] مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الجزء الثاني، 1987، ص 552.

وهنا لا بد التنويه بأن الضرر الواجب التعويض عن المسؤولية العقدية أن يكون الضرر محققاً أي وقع فعلاً أما إذا كان مستقبلاً فقد يكون محقق الوقوع وقد يكون محتملاً، وعليه فإن الضرر الواجب التعويض عنه هو الضرر المحقق الوقوع ومثال ذلك أنه في حالة تصدع جدار منزل معين من جراء حفريات جارية تحته فإن هذا الضرر محقق الوقوع في المستقبل وهو سبباً يحق لصاحب المنزل أن يطالب الفاعل بالتعويض عنه[1].

وعليه فإن الشرط الجزائي لا يستحق إلا في حالة ان كان الضرر وقع فعلاً أو محقق الوقوع نتيجة الإخلال في الإلتزام الأصلي أو التأخير في تنفيذه او التنفيذ المعيب، وذلك تنفيذاً لخاصية تبعية الشرط الجزائي للإلتزام الأصلي.

أما بالنسبة لإثبات الضرر فان عبء إثبات هذا الضرر يقع على عاتق من يدعي وقوع هذا الضرر، وهذا تطبيقاً للقاعدة الفقهية والقانونية التي نص عليها المشرع الأردني في القانون المدني في نص المادة (77) والتي تنص " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وعليه فإن الدائن هو المكلف في إثبات الضرر وله الحق بإثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة الشخصية، كون الضرر الناتج عن المسؤولية هو واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات، وفي جميع الأحوال يتم تقدير وتحديد قيمة التعويض، وفيما أن الضرر وقع فعلاً أو محقق الوقوع أو احتمالي فإن ذلك كله يخضع لتقدير قاضي الموضوع.

[1] عبد الرحيم، عامر، المسؤولية المدنية، القاهرة، دار المعارف، الطبعة الأولى، ص 363.

## الفرع الثالث: العلاقة السببية:

أن مفهوم العلاقة السببية هو أن يكون الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لفعل المدين، وهذا تطبيق لنص المادة (266) من القانون المدني الأردني، حيث قضت بأن الدائن يستحق التعويض في حالة كان الضرر نتيجة طبيعية للفعل (الخطأ)، وفي هذه الحالة على الدائن أن يثبت ان الضرر الذي لحق به هو نتيجة فعل المدين وفي الشرط الجزائي على الدائن أن يثبت بأن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه او تأخر فيه مما أدى الى لحاق الضرر بالدائن.

أما المدين ولكي يدفع عن نفسه المسؤولية بدفع التعويض الذي يستحقه الدائن، على أن سبب عدم تنفيذه الإلتزام أو التأخر في تنفيذه عائد لسبب أجنبي، وبذلك ينفي العلاقة السببية ما بين الفعل الضار الذي لحق بالدائن، وانه من المفترض ان محكمة الموضوع أن تتثبت من العلاقة السببية ما بين الفعل والضرر، أي بمعنى أن تبين أن الضرر الذي لحق بالمدين ناتج عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذه، وإلا حكمها أصبح قاصراً ومعرض للنقض[1].

إلا أنه وخلاصة القول أن مسألة تقدير العلاقة السببية مسألة دقيقة بسبب تعدد الظروف والأحوال في إثباتها وتداخلها حيث يزداد الأمر تعقيداً في أمر تقديرها بدقة وبصورة خاصة عند تعدد الأسباب المفضية الى الضرر، والى تعدد النتائج إلا أن القانون المدني الأردني، وضع قاعدة عامة في المسؤولية عن من يتحمل المسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالدائن بعد أن وضع لها أحكاماً خاصة في المادة(257) من القانون المدني، حيث قضت هذه المادة على ان الإضرار يكون إما بالمباشرة او

[1] سلطان، أنور، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دراسة ومقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، ص 248-249.

بالتسبب ووضع شروطاً في حالة كان الإضرار بالتسبب وهذه الشروط هي أن يكون هنالك تعدياً من الفاعل أو إهمال أو تقصير.

## الفرع الرابع: الإعذار

الإعذار أو ما يسمى أيضاً بالإنذار، هو من الشروط اللازمة لإستحقاق التعويض عن المسؤولية العقدية ويكون الإعذار لازماً لإستحقاق الشرط الجزائي بإعتبار ان الشرط الجزائي هو تعويض إتفاقي، وتطبيقاً لذلك قضت المادة (371) من القانون المدني الأردني على أنه: " لا يستحق الضمان إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو العقد".

إلا أن القانون المدني الأردني استثنى بعض الحالات من توجيه الإعذار، وقام بإعفاء الدائن من توجيه هذا الإعذار، حيث نصت المادة (362) من القانون المدني الأردني على أنه :

" لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات التالية:

أ- إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين.

ب-إذا كان محل الإلتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.

ت-إذا كان محل الإلتزام رد شيء بعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

ث-إذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه.".

أما فيما يتعلق بكيفية إجراء الإعذار وتوجيهه للمدين وحيث أن القانون المدني لم يذكر ولم يبين الكيفية التي يكون فيها توجيه الإعذار فقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ما يلي: "

يصح أن يكون الإعذار عن طريق كاتب العدل كما يصح أن يكون بطريقة البريد المسجل او بأية طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود، وقد يتفق أطراف العقد مقدماً على أن يكون الدين فوراً بمجرد حلول أصل الإلتزام، دون حاجة الى أي إجراء آخر، وهذا الإتفاق يلزمهما[1].

وعليه فإن الإعذار يكون عن طريق كاتب العدل أو بالبريد المسجل أو بأي طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود منه او مجرد حلول الأجل بالإتفاق، كما وانه يجوز في بعض القوانين المقارنة أن يكون الإعذار عن طريق الرسائل العادية او البرقيات، بشرط أن يقدم الدائن دليل بأن المدين قد تبلغ ذلك.

[1] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص 398.

