Al Jinan الجنان

Volume 13 Article 7

2020

# Judicial authority on penalty clause

Alissar Farhat
*Jinan University*, alissar-farhat@hotmail.com

Saed Yakan
*Jinan university*, saedyakan@gmail.com

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/aljinan

Part of the Jurisdiction Commons

## Recommended Citation

Farhat, Alissar and Yakan, Saed (2020) "Judicial authority on penalty clause," *Al Jinan الجنان*: Vol. 13 , Article 7.
Available at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/aljinan/vol13/iss1/7

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in Al Jinan الجنان by an authorized editor. The journal is hosted on Digital Commons, an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aaru.edu.jo, marah@aaru.edu.jo, u.murad@aaru.edu.jo.

**الدكتورة أليسار فرحات فرحات**
**المحامي سائد أمين يكن**
جامعة الجنان

**Dr. Alisar Farhat Farhat**
**J.D. Saed Amin Yakan**
Jinan University

# سلطة القضاء على البند الجزائي

# Judicial authority on penalty clause

(دراسة مقارنة)

DOI: 10.33986/0522-000-013-010

**ملخص البحث**

من المألوف لجوء الأطراف في العقد لتضمين عقدهم بنداً جزائيا يأملون منه الحض على حسن التنفيذ والتقيد بالمهل المحددة، دون اللجوء الى القضاء لكن هذا البند أنتج بذاته إشكاليات متصلة به، حيث طرحت أسئلة حول صحته والشروط الواجب أن يستوفيها حتى يتم العمل به، كما طرحت أسئلة أخرى حول سلطة القضاء للتدخل في تقدير هذا البند، خاصة ان هذا التدخل يعد خروجاً واضحاً على أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد، وهو المبدأ الذي يقضي بأن «العقد شريعة المتعاقدين «فهل يجوز للقاضي تعديل البند الجزائي تخفيضاً وزياده؟ وما هي ضوابط هذا التدخل إن كان جائزاً؟

لم يتوحد الموقف في القانون المقارن لدى معالجته لهذا الأمر وهنا تبرز أهمية هذا البحث في تناوله لأهم النظريات القانونية المتعاكسة حوله وهي لا تزال قيد الأخذ والرد ومحل خلاف في القوانين المقارنة.

حيث أعتبر البند الجزائي في مكان ما مزيج بين التعويض والعقوبة، فأعطي القاضي سلطة تعديله بالزيادة او النقصان، وفي مكان آخر أُجيز له تعديل البند عندما يكون تعويضا عن ضرر فقط دون انطوائه على أي عقوبة.

لقد هدف هذا البحث إلى مناقشة وتحليل تلك المواقف وصولا الى تحديد الأسس التي يعتمدها القاضي للتدخل في تطبيق البند الجزائي، والتأكد من التوصيف الصحيح له، مع التحقق من شروط إعماله، وصولا الى تناوله بالتعديل حسب الحالة المعروضة.

## Abstract

It is known that the parties of the contract include, in their contract, a penal clause hoping to urge good implementation and adhere to the specified deadlines without resorting to the judiciary. This clause led to many problems related to its nature. Questions were asked about its lawfulness and the conditions that must fulfill in order to be implemented, and the judiciary's authority to interfere in the assessment of this clause, especially because this interference is considered an objection to the most important legal principles of the contract, knowing that this clause considers the contract "the law of the contractors". Accordingly, we should ask the following questions: The judge may amend the penal clause to reduce and increase it? What are the restrictions of this intervention?

The attitude toward the comparative law was not unified between judges when dealing with this matter; thus, the importance of this research is that it reveals the most important contradicting legal theories related to it, which, until nowadays, there is no consensus or agreement on this matter.

Considering that the penal clause, sometimes, is a mixture between compensation and punishment, the judge has the authority to amend it by increasing or decreasing it, or the right to amend the clause when it is only a compensation for damage without imposing any penalty.

This research aimed to discuss and analyze these situations in order to determine the foundations adopted by the judge to interfere in the application of the penal clause, and to make sure of its right description, to verify the clause legal conditions and to deal with the amendment according to the presented case.

## سلطة القضاء على البند الجزائي

(دراسة مقارنة)

اعتمد العقد وسيلة لتداول السلع والمنافع وإقامة العلاقات التجارية والاقتصادية بين الأشخاص، واستمد قوته من مبدأ سلطان الإرادة تطبيقًا للقاعدة الكلية القائلة بأن العقد شريعة المتعاقدين، وان الإرادة تنتج الموجبات بعيدا عن تدخل أي عامل خارجي ، ولكن الممارسة العملية أظهرت إمكان جنوح هذه الإرادة بما يفسد العدالة، ويخل بالمساواة فعوامل التطور الاقتصادي والاجتماعي وغيرها من العوامل، قد أبرزت عيوب هذا المبدأ ومخاطر الأخذ به على إطلاقه، وأظهرت من السلبيات ما أدى إلى خلل في موازين العلاقات القانونية فنجم عنه ظلم واستغلال، فتجاوزت هذه الحرية الحدود وأصبحت في بعض العقود استغلال الأقوياء للضعفاء والمعوزين، ما أدّى إلى انتقاص «سلطان الإرادة» وهذا ما دفع العديد من المشرعين إلى إدخال الكثير من القيود والحدود، حتى تتوافق مع المصالح الاجتماعية بصورة عامة. فأوردت التشريعات هذه القيود ضمن نصوص آمرة اوجبت إعمالها وألزمت القاضي بأن يستند إليها في إصدار حكمه.

ومن المعلوم أن سلطة القاضي للتدخل في العقود المتصلة بنزاع مطروح عليه هي سلطة ثبتت له ووجدت منذ زمن بعيد، وهي تتصف بأهميتها وضرورتها بالنظر لما تهدف اليه من إرساء قواعد العدالة والمساواة وحماية الطرف الضعيف في العقد.

ويظهر دور القاضي في تعديل العقد عند مرحلتين، أولهما مرحلة تكوين العقد وثانيهما مرحلة تنفيذ هذا العقد، ففي المرحلة الأولى يكون للقاضي وبموجب النص القانوني أن يعدل العقد متى وجد أنه يحمل إخلالاً بالتوازن بين مراكز أطرافه كالحال الذي يتضمن فيه العقد غبنًا أو استغلالاً لأحد المتعاقدين، أو أن يحمل أحد بنود العقد وصف الشرط التعسفي، إذ يكون للقاضي أن يبطل العقد أو يزيل الغبن الذي شابه، فينقص من التزامات الطرف المغبون وله أن يستخدم غير ذلك من الوسائل التي تؤدي إلى ذات النتيجة، كأن يعدل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو أن يعفي الطرف المذعن منها كليةً.

ولا تقتصر سلطة القاضي في التعديل على هذه المرحلة بل تتعداها إلى مرحلة تنفيذ العقد، وفيها منح القانون للقاضي سلطة تقديرية واسعة هدفها إعادة التوازن للعقد، وإزالة أي إجحاف بحق الطرف الضعيف فيه كإنقاص الموجبات الواردة فيه، أو زيادة الموجب المقابل كما له أن يؤجل التنفيذ وذلك في حالة الظروف الطارئة [1] والبند الجزائي.

