الشرط الجزائي في عقد الاستصناع (المقاولة) في القانون المدني العراقي والأردني ومدى سلطة المحكمة في تعديله

The penal clause in the contracting contract in the Iraqi and Jordanian civil law and the extent of the court's authority to amend it

د. سيد محمد حسن ملائكة بور شوشتري & د. حسن جلالى & الباحث: أحمد حسن مسير الفضلي: كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة شهيد چمران الأهواز – أهواز إيران.

Dr. Syed Muhammad Hassan Malaika Pur Shushtri & Dr. Hassan Jalali & Mr. Ahmed Hassan Masir Al-Fadhli: Faculty of Law and Political Science, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz Iran.

الملخص:

هدفت الدراسة لتحليل الشرط الجزائي وبيَّنت ماهيته وفوائدة وحكمه، بالإضافة إلى عقد الاستصناع (المقاولة) ومدى التزام المتعاقدين لتنفيذ الشرط الجزائي، المتمثل بالوفاء بالتعويض وعدم المماطلة بالالتزام به كونه يخضع لحديث رسول الله –صلى الله عليه وسلَّم–: "المؤمنون على شروطهم". ولتحقيق أهداف الدراسة فقد اعتمد الباحث على المنهج التاصيلي والمنهج المقارن، من خلال إجراء دراسة مقارنة للقانون المدني العراقي والأردني وبعض التشريعات المدنية الأخرى، وتوصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، أبرزها أن القانون المدني العراقي متقارب جدًّا لرؤيا القانون المدني الأردني في مدى التزام المتعاقدين بالشرط الجزائي وتحديد سلطة القاضي قدر الإمكان كي لا تتعارض مع قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وعدم المساس بحرية التعاقد، وأن الشرط الجزائي جزءٌ من العقد الأصلي ويخضع لقاعدة (الفرع يتبع الأصل)، فإذا بطل العقد الأصل بطل الشرط الجزائي تبعًا لهُ، ويجب أن يحظى الشرط الجزائي باهتمام واسع من قبل المشرع العراقي من خلال سن قانون يلزم بتسجيل الشرط الجزائي في الجهات الرسمية ليكتسب صفة الإلزام والشكلية. أما طبيعته فقد اختلف عليها الفقهاء، فقد عدَّه البعض عقوبةً ماليةً، وسمَّاه آخرون "تهديد مالي"، وأطلق عليه البعض الآخر "تعويض مالي".

الكلمات المفتاحية: سلطة تقديرية، تعويض اتفاقي، شرط جزائي، عقوبة مالية، قرارات قضائية.

Abstract:

This study analyzed the penalty clause and clarified what it is, and explained its benefits and provisions, in addition to the manufacturing contract (Istisna''), and the extent of the contracting parties' commitment to implement the penalty clause, which is to pay compensation and not to procrastinate in complying with it as it is subject to the Hadith of Muhammad Allah's Messenger – May the blessing and peace of Allah be upon him: "Muslims must abide by their conditions (which they have made)". The researcher depend on the inductive and comparative approach to achieve the objectives of the study. Thus, a comparative study of the Iraqi and Jordanian civil law and some other civil legislation was conducted. The study found a set of results, the most significant of which is that the Iraqi civil law is very close to the vision of the Jordanian civil law in the extent of the contractors' commitment to the penalty clause and the determination of

the judge's authority as much as possible, so as not to conflict with the rule of "agreements must be kept" or "Pacta sunt servanda" in Latin. In addition to not to infringe the freedom of contract and that the penalty clause is part of the original contract and is subject to the rule (the accessory follows the principal). If the original contract is invalid, the penalty clause is invalidated accordingly. The penalty clause must receive wide attention by the Iraqi legislator through enacting a law requiring the registration of the penalty clause in the official authorities to become binding and formal. The jurists have different opinions about it, so some of them considered it a financial punishment, while others called it a "financial threat," and others called it "financial compensation."

Keywords: Judicial discretion, consensual compensation, penalty clause, financial penalty, judicial decisions.

المقدمة:

لقد خُصِّصت هذا الدراسة للتعرف الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني العراقي والأردني، لما لهُ من أهمية كبيرة في الحفاظ على استقرار المعاملات العقدية بين أطراف العقد كونه وسيلة ضغط على أطراف العقد للحيولة دون المماطلة بعدم تنفيذ العقد وخصوصًا في عقد الاستصناع (المقاولة)، لما له من أهمية كبيرة في اقتصاد البلدان، لقد كان القانون الروماني (قانون جستنيان) أول قانون وضعي عرف الشرط الجزائي، إذ كان مبنيًّا على فكرة العقوبة، وقد شرع للضغط على أطراف العقد للحيلولة دون قيامهم بالمماطلة وعدم تنفيذ التزاماتهم العقدية.

وعلى هذا الأساس لن تتناول الدراسة مسائل الشرط الجزائي برمتها، بل تنحصر في مدى سريانه في عقد الاستصناع (المقاولة)، ومدى سلطة القاضي في تخفيض أو زيادة الشرط الجزائي أو إلغائه في القانون المدني العراقي والأردني وبعض التشريعات الأخرى، وبمعنى آخر: هل يخضع الشرط الجزائي لسلطة القاضي على الرغم من كونه أحد بنود العقد الذي تحكمه القاعدة الفقهية (العقد شريعة المتعاقدين)؟ وهل يمكن لأحد طرفي العقد المطالبة بفسخ العقد والشرط الجزائي معًا على أساس أنه جزء من الأصل؟ وما رأي القضاء في ذلك؟ وسوف نتناول بعض القوانيين الخاصة بهذا الشأن للحفاظ على رصانة وجوهر الموضوع، وسنتناول أيضًا أهمية الشرط الجزائي ومدى سريانه على طرفي العقد ولزومه.

مشكلة الدراسة وتساؤلاتها:

تتناول هذه الدراسة مشكلةً باتت حاضرةً في المعاملات المالية العقدية باستمرار لتوسع الصناعة والتجارة، ولحاجة الدول الماسة للتبادل التجاري لتعزيز الاقتصاد القومي لها، فإن تولد النزاعات العقدية في حالة عدم التزام أحد الأطراف بتنفيذ التزامه يؤدي إلى عزوف أرباب الصناعات والشركات من التعاقد، ولذلك أوجِدت طريقة ضاغطة سميت قديمًا ب"التعويض الاتفاقي"، وحاضرًا أسماها فقهاء القانون "الشرط الجزائي"، والذي سوف نتناول تعريفه بالتفصيل لاحقًا. وعلى هذا الأساس لا بد من وضع أسس قانونية تحمي الشرط الجزائي من التلاعب وعدم تنفيذ محتواه ومعرفة ماهية الشرط الجزائي وحكمه.