# الفصل الرابع

# آثر الشرط الجزائي ومدى تعلق أحكامه بالنظام العام

لقد أجاز القانون المدني الأردني ومثيل به المصري للمتعاقدين الاتفاق مسبقًا على تحديد مبلغ التعويض الاتفاقي في بداية التعاقد، أو في اتفاق لاحق، وهذا يعني أن المشرع اعتبر التعويض الاتفاقي لا يتعارض وأحكام النظام العام، إلا أن هذه القوانين خالفت هذا المبدأ، إذ أنها سمحت للقاضي تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة أو بالنقصان في حالة عدم تناسب مقداره مع الضرر الواقع، واعتبرت سلطة القاضي في هذا التعديل من أحكام النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهذا الأمر يقتضي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين حيث سيتناول المبحث الأول سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي، والمبحث الثاني سيتناول أحكام التعويض الإتفاقي والنظام العام.

## المبحث الأول

## سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي

الأصل أن يعتبر التعويض الاتفاقي- متى تحققت شروط استحقاقه-، ملزمًا للمتعاقدين والمحكمة، فالقاضي ملزم بأن يحكم على المدين المخل بالتزامه بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، بغض النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب الدائن، ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين، وعلى الرغم من هذا المبدأ إلا أن معظم القوانين المنظمة للتعويض الاتفاقي خولت القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي من حيث المبدأ، وإن كانت هذه القوانين تختلف في مدى منح القضاء هذه السلطة، حيث بلغت هذه السلطة مداها الأوسع في القانون المدني الأردني مادة (364) الذي خول القاضي في

جميع الأحوال، تعديل الاتفاقي زيادة أو نقصًا وليس من قيد لهذه السلطة سوى جعل التقدير مساويًا للضرر، فالضابط لهذه السلطة هو مقدار الضرر الواقع فعلا، أما بالنسبة للقانون المدني المصري، إذ خول القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي هبوطًا وصعودًا ضمن شروط معينة.

وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث سيتم دراسة سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي في مطلب أول، وسلطته في زيادته في مطلب ثان.

## المطلب الأول

## سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي

لم يورد القانون المدني الأردني نصوصًا صريحة على حالات تخفيض التعويض الاتفاقي فهو أغفل ذكرها اطلاقًا، في حين نجد نصوص القانون المدني المصري قد حددت هذه الحالات في المادة (224) منه بقولها "يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه."

ويبدو واضحاً من نص المادة السابقة أن الحالات التي يجوز للمدين أن يلجأ فيها إلى المحكمة للمطالبة بتخفيض قيمة التعويض الاتفاقي تتمثل بحالتين هما:

الحالة الأولى :إذا كان تقدير التعويض الاتفاقي مبلغًا فيه إلى درجة كبيرة:

المبدأ أن التعويض الاتفاقي في حالة عدم التنفيذ يحتفظ بقوته الملزمة، ولهذا لا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض الاتفاقي يجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالدائن، حتى يستطيع القاضي أن يخفض هذا التعويض، وإلا نكون قد نزعنا كل فائدة للتعويض الاتفاقي، فينبغي أن يمارس القاضي هذه السلطة

بحذر وبطريقة استثنائية، حالته إذا كان التعويض الاتفاقي مجحفًا بحق المدين، ويقع على المدين هنا عبء الإثبات، حيث يتعين عليه أن يثبت أن تقدير التعويض كان مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة، فإذا ما أثبت المدين ذلك يقوم القاضي بخفض التعويض إلى الحد المعقول، أي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر، لا إلى الحد المساوي للضرر كما اشترط ذلك القانون المدني الأردني في المادة (364) آخذًا في الاعتبار إرادة المتعاقدين ومصالح الدائن وحسن نية المدين[1].

وقد قررت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد ما يلي" وجود الشرط الجزائي يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن، وعلى القاضي أعمال هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه

وللقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة فيما يقرره أو ينفيه من مبالغة في التعويض الاتفاقي فيما يراه حدًا مناسبًا لتخفيضه، ولا رقابة عليه في ذلك من جانب محكمة النقض.

الحالة الثانية :التنفيذ الجزئي للالتزام:

نصت الفقرة الثانية من المادة ( 224 ) من القانون المدني المصري على هذه الحالة، وقد تم ذكر هذه المادة سابقًا، ويستفاد من هذا النص صراحة امكان تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، بمعنى أن التنفيذ الجزئي يستدعي إعادة النظر في تحديد التعويض لأن هذا الأمر لم يكن ملحوظًا عند ابرام العقد.

[1] سعد، نبيل إبراهيم :أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ، ص.75

والواقع هو أنه إذا كان التعويض الاتفاقي يفرض على المتعاقدين تحديدًا مسبقًا للتعويض، دون أن يترك للقاضي، بناء لالتماس أي من المتعاقدين، أي مجال لتعديل شريعة المتعاقدين، فإنه من الممكن أن تكون توقعات المتعاقدين غير كافية، عند إبرام العقد، وخاصة بالنسبة للتنفيذ الجزئي، فإذا أهمل الدائن الاستفادة من نص المادة (342) من القانون المدني المصري، والتي تسمح له بأن يرفض الايفاء الجزئي للالتزام، وفي هذا يكون الدائن قد عدل عن المطالبة بالتنفيذ الكامل، ولا يحق له عندئذ، المطالبة بالتعويض الاتفاقي كاملا، لأنه بذلك يكون قد استفاد بالوقت نفسه من التنفيذ والجزاء معًا، وهذا ما لا يجوز كما سبق ذكره، وهذا ما توقعته المادة (342) من القانون المدني مصري فقررت بأن للقاضي أن يعدل التعويض الاتفاقي عندما يكون التنفيذ جزئيًا بناءً على طلب المدين والذي يقع عليه عبء اثبات التنفيذ الجزئي.