١- بالنسبة لحال الظروف الطارئة اعترف القانون المدني المصري به وحدد للقاضي طرق التدخل في حال تواجدها اما القانون اللبناني فلم يعترف بها ولم يأت على ذكرها ما يؤكد تقيده بمبدأ سلطان الارادة والعقد شريعة المتعاقدين.

وتبرز تطبيقات سلطة القاضي في التعديل في هذه المرحلة في أكثر من حالة ففي الظروف الطارئة، يكون للقاضي أن ينقص من الموجب أو يزيد من الموجب المقابل أو أن يوقف تنفيذ العقد، وله في حال احتواء العقد بندا جزائيًا أن يخفض من قيمة هذا الشرط أو يزيد فيه، وفضلاً عن ذلك فإن له أن يعدل في الأجل الاتفاقي، ويمنح المدين المعسر فرصة بانتظار يسره.

وتتسم سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه بخطورة غير عادية، باعتبار أن سلطة التعديل تُعد خروجاً واضحاً على أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد، وهو المبدأ الذي يقضي بأن «العقد شريعة المتعاقدين»: فلا يجوز لأي من المتعاقدين تعديله أو إنهائه متفردا، كما لا يجوز ذلك حتى للقاضي، الذي يجب عليه احترام هذه القاعدة وتطبيق بنود العقد كالقانون. وإن موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد ومن ضمنه البند الجزائي، يثير العديد من المشاكل والأطروحات القانونية الهامة التي يتعين دراستها.

فهل للقاضي مطلق الحرية في سلطته أم أنه مقيد بضوابط وحدود على السلطة؟ ما هي الحالات التي يتدخل فيها القاضي في التقدير؟ كيف تتم رقابة القاضي على البند الجزائي؟ وما هي ضوابط ممارسته الرقابة؟ وهل يحق له التدخل في إنهاء أو زيادة أو تخفيض البند الجزائي؟

سنتولى من خلال هذا البحث الإجابة قدر المستطاع عن هذه الأسئلة والإشكاليات عبر فصلين نخصص الأول منهما للبحث في ممارسة القضاء دور الرقابة على البند الجزائي، ونعالج في الثاني نتائج ممارسة القضاء الرقابة على البند الجزائي.

**الفصل الأول: ممارسة القضاء دور الرقابة على البند الجزائي**

البند الجزائي هو نتاج الإرادات وهو عمل عقدي دون أي خلاف والمبدأ الطبيعي يتمثل في احترام العقد من قبل أطرافه والتزامهم به، ولا يملك احد منفرداً بما في ذلك القاضي [٢] حق تعديله تطبيقا لمبدأ «القوة الملزمة للعقد»، وعملاً بالقاعدة الأساسية بأنّ العقد ملك اطرافه وحدهم جميعا، وهي قواعد مشتقة منطقيا من مبدأ «سلطان الإرادة»، إلا أنّ المشرع أجرى على هذا المبدأ استثناءات قيّدت هذه الحرية، وأُنيط تطبيقها بالقاضي حيث أُجيز له التدخل بمراجعة العقد فشكّل تدخله هنا أهم الاستثناءات على مبدأ الحرية التعاقدية[٣].

وحيث أنّ البند الجزائي يحدد تعويضاً يتم تقديره قبل وقوع الضرر، فهو تعويض يقدره الطرفان بشكل جزافي أي أنه يكون بمنأى عن الضرر المتوقع وقدره ودرجة جسامته. وانطلاقاً من

---

٢- محكمة الدرجة الاولى في جبل لبنان، ٢٨-٧-٢٠٠٩ ، مجلة العدل عدد ٤ –٢٠٠٩- ص ١٦٤٢-١٦٣٨

"المبدأ ثبات البند الجزائي ولا يمكن تعديله ، لكن تتمتع المحكمة بامكانية التخفيض شرط ان لا يكون طرفا العقد استبعدا هذا التدخل صراحة او ضمنيا"

3- Com 18 Dec 1979. Bull, n, IV: Rev. Trim. Dr. civ. 1980, 780 no3 obs. Cornu.

ذلك فإنّ هذا التعويض قد يكون متناسباً مع مقدار الضرر، وقد لا يكون كذلك، فمن الممكن أن يكون الضرر أكبر منه أو أقل.

ولهذا فإن القاضي يتمتع بسلطة واسعة في التحكم بالبند الجزائي[٤] من حيث التعديل سواء بإنقاصه أو بزيادته، ولعلّ سلطة القاضي في مجال التعويض تمثل ضرورة لا غنى عنها، ومطلباً حيوياً لمواجهة كل مشاكل التعسفات التي قد يتسبب البند الجزائي فيها فيعود للقاضي تخفيض البند او زيادته وفقا للحالة التي هي امامه.[٥]

إذن التدخل القضائي في البند الجزائي ممكن ويشكل ذلك نوعا من الرقابة القضائية الجزائية عبر سلوك خطوات متتابعة، بدءاً من التأكد بأن البند المطروح أمام القضاء هو: بند جزائي إلى التأكد من أنه لا يخالف القواعد القانونية الآمرة إلى معرفة نوع البند الجزائي، إن كان عن عدم التنفيذ أو عن التأخر في التنفيذ، لما لذلك من تأثير خاص على النتيجة.

وأخيراً التأكد من توفر شروط البند الجزائي من خطأ، وضرر، وصلة سببية مع الإنذار، فإذا توفرت كافة هذه الشروط وتأكد القاضي منها جميعاً عندها يمكنه التدخل لزيادة البند أو إنقاصه بحال عدم التناسب بينه وبين الضرر الحاصل.

لذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

الأول: يتناول التحقق من وجود البند الجزائي الصحيح القابل للإعمال

الثاني: يتناول تعديل القاضي للبند الجزائي

**المبحث الأول:** التحقق من وجود البند الجزائي الصحيح القابل للإعمال

حتى يصح الحديث عن تدخل القضاء في تطبيق البند الجزائي، يجب التأكد أولا من وجود هذا البند بشكل صحيح كالتأكد من الوصف القانوني للبند امامه، مشروعية هذا البند اي عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة مع تحديد نوع البند مما يتيح للقاضي بعدها الانتقال الى ممارسة سلطته في التدخل، وانّ عملية التأكد والرقابة هذه تستلزم القيام بخطوات كالتالي:

4- Terre F.,SimlerPH.,etLequette Y.- Droit civil . les obligations. Précis Dalloz. 11e édition.2013

٥- محكمة الاستئناف المدنية ، قرار رقم ٣٥١ عام ٢٠١٤ – مجلة العدل عدد ٣ -٢٠١٤ ، ص ١٣٩٥-١٣٩٧

القاضي المنفرد في المتن ، قرار رقم ٧٧ – تاريخ ٢٦-٢-٢٠٠٩، مجلة العدل رقم ٤،٢٠٠٩ ، ص ١٦٧٤-١٦٧٦

**المطلب الأول: التحقق من وجود البند الجزائي الصحيح وتصنيفه**

عندما يطرح النزاع أمام القضاء أول ما يقوم به القاضي، هو التأكد من أنّ البند المطروح هو بنداً جزائياً وليس مؤسسة قانونية مشابهة. فقد نصت المادة ٣٧٠ اصول محاكمات المدنية على انه: «على القاضي أن يعطي الوصف القانوني الصحيح للوقائع والأعمال المتنازع فيها دون التقيد بالوصف المعطى لها من الخصوم.»