يمكن صياغة مشكلة الدراسة في التساؤل الرئيسي التالي: ما الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في عقد الاستصناع (المقاولة)؟ وما مدى سلطة المحكمة في تعديلة؟

يتفرع من التساؤل الرئيسي عدد من الأسئلة الفرعية، وهي على النحو التالي:

1. هل يجوز للمحكمة مخالفة القاعدة القانونية (العقد شريعة المتعاقدين) وتعديل الشرط الجزائي؟

2. هل الشرط الجزائي في عقد الاستصناع (المقاولة) ملزِم لطرفي العقد ام لا؟

3. هل يجوز للقاضي تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه؟

4. ما طبيعة الشرط الجزائي؟

5. هل يبطل الشرط ببطلان العقد الأصلي؟

أهداف الدراسة:

هدفت الدراسة للوصول إلى رؤية حقيقية لأهمية الشرط الجزائي في استقرار المعاملات العقدية، ووضعها أمام أنظار القارئ، ومدى تطور القوانين المنظمة لهُ كي يعالج الأمور والاختلافات بين أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ضمن حدود هذا الشرط. وأيضًا يسهل معرفة مدى سلطة المحكمة المختصة على تعديل هذا العقد او ألغائه بما في ذلك الشرط الجزائي الخاص بعقد الاستصناع (المقاولة)، وإعطاء الشرط الجزائي أهمية كبيرة لما يقدم من نتيجة فعالة في استقرار المعاملات التجارية والمالية وعدّه شرطًا أساسيًا يجب أن تتضمنه جميع العقود ويجب حث الجميع من أصحاب العقود والمقاولين والمحامين والمشاورين القانونيين وخاصةً العاملين في الشركات العمرانية والصناعية على عدم التغافل عن أهمية الشرط الجزائي من خلال عدم إدراجه في بنود العقد الأساسية، لما لمسناه من تطور كبير في أهمية هذا الشرط، إذ أصبح في الآونة الأخيرة أهم بنود العقد، مثل عقود لاعبي كرة القديم، فيعَدُّ الشرط الجزائي بين اللاعب والنادي المتعاقد معه هو الأهم، وليس خفيًّا عن الجميع المَبالغ المالية الهائلة التي تدخل ضمن عقود كرة القدم.

أهمية الدراسة:

أما بالنسبة لأهمية الدراسة، فالشرط الجزائي يتمتع بأهمية بالغة، إذ يحافظ على استقرار المعاملات خاصةً المهمة والكبيرة منها، مثل عقود المقاولات التي لا تقتصر فقط على عقود الأشخاص فيما بينهم، بل على عقود الشركات والأقاليم والدول، وعلى أساس أن الشرط الجزائي من أهم البنود التي تُدرَج في الاتفاقات الدولية.

هيكلية الدراسة:

- المقدمة.
- المبحث الأول: ماهية الشرط الجزائي في عقد الاستصناع (المقاولة)
- المبحث الثاني: حكم الشرط الجزائي ومدى سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي
- المبحث الثالث: فوائد الشرط الجزائي وطرق انقضائه.
- الخاتمة والنتائج

المبحث الأول: ماهية الشرط الجزائي في عقد الاستصناع (المقاولة)

بما أن الدراسة تبحث في مدى سريان الشرط الجزائي في عقد الاستصناع (المقاولة)، فلا بد من التعرف على جميع هذه المصطلحات من خلال تعريفها لغةً واصطلاحًا قانونيًّا، والذي يقودنا إلى استنباط أهم خصائص الشرط الجزائي.

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي

لغرض تحديد معنى الشرط الجزائي لا بد من توضيح مقاصده اللغوية، فضلًا عن معناه في اصطلاح الفقه الإسلامي والاصطلاح القانوني.

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي في الاصطلاح اللغوي

ينقسم الشرط الجزائي إلى شقين: الشرط والجزاء. أما الشرط في اللغة فهو من شَرَط (فعل): شَرُطَ – يشُرط – يَشرط. وجاء في معجم لسان العرب. (لسان العرب: أشمل معاجم اللغة العربية وأضخمها، جمع ابن منظور مادته من خمسة مصادر، وهو من أغنى المعاجم بالشواهد، وهو جيد في الضبط ويعرض الروايات المتعارضة).

"لزامُ الشيء والتزامهُ في البيع: والشَرْط شَرائط شُروط الَشريطة، والجمع معروف، وكذلك: لشَرْط شُروط ونحوه، والجمع وفي الحديث النبوي الشريف: "لا يجوز شَرْطان في البَيْع"، هو مثل قولك: "بعتك هذا الثوب نقدًا بدينار، ونَسِيئةُ شرطين، واحد أو شرْط بدينارين، وهو كالبيعتين في بيعةٍ، ولا فرق عن أكثر الفقهاء في عقد البيع".

وأيضًا عرف الشرط بصيغة أخرى: "إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وجمع الشرط وهو شروط، وإن للشرط عدة معانٍ في اللغة" [ابن منظور، المجلد7، 1999، ص349].

أما الجزاء في اللغة: فهو جَزىَ: " (فعل): جزىَ – يجزي، اجزِ، فهو جاز، المفعول مجزي. قال –تعالى– في محكم كتابه الحكيم: ﴿وَكَذَٰلِكَ نَجْزِي الْمُحْسِنِينَ﴾" [يوسف: 22].

جَزاء: جمع جزِية، هَذَا جَزَاءُ ما فَعَلَتْ يَدَاهُ: عُفايُه. عن رسول الله قال ابن عباس –رضي الله عنه–: "هَلْ جَزَاء الإحْسَانَ الإحْسَانُ". ويمر علينا في المصطلحات القانونية "العقوبة" وهي جزاء لمن يرتكب جرمًا أو مخالفة، وتتوارد إلى مسامعنا في لعبة كرة القدم عبارة "ضربة جزاء"، وهذه عقوبة يفرضها حكم المباراة على اللاعب بعد ارتكابه مخالفةً ضد لاعب الفريق الآخر ويعدُّها اتحاد كرة القدم عقوبةً رادعةً للفريق الذي يخالف قانون كرة القدم ويقارن الحكم بالقاضي في الملعب.

نلاحظ أن الجزاء يشمل العقاب والثواب، انطلاقًا من قوله –تعالى–: ﴿ وَكَذَٰلِكَ نَجْزِي الْمُحْسِنِينَ﴾ (يوسف: 22). وقول الرسول ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار" [الطوسي، ج7، ص164]، وهنا نرى أن الجزاء جاء بصيغة الثواب. أما العقاب فنستلهم ذلك من قوله –تعالى– في سورة يوسف: ﴿قَالُوا جَزَاؤُهُ مَن وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذَٰلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ﴾، أي يعاقب من كان سارقًا والعقوبة جزاء عن ارتكاب الآثام من المحرمات.

الفرع الثاني: تعريف الشرط الجزائي في الاصطلاح الفقهي

الشرط في الفقه: "ما لا يتم الشيء إلا به، ولا يكون داخلًا في حقيقته". أما الجزاء في الفقه: "ما يكافئ التصرف من خير أو شر". وعرف أيضًا من قبل فقهاء الشريعة بأنه: "التعويض الذي يحدده المتعاقدان مقدَّمًا في العقد جزاءً على إخلال أحدهما بما تعاقد عليه أو التزم به أو تعهده في ضمن العقد، ولم يكن عذر في إخلاله، وقد يكون بعد العقد وقبل حدوث الضرر" [كاشف لغطاء، 2016].