وفي الحقيقة عندما يكون الدائن قد قبل بالتنفيذ الجزئي، فإن القانون يأخذ واقعة رضائه هذه بعين الاعتبار، فيقدر أن أهمية الضرر اللاحق بالدائن قد باتت على الأرجح، دون المقدار المحدد بموجب التعويض الاتفاقي، فحينذاك ووفقًا لنية المتعاقدين المشتركة والمقدرة، يمكن النظر بتخفيض التعويض الاتفاقي بالنسبة للتنفيذ الجزئي للالتزام[1].

والذي يتبين من المادة السابقة أن القانون قد منح القاضي صلاحية لتعديل التعويض الاتفاقي، في حال التنفيذ الجزئي للالتزام، مما يعني أن التعديل ليس حتمًا وإنما يعود أمر النظر به إلى القاضي في ضوء الظروف والحالات[2] .

[1] ناصيف، الياس :البند الجزائي، مرجع سابق، ص81
[2] سعد، نبيل إبراهيم :النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص76

والحقيقة أنه لا يكفي شرط قابلية الالتزام للتنفيذ الجزئي، بل لا بد من أن يكون الدائن قد استفاد من ذلك التنفيذ، وأنه أدى إلى اشباع جزئي للدائن[1].

أما بالنسبة للمشرع الأردني فلم يحدد الحالات التي يجوز فيها للقاضي تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي، وبالتالي فإن للمدين في جميع الأحوال أن يطلب من المحكمة تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي ليكون مساويًا للضرر الواقع فعلا، وهذا واضح من نص المادة (364) من القانون المدني حيث نصت على ذلك بقولها" يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويًا للضرر.

وبناء على نص المادة السابقة يجوز للمدين أن رأى أن التعويض الاتفاقي مبالغ فيه ولا يتناسب مع حجم الضرر الذي لحق بالدائن فعلا بسبب عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، واستطاع أن يثبت ذلك، ففي هذه الحالة للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي إلى الحد الذي يساوي الضرر، وفي هذا تقول محكمة التميز الأردنية أنه "عندما يكون مقدار التعويض محددًا في العقد مقدمًا، فإن القاعدة أن يحكم به، إلا إذا ادعى المتعهد بأنه فاحش أو يزيد على الضرر الحقيقي اللاحق بالطرف الآخر، فيجوز للمحكمة تخفيضه بما يساوي الضرر تطبيقًا لأحكام المادة (364) من القانون المدني"[2].

وللقاضي كذلك أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ جزء من التزامه الأصلي وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها" يحكم لصاحب البناء على المقاول بالتعويض عن الضرر الذي قدره الخبير من جراء تأخره عن تسليم البناء في الموعد المتفق عليه في

[1] أبو عرابي، غازي :سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني – دراسة مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، مج 25 ، ع2 ، 1998 ، ص51

[2] تمييز حقوق رقم 1983/560، منشورات مركز عدالة.

الاتفاقية المعقودة بينهما والمتضمنة موعد التسليم وإلزام المقاول بدفع مبلغ محدد فيها عن كل يوم يتأخر فيه التسليم كشرط جزائي، ولا يؤثر عدم تكرار الشرط الجزائي في الاتفاقية اللاحقة المبرمة بينهما في الموعد المحدد للتسليم"[1].

إن المشرع الأردني وإن كان قد منح القاضي سلطة واسعة في تخفيض التعويض الاتفاقي، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة دون قيد أو شرط، وإنما لها قواعد مقررة وهي ذات القواعد التي تحكم التعويض القضائي، وبناء على ذلك فإنه يجب أن يقدم طالب تعديل التعويض الاتفاقي دليلا قانونيًا يثبت ما يدعيه، إذ يجب على المدين مثلا أن يقيم الدليل على أن التعويض الاتفاقي يزيد كثيرًا عن الضرر الحاصل، فإن هو عجز عن ذلك، فإن المحكمة لا تحكم بالتعديل، وبالتالي يلزم بالتعويض الاتفاقي المحدد في العقد وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها" إن المادة 364 من القانون المدني قد أجازت للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب الفريقين أن تعدل في الاتفاق على الشرط الجزائي بما يجعل التقدير مساويًا للضرر، وبناء عليه فإن صلاحية المحكمة في تخفيض التعويض المقدر بالشرط الجزائي بناءً على طلب الملتزم أو زيادة التعويض بناء على طلب الفريق الآخر ليست صلاحية مطلقة وإنما لها قواعد مقررة وهي أن يقدم طالب تعديل التعويض دليلا قانونيًا يثبت ما إدعاه فإن تخلف عن ذلك فعليه تبعة تقصيرة إذ لا تحكم المحكمة حسب طلب أحد الفريقين المجرد من الدليل وبالتالي إذا لم يقدم طالب تعديل التعويض دليلا قانونيًا يثبت ما أدعاه فيلزم بالتعويض المقرر بالشرط الجزائي المبين في العقد"[2].

---

[1] تمييز حقوق رقم 1995/502، منشورات مركز عدالة.
[2] تمييز حقوق رقم 1990/391، منشورات مركز عدالة.

## المطلب الثاني

## سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي:

قد يتم تحديد التعويض الاتفاقي بمبلغ قليل منخفض إلى درجة كبيرة، بحيث لا يتناسب البتة مع الضرر الذي يصيب الدائن، إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، وهنا يثور سؤال منطقي هو هل أعطى المشرع القاضي صلاحية زيادة التعويض الاتفاقي لمصلحة الدائن إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي تماشيًا مع مبادئ العدالة؟.

لقد اختلف موقف القانون المدني المصري عن موقف القانون المدني الأردني، فالنسبة لموقف المشرع المصري قام بتحديد الحالات التي يتدخل فيها القاضي من أجل زيادة مقدار التعويض الاتفاقي[1]، في المقابل نجد أن المشرع الأردني قد أعطى سلطة واسعة في زيادة مقدار التعويض الاتفاقي. لهذا سيتم دراسة موقف كل من المشرع المدني المصري والمشرع المدني الأردني من سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي بالتفصيل.