فالقاضي لا يتقيد بالوصف القانوني [٦] الذي وضعه الأطراف، بل يعمل فكره وعلمه ليضع للنص توصيفاً قانونياً ينسجم مع القواعد والمبادئ القانونية التي تحكمه. واذا تمسك الفرقاء بالوصف الذي يتماشى مع رغباتهم بعيدا عن التوصيف القانوني الصحيح في سلوك يحصل وفقاً لمستوى معرفتهم القانونية التي لا تكون كافية أحياناً، او تكون ولكن الى جانبها نزعة للتحايل على القانون[٧]، عندها يكون على المحكمة أن تبحث عن الوصف الصحيح تمهيداً لمعرفة النصوص القانونية الواجبة التطبيق لإيجاد الحل القانوني الصحيح في القضية المعروضة عليها وعلى القاضي إعطاء هذا الوصف القانوني الصحيح وفق نص المادة ٣٧٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية. فهناك الكثير من الحالات التي يصل فيها النزاع إلى القضاء لإعمال البند الجزائي ليتبين أنه ليس بنداً جزائياً.

مثال ذلك[٨] ما اعتبرته محكمة التمييز الفرنسية في قرارٍ صادرٍ عنها بتاريخ ١٩٩٦/١٠/١٧: «البند الجزائي الذي بموجبه يمكن لرب العمل أن يصرف الموظف (...) الحالة التي يرتكب فيها هذا الأخير خطأً فادحاً لا يشكل بحد ذاته بنداً جزائياً». وأيضاً في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٤/١ اعتبرت أنه:» يمكن للفرقاء في أي حالٍ أن يعتمدوا بنداً يعطي للموظف حقوقاً إضافيةً عن تلك المنصوص عليها في القانون... وعليه يكون البند الذي يعطي الموظف حق المطالبة بـ ٦ أشهر كتعويض صرف هو بند صحيح ولا يشكل بنداً جزائياً يمكن للقاضي تخفيضه...».

بعد التأكد من أنّ البند المعروض في النزاع أمام المحكمة هو بند جزائي، عندها تأتي المرحلة الثانية والتي هي التأكد من توفر شروط الصحة والضوابط القانونية التي إذا أتى العقد أو البند على خلافها يعتبر باطلاً لمخالفته للنظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها الصفة الإلزامية.

٦- محكمة التمييز المدنية – بيروت رقم ١٦٩- تاريخ ٣١-١٠-٢٠١٦ ، مجلة العدل ،العدد رقم ١ –٢٠١٧ ، ص٢٤٨-٢٥٠ «للمحكمة اعطاء الوصف القانوني الصحيح للوقائع والاعمال القانونية دون التقيد بالوصف المعطى من قبل الخصوم»

٧- القاضي المنفرد المدني – صيدا رقم ٥- تاريخ ٢٨-٤-٢٠١٥، مجلة العدل ١ ، ٢٠١٧ ص ٤٨٠-٤٨٣

٨- وردت هذه القرارات في مرجع صعب، محمد مرعي، -البند الجزائي، دراسة مقارنة- المؤسسة الحديثة للكتاب- طرابلس-لبنان- ٢٠٠٦ ، ص ٣٥٠-٣٥١.

فالمشرّع اللبناني أعطى الفرقاء في المادة ١٦٦[٩] من قانون الموجبات والعقود حرية التعاقد شرط احترام النظام العام والقواعد والأحكام القانونية التي لها الصفة الإلزامية والتي لا يعود للفرقاء حق مخالفتها أو الاتفاق على ما يخالفها سواء أتم ذلك بصورة مباشرة أم بصورة غير مباشرة.

مثلاً البند الجزائي الموضوع كبدل تأخير عن دفع مبلغ من النقود فإذا جاءت الفائدة تتجاوز الحد المسموح به قانوناً وهو ٩٪ في الأمور المدنية يعتبر الموضوع في هذه الحالة مخالفاً للنظام العام.

فالبند الجزائي الصحيح والمشروع القابل للتطبيق والإعمال هو أولاً: البند الصحيح بذاته المشروع بطبيعته، غير المخالف لقاعدة من قواعد النظام العام والآداب العامة وهو ثانياً: المرتبط بموجب صحيح ومشروع أيضاً.

بعد التأكد من أن البند المعروض أمام المحكمة هو بنداً جزائي يكون على المحكمة كمرحلة ثالثة: معرفة نوع البند المعروض إن كان بدل تأخير عن التنفيذ أو بدل النكول عن التنفيذ، لما يؤثر ذلك لجهة حجم التعويض المتفق عليه ومدى إمكانية تخفيضه أو زيادته كما ولجهة جمع التعويض والتنفيذ معاً.

حيث انّ البند الجزائي الموضوع كبدل تعويض لا يقبل التغيير من قبل القاضي من حيث المبدأ[١٠]، بينما نص المادة ٢٦٦ كان صريحاً في إعطاء القاضي الحق بتعديل البند الجزائي إذا أخذ شكل غرامة إكراه، أي مقابل التأخير، بالإضافة إلى أن اختلاف نوع البند المعروض يؤثر على ضرورة إثبات وقوع الضرر أو لا. ففي حالة البند الجزائي الموضوع كبدل تعويض عن التخلف النهائي عن التنفيذ لا ضرورة لإثبات الضرر أما في حال كان البند الجزائي موضوع كبدل تأخير فقط عندها يجب إثبات حصول الضرر وهو أمر ضروري.

وبالتالي فإن على المحكمة أن تمارس صلاحيتها بعد تحديد الوصف القانوني الصحيح للبند الجزائي المعروض أمامها وتقوم بتحديد نوعه من أجل تحديد فئة القواعد والمبادئ القانونية الواجبة التطبيق في الحالة المعروضة أمامها تمهيداً إلى إعطاء الحل القانوني الصحيح المتوافق مع طبيعة البند الجزائي موضوع النزاع.

**المطلب الثاني: التحقق من إمكانية إعمال البند الجزائي**

بعد ان يقف القاضي على ما ذكر أعلاه ينتقل للتحقق من مدى توافر العناصر الأساسية

٩- المادة ١٦٦- إن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد، فعلى الأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية.

١٠ - محكمة الاستئناف المدنية رقم ١٤- تاريخ ٩-٣-١٩٧١ مجلة العدل عدد ٣ -١٩٧١ ، ص ٤٩٢

البند الجزائي هو تعويض عن الضرر لا يجوز للقاضي تعديله الا اذا وضع للتأخير،على سبيل الاكراه او في حال تنفيذ جزء من الموجب الاصلي"

الواجبة الوجود، للقول بوجوب التعويض من خطأ وضرر وصلة سببية مع الإنذار في الحالات التي يوجب القانون فيها الإنذار لممارسة السلطة التقديرية المخولة له قانوناً وهي تمثل الشروط العامة لتدخل القاضي في تعديل البند الجزائي أو إنهائه ونذكرها بشكل سريع:

أولاً: الخطأ من جانب المدين، فهو أول ما يبحث القاضي عنه. فإذا غاب الخطأ لا محل لإعمال البند الجزائي حيث أنه تقدير للتعويض ولا يستحق الأخير عند انتفائه[١١].

ثانياً: حصول الضرر، لا يكتفي القاضي ببحث توافر الخطأ بل يجب أن يبحث عما إذا كان قد نجم عن الخطأ ضرر بالدائن، ذلك أن الضرر ان انتفى لا يكون التعويض مستحقاً، ولا محل لإعمال البند الجزائي في هذه الحالة. وإن البند الجزائي وإن لم يستبعد ركن الضرر إلا أنه ينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين[١٢].