لقد أشار المجمع الفقهي الإسلامي للشرط الجزائي بقرارة رقم 109 في 12/3 في الدورة الثاني عشرة في عام 1421هـ. إلى أن الضرر مادي لا معنوي، إذ تضمنت الفقرة الخامسة عشر منه ما يلي: "الضرر يجوز تعويضه الضرر المالي الفعلي وما لحق المضرور ضمن خسارة مادية حقيقية وما فاته من كسب مؤكد ولا يشمل الضرر الأدبي والمعنوي" (القرارات والتوصيات لمجمع الفقه الإسلامي للدورة الثانية عشر/1421هـ، ص6). وعرفه أيضًا بأنه: "اتفاق على تقدير التعويض إذا لم يقم الملتزم بالتزامه في التنفيذ او إذا تأخر في تنفيذ التزامه" [الضرير، 1999، ج2، ص50].

الفرع الثالث: تعريف الشرط الجزائي في الاصطلاح القانوني

يعرف القانون الوضعي الشرط الجزائي بتعاريف متقاربة بالمعنى، ومنها القانون المدني الأردني المرقم 43 لسنة 1976، الذي ذهب إلى ذكر الشرط الجزائي بنص المادة 364 بأنه: "1- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدَّمًا قيمة الضمان، بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون. 2- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال، بناءً على طلب أحد الطرفين، أن تعدل في هذا الاتفاق، بما يجعل التقدير مساويًا للضرر، ويقع باطلًا كل اتفاق يخالف ذلك".

يقضي هذا التعريف بأنه وجب على المدين الالتزام بالشرط الذي قبل به على نفسه بالاتفاق مع الدائن ويقع الالتزام في المستقبل (الرزقا، ج1، ص426).

وأيضًا عرف الشرط الجزائي بأنه: "التزام تابع لالتزام أصلي" (السنهوري، ج2، 2011، ص852). وعرفه الصديق الضرير بأنه: "اتفاق على تقدير التعويض إذا لم يقم الملتزم بالتزامه في التنفيذ أو إذا تأخر في تنفيذ التزامه".

وقد بين القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) بنص المادة (170) إذ نصت على أنه: "1- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدّمًا قيمة التعريض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق وتراعى في هذه الحالة أحكام المواد 168 و256 و257 و258".

وقد أيدت مجلة الأحكام العدلية مشروعية الشرط الجزائي بنص المادة (186)، إذ نصت على أن: "البيع بشرط يقتضيه العقد الصحيح والشرط معتبر. مثلًا لو باع بشرط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض فهذا الشرط لا يضر في البيع بل هو بيان لمقتضى العقد".

وبناءً على ما تقدم فإنه من جانبنا نعرفه بأنه: "شرط اتفاقي بين المتعاقدين يدرج مع بنود العقد، سواءٌ كان لحظة إبرام العقد أو بعد إبرام العقد بشرط قبل وقوع الضرر، ويتضمن دفع مبلغ من المال بصيغة التعويض متفق على مقداره سلفًا إلى الطرف المتضرر نتيجة إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه العقدي. ومن الممكن أن توجد سلطة تقديرية للمحكمة بالتعديل فيه سواءٌ كان بالزيادة أو النقصان بناءً على طلب المتضرر.

المطلب الثاني: تعريف عقد الاستصناع (المقاولة)

الفرع الأول: تعريف عقد الاستصناع (المقاولة) في الاصطلاح اللغوي

وجاء في معجم لسان العرب (معجم لسان العرب، مصدر سابق). صنع: صنعه يصنعه صنعًا، فهو مصنوع وصنع: عمله. وقوله –تعالى– في سورة النمل: "﴿صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ﴾.

ويتضح لنا من التعريف اللغوي أن الاستصناع أن يطلب من صانع أن يعمل له شيئًا ما ويصنعه مما هو ممن حرفته وصناعته (البدران، 1984، ص54)، فإذا أضفنا إلى ذلك ما يجعل هذا الطلب محقق الغاية بين الطرفين بأن يتفق طرفا العقد المبرم على تحديد مواصفات المصنوع تحديدًا دقيقًا والثمن الذي بذمة المستصنع، فهذه صورة عقد الاستصناع.

الفرع الثاني: تعريف عقد الاستصناع (المقاولة) في الاصطلاح الفقهي

عرف الفقهاء الاستصناع على أنه: "طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعًا، وقال أيضًا، أما صور الاستصناع: فهي أن يقول إنسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما: اعمل لي خفًّا، أو آنية من أديم، أو نحاس من عندك بثمن كذا، وبين نوع ما يملي وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم" [الكاساني، ج6، ط2، 2002، ص84].

أما مجلة الأحكام العدلية، فقد تضمنت تعريفًا لعقد الاستصناع (المقاولة) في المادة (124) بأنه: "عقد المقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئًا، فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء

مصنوع". [عُثِر على تلك المادة ضمن الأحكام القضائية (القضية رقم 2016/1321 محكمة النقض بتاريخ 2018/10/15، والقضية رقم 2015/1068 المنعقدة في محكمة النقض في تاريخ 2017/10/23].

وجاء في كتاب "مرشد الحيران" ما يلي: إن المقصود بعقد الاستصناع: "طلب عمل شيء خاص وفق مواصفات معينة مادته من الصانع". (انظر: كتاب مرشد الحيران، كتاب مرشد الحيران إلى معرفة الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان –رحمه الله–، ويدور الكتاب حول المعاملات الشرعية، وينقسم إلى عدة كتب مفيدة وقيمة. من تأليف الفقيه، محمد قدري باشا أحد فقهاء الحنفية). وقد عرف الباحثون المعاصرون عقد الاستصناع (المقاولة) ومن أبرز هؤلاء، الباحث الفرنسي دافيد فرانسيكو بالاستصناع وكتب فيه رسالة وذكر فيها أن الاستصناع: "العقد الذي بمقتضاه يتعهد مقاول بأن يصنع شيئًا بالمادة التي يقدمها، وأن يسلم هذا الشيء عندما ينتهي في مقابل ثمن إلى من طلبه" (النشوي، ط1، 2007، ص152].

الفرع الثالث: تعريف عقد الاستصناع (المقاولة) في المنظور القانوني

لقد عرف القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 عقد الاستصناع بنص في المادة (865) على أنه: "1– يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول أو يستعين بها في القيام بعمله ويكون المقاول أجيرا مشتركًا. 2– كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معًا ويكون استصناعًا".

لم يتضمن القانون المدني الأردني تعريفًا صريحًا لعقد الاستصناع، لكن المشرع الأردني بيَّن في نص المادة (780) أن عقد المقاولة "عقد يتعهد أحد طرفية بمقتضاه بأن يصنع شيئًا، أو يؤدي عملًا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".

أما القانون المدني الإيراني لم يعطِ تعريفًا صريحًا مستقلًا لعقد الاستصناع، لكنه يعدُّه عقدًا ضروريًا، وفق مبدأ ضرورة العقود، يجب عدُّ الاستصناع عقدًا ضروريًّا. (العقود المبرمة وفقًا للقانون بين الطرفين وممثليهما مُلزِمة ما لم يتم إنهاؤها بموافقة الطرفين او إنهاؤها لأسباب قانونية).