**أولا :موقف المشرع المصري:**

أن المشرع المصري لا يشترط المساواة بين قيمة التعويض والضرر الحاصل وهذا واضح من نص المادة (244) من القانون المدني المصري ولهذا إذا تبين للقاضي أن التعويض المتفق عليه بين الدائن والمدين ليس مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة، وإنما هو على العكس من ذلك أقل من الضرر الحقيقي

[1] سوار، محمد وحيد الدين :سلطة القاضي في تعديل العقود، محاضرة منشورة، 1992

بشيء معقول، فإنه لا يقرر زيادة التعويض ليكون مساويًا للضرر، بل يحكم به كما هو، وهذا يعني أن التعويض الاتفاقي هنا بمثابة اتفاق على التخفيف من المسؤولية.

يتضح مما تقدم أن القاضي وفقًا للقانون المدني المصري، لا مجال لزيادة التعويض الاتفاقي فيه إذا طالب بذلك الدائن، إلا في حالتين:

1. **إذا ارتكب المدين نفسه غشًا أو خطأً جسيمًا:**

وهذا واضح من صراحة نص المادة ( 225 ) قانون مدني مصري السالفة الذكر، والتي تبين منها أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشًا أو خطأً جسيمًا، فإذا استطاع اثبات ذلك، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي زيادة مقدار التعويض الاتفاقي ليكون متناسبًا مع الضرر، وتبرر محكمة النقض المصرية ذلك بقولها "الغش يبطل التصرفات، هي قاعدة قانونية سليمة، ولو لم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال، وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في المعاقدات والتصرفات والإجراءات عمومًا صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات"[1].

ويلحق بالمدين تابعيه فيكون مسؤولا عما يصدر عنهم من غش أو خطأ جسيم ويجوز للدائن في هذه الحالة أيضًا أن يطالب بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي، ولكن للمدين اعفاء نفسه من هذه الزيادة ذلك بالاتفاق مع الدائن مسبقًا على عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي قد يقع من تابعيه عند

[1] أحمد، إبراهيم سيد :التعويض الاتفاقي، مرجع سابق، ص1009

تنفيذ التزامه، وحينئذ يصح التعويض وفقًا لنص الفقرة الثانية من المادة 217 ولا يكون للدائن المطالبة بزيادة التعويض[1].

**2. إذا كان التعويض الاتفاقي يتضمن اعفاءً أو تخفيضًا من المسؤولية التقصيرية:**

وهذا ما نصت عليه المادة ( 217 ) من القانون المدني المصري بقولها " يقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع "ويتبين من ذلك أنه لا يجوز أن يتفق الطرفان على اعفاء المدين من مسؤوليته التقصيرية ويكون هذا الاتفاق باطلا لو تم لتعارضه مع النظام العام.

وفي المقابل يعتبر الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية اتفاقًا صحيحًا إذ ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام، ويترتب على ذلك، أنه إذا كان مقدار التعويض الاتفاقي تافهًا أو أقل من قيمة الضرر الناشيء عن العمل غير المشروع، جاز للدائن أن يطلب من المحكمة زيادة مقدار هذا التعويض ليكون متناسبًا مع الضرر الحاصل، ولا يملك المدين أن يتمسك في هذه الحالة بالتعويض المتفق عليه، ويقوم القاضي بتقدير التعويض المناسب بما له من سلطة في ذلك دون التقيد بالتعويض المتفق عليه[2].

**ثانيًا :موقف المشرع الأردني:**

لم يحدد المشرع في القانون المدني الأردني الحالات التي يجوز فيها زيادة مقدار التعويض الاتفاقي من قبل القاضي بناءً على طلب الدائن، إذ منحه سلطة مطلقة في هذا المجال، كما فعل

[1] السنهوري، عبد الرازق :الوسيط، ج2 ، مرجع سابق، ص. 878
[2] أبو عرابي، غازي :سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص59

بالنسبة لتخفيض التعويض الاتفاقي، وهذا واضح من نص المادة (364) من القانون المدني الأردني المشار اليها سابقاً.

وهذا الأمر يعطي الدائن في كل حالة لا يتناسب فيها التعويض الاتفاقي مع الضرر الواقع فعلا، اللجوء إلى القضاء مطالبًا بزيادة مقدار التعويض الاتفاق، إذا استطاع اثبات ما يدعيه، وهنا يجوز للقاضي زيادة قيمة التعويض الاتفاقي ليتساوى مع الضرر، وله في ذلك سلطة تقديرية فإذا استطاع الدائن مثلا أن يثبت أن الاخلال بالالتزام الأصلي كان بسبب غش المدين أو خطئه الجسيم، فهنا يملك القاضي زيادة التعويض الاتفاقي وهذا ما هو إلا تطبيق لنص الفقرة الثانية من المادة (358) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه " وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم"، وكذلك إذا استطاع الدائن أن يثبت أن التعويض الاتفاقي يتضمن معنى الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن العمل غير المشروع، فالقاضي يملك سلطة زيادة التعويض الاتفاقي في هذه الحالة أيضًا[1]، وذلك عملا بأحكام المادة (270 ) من القانون المدني الأردني.

لقد انتقد العديد من الشراح موقف المشرع الأردني في اطلاق سلطة القاضي لتعديل التعويض الاتفاقي في جميع الأحوال التي لا يتساوى فيها هذا التعويض مع مقدار الضرر الواقع، بناء على طلب أحد الطرفين، على اعتبار أن ذلك يؤدي إلى الغاء كل دور للتعويض الاتفاقي، ولا يحقق الفائدة العملية المرجوة منه، فما هي إذن الحكمة من تشريع التعويض الاتفاقي وذلك في الفقرة الأولى من المادة ( 364 ) من القانون المدني الأردني، والتي تعطي للمتعاقدين الاتفاق مسبقًا على تحديد قيمة

[1] أبو عرابي، غازي :سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص 60

الضمان في العقد أو في اتفاق لاحق، لعل أن هذا الأمر يعني أن يبقى الباب مفتوحًا على مصراعيه أمام الطرفين المتعاقدين من أجل اللجوء إلى القضاء للطعن بالتعويض المتفق عليه[1].