ثالثاً: الصلة السببية بين الضرر المدعى والخطأ المرتكب، وهي شرط أساسي للتعويض فلا يكتفي القاضي بحصول الخطأ ووجود الضرر لتطبيق أحكام البند الجزائي فيجب أيضاً أن يكون هذا الضرر الذي لحق بالدائن هو نتيجة خطأ المدين[١٣]. أما إذا انتفت هذه العلاقة بينهما فعندها لا تقوم المسؤولية كأن يكون هناك سبب أجنبي عن المدين مثل القوة القاهرة، فعل الغير، أو خطأ المتضرر، فإذا كان كذلك لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض، كما لو أثبت المقاول أن السبب في عدم تنفيذه للعمل المتفق عليه في عقد المقاولة في الموعد المحدد يرجع لقيام حرب أو حدوث صاعقة أو حريق أو غير ذلك مما يعتبر قوة قاهرة أو فعل الغير.

رابعاً: إن شرط الإنذار يلزم توفره في الأحوال التي يوجب فيها القانون ذلك، فإذا لم ينذر الدائن مدينه في هذه الحالات عندها لا يمكنه المطالبة بالتعويض.

أما في حال أصبح التنفيذ العيني غير ممكن فلا ضرورة حينئذ للإنذار[١٤].

**المبحث الثاني: تعديل القاضي للبند الجزائي.**

يعتبر البند الجزائي تعويضاً لضرر متوقع حصوله، ويحدد الدائن مقداره بطريقة جزافية تتضمن مبالغة بقصد التهديد، ويقبل المدين آنذاك انطلاقاً من حسن نيته وثقته بأنه سيقوم

١١ – سلطان، أنور، النظرية العامة للالتزام– دار منشأة المعارف– الاسكندرية– ١٩٩٥، ص ١٧٤.

١٢ – السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني – ج –٣نظرية الالتزام– دار النهضة العربية– ١٩٦٤ ، ص ٨٥٨. ويجدر الذكر أن مسألة وجود الضرر أولاً لا زالت محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من اشترط وجوده وفهم من اكتفى بعدم التنفيذ أو سوء التنفيذ أنه بحد ذاته ضرر.

١٣ – الرويشد، عبد المحسن، مرجع سابق ، ص ٢٢٧.،( أحمد، ابراهيم)– الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي –دراسة مقارنة–المكتب الجامعي الحديث– الاسكندرية– ٢٠٠٣–ص ١٢٥

١٤ – السنهوري، مرجع سابق ، ص ٨٢٠.

بالتنفيذ بطريقة لا مجال معها لتحقق تطبيق ذلك الشرط،، وكون القاضي وباعتباره حامي العدالة، وتحقيقها هو أهم واجباته، بالتالي ليس هناك ما يؤدي إلى الخوف من منحه تلك السلطة طبعا ضمن ضوابط وليس بشكل مطلق.

ولكن وبالرغم من أهمية تدخل القاضي إلا انّ هذه السلطة أُحيطت بعددٍ من الضوابط والقيود التي تضمن عدم تحكم القضاة ومغالاتهم في التعديل كما تضمن عدم زعزعة الثقة في العقود المبرمة، ولا تهيئ للطرف الضعيف فرصة التملص من التزامه العقدي.

فما هو موقف القضاء من طلب التعديل؟ (المطلب الاول) وما هو الأساس القانوني لسلطة القاضي في تعديل البند؟؟ (المطلب الثاني)

**المطلب الاول: موقف القضاء من طلب التعديل**

ترتبط سلطة القاضي في تعديل البند الجزائي الذي يتضمن تفريطاً او افراطاً الى درجةٍ كبيرة بالضرر، فالواجب على القاضي أن يقوم بعمل مقارنة بين قيمة التعويض الاتفاقيي، والضرر الناتج عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فإذا وجد عدم التناسب بينها لدرجة كبيرة عمد إلى تخفيضه أو زيادته ولا يتعين عليه أن يقف عند التناسب البسيط[١٥].

**النبذة الاولى: رفض التعديل**

لا يقبل القاضي تعديل البند الجزائي بناء على طلب الطرف الضعيف، إلا إذا كان هذا الأخير قد تصرف بحسن نية فالأسباب المفسرة للإخلال بالموجب، يجب أن تكون ذات اعتبار فإذا كان عدم التنفيذ أو التأخر فيه قد تسبب به الطرف الضعيف بسوء نية فإن ذلك لا يعطيه الحق في الاستفادة من سلطة القاضي في التعديل لأن حسن النية قاعدة عامة تهيمن على تنفيذ جميع العقود[١٦]. فاعتبرت محكمة الاستئناف ان لا مجال للتخفيض في حال ثبوت أي سوء نية :»حيث ان هذه المحكمة ترى ان ما أقدم عليه مورث المستأنف عليهم امر خطير فيه تعريض لصحة عدد كبير من اللاجئات للضرر فضلا عما فيه من افساد المستخدمين الموكل اليهم حمايتهم والمحافظة على سلامتهن، ومن ثم لا ترى المحكمة محلاً لتخفيض شيء من التعويض المقيد في العقد»[١٧].

**النبذة الثانية: قبول التعديل:**

اذا وجد القاضي ان الدعوى المعروضة أمامه تتطلب تدخله بسبب وجود بند جزائي في العقد

١٥ – الرويشد، عبد المحسن، مرجع سابق ، ص ٢٨٩.

١٦ – جاد الرب، حسني، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي– دار الفكر الجامعي– الاسكندرية–٢٠١٣ ، ص ٢٢٦.

١٧ – محكمة الاستئناف الاهلية في ٢١–١٢–١٩٦٨، مجلة المحاماة رقم ١٦٨، دار الطباعة المصرية ، ص٣٤٥.

متضمن افراطاً بدرجة كبيرة[١٨] ولم يجد ما يحول دون التعديل وارتأى وبناء» لسلطته التقديرية الاستنسابية وجوب تعديل البند الجزائي فيمكنه اجراءه ، وعندها يمكنه الأخذ بنظرية من ثلاث اعتمدت في هذا المجال :

**أ - النظرية الأولى: نظرية الملاءمة والتساوي**

يرى أصحاب هذه النظرية أنه يجب على القاضي أن يقوم بملاءمة التعويض مع الضرر الذي حلّ فعلاً، فإذا كانت قيمة البند الجزائي مثلاً مليوني ليرة لبنانية والضرر حوالي المليون ليرة، يكون على القاضي تخفيض الجزاء إلى المليون ل.ل وتسود هذه النظرية لدى جانب من القضاء المصري حيث اعتبرت محكمة استئناف القاهرة[١٩] أنه: «ينبغي أن تتعادل قيمة الضرر مع قيمة الجزاء المشروط في العقد» [٢٠]

هذه النظرية لم تسلم من النقد لأنها كما يقول منتقدوها ألغت دور البند الجزائي وانتهت إلى حل جعل من سلطة القاضي سلطة إبطال وليست سلطة تعديل، وتعدّى بذلك مبدأ « سلطان الارادة» و«العقد شريعة المتعاقدين».