وأيضًا القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، فقد نص في الفقرة الثانية من المادة (647) على أنه: (كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معًا).

نلاحظ أن القانون المدني المصري القانون الأقرب للقانون العراقي في الإفصاح عن عقد يسمى "الاستصناع"، إذ إن المشرع المصري قد أجاز في هذه المادة للمقاول تقديم العمل والمادة معًا، وهذا ينطبق على عقد الاستصناع في مدلوله الفقهي، وإن لم ترد تسمية الاستصناع في القانون

صراحةً فإنه يوحي إلى الجمع بين الاستصناع والمقاولة، وبالنتيجة فإننا أمام عقد الاستصناع (المقاولة).

وبناءً على ما تقدم، فمن جانبنا نرى أن عقد الاستصناع (المقاولة) "عقد يشتري بموجبه طالب الصنعة شيئًا في الحال من مقاول، مؤجل التسليم، مما يصنع صنعًا في وقت لاحق، بمواد وبمجهود الصانع نفسه، ويتم تحديد أوصاف المبيع والثمن في مجلس العقد".

المبحث الثاني: حكم الشرط الجزائي ومدى سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي

المطلب الأول: حكم الشرط الجزائي

الفرع الأول: حكم الشرط الجزائي في الفقه

ذهب الكثير من الفقهاء المسلمين إلى أن حكم جواز الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي الإباحة، لأن أصل شروط العقود الإباحة إلا إذا كان الشرط محرمًا ويؤيد التحريم بدليل. (العقود المبرمة وفقًا للقانون بين الطرفين وممثليهما ملزِمة ما لم يتم إنهاؤها بموافقة الطرفين أو إنهاؤها لأسباب قانونية). فقد جاء في قرار هيئة كبار علماء المسلمين العدد الثاني أن الشرط الجزائي جائز في العقود ما لم يقدم دليل على تحريمه.

مثال: لو اشترط رب العمل (المستصنع) على المقاول (الصانع) أن ينجز العمل المتفق عليه بموجب العقد المبرم سلفًا بين الطرفين في خلال سنة واحدة، وفي حال عدم إكمال العمل في هذه المدة يكون المقاول الصانع ملزَم بدفع مبلغ قدره خمسة ملايين ريال عن كل شهر تأخير. لقد عدَّ جمهور الفقهاء والفقهاء المعاصرين هذا الشرط صحيحًا وملزِمًا للمقاول الصانع بدفع المبلغ [اليمني، 2006، ص323].

وقد أصدر مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورته السابعة بجدة، في المملكة العربية السعودية ولمدة ستة أيام اعتبارًا من 9 مايو 1992م بالقرار رقم 7/3/67 بشأن عقد الاستصناع، وقد جاء فيه: "يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطًا جزائيًا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة". وهذا القرار يجيز اشتراط الشرط الجزائي للمتعاقدين في عقد الاستصناع (المقاولة)، ويلزم المتعاقدين (الصانع والمستصنع) بتنفيذ ما اتفقا عليه، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة تمنع تنفيذ العقد.

لا يمكن المطالبة بفسخ العقد المتضمن شرطًا جزائيًا، لأن فسخ العقد يفقد الشرط الجزائي جميع آثاره كونه تابعًا للعقد، فالعقد ينتهي بالفسخ وتنتهي جميع آثاره. فإذا استحق رب العمل التعويض

يقع على عاتق القاضي تولي تقدير التعويض ويقع إثبات الضرر موضوع التعويض على عاتق رب العمل.

إذا أدرج الشرط الجزائي في العقد، وتحقق الضرر الذي أدرج الشرط الجزائي للحيلولة دون وقوعه، فلا يكلف رب العمل بإثبات الضرر لكونه أخذ الصبغة القانونية بإدراجه في العقد، ويقع على المقاول إثبات عدم وقوع الضرر وبالتالي عدم تحقيق الشرط الجزائي.

ونلاحظ وجود طرق للتعويض في النظام القانون الإيراني "التحديد الصريح لمقدار الأضرار في العقد، قبل تكبدها، وتحديد طريقة تقدير مقدار الضرر بعد الخسارة، وبهذه الطريقة يتضح موقف في النظام القانون الإيراني، الذي بموجبه يكون أي اتفاق للتعويض بعد الدخول ساري المفعول ما لم يكن مخالفًا للقانون أو العرف، وفي حال الخلاف سيكون الاتفاق صعبًا، هذه الطريقة الشائعة في عقود التعاقد وتستخدم أيضًا في نوع العقود والتشاور مع الإدارة وتنظيم التخطيط [جلالي، 2012).

الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي في القانون الوضعي

الشرط الجزائي في القانون عقوبة مادية تُفرَض على المتخلف عن تنفيذ التزامه العقدي تجاه الطرف الآخر، والتعويض المالي المحور الأساسي للشرط الجزائي.

يحق للمتضرر تنفيذ التعويض جبرًا وفق القانون النافذ، كون أنه لا مجال للنكران أو الدفع بعدم أحقية الطرف الآخر بالتعويض إلا بإثبات الغش أو التدليس، والسبب أن هذا الشرط مبني على الاتفاق المسبق بين الطرفين ومثبت في بنود العقد، ولهذا سمي ب"الشرط الاتفاقي، وقد عدّ هذا الشرط وسيلةً لضمان سلامة العقود من التلاعب والتحايل والإهمال وضياع الوقت للمتعاقدين، خاصةً إذا كانت الأطراف أو أحد الأطراف المتعاقدة من الشركة الصناعية او التجارية او العقارية، مثل شركة المقاولات، وشركة السيارات... إلخ.

ذهب المشرع العراقي في نص المادة (170) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 إلى أنه: "1- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدَّمًا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد 168، 256، 257، 258". هذه المواد تتضمن ثبوت شرعية استحقاق المتضرر للتعويض إذا استحال على المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه المنصوص عليه في العقد، أو تأخر في التنفيذ ما يسبب للطرف الآخر الأضرار، ما لم يثبت المدين أن السبب الأجنبي الذي حال دون تنفيذ التزامه كان خارج عن إرادته ولا يمكن لهُ تنفيذ التزامه مهما بذل من العناية المطلوبة.

أما قانون الإجراءات المدنية الإيراني الجديد الصادر عام 1973 فلم يتضمن نص يبيح المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة من التعاقد ووقوع أضرار مادية على المقاول من خلال

انعدام الربح نهائيًا، إلا أن المادة (522) من قانون المرافعات المدنية والثورة في الشؤون المدنية الإيراني نصت على أنه: "إذا أدرج الطرفان شرطًا في العقد، لإلزام الطرف بالتقيد الصارم بالاستحقاق فهذا الشرط صحيح، لا يلزم مراعاة الشرط".

كما ورد في نص المادة (235) من القانون المدني الإيراني أنه: "إذا نصت المعاملة على ذلك في حالة المخالفة، سيدفع الجاني مبلغًا من المال كتعويض. لا يستطيع الحاكم أن يعطيه أكثر أو أقل مما هو مطلوب". وكما نصت المادة (221) من نفس القانون أيضًا على أنه: "إذا تعهد الشخص بالقيام بعمل أو تعهد بالامتناع عنه، في حالة المخالفة. الطرف الآخر مسؤول عن الأضرار، بشرط أن يتم تحديد التعويض وتحديد الالتزام".