ومن الثابت عمليًا أن العقود إذا كانت متراخية التنفيذ، فإن الغالب من الأحيان أن تتغير الظروف الاقتصادية، الأمر الذي يؤدي إلى ظهور مصلحة لأحد المتعاقدين للطعن بالتعويض الاتفاقي، مدعيًا أن فيه زيادة عن الضرر الواقع أو أن فيه نقصًا عنه أو لمجرد المماطلة في تنفيذ الالتزام الأصلي، وهذا يؤدي إلى أن الأمر سينتهي حتمًا إلى التقدير القضائي للتعويض، مما يجعل نظام التعويض الاتفاقي عديم الجدوى من الناحية العملية وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد وحيد الدين سوار في نقده لموقف المشرع الأردني ما يلي" ونحن نميل إلى موقف المشرع المصري الذي يقيم للاتفاق دورًا في مجال تعديل التعويض عملا بالقاعدة الكلية (أعمال الكلام أولى من اهماله)، والإ كان الاتفاق على الشرط الجزائي من قبيل العبث، ويهبط دور القاضي فيه بإقامة المساواة بين التعويض والضرر[2]".

ويؤخذ على المشرع الأردني أيضا أنه اشترط المساواة بين الضمان والضرر، فيما يتعلق بالتعويض الاتفاقي، وكان المفروض بالمشرع الأردني أن يأخذ بتعديل التعويض الاتفاقي ليكون متناسبًا مع الضرر.

ومن الجدير بالملاحظة في هذا المجال أن اطلاق سراح سلطة القاضي لتعديل التعويض الاتفاقي لا تعني إهدار كل قيمة له فهو من ناحية أي القاضي لا يملك مباشرة سلطته هذه إلا إذا

[1] أبو ليلى، طارق، التعويض الإتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، 2007، ص84
[2] أبو ليلى، طارق، التعويض الإتفاقي في القانون المدني، مرجع سابق، ص 136

طلب منه ذلك أحد الخصوم، ومن ناحية أخرى أن التعويض الاتفاقي يبقى مفيدًا للدائن لأنه يعفيه من عبء الاثبات ويلقي به على المدين الذي يدعي عدم وقوع الضرر أو أن التعويض المتفق عليه مبالغ فيه[1].

## المبحث الثاني

## أحكام التعويض الاتفاقي والنظام العام

يلاحظ أن كل من القانون المدني الأردني، قد نظم موضوع التعويض الاتفاقي بنصوص صريحة، وجعلت بعض أحكامه تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز للأفراد المتعاقدة الاتفاق على خلافها، وبناءًا على هذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

**المطلب الأول :فكرة النظام العام**

**المطلب الثاني :التعويض الاتفاقي والنظام العام**

### المطلب الأول

### فكرة النظام العام

لقد قام المشرع بتشريع القواعد القانونية بهدف تنظيم العلاقات بين الناس، وأقرنها بالجزاء واعطاها صيغة الالتزام، ولكنه قام بتقسيم هذه القواعد إلى قواعد آمرة واعتبرها من النظام العام، ولم يجز الاتفاق على خلافها، وأخرى مكملة وأجاز الخروج عليها، بمعنى الاتفاق على خلافها.

[1] دواس، أمين، القانون المدني، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، دار الشروق، الأردن، 2005 ص 78.

يعتبر تعريف النظام العام من أكثر الأمور التي أثارت جدلا في الفقه وتباينت تبعًا لذلك فكرة النظام العام من حيث نطاقها تبعًا للاتجاهات التي انبعثت عنها هذه التعريفات[1]. ومع ذلك يمكن القول بأن القاعدة القانونية إذا تعلقت بنظام المجتمع الأعلى، حيث يخضع لها الجميع ولا يجوز لأحد مخالفتها وإلا فسيتعرض للجزاء اعتبر ذلك من النظام العام، لأن الناس وجدوا أنفسهم ملزمين بمراعاتها وعدم الخروج عليها وهي تحقق رغبة المشرع في تنظيم المجتمع وفق أسس معينة تشكل المعيار الموضوعي في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية[2].

والواقع أن اختلاف التعريفات جعل من الصعب تحديد فكرة النظام العام على وجه دقيق، والأفضل القول أن النظام العام أساسه فكرة المصلحة العامة مهما تكن هذه المصلحة سواء أكانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو غيرها، وحيث أن فكرة المصلحة العامة ممكنة التغيير من دولة إلى أخرى، ومن زمن إلى زمن في نفس الدولة، فإن فكرة النظام العام تعتبر تبعًا لذلك فكرة متغيرة وبعبارة أخرى اعتبرت فكرة نسبية ينظر إليها في جماعة معينة في زمن معين، فمثلا تعدد الزوجات لا يعتبر مخالفًا للنظام العام في الأردن، في حين أنه يعتبر كذلك في فرنسا، فمن الأفضل في سبيل تحديد فكرة النظام العام إيراد بعض التطبيقات بشأنها مع ملاحظة أن نظام العام يختلف ضيقًا واتساعًا وفقًا للمذهب الاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة، فحيث يسود المذهب الفردي يضيق نطاق النظام العام وحيث يسود المذهب الاشتراكي يتسع مفهوم النظام العام[3].

---

[1] سلطان، أنور :مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص125

[2] الزعبي، خالد، الفضل، منذر :المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998 ، ص53

[3] الصراف، عباس، وحزبون، جورج، المدخل إلى علم القانون، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001 ، ص 36

ومن التطبيقات لفكرة النظام العام في نطاق القانون الخاص عدم جواز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية تخفيضًا أو اعفاءً، وذلك لخطورة النتائج التي تترتب على الخطأ التقصيري، والتي إن أجاز المشرع الاتفاق على تعديل أحكامها يكون قد ساعد وشجع الأفراد على عدم التحرز في تصرفاتهم، وخاصة تلك التي من الممكن أن ينتج عن مباشرتها الحاق الضرر بالغير مثل المصانع ومخلفاتها[1]، وكذلك يعتبر من النظام العام في هذا المجال ما يضعه المشرع من قواعد قانونية ترمي إلى حماية الطرف الأضعف اقتصاديًا في التصرفات، حيث يقع باطلا كل اتفاق من شأنه مخالفه قوانين العمل التي ترمي إلى حماية العامل، كما يقع باطلا كل اتفاق يرمي إلى الانتقاص من حقوقه[2].