خاصة انه وبعودتنا الى جذور وطبيعة البند الجزائي نجد انها تبدأ بكونها اتفاقية تعويضية وتنتهي بكونها اتفاقية تهديدية هادفة الى استخدام التهديد بالاتفاق من اجل التعويض عن ضرر تحقق.

فهي ليست فقط تعويض عن الضرر بل هي في الأساس وضعت لتكون رادعاً يمنع المدين من التلكؤ في التنفيذ وان حصل ذلك فعليه ان يتحمل عقوبةً معينة كحض من المشرع على التنفيذ وتعويض عن ضرر إذا حصل وبالتالي تكون هذه النظرية قد نسفت الهدف الأساسي من البند الجزائي.

**ب - النظرية الثانية: نظرية حرية التعديل**

بموجب هذه النظرية يكون للقاضي أن يعدل البند الجزائي حسب ما يراه ووفقاً لما يضبط من وقائع وظروف. وقد أخذت بهذه النظرية معظم التشريعات[٢١] كالقانون المدني الفرنسي واللبناني

١٨ - محكمة الاستئناف المدنية – لبنان الشمالي رقم ٣٢٦- تاريخ ٢٤-٥-٢٠١٢ ، مجلة العدل عدد ٤ – ٢٠١٣-ص ٢٠١٩-٢٠٢١

١٩ - الرويشد، عبد المحسن، مرجع سابق، ص ٤٠٤.

٢٠ - استئناف ١٩٥٩/٦/٢٣ ، رقم ٨٢١ س ٧٥ ق موسوعة الفضاء، عبد المعين لطفي جمعة، الكتاب الثاني، عالم الكتب، ١٩٧٥، ص ١٨٨.

٢١ - القانون المدني الفرنسي المادة ١١٥٢- قانون الموجبات والعقود المادة ٢٦٦ القانون المدني المصري المادة ٢٢٤

Morin - Incidence d'une clause pénale sur le caractère usuraire d'un prêt d'argent, note sous Trib .com.,24 oct.1967. Voulet . J – Les clauses pénales : inf.chef. d'entr.,1969. P.950

والمصري، (القانون المدني الفرنسي المادة ١١٥٢- قانون الموجبات والعقود المادة ٢٦٦ القانون المدني المصري المادة ٢٢٤) والتي جاءت بنصوص تمنح الحرية كاملة ليحدد كيف يتم التخفيض دون أي ضابط يحدد هذه المهمة[٢٢]

وهذه النظرية يصعب التسليم بها، كونها تعطي حرية كبيرة للمحاكم يترتب عليها اختلاف الأحكام وتباين الجزاءات وتفتح الباب أمام التحكميات القضائية وتحول دون تحديد موقف القضاء من البند الجزائي بالإضافة إلى أنها تمحو دور إرادة الطرفين كما في النظرية الأولى[٢٣].

**ج - لنظرية الثالثة: نظرية التعديل إلى الحد المناسب**

ترى هذه النظرية أنه يتعين على القاضي عندما يواجه معضلة النظر بالبند الجزائي لتعديله، أن يقف عند الحد المناسب، و بحسب المثال المتقدم فاذا كان الضرر يساوي مليون ليرة ، وكان البند مليونين ونصف يجب على القاضي أن يخفض التعويض إلى مبلغ مليوني ل.ل، وهو ما يشكل الحد المعقول بين مبلغ المليونين ونصف ل.ل وهي بداية الارتفاع إلى درجة كبيرة أو مبلغ المليون ل.ل المساوي للضرر[٢٤].

وهذه النظرية حظيت بالقبول والترجيح لدى جانب مهم من الفقه المصري [٢٥] وفي بعض القوانين الأوروبية منها المانيا وايطاليا [٢٦]حيث ترى التخفيض والزيادة إلى حد التناسب المعقول وليس التساوي[٢٧]. وإن تقدير التعويض الذي يجبر الضرر مسألة تقديرية بحتة، سواء تعلقت بإرادة الأطراف أو بعمل القاضي وهي ليست مسألة حسابية بسيطة وحاسمة يمكن أن يصل فيها العديد من الناس إلى نتيجة واحدة فلسنا نجد الحد الفاصل بين ما هو متجاوز لقيمة الضرر وما هو معادل لقيمته[٢٨].

**المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة القاضي في تعديل البند**

إن سلطة القاضي في تعديل البند الجزائي بالزيادة أو بالنقصان لا يمكن أن تؤدي ثمارها إلا إذا ارسيت على قاعدة قانونية صلبة وحظيت بالضمانات التي تكفل لها الصلابة والقوة. وإن متطلبات الكمال والإتقان تقتضيان إسباغ صفة النظام العام على هذه السلطة والنص على

٢٢ - ملحق المحاماة، ص ٣٨. المادة ٢/٢٢٤.

٢٣ - الرويشد، عبد المحسن، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

٢٤ - المرجع اعلاه ، ص ٤٠٨.

٢٥ - عدوي، مصطفى، مرجع سابق ، ص ١٠٠.

٢٦ - المادة ٣٤٣ من القانون المدني الالماني جاء فيها : « على القاضي ان يخفض الشرط الجزائي الى المبلغ المناسب» والمادة ١٣٨٤ والتي جاء فيها : على القاضي ان يخفض الشرط الجزائي بصورة عادلة «

٢٧ - عدوي، مصطفى، مرجع سابق ، ص ١٠٠.

٢٨ - دسوقي، محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٤٣٧.

التكامل بين حالتيها، فلا يجوز الاتفاق على استبعادها او تحديد نطاقها ونستعرض فيما يلي هذه الضمانات:

**النبذة الاولى: سلطة القاضي من النظام العام**

إنّ سلطة القاضي في تعديل البند الجزائي لها صفة النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها، فلو جردت سلطة التعديل من هذه الصفة، لما تردد الطرف القوي في إلزام الطرف الضعيف، بما يكفل استبعادها فمن قبل على نفسه تعويضاً مرتفعاً أو منخفضاً إلى درجة كبيرة سيرضى في خضم هذا الخضوع استبعاد سلطة القاضي[٢٩]، وبالتالي وتطبيقاً لذلك فإن أي اتفاق على استبعاد سلطة القاضي يقع باطلاً [٣٠] * [٣١]

لكن ومع الإقرار بصفة النظام العام هذه يطرح سؤال اخر يتصل بالمبادرة الى التعديل فهل يجوز للقاضي أن يقوم بتعديل البند الجزائي من تلقاء نفسه ام عليه انتظار طلب المدين عملا بمبدأ حياد القاضي و الحكم فقط بما يعرض امامه من طلبات ؟

في الإجابة على هذا التساؤل تجاذب الفقه رأيان : الأول يقول بأن ممارسة سلطة القاضي في التعديل تتوقف، على طلب المدين[٣٢]، أما الرأي الثاني فيعطي للقاضي سلطة التعديل من تلقاء نفسه[٣٣].

و لكن التشريعات في معظمها ترفض هذا الإجراء أي الراي الثاني: حيث جاءت النصوص على انّ سلطة القاضي في التعديل تتوقف على طلب المدين او على طلب احد الطرفين .[٣٤] وهذا الاتجاه لا يراه البعض الاخر[٣٥] جديرا بالتأييد لأنه حتى تبلغ السلطة القضائية غايتها لا بد من اعتماد الرأي الاخر، واعطاء القضاء سلطة التعديل من تلقاء نفسه مع احترام المبدأ الاساس القائل: بأن هذه السلطة هي استثنائية واحترام مبدأ «العقد شريعة المتعاقدين» كي لا يخالف القاضي القواعد العامة عبر الحكم بما لم يطلب منه...