نلاحظ أن المشرع الإيراني أعطى الحق للمتضرر بالمطالبة بالتعويض وعَدَّ الشرط الجزائي المتضمن التعويض صحيح، وأيضًا اشتراط مقدار ذلك التعويض في العقد، أي ذكر مقدار التعويض في بنود العقد على أساس أنه شرط ملزِم في حالة إخلال رب العمل ببنود العقد تجاه المقاول والعكس صحيح، لكنه قيَّد سلطة القاضي في تحديد مقدار التعويض ولم يعطه الحق في تقدير مقدار التعويض، إن كان لا يستطيع زيادة أو نقصان التعويض وهذا بخلاف ما ذهبت إليه قوانين الدول الأخرى والتي أعطت للقاضي سلطة تقديرية في تعديل الشرط الجزائي إما بالزيادة أو بالنقصان، مثل: القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 والقانون المدني الأردني المرقم (43) لسنة 1976، ولم يتطرق على من يقع على عاتقه إثبات ما إذا كان المقاول قد تضرر بالفعل من جراء مخالفة رب العمل لشروط العقد ليستحق مبلغ الشرط الجزائي حسب القانون.

ووجود الشرط الجزائي يجعل الضرر واقعًا في تقدير كلى المتعاقدين ولذلك يفترض وقوع الضرر ولا يكلف الدائن إثباته، على المدين إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أي ضرر أن يثبت ذلك.

المطلب الثاني: سلطة المحكمة المختصة في تعديل الشرط الجزائي

الفرع الأول: ماهية سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي

فيما يخص سلطة المحكمة، تضمنت إعطاء الحق للمحكمة المختصة، (محكمة الموضوع) حق تعديل أو تقدير مقدار مبلغ التعويض في حالة عدم إدراجه في العقد، أو لم ينص عليه القانون، سواءٌ كان تقدير التعويض بالزيادة أو النقصان، ويشترط لزيادة التعويض الاتفاقي أن يثبت للمحكمة أن المقاول ارتكب غشًا أو خطًا جسيمًا، وبخلاف ذلك لا يحق لرب العمل أن يطالب بزيادة التعويض.

لا يستحق رب العمل التعويض نتيجة الشرط الجزائي إذا أثبت المقاول أن رب العمل لم يلحقه أي ضرر يستحق عليه التعويض، وأيضًا يمكن تخفيض التعويض بما يتناسب مع جسامة الضرر ويترك تقدير ذلك للمحكمة المختصة.

أيَّد المشرع العراقي في نص المادة (2/170) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 ذلك، إذ نص على أنه: "لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقًا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحًا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلًا كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة".

ولقد جاء القانون المدني الأردني المرقم (43) لسنة 1976 مطابقًا تمامًا للقانون المدني العراقي في مسألة الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي وسلطة القاضي، وقد عدّ القانون المدني الأردني أن الشرط الجزائي وسيلة قانونية تضمن تنفيذ الالتزام واستقرار المعاملات المالية والتجارية، وجوهر الشرط الجزائي هو مقدار التعويض الذي يعدّ وسيلة ضغط على المخل بالتزامه العقدي، وأيضًا يزيد هذا الشرط من قوة ورصانة العقود، ويستحق المستصنع التعويض سواءٌ في حالة امتناع الصانع عن التنفيذ أو التأخير في التنفيذ العمل. نصت المادة (364) من القانون المدني الأردني على أنه: "1- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدَّمًا قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون. 2-يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين ان تعدل في الاتفاق بما يجعل التقدير مساويًا للضرر ويقع باطلًا كل اتفاق يخالف ذلك".

نلاحظ أن بعض القوانين لم تُعطِ القاضي سلطة التعديل، ومنها القانون المدني الإيراني فلم يتضمن نصًّا قانونيًّا يفوض للحاكم أو القاضي حق تعديل التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) المتفق عليه سلفًا بين المتعاقدين والذي بدوره يؤدي إلى استقرار المعاملات المالية بوصفه عقوبة مالية رادعة أو وسيلة ضغط على أطراف العقد تحول دون إقدامهم على المماطلة وعدم تنفيذ التزامهم العقدي.

بناءً على ما تقدم، فإنَّا نلاحظ أن زيادة أو انخفاض قيمة الشرط الجزائي تكون سلطةً تقديريةً يقررها القاضي المختص، إذا بادر المتضرر بالاعتراض، مع مراعات نسبة الضرر حسب القانون [انظر: المادة (2/224) من القانون المدني المصري رقم 28 لسنة 1875المعدل 1949].

وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية في هذا الاتجاه، فقد قضت بهيئتها العامة في قرارها رقم 1995/502 بأنه "يحكم لصاحب البناء في الموعد المتفق عليه في الاتفاقية المعقودة بينهما والمتضمنة موعد التسليم وإلزام المقاول بدفع مبلغ محدد فيها عن كل يوم تأخير عن التسليم كشرط جزائي ولا يؤثر عدم تكرار الشرط الجزائي في الاتفاقية اللاحقة المبرمة بينهما في الموعد المحدد للتسليم والمتضمنة إكمال المقاول للبناء في خلال شهر وتسديد ما بقى لهُ من أجور على الحكم

بالتعويض)" [قرار محكمة التمييز الأردنية /حقوق/ رقم 502 المؤرخ 1995/4/16(هيئة عامة)، منشورات مركز عدالة].

نلاحظ من خلال قرار محكمة التمييز أن للمحكمة سلطة تقديرية في إلزام المدين (المقاول) بدفع مقدار الشرط الجزائي للدائن (رب العمل)، وأنه أيضًا بالإمكان إكمال المقاول العمل الذي أهمل بإنجازه بالوقت المحدد باتفاق لاحق وأن عدم ذكر شرط جزائي في الاتفاق الجديد لا يؤثر على حقوق رب العمل إذا لم يسلم المقاول العمل في خلال الفترة الزمنية المتفق عليها.

الفرع الثاني: طبيعة الشرط الجزائي

تكتمل صورة الشرط الجزائي من خلال البحث الدقيق في طبيعة الشرط الجزائي، وينعكس ذلك إيجابيًّا لمعرفة جميع أحكامه وتحديدها. ونلاحظ أن معظم فقهاء القانون قد اختلفوا في تحديد طبيعة الشرط الجزائي، فقال البعض إنه عقوبة مالية وعدّه البعض الآخر تهديدًا ماليًّا، وقال آخرون إنه تعويض مالي [داردكه، 1994، ص63].

وبناءً على ما تقدم، فإننا نرى أن الشرط الجزائي ذو طبيعة إجبارية تحمل بين جنباتها وسيلة ضغط مادية على الطرف الذي يماطل في تنفيذ التزامه العقدي، وأيضًا تقوم على إجباره على إكمال العمل طبقًا للمواصفات الشروط والوقت المتفق عليها سلفًا بين المتعاقدين.