ومن أمثلة القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في مجال القانون العام تلك القواعد التي تحرم القتل، السرقة، الإيذاء، الاختلاس، خيانة الأمانة، الحاق الأذى بالنفس أو الجسد.

## المطلب الثاني

## التعويض الاتفاقي والنظام العام

نظرًا لأهمية التعويض الاتفاق في الحياة العملية والاقتصادية، فقد عمد المشرع في كل من الأردن ومصر إلى تنظيم أحكامه وفق اعتبارات النظام العام، أي أنه أورد بهذا الشأن قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.

[1] سوار، محمد وحيد الدين :الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص28
[2] الصراف، عباس، وحزبون، جورج، المرجع السابق، ص 39

**الفرع الأول :الموقف في القانون المدني المصري:**

لقد اعتبر المشرع المصري أحكام التعويض الاتفاقي من النظام العام حيث ورد النص على ذلك صراحة في المادة (224) من القانون المدني المصري، ويتبين من نص هذه المادة ان هنالك أحكام جعلها المشرع متعلقة بالنظام العام، واعتبر الخروج عليها باطلا وهذه الأحكام هي:

1. لقد أوجب المشرع وقوع الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي، وبالتالي أي اتفاق بين المتعاقدين يتضمن استحقاق التعويض الاتفاقي حتى ولو لم يحصل ضررًا يعتبر باطلا لمخالفته للنظام العام.
2. كما اعتبر المشرع أن التعويض الاتفاقي الذي من شأنه تشديد المسؤولية، في حالة المبالغة في التقدير، باطلا إذا كانت قيمة التعويض الاتفاقي تزيد عن قيمة الضرر بشكل مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، وكذلك الأمر في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي فإذا قام المدين بتنفيذ الالتزام جزئيًا، فلا يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على اقتضاء كامل المبلغ المتفق عليه بموجب التعويض الاتفاقي، لأن المشرع أعطى القاضي في الحالتين السابقتين، سلطة تخفيض التعويض الاتفاقي بناءً على طلب المدين.
3. لقد اعتبر المشرع المصري الاتفاق على الإعفاء أو التخفيض من المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العمل غير المشروع باطلا لتعارض ذلك مع النظام العام، وهذا ما أكدته المادة (217) من القانون المدني المصري بقولها" يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع"، وبناءً على ذلك لا يستطيع المتعاقدان الاتفاق على تعويض اتفاقي ذات قيمة تافهة يكون

القصد منه اخفاء حقيقة الإعفاء من المسؤولية التقصيرية لتعلق ذلك بالنظام العام[1]، وهو بهذا الاتجاه يتفق مع موقف المشرع الأردني والذي سنبينه لاحقاً.

4. أن المشرع أعطى الدائن الحق في المطالبة بزيادة قيمة التعويض الاتفاقي إذ كان أقل من الضرر الحاصل فعلا، في الحالة التي يرتكب فيها المدين غشًا أو خطأً جسيمًا واعتبر ذلك من النظام العام.
5. لقد اعتبر المشرع أيضا أن التعويض الاتفاقي ذو القيمة المبالغ فيها والتي يتضمن تحايلا على قواعد قانونية تتعلق بالنظام العام، كالحالة التي يكون فيها هذا المبلغ تعويضًا عن التأخير، محله فوائد اتفاقية، إذ لا يجوز أن يزيد التعويض الاتفاقي على الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية، ذلك لأن النصوص التي تنظم الفوائد تتعلق بالنظام العام.

**الفرع الثاني: الموقف في القانون المدني الأردني:**

أن المشرع الأردني جعل بعض أحكام التعويض الاتفاقي من النظام العام، كما هو واضح من القانون المدني وهذه الأحكام هي الواردة في نص الفقرة الثانية من نص المادة 364.

1. لقد اشترط المشرع الأردني وقوع الضرر واعتبره ركنًا أساسيًا لاستحقاق التعويض الاتفاقي، وهذا يعني أن المدين إذا تخلف أو تأخر عن تنفيذ التزامه المقترن بتعويض اتفاقي، ولم يلحق ضررًا بالدائن من جراء ذلك، فلا يبقى موجبًا لإعمال التعويض الاتفاقي لتعلق هذا الأمر بالنظام العام، وبالتالي لو تم الاتفاق بين المتعاقدين على استحقاق التعويض الاتفاقي حتى ولو لم يلحق ضررًا بالدائن، فللمدين اللجوء إلى المحكمة مدعيًا عدم وقوع الضرر للتهرب من دفع قيمة التعويض الاتفاقي.

[1] الأهواني، حسام الدين كامل :النظرية العامة للالتزام، ج2 ، أحكام الالتزام، ص 79