وإذ لم يطلب الطرف الضعيف من القاضي التدخل فهذا لا يعني انه معترفاً بخطأ ارتكبه،

٢٩ – الرويشد، عبد المحسن، مرجع سابق ، ص ٤٧٠.

٣٠ – عدوي، مصطفى، مرجع سابق ، ص ١٠٠.

٣١ – القاضي المنفرد المدني في المتن ، تاريخ ٢٦,٢,٢٠٠٨– مجلة العدل ،عدد رقم ٢ تاريخ ٢٠٠٨ ، ص ٨٣٦–٨٣٨

* ولكن صدر مؤخرا قرار عن القاضي المنفرد المدني في المتن رقم ٥– تاريخ ٢٦,٢,٢٠٠٨ "يعتبر ان اتفاق الفرقاء لاستبعاد امكانية تعديل البند من قبل القاضي ليس من النظام العام وعليه في حال حدوثه فهذا الامر يمنع المحكمة من التدخل لامكانية تخفيضه حتى لو نفذ جزء من الموجب الاصلي

٣٢ – المادة ٢/٢٢٤ من القانون المدني المصري ، ص ٣٨ من ملحق المحاماة.

٣٣ – الرويشد، عبد المحسن، مرجع سابق ، ص ٤٧٣.

٣٤ – المادة ٣٦٤، مدني اردني .

٣٥ – الرويشد، عبد المحسن ، مرجع سابق ، ص ٤٧٢

ولكن قد يعمد إلى هذا تفادياً لمصاريف الدعوى التي يتوقع منها القليل، اضافة الى انه قد يكون مرتبطا مع الطرف القوي بأكثر من عقد ما يجعله يخشى طلب سلطة القاضي في إحداها حتى لا يخسر الآخر[٣٦].

**النبذة الثانية: تكامل سلطة القاضي**

سلطة القاضي في التعديل مكفولة قانوناً سواء كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو كان تأخراً في التنفيذ فالأمر مع هذه السلطة يتعلق بإجراء حماية للطرف الضعيف ويتكون من جميع الإجراءات التي تهدف إلى حمايته وما يتطلبه ذلك من تنسيق بينها[٣٧].

وبفضل هذا التكامل سيصبح من الجائز تخفيض شروط كان لا يمكن تخفيضها .[٣٨]

وقد نقضت محكمة التمييز الفرنسية حكما لمحكمة الاستئناف[٣٩] عندما رفض القاضي تخفيض البند الجزائي بحجة «ان الموجب لم ينفذ في الاجل المحدد ولو جزئيا وان البند الوارد في العقد يعالج حالة التأخر في التنفيذ وليس عدم التنفيذ» وقد اعتبرت محكمة التمييز الحكم خرقا للقانون « فلا داعي للتمييز بين حالة عدم التنفيذ او التأخر في التنفيذ الجزئي والكلي كي يمارس القاضي حقه ودوره في تخفيض البند الجزائي اذا كان هذا الجزاء مبالغا فيه بشكل واضح»[٤٠].

إذن فالأمر مع هذه السلطة يتعلق بإجراء حماية للطرف الضعيف، ويتكون من جميع الإجراءات التي تهدف إلى حمايته.

**الفصل الثاني: نتائج ممارسة القضاء دور الرقابة على البند الجزائي**

عرضنا فيما سبق لشروط استحقاق البند الجزائي، والمراحل التي يمر بها القاضي للتأكد من وجود وصحة هذا البند، وإذا ما انتهى القاضي إلى التثبت من هذه الشروط فإنه يطمئن الى قيام حقه وصلاحيته لتعديل البند الجزائي زيادة للمبلغ المحدد فيه او انقاصا.

ولما كانت الغاية أصلا من هذا البند هي الحد من تدخل القاضي، وتلافي البطء في مسار العمل القضائي وتجنب التكاليف التي يطلبها التقاضي من أجل تحديد التعويضات التي يمكن أن يؤدي اليها عدم تنفيذ الموجب الأصلي أو التأخير في التنفيذ، لذا فإن تدخل القاضي في تعديل قيمة البند الجزائي ليس من الأمور الواقع عليها اتفاق الأطراف مبدئيا، لكنه يبقى امراً لابدّ منه في بعض الحالات ولهذا نجد المواقف المختلفة في التشريعات الوضعية التي تصدت لهذا الأمر ونعرضها كالتالي:

---

٣٦ – الرويشد، عبد المحسن، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

٣٧ – المرجع اعلاه ، ص ٤٧٣.

٣٨ – المرجع اعلاه ، ص ٤٧٤.

٣٩ – ورد الحكم في المرجع اعلاه ، ص ٤٧٥

٤٠ – المرجع اعلاه ، ص ٤٧٦

**(١) في القانون الفرنسي:**

قبل قانون ٩ تموز ١٩٧٥ ذهب القضاء الفرنسي استناداً إلى المادة ١١٥٢ مدني فرنسي إلى أنه ليس للقاضي سلطة تعديل قيمة البند الجزائي بالزيادة أو النقصان ما عدا حالتي الغش أو الخطأ الجسيم أو حالة التنفيذ الجزئي.

أما بعد قانون ١٠٧٥ فقد أضاف المشرع الفرنسي فقرة جديدة للمادة ١١٥٢ مدني «بموجب القانون الصادر في ٩ تموز ١٩٧٥ يمنح القاضي بموجبها سلطة تعديل البند الجزائي سواء بالزيادة أو بالنقصان»[٤١]، دون حصر الامر بالغش والخطأ الجسيم وعدم التنفيذ.

**(٢) في القانون المصري:**

أجاز المشترع للقاضي في المادة ٢٢٤ مدني تخفيض مبلغ العطل والضرر إذا أثبت المدين أن هذا المبلغ قد جاوز الحد أو ان الإلتزام نفذ جزء منه[٤٢].

**(٣) في القانون اللبناني:**

لم يعتمد المشترع اللبناني نصاً صريحاً واضحاً يتصل بمسألة تعديل البند الجزائي، الا انه من السياق العام للتشريع يستخلص ان المشرع اللبناني اكدّ على مبدأ أساسي فيما يتصل بتعديل هذا البند من قبل القضاء وهو مبدأ ثبات البند الجزائي ورفض المس به وفرض وجوب احترام إرادة الفرقاء كما عبروا عنها صراحة في عقدهم عبر تحديدهم لقيمة هذا البند مسبقاً كبدل تعويض أو تأخير عن تنفيذ الموجب.

و يمكن استخلاص هذا المبدأ من أمرين:

**الأمر الأول:** هو أن المشرع كان قد وضع قاعدة عامة في المادة ١٦٦ موجبات وعقود وهي مبدأ حرية التعاقد وربطها بالمادة ٢٢١ بالنص على إلزامية احترام المتعاقدين لالتزاماتهم وتنفيذها بحسن نية.

**الأمر الثاني:** وهو بنصه صراحة على حالتين فقط وحصريا لتعديل البند الجزائي (المادة ٢٦٦ و٢٦٧ موجبات وعقود) مما يفيد حتماً أن المبدأ هو عدم إمكانية التعديل والتعديل هو الاستثناء.