ونلاحظ أن عقود المقاولات تتميز عن بقية العقود بأنها عقود ذات رؤوس أموال طائلة، لذا تكتسب أهميةً كبيرةً جدًّا، خاصةً عقود الاستصناع (المقاولة) التي توجب على المقاول تقديم العمل والمادة معًا، أي يحتاج إلى رأس مال كبير لإكمال التزامه العقدي تجاه رب العمل، ولذلك يذهب معظم المقاولين إلى إدراج شرط جزائي مع بنود العقد الأساسية كي يضمن حقه إذا نكل رب العمل العقد أو أهمل في سداد المبالغ المتفق عليها سلفًا التي يعتمد عليها المقاول في إنجاز المشروع، والمشاريع الضخمة، مثل بناء المجمعات السكنية أو الجسور أو المخازن... إلخ، تحتاج إلى فترة زمنية طويلة لإنجازها مما يتسبب في هدر وقت المقاول إذا وقع النكول من رب العمل، فهنا يصبح الشرط الجزائي رادعًا حقيقيًّا لرب العمل ويحثه على الالتزام بتعهده العقدي. ويعدّه البعض عقوبةً ماليةً نتيجة عدم التزام أحد أطراف العقد. والالتزام بالشرط الجزائي ملزِم لأطراف العقد، ويؤيد هذا الإلزام قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾، وروي عن النبي أنه قال: "المسلمون عند شروطهم" [الحر العاملي، ج12، ص353]. وأيضًا رواه أبو داود برقم (3594)، وصححه الألباني في الإرواء (142/5) برقم (1303). وقد بيَّن بعض فقهاء القانون والفقه أن عدم الوفاء بالشرط الجزائي لما لحق المتضرر من ضرر، "يدخل ضمن قاعدة الاغتصاب، التي يعتقد بعض الناس، مستشهدين بهذه القاعدة، أن عدم سداد الدين عند الاستحقاق، وحرمان الدائن منه يعدّ عذرًا شرعيًّا

كالربا أو الحالة الاستثنائية، تضع المدين وضع الغاصب، لأنه أيضًا المطالب بعد الاستحقاق مثال على التعدي والاغتصاب، وهو ضمان قصري، خاصةً إذا كان المدين منخرطا في عمل تجاري وعمل مربح وأشغل مبلغ الدين، في تلك الأنشطة، مثل آلات الإنتاج أو الخدمات أو المواد الخام، ويجب أن يحسب الدائن أرباح هذه الأنشطة من حيث حصة المدين" [جلالي، 2012].

وأخيرًا، فنحن من جانبنا نرى أن طبيعة الشرط الجزائي طبيعة قانونية، اتفاقية، عقابية، ضامنة، تحُول دون التهرب من الالتزام العقدي وتحمل بين جنباتها عنصر العدالة الذي أخذ مشروعيته من الحرية الكاملة التي كان يمتع بها صاحب العمل (المستصنع) عند إبرام العقد والاتفاق على الشرط الجزائي مع المقاول (الصانع)، وأيضًا يعدّ مطابقًا للقاعدة الفقهية المعروفة (المؤمنون عند شروطهم).

المطلب الثالث: فوائد الشرط الجزائي وكيفية انقضاه

الفرع الأول: فوائد الشرط الجزائي

المعروف أن القصد من إبرام العقود الربح دون الخسارة، وللحفاظ على استمرار ذلك وعدم ضياع رؤوس الأموال التي تنفق في الأعمال الصناعية أو التجارية أو العقارية، مثل شركات المقاولات العملاقة، لذا يركز أصحاب الشركات والمشاريع على وضع شروط قانونية رصينة تحافظ على الالتزام العقدي بينها وبين الأطراف الأخرى، ومنها الشرط الجزائي الذي بات شرطًا معتبرًا لدى الكثير من فقهاء القانون. إن لكل مصطلح قانوني نافذ لا توجد عليه اعتراضات من الشريعة الإسلامية أو القوانين الوضعية فائدة ترد على المتعاقدين، فالفائدة الرئيسية من الشرط الجزائي العمل على استقرار المعاملات المالية والتعاقدية على أساس أنه وسيلة ضغط وردع للطرف الذي ينوي الإخلال بالتزامه العقدي أو المماطلة والتحايل، وهذا ما دفع الفقهاء والقانونيين على عدِّه شرطًا صحيحًا، وأيضًا إن وضع الشرط الجزائي من قبل المتعاقدين والالتزام به جنبهم مراجعة المحاكم وإجراءاتها المعقدة، وأيضًا توفير النفقات من الرسوم وأتعاب المحاماة التي تتطلب أموالًا باهظةً وأيضًا اقتصارًا للوقت لما تتطلب المحاكم من مواعيد المرافعات والطعون وغير ذلك، وإدراج مقدار التعويض في العقد يؤدي إلى حسم مبلغ التعويض مسبقًا دون الحاجة إلى انتداب الخبراء والمختصين لتقدير مبلغ التعويض، ويؤدي أيضًا إلى إعفاء رب العمل من عبء إثبات الضرر الذي لحقة نتيجة إخلال المقاول بالتزامه [شبير، ج2، 1998، ص857]، وأيضًا يؤدي إلى ضمان حق المتضرر سواءٌ كان رب العمل أو المقاول فإدراج الشرط الجزائي مع بنود العقد يجعل منه قرينةً أو دليلًا قانونيًّا يقدّمه المتضرر أمام القضاء في حالة النزاع ويُعدّ إجراءً يفضي على العقد صبغة الرصانة القانونية التي تجعل من الطرف المماطل والناكل يراجع نفسه قبل الإقدام على الإخلال بالعقد.

وأخيرًا، نرى من جانبنا أن للشرط الجزائي أهمية جدًا كبيرة في عقود الاستصناع (المقاولة) كونه يلزم طرفي العقد بالتزاماتهما المالية والعقدية، إذ يعدّ رادعًا ماديًّا يتصف بالعقوبة المالية التي يتحاشها الكثير من الذين يتعاملون بأسلوب المماطلة وعدم الاهتمام بالوفاء ولالتزام بمواعيد المحددة، كون هذه العقود تتطلب رؤوس أموال طائلة وأحيانًا قد تكون المؤسسات أو المدن أو الدول طرفًا فيها، مما ينعكس سلبيًّا على التطور الاقتصادي لها، وتنطلق أهمية الالتزام بالشرط الجزائي من قوله –تعالى–: ﴿**والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون**﴾ [المؤمنون: 8]، والقاعدة الفقهية {المؤمنون عند شروطهم}.

الفرع الثاني: انقضاء الشرط الجزائي

أولًا: انقضاء الشرط الجزائي بالوفاء

تنتهي جميع العقود نهايةً طبيعية، إذ ينفذ كلا الطرفين التزاماتهما العقدية، ففي عقد بيع العقار يسلِّم المشتري البدل النقدي للبائع، ويذهب البائع إلى دائرة التسجيل العقاري ويُجري معاملة نقل ملكية العقار للمشتري وتسليمة العقار. نلاحظ أن بيع العقار يتطلب شكليةً معينةً تختلف عن بقية البيوع (انظر: المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971). هنا ينتهي الشرط الجزائي بين الطرفين، لأن العقد نفذت جميع آثاره بالوفاء ولانتفاء السبب الذي وضع الشرط الجزائي لأجله هو التزام البائع بنقل الملكية وضمان التعرض والاستحقاق.