2. من المتعارف عليه أن الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية أو تخفيفها في الحالة التي يرتكب فيها المدين غشًا أو خطأً جسيمًا، يعتبر باطلا كما هو واضح من نص المادة (358) حيث جاء فيها " وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم " وبالتالي فإن التعويض الاتفاقي الذي تكون قيمته تافهة، بحيث تتضمن معنى الإعفاء من تلك المسؤولية يعتبر باطلا لتعلق الأمر بالنظام العام.
3. يعتبر القانون المدني الأردني، التعويض الاتفاقي الذي يكون مبالغًا فيه بقصد التحايل على قواعد قانونية آمرة باطلا كما هو الحال في حالة الفوائد الاتفاقية حيث أن المشرع الأردني وضع حدًا أقصى للفائدة وهي9% ، وبالتالي ليس باستطاعة الأفراد المتعاقدة تجاوزها بالاتفاق على تعويض اتفاق أكبر من تلك النسبة، لتعلق هذا الأمر بالنظام العام.
4. كذلك اعتبر المشرع الأردني التعويض الاتفاقي ذو القيمة التافهة باطلا في الحالة التي يقصد منها الإعفاء من المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الفعل الضار لتعلق ذلك بالنظام العام وهذا ما أكدته المادة (270) من القانون المدني بقولها" يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار."
5. لقد أعطى المشرع الأردني للمحكمة سلطة التدخل لتعديل التعويض الاتفاقي سواء بالزيادة أو النقصان بناءً على طلب أحد المتعاقدين ليتساوى مع مقدار الضرر الحاصل فعلا واعتبر ذلك من النظام العام، وبالتالي يعتبر أي اتفاق يتضمن استبعاد سلطة المحكمة سواء بالزيادة أو النقصان باطلا كما هو واضح من الفقرة الثانية من المادة (364) من القانون المدني الأردني حيث نصت على ما يلي " ... ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك."

# الفصل الخامس

# الخاتمة والنتائج والتوصيات

## أولاً: الخاتمة

تناولت هذه الدراسة أهم العقود في حياتنا العملية وهو عقد المقاولة، وأحد أهم الشروط التي يتم إيرادها في هذا العقد وهو الشرط الجزائي، حيث يعتبر هذا الشرط من أهم الشروط لضمان تنفيذ الإلتزام، حيث يقوم المتعاقدين بإيراد هذا الشرط في العقد لضمان تنفيذ الإلتزام، حيث يقوم الشرط الجزائي او كما يعرف أيضاً بالتعويض الإتفاقي، بحفظ حقوق المتعاقدين في حالة عدم التنفيذ او التأخر في التنفيذ او التقصير في أثناء التنفيذ، إذ قام المشرع الأردني في القانون المدني بالنص على التعويض الإتفاقي، والذي اعتبره أيضاً من أهم الوسائل لتنفيذ الإلتزام.

قامت هذه الدراسة ببحث عقد المقاولة بشكل عام وموجز، وبينت أهم خصائص هذا العقد، وقامت بتمييز هذا العقد عن غيره من العقود.

بينت أيضاً ماهية الشرط الجزائي، وأهمية الشرط الجزائي، وشروط استحقاق الشرط الجزائي، ومدى تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وفي حالة الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وعليه قامت هذه الدراسة ببيان سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي في عقود المقاولات خاصة والعقود عامة.

وتحقيقاً ولإبراز أهم خصائص هذه الدراسة، فقد قسمت هذه الدراسة الى خمسة فصول رئيسية، تناول الفصل الأول فيها مقدمة الدراسة ومبررات إجراءها، بينما تناول الفصل الثاني ماهية عقد المقاولة وطبيعة العقد ، وموقعه من العقود المسماة ، وأهمية عقد المقاولة في وقتنا الحاضر ، وأهم ما

يتميز به عقد المقاولة عن باقي العقود، في حين تناول الفصل الثالث من الدراسة ماهية الشرط الجزائي وأهميته ، وشروط استحقاقه ، وتكييفه القانوني، وبيان النصوص القانونية المتعلقة فيه وموقف المشرع الأردني والمشرع المصري من الشرط الجزائي، وفي الفصل الرابع بينة الدراسة أثر الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي) ومدى تعلق أحكامه بالنظام العام، وفي الفصل الخامس تم بيان أهم النتائج والتوصيات التي توصلت اليها الدراسة.

**ثانياً: النتائج:**

توصلت هذه الدراسة الى أهم النتائج؛ وهي:

1- إن المشرع الأردني لم يورد عبارة صريحة للشرط الجزائي بل انه اقتصر على ذكر عبارة التعويض الإتفاقي.

2- إن للشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي) أهمية كبيرة في العقود، خاصةً عقد المقاولة حيث أن الشرط الجزائي يؤكد على مبدأ أساس وقاعدة قانونية أساسية وهي سلطان الإرادة، حيث يقضي الشرط الجزائي بضرورة التقيد بشروط وبنود عقد المقاولة والذي يعتبر من أهم وأخطر العقود في حياتنا.

3- أن الشرط الجزائي يجبر المتعاقدين على الإلتزام بالعقد والتقيد به، وتنفيذ العقد بصورة سليمة، واحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

4- ان القوانين أعطت القاضي سلطة واسعة في تعديل العقد، وتعديل شروط العقد (تعديل الشرط الجزائي)، وهذا ما يعتبر استثناءاً على قاعة العقد شريعة المتعاقدين.

5- أن نص المادة 364 من القانون المدني الأردني، أعطت كامل الصلاحية للمحكمة بتعديل الشرط الجزائي وتحديد وتقدير الضرر، حيث ان قيمة التعويض المتفق عليه او الشرط الجزائي غير ملزم للمحكمة، حيث يملك القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي في حالة ان يقوم أحد أطراف العقد او المتعاقدين بتقديم طلب للمحكمة بتقدير الضرر، بما يتناسب مع الضرر الواقع فعلاً.

6- إذا أثبت من استحق عليه التعويض الإتفاقي (الشرط الجزائي) بأن عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب كان لسبب أجنبي لا يد له فيه، فهذا يعتبر سبب من أسباب عدم تحقق شروط أستحقاق الشرط الجزائي حيث يختل ركن أساس من أركان استحقاق الشرط الجزائي، او إذا أثبت من استحق عليه التعويض بأن هنالك عذر طارئ او سبب أجنبي كان وراء عدم التنفيذ او التأخر في التنفيذ.

## ثالثاً: التوصيات

وفي ضوء النتائج السابقة فقد خرجت هذه الدراسة بالتوصيات التالية:

1- ان سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي ) يجب أن تكون محددة وفق ما اقتضاه الإتفاق وذلك تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين واحتراماً لمبدأ حرية التعاقد بين أطراف عقد المقاولة.