وبالتالي فإن المبدأ في لبنان هو ثبات البند الجزائي والاستثناء هو إمكانية تعديله[٤٣] في حالات محددة حصرا، وإن سلطة القاضي في مواجهة البند الجزائي ليست مطلقة، فقد اقتصرت على

---

٤١ - عدوي، مصطفى، مرجع سابق ، ص ٩٨-٩٩.

٤٢ - المهتار، طلال، مرجع سابق ، ص ١٩١.

٤٣ - محكمة الدرجة الاولى في جبل لبنان، ٢٨-٧-٢٠٠٩ ، مجلة العدل عدد ٤ -٢٠٠٩- ص ١٦٤٢-١٦٣٨

"المبدأ ثبات البند الجزائي ولا يمكن تعديله ، لكن تتمتع المحكمة بامكانية التخفيض شرط ان لا يكون طرفا العقد استبعدا هذا التدخل صراحةاو ضمنيا"

التعديل دون الإبطال، لأن الإبطال يترتب عليه انتهاك إرادة الطرفين وقضاء على حرية التعاقد وانعدام أي أثر للبند، اما التعديل وفي حالات محددة فانه يحتفظ بالبند ويبقي على إرادة الأطراف مع تلطيف لقسوة حرية التعاقد، لذلك فانّ التعديل للبند يكون من نتائجه تحقق أحد أمرين: زيادة المبلغ المحدد بالبند او انقاصه فكيف يكون ذلك؟

سنعالج الموضوع في مبحثين نخصص الأول لتخفيض البند الجزائي اما الثاني فنعالج فيه زيادة البند الجزائي في حدود معقولة.

المبحث الأول: تخفيض البند الجزائي في حدود معقولة

قد يكون البند الجزائي مبالغاً فيه لدرجة كبيرة تفوق مقدار الضرر الواقع بالفعل وهنا يكون مجال عمل سلطة القاضي في تعديل البند بإنقاصه إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر. وقد اعتبر المشرع ان سلطة القاضي في التدخل بإنقاص البند إنما تنعقد في حالات محددة ثلاث سندرسها تباعا هي:

- حالة أن يكون البند الجزائي مبالغاً فيه لدرجة كبيرة تفوق مقدار الضرر. (المطلب الاول)
- والحالة الثانية أن يكون الموجب الأصلي قد نفذ جزء منه. (المطلب الثاني)
- وحالة إذا كان صاحب الحق اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه. (المطلب الثالث)

**المطلب الأول: حالة البند الجزائي المبالغ فيه لدرجة كبيرة**

قد يكون التعويض الاتفاقي أو البند الجزائي المنصوص عليه في العقد مبالغاً فيه لدرجة كبيرة تفوق كل ضرر متوقع، فإذا ما وقع الضرر واتضحت المبالغة الكبيرة فيه فان ذلك يوجب تدخل القاضي لإحداث التناسب تدخلا لا تكون غايته الوصول إلى الحد المساوي للضرر[٤٤]، وان لا يقفز بعيدا عن إرادة الأطراف بل يأخذ بعين الاعتبار إرادة المتعاقدين ومصالح الدائن وحسن نية المدين يتم ذلك وفقا لتقدير القاضي واستنسابه.[٤٥]

وتجدر الإشارة إلى أن المبدأ العام هو أنه لا يكون كافياً أن يثبت المدين تجاوز البند الجزائي مقدار الضرر الذي أصاب الدائن بل تعين أن يكون مجحفاً به وهو المقصود بعبارة مبالغ فيه لدرجة كبيرة[٤٦].

ولعلّ هذا هو الذي دعا المشرعين في القانون المقارن إلى النص على ذلك وباللفظ الذي تفيد دلالته هذا المفهوم،

ففي القانون المصري اشترط القانون لتدخل القاضي، أن يكون البند الجزائي «مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة» وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني أن يكون «فاحشاً» وهو الأمر الذي يدعو

٤٤ – (إلا في التشريع الأردني فقط)

٤٥ – السنهوري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨٧٥.

٤٦ – الرويشد، عبد المحسن، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

القاضي إلى أن يمارس سلطته في التعديل بالتخفيض بحذر وبطريقة استثنائية وذلك كي لا يكون قد نزع من البند الجزائي كل فائدة مرجوة منه.

وبالعودة الى القانون اللبناني، ما هي المراحل التي يمر بها البند كي يخفض؟

كي يتم تخفيض البند الجزائي ينبغي في المرحلة الأولى أن تمارس المحكمة حقها في إعطاء الوصف القانوني الصحيح للبند المدلى به، أي إذا وجد القاضي ان البند الجزائي فاحشاً أي غير متناسب البتة مع الضرر الحقيقي عندها تعتبر المحكمة أن البند الوارد في العقد يشكل غرامة إكراهية.

ونعطي مثالا عن محكمة استئناف بيروت، التي صدقت في قرارها حكم محكمة البداية لجهة اعتبارها البند الجزائي الوارد في عقد المصالحة يتعلق في الواقع بغرامة اكراهية وبالتالي يقبل التخفيض على ضوء الضرر الواقع فعلاً بالمدعية المستأنف عليها[٤٧].

**المطلب الثاني: حالة تنفيذ جزء من الموجب الأصلي**

الأصل ان البند الجزائي انما يوضع كتعويض عن عدم تنفيذ المدين لموجبه او تأخر فيه، ولكن ماذا بشأن التنفيذ الجزئي؟

قد يقوم المدين بتنفيذ جزء من الالتزام وفي هذه الحالة قد اوجب المشرع تخفيض التعويض المتفق عليه ليتناسب مع القدر الذي تم تنفيذه من الموجب.[٤٨] وبعبارة اخرى، فانه في حالة التنفيذ الجزئي للموجب من جانب المدين يجوز للقاضي ان يخفض البند المتفق عليه مقدما [٤٩]، ويكون هذا التخفيض بنسبة ما تم تنفيذه من المدين،[٥٠] وهنا في هذه الحالة يقع عبء اثبات التنفيذ الجزئي على المدين.

فقضت المحكمة الابتدائية في جبل لبنان بقرار صادر عام ٢٠١٧ بأنه: «يعود للمحكمة تخفيض البند الجزائي على قدر التنفيذ الجزئي »[٥١]

واعتبرت محكمة الاستئناف المدنية في بيروت بقرار صادر عام ٢٠١٤ «انه يعود للقاضي ان

٤٧ – محكمة استئناف بيروت، الغرفة الرابعة المدنية، قرار رقم ٣٣٧، تاريخ ١٩٩٧/٣/٢٠، النشرة القضائية ١٩٩٢، عدد ٤، ص ٣٨٨.

٤٨ – قرار الغرفة الاولى – رقم ٣٥-٢٥-٤-٢٠٠٠ – باز ٢٠٠٠ ص ٣١٨

٤٩ – شرط ان لا يكون طرفا العقد قد استبعدا ذلك صراحة او ضمنا في العقد كون امكانية التخفيض لا تتعلق بالانتظام العام ويمكن الاتفاق على تعطيلها خلافا لما هو عليه في القانون المدني الفرنسي.