ثانيًا: انقضاء الشرط الجزائي ببطلان الالتزام الأصلي

إن بطلان الشرط الجزائي يتبع بطلان العقد على أساس كونه فرعًا من العقد، والفرع يتبع الأصل، وأيضًا لا يسري الشرط الجزائي في الوعد، كون الوعد غير ملزم لطرفي العقد، بالتالي يحكم على الشرط الجزائي بالبطلان استنادًا لقاعدة "الفرع يتبع الأصل".

إذ يبطل الشرط الجزائي إذا كان مخالفًا للكتاب الكريم والسنة الشريفة، مثل اشتراط الزوجة في عقد الزواج، عدم زواج زوجها من زوجة ثانية وإلا يدفع تعويض قدرة عشرة ملايين تومان، وهذا مخالف للشرع والقانون ويقيد ما حلله، سبحانه وتعالى، فيبطل الشرط تبعًا لبطلان العقد.

وأيضًا لا يجوز في الوعد، لأن الوعد حسب القانون والشرع غير ملزِم لطرفي العقد، ويعدّ الشرط الجزائي فاقدًا لشرعيته كونه تابع الوعد الذي دار بين الطرفين، مثلًا لو وعد شخصًا آخر ببيع داره لهُ وقال له بيننا شرط جزائي قيمته مليون ريال إذا لم أبِعكَ الدار، فهنا نحن أمام وعد لا عقد، لأن العقار يكون فيه العقد صحيحًا إذا تضمنت نقل الملكية شكلًا معينًا وهو التسجيل في دائرة التسجيل لعقاري وبهذا يكون الشرط العقد باطل ويلحق به الشرط الجزائي.

ويبطل الشرط الجزائي إذا كان العقد محرمًا، مثال: اتفق أحمد مع محمود على أن يقتل الأخير شخص يدعى جعفر مقابل مبلغ مليار تومان، ووُضِع شرط جزائي بأن يدفع أحمد نصف المبلغ في حالة عدم قتل جعفر في خلال ثلاثة أيام، هذا العقد محرم أساسًا لأن الله حرم قتل النفس بغير ذنب، وعليه فإن الشرط الجزائي لا يسري لأنه محرمًا وباطل تبعًا للعقد الأصلي.

نلاحظ أن العقد الأصلي يبطل لعدة أسباب، وقد وضح المشرع العراقي بنص المادة (137) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 أن: "1- العقد الباطل هو ما لا يصح أصلًا باعتبار ذاته أو وصفًا باعتبار بعض أوصافه الخارجية. 2- فيكون العقد باطلًا إذا كان في ركنه خلال كان يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلًا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع. 3- ويكون العقد باطلًا أيضًا إذا اختلفت بعض أوصافه كان يكون المبيع مجهولًا جهالةً فاحشةً للشكل الذي فرضة القانون".

إن الشرط الجزائي تابع للعقد، فإذا بطل العقد بطل الشرط الجزائي، فهو تابع للعقد الأصلي وفرع منه، والفرع يتبع الأصل. وإن أسباب بطلان العقد معروفة، كما بيَّنها المشرع العراقي في المادة أعلاه، وأيضًا إذا كان العقد غير ملزم وغير معتبر، تحررت ذمة المدين منه، مثل قيام شخص (س) باستئجار (ص) لغرض سرقة مستندات مالية مهمة منزل (ع) مقابل مليار تومان في خلال يومين، فإذا تأخر عن سرقة المستندات أكثر من ذلك تخفض الأجرة لنصف مليار تومان، فهنا يقع الشرط الجزائي باطلًا، لأن العقد الأصلي باطل لحرمة السرقة.

وبناءً على ما تقدَّم، فإننا توصَّلنا إلى حقيقة مفادها أن حكم الشرط الجزائي يتبع حكم العقد المبرم بين طرفي العقد رب العمل والمقاول، فإذا كان العقد باطلًا بطل الشرط، وإذا كان العقد محرمًا حرم الشرط، وإذا كان الاتفاق وعد لا عقد فقد الشرط قوَّته القانونية فلا تترتب عليه أي تبعات قانونية، وتكون مسألة تقدير قيمة الشرط أو التعويض في حالة فسخ العقد تقع على عاتق قاضي محكمة الموضوع فهو الذي يقدِّر الضرر بناءً على الدلائل والمستندات المقدمة له من المتضرر.

ثالثًا: انقضاء الشرط الجزائي بالقوة القاهرة او الظروف الطارئ

إذا حدثت بعد إبرام العقد ظروف طارئة أو قاهرة وقبل إتمام تنفيذ العقد بالكامل وأدت إلى حدوث خلل وإرباك في العقد، بحيث أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا ومرهقًا يؤدي تنفيذ إلى أضرار جسيمة، فهنا بات تدخل القاضي واجبًا لغرض إعفاء المقاول أو تعديل مبلغ الشرط الجزائي لحد معقول إذا طلب المقاول ذلك وأثبت تعرضه لتلك القوة القاهرة وأنه بذل ما بوسعه للحيلولة دون وقوع الخسائر.

مثال: إذا تعهد المقاول لرب العمل ببناء مجمع سكني وفق مواصفات متفق عليها سلفًا وفي خلال مدة محددة ولتكن ثلاثة سنوات، وبعد المباشرة بالعمل وبنسبة إنجاز 5% نشبت حرب بين بلد الصانع ودولة أخرى مما أدى إلى توقف المواصلات وغلق الحدود مع الدول الأخرى، بحيث أصبح استيراد المواد الأولية للمشروع مستحيلًا، فهنا تعدّ الحروب قوةً قاهرةً وظرفًا طارئًا لا يمكن للمقاول تجاوزها مهما بذل من عناية مطلوبة في ذلك، وقد يترتب على ذلك ارتفاع كبير في الأسعار وهذا يصبح مرهقًا للمقاول [سعد، 2004، ص287-288].

إن القوة القاهرة إذا ثبت تأثيرها في العقد فإنها تؤدي إلى فسخ العقد، وقد تضمن القانون المدني الأردني توضيح للقوة القاهرة في نص المادة (247) بأنه: "في العقود الملزمة لجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا انقضى معه الالتزام المقابل لهُ وانفسخ العقد من تلقاء نفسه". وأيضًا نصت المادة (168) من القانون المدني العراقي على أنه: "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينًا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه". وأيضًا ذهب المشرع العراقي بنص المادة (211) من نفس القانون على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

لقد عدّت معظم القوانين النافذة الحالية أن جائحة كورونا Corona Virus حدث استثنائي، ومن قبيل القوة القاهرة والظروف الطارئة الذي حال دون استمرار الحياة بشكلها الطبيعي، مما يتسبَّب في تعطيل الأعمال التجارية والصناعية، والذي ينعكس سلبيًّا على إكمال المقاول العمل المتفق عليه.