2- أن يقوم المتعاقدين بتسجيل مضمون العقد أو مضمون الشرط الجزائي في عقود المقاولة لدى السلطات المختصة، وذلك بأن يقوم المشرع بالنص صراحة في القانون على وجوب تسجيل

عقد المقاولة لدى السلطات المختصة، مع الأخذ بعين الإعتبار بأن يكون هنالك ضمانات معينة مقابل هذا الشرط الجزائي، حيث أن الشرط الجزائي في أغلب الأحيان يكون مبلغ أو مقابل مادي يتم الإتفاق عليه مسبقاً.

3- ضرورة تحديد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون واعتبار ان الإتفاق على قيمة الشرط الجزائي ملزم للأطراف من دون تدخل القضاء إلا في حالات معينة، حيث أن القضاء ما هو إلا وسيلة لإطالة النزاع، وذلك عن طريق تعديل نص المادة 364 من القانون المدني الأردني وإلغاء عبارة ".. يقع باطلاً كل إتفاق يخالف ذلك .. " وفي هذه الحالة سوف يعتبر نص هذه المادة من النصوص غير الملزمة وغير المتعلقة بالنظام العام.

4- نقترح على المشرع الأردني تعديل نص المادة 364 لتصبح على النحو التالي:

" - يجوز للمتعاقدين أن يحددا مسبقاً قيمة الضمان بالنص عليه في العقد او في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون.

- لا يكون الضمان مستحقاً إلا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر"

**والله تعالى هو ولي التوفيق والسداد، والحمد لله رب العالمين.**

# قائمة المراجع

**أولاً : القرأن الكريم**

**ثانياً الكتب:**

1- كتب اللغة والتفسير:

1- ابن رجب ، القواعد لإبن رجب ، القاعدة الثانية والخمسين.

2- ابن منظور- لسان العرب – الجزء 11 – دار صادر – بيروت.

3- الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس.

**2- الكتب القانونية العامة والمتخصصة:**

1- الأهواني، حسام الدين كامل :النظرية العامة للالتزام، ج2 ، أحكام الالتزام، 1996

2- البعلي ، عبد الحميد – ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالفقه الوضعي وفقهه – مكتبة وهبه – 1989.

3- التركماني ، خالد – ضوابط العقد في العقد الإسلامي – مكتبة دار المطبوعات الحديثة – 1992.

4- الجبوري ، ياسين محمد (2003) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، الجزء الثاني – أثار الحقوق الشخصية ، دراسة موازنة، دار الثقافة، عمان.

5- حسين ، عبد الرزاق – المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء – الطبعة الأولى – 1987.

6- الحلالشة ، عبد الرحمن احمد ، المختصر في شرح القانون المدني الأردني (آثار الحق الشخصي) أحكام الإلتزام دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار وائل ، 2010.

7- دواس، أمين، القانون المدني، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، دار الشروق، الأردن، 2005

8- الدوري ، محمد جابر ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشأت الثابتة ، بغداد، مطبعة أوفسيت عشتار ، 1985.

9- الزعبي، خالد، الفضل، منذر :المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،1998 .

10- السرحان ، عدنان ابراهيم وخاطر ، نوري حمد (2005) شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات ) دار الثقافة ، عمان.

11- سعد، نبيل إبراهيم :أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

12- سلطان، أنور، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دراسة ومقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى.

13- السنهوري ، عبد الرزاق (1968) ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام – الإثبات – آثار الإلتزام، المجلد الثاني ، دار النهضة العربية.

14- السنهوري ، عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء (7) ، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة، دتر النهضة العربية ، القاهرة ، 1964.

15- سوار، محمد وحيد الدين: المدني للالتزام – شرح القانون النظرية العامة –ج ط 1، منشورات 7 ، جامعة دمشق، 1992 – 1993.

16- سوار، محمد وحيد الدين :سلطة القاضي في تعديل العقود، محاضرة منشورة، 1992.

17- شنب ، محمد لبيب – شرح أحكام عقد المقاولة – دار النهضة العربية – القاهرة – 1962.

18- الشهاوي ، قدري عبد الفتاح – عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن – ط2 – منشأة المعارف – الأسكندرية –2002

19- الصراف، عباس، وحزبون، جورج، المدخل إلى علم القانون، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2001 .

20- عبد الرحيم، عامر، المسؤولية المدنية، القاهرة، دار المعارف، الطبعة الأولى.

21- غانم ، اسماعيل ، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الثاني ، أحكام الإلتزام.

22- الفاكهاني، حسن، الوسيط في شرح القانون النمدني الأردني، الجزء الثاني، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1979

23- قره ، فتيحه – احكام عقد المقاولة – منشأة المعارف بالإسكندرية – 1987.

24- كشبور ، محمد – انتهاء العقد – مطبعة النجاح الجديدة.

25- مرسي ، كامل ، العقود المسماة ، الجزء (4) ، الطبعة الأولى ، دار النشر للجامعات المصرية ، 1953.

26- مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الجزء الثاني، 1987.

27- المومني، أحمد سعيد– مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة– مكتبة المنار للنشر والتوزيع– الأردن– الطبعة الأولى– 1987.

**ثالثاً: الرسائل والأبحاث والمقالات العلمية:**

1- أبو عرابي، غازي :سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني – دراسة مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، مج 25 ، ع2 ، 1998.

2- أبو ليلى، طارق، التعويض الإتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، 2007.

3- درادكة ، فؤاد ، الشرط الجزائي ، التعويض الإتفاقي في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، 1994.

4- عقد المقاولة والتعمير: حقيقته تكييفه وصوره – القرار رقم 129 – الدورة الرابعة عشر – 2003- مجلس مجمع الفقه الإسلامي – الدوحة – قطر.

**رابعاً: القوانين**

1- القانون المدني الأردني

2- القانون المدني الفرنسي بالعربية ، موسوعة (DALLOZ ) جامعة القديس يوسف في بيروت. الطبعة 108 ، 2009.

3- القانون المدني المصري

4- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني

**خامساً: الأحكام القضائية:**

منشورات مركز عدالة