لذا فإننا نرى أن الظروف الخارجية التي تؤدي إلى الحيلولة دون إكمال المقاول الالتزام العقدي، إذا كانت هذه الظروف خارجة عن إرادته، فإذا استمر بالعمل فقد تسبّب لهُ ضررًا فاحشًا، سواءٌ كانت هذه الظروف، قوة قاهرة أو ظرفًا طارئًا، فيجب على المحكمة أن تعفي المقاول من الالتزام العقدي المتمثل بالشرط الجزائي، أو أن يخفض إلى حد معقول، يعني تحقيق التوازن لعقود المقاولات كي لا تصبح مرهقة لطرف على حساب الطرف الآخر.

الخاتمة:

لقد تناولنا في هذه الدراسة ماهية الشرط الجزائي وحكمه وسريانه في عقد الاستصناع (المقاولة)، إذ لاحظنا أن هذا الشرط من أهم الشروط لضمان التزام المتعاقدين ببنود العقد المتفق عليها سلفًا، وأيضًا عرف بالتعويض الاتفاقي سابقًا، وأن تسمية الشرط الجزائي تسمية حديثة أوردها فقهاء القانون في وقتنا الحاضر، فتناول القانون العراقي والأردني وبعض القوانين الأخرى ومنها قانون المرافعات الإيراني الشرط الجزائي في جوانب عدة منها على أساس أنه وسيلة ضغط أو تهديد مادي ومن أهم الوسائل بتنفيذ الالتزام.

وقد بحثنا في هذا الدراسة، الشرط الجزائي في عقود المقاولات، وأهم مميزاته، ومتى ينتفي الالتزام به، وهل هو تابع للعقد الأصلي أم أنه شرط مستقل. وأيضًا تناولنا التضارب بين القانون المدني العراقي والقوانين الأخرى حول أحكام الشرط الجزائي، وتوصلنا إلى أهم النتائج والتوصيات نضعها أمام القارئ الكريم والمشرع العراقي.

النتائج:

1. إن المشرع العراقي والأردني لم يشرع مادةً قانونيةً تحتوي على عبارة الشرط الجزائي صراحةً، بل تضمَّن عبارة "التعويض الاتفاقي" Consensual Compensation (المادة 170 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل).

2. إن الشرط الجزائي ملزِم لطرفي العقد، وأيضًا يعدّ وسيلة ضغط مادية تجبر المتعاقدين على الالتزام ببنود العقد المتفق عليه سلفًا بينهما، خاصةً عقود المقاولات لما لها من أهمية كبيرة جدًا في المعاملات المالية والعقدية.

3. إن معظم القوانين، ومنها القانون المدني العراقي والأردني، قد فوض للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي، على الرغم من وجود قاعدة فقهية مفادها أن "العقد شريعة المتعاقدين"، وهذا ما نصت عليه المادة (3/170) من القانون المدني العراقي، والمادة (364) من القانون المدني الأردني، إذ فوض هذان القانونان المحكمة بتقدير الضرر عند تقديم شكوى أمامها من قبل أحد العاقدين.

4. إنه إذا ثبت للمحكمة أن عدم التزام المقاول بتنفيذ المشروع كان بسبب قوة قاهرة أو ظروف طارئة لا يد لهُ فيها، فإن الشرط الجزائي ينتفي ويبقى تقدير ذلك مناط بمحكمة الموضوع.

5. إن الشرط الجزائي تابع للعقد الأصلي، فإذا بطل العقد الأصلي لأي سبب بطل الشرط الجزائي أيضًا على أساس أن "الفرع يتبع الأصل".

التوصيات:

من أهم التوصيات التي نتقدم بها المشرع العراقي وإلى فقهاء القانون:

1. نوصي المشرع العراقي بأن يحدد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)، وذلك لعدم خرق قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، ويجب أن يكون تقدير القاضي للتعويض قريب من الاتفاق المبرم بين الطرفين، خاصةً في عقود المقاولات، لما لها من أهمية كبيرة في التبادل الاقتصادي والمالي بين الدول.

2. يجب أن يبادر المتعاقدين بتسجيل الشرط الجزائي لدى الجهات الرسمية، ليحصل على صبغة الإلزام والشكلية المطلوبة، كتسجيله في دائرة الكاتب العدول [قانون كتاب العدول رقم 33 لسنة 1998، وقانون المرور رقم 86 لسنة 2004].

3. يجب أن تشرع مادةً قانونيةً تجعل من الشرط الجزائي جزءًا لا يتجزأ من العقد، خاصةً عقود الاستصناع المقاولة.

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

القرآن الكريم:

الكتب العامة والقوانين:

- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، الوقائع العراقية، العدد 3015، أيلول 1951.
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، الوقائع المصرية، العدد 108، 1948.
- قانون الإجراءات المدنية الإيراني الجديد الصادر في سنة 1973.
- القانون المدني المصري رقم (28) لسنة 1875 المعدل سنة 1949.
- قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971، الوقائع العراقية، العدد 1995، أيار 1971.
- ابن منظور، لسان العرب، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1999.
- ابن حنبل، أحمد، (1313هـ)، المسند، القاهرة، دار إحياء التراث العربي.
- البدران، كاسب عبد الكريم (1984): عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة: دراسة مقارنة)، ط2، الرياض: جامعة الملك فيصل.
- السنهوري، أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، مطبعة النهضة مصر، مصر، 2011.
- الطوسي، أبو جعفر محمد بن الحسن، (385460 هـ)، التبيان في تفسير القران، ج7، تحقيق وتصحيح العاملي، أحمد حبيب قصر.

- الضرير، الصديق محمد أمين (1999): الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، ج2.
- الشيخ عباس كاشف الغطا، الشيخ عباس بن الحسن بن جعفر المالكي النجفي (1837 – 17 سبتمبر 1905) (1253 – 18 رجب 1323)، فقيه جعفري وكاتب ديني عراقي، من أهل القرن التاسع عشر). ج2، 1999.
- الرزقا، مصطفى أحمد، المدلول الفقهي العام للالتزام، ج1، ص426.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر (2002): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية.
- النشوي، ناصر أحمد ابراهيم، التكييف الشرعي والقانوني لعقد الاستصناع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة.
- اليمني، محمد عبد العزيز (2006): الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (دراسة فقهية مقارنة).
- حسن جلالي (2012): استكشاف الحكم الفقهي للشروط الجزائية والتهديد بغرامات تأخير النظام المصرفي الخالي من الفوائد)، انظر الرابط: https: //llilr.journals.isu.as.ir/artisle-1262-html.
- داردكه، فوائد صالح موسى، الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)، في القانون المدني الأردني، (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، 1994.
- محمد عثمان شبير، (دراسة مقارنة)، قضايا اقتصادية معاصرة، ط2، 1998.
- كاشف لغطاء، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة) 2016.
- نبيل سعد، نظرية الالتزام العامة، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- محمد وليد العبادي، آثار الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، نشرة الدليل الإلكتروني للقانون العربي، http: //www.arablawinfo.com .
- قرار محكمة التمييز الأردنية /حقوق/ رقم 502 المؤرخ 1995/4/16(هيئة عامة)، منشورات مركز عدالة.
- القرارات والتوصيات لمجمع الفقه الإسلامي للدورة الثانية عشر/1421هـ.