محكمة الدرجة الاولى في جبل لبنان ، قرار رقم ٥، تاريخ ٢٠٠٩,٧,٢٨- مجلة العدل عدد رقم ٤,٢٠٠٩ ص ١٦٣٨-١٦٤٢

القاضي المنفرد المدني في المتن، قرار رقم ٥ ، تاريخ ٢٠٠٨,٢,٢٦، مجلة العدل عدد رقم ٢-٢٠٠٨ ص ٨٣٦-٨٣٨

٥٠

٥١ – المحكمة الابتدائية المدنية في جبل لبنان رقم ١١١ تاريخ ٦-٤-٢٠١٧ ، مجلة العدل عدد٣ – ٢٠١٧-ص١٤٥٣-١٤٥٧

ينقص البدل المعين في البند الجزائي اذا كان قد نفذ قسم من الموجب الأصلي»[٥٢] فالمقصود هو حصول التنفيذ الجزئي للموجب.

والتخفيض في حالة التنفيذ الجزئي لا يتعلق بجعل التخفيض مساوياً للضرر الذي حل لأن من شأن هذا إبطال البند الجزائي والأخذ بالقانون العام وليس تخفيضه فالمطلوب هو التناسب وليس المساواة[٥٣].

وتطبيقاً لهذا فإذا افترضنا أن عدم التنفيذ كان بنسبة ٤٠٪ فيجب تقدير التعويض لا على أساس ٤٠٪ من الضرر الذي وقع فعلاً وإنما على أساس ٤٠٪ من المبلغ المتفق عليه[٥٤].

وحتى يكون التنفيذ الجزئي مبرراً لتخفيض التعويض الاتفاقي المحدد في البند الجزائي، يجب ان تتحقق الشروط التالية :

أ – أن يكون التنفيذ الجزئي ممكناً: فإذا كان الموجب غير قابل للتجزئة فإن القاضي لن يجد ما يستند اليه للإقدام على التخفيض ، وذلك لعدم إمكانية التنفيذ الجزئي أصلاً.

ب – أن يكون التنفيذ الجزئي مفيداً:

إذا ثبت أن ما أقدم عليه المدين من تنفيذ لن يعود على الدائن بأي فائدة فإن التخفيض ليس له أي مبرر، وقد يكون التنفيذ الجزئي ذا فائدة ولكن الجزء الذي لم ينفذ يتسبب في ذات الأضرار التي تتطلب اللجوء الى البند الجزائي كله والعبرة في اشتراط الفائدة هي بالمحصلة النهائية، فلو حصل الدائن على فائدة من التنفيذ الجزئي، ولكن سيتسبب عدم التنفيذ الكامل في إضرار أكبر مما جناه من فائدة فإن هذه تذهب بتلك.

ج – ألا يكون هناك بين الأطراف اتفاق خاص بالتخفيض في حال التنفيذ الجزئي:

فإذا اتفق الأطراف مسبقاً في العقد على تحديد نسبة التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي فإن على القاضي أن يحترم إرادتهما ومع الاتفاق ينتفي مبرر تدخل القاضي مبدئياً، و تكون المعادلات الحسابية التي حددها الأطراف للتخفيض ملزمة له في هذه الحالة ويتعين عليه تطبيقها.

د – أن يكون التنفيذ الجزئي مقبولاً من قبل الدائن:

لا يمكن للمدين إجبار الدائن مبدئيا على قبول جزء من الموجب دون الأجزاء الباقية مهما كانت نسبتها، حتى ولو كان هذا الموجب قابلاً للتجزئة والقول بغير هذا يعني أن يعمد

٥٢ – محكمة استئناف بيروت، قرار رقم١٢٥٢، تاريخ ٣٠-٩-٢٠١٤، مجلة العدل ٢٠١٥ ,٢ ص ٨٨٨-٨٩٤

٥٣ – الشرقاوي، جميل، النظرية العامة للإلتزام، ج ٢ ، ط دار النهضة العربية، مصر،١٩٩٢، ص٦٦.

٥٤ – حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص ١٦٦.

المدين إلى سداد جزء من التزامه للدائن، كي يتفادى دفع الجزاء بالكامل وكذلك يترتب على القول بغير هذا أن تتوقف العقود قبل اكتمالها، وبالتالي لا تتحقق مهمتها التي أنشئت من أجلها بالرغم مما يحمله هذا المعنى من أضرار خاصة وعامة، ويكفي لقبول التنفيذ الجزئي أن لا يبدي الدائن أية معارضة على الإيفاء الجزئي[٥٥].

**المطلب الثالث: حالة اشتراك صاحب الحق في احداث أو زيادة الضرر**

قد يثبت ارتكاب الدائن ايضاً خطأ ولم يتوقف الأمر فقط على خطأ المدين، بما معناه ان يكون الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لخطأ مشترك بينه وبين المدين، أي ما يسمى بالخطأ المشترك، بحيث يتساوى الخطأ في إحداث الضرر ففي مثل هذه الحالة يمكن للقاضي الاستهداء بقواعد المسؤولية والمبادئ التي استقر عليها القضاء، حيث يتم توزيع المسؤولية بينهما، فهنا يمكن أن يخفض البند الجزائي المفروض على المدين إذا كان مساوياً للضرر الذي حدث إلى النصف، بحيث لا يتحمل منه المدين إلا النصف والنصف الآخر يتحمله الدائن نتيجة لخطئه، وعلى القاضي أن يراعي نسبة مساهمة خطأ كل من الطرفين في إحداث الضرر إن استطاع أن يتبين نصيب كل من الخطأين في إحداثه.

**المبحث الثاني: زيادة البند الجزائي في حدود معقولة**

قد يتبين أن البند الجزائي المقدر مقدماً من المتعاقدين أقل من الضرر الواقع بكثير وبعبارة أخرى: إن إخلال المدين بالتزامه قد ألحق بالدائن ضرراً يفوق البند الجزائي المتفق عليه سلفاً.

وهنا يثور التساؤل حول فرضية تجاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه مقدماً، وإمكانية القضاء بزيادة البند المقدر مقدماً ليرتفع إلى مستوى الضرر الحاصل الذي أصاب الدائن. والأصل العام في تلك الفرضية أنه لا زيادة في البند الجزائي المقدر مقدماً والمتفق عليه من المتعاقدين[٥٦]، ولعلّ مرد ذلك أن البند الجزائي يكون هنا بمثابة تخفيف للمسؤولية المدنية[٥٧].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن ما تقدم إنما يعد القاعدة العامة، إلا أن هناك حالة تخرج عن هذا الأصل وهي حالة ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً وهذا ما نصت عليه التشريعات المقارنة.

ولعله من الأهمية هنا أن نشير إلى موقف المشرع الفرنسي، والذي تأرجح بين اتجاهين أولهما يرفض الزيادة وثانيهما وهو المعمول به الآن يقر الزيادة ومسايراً للتشريعات المعاصرة. فقبل تعديل ١٩٧٥ كان المشرع الفرنسي(المادة ١١٥٢) والقضاء الفرنسي يعتبران البند الجزائي التافه

٥٥ – السنهوري، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني أحكام الإلتزام، لجنة التأليف والترجمة والنشر، ط ١٩٣٨، ص ٤٤٦.

٥٦ – السنهوري، مرجع سابق ، ج ٢، ص ٨٧٧.

٥٧ – عمر، نبيل، –سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية– دار الجامعة الجديدة للنشر– ٢٠٠٨، ج ٢، ص ٨٢.

أو الزهيد أو الذي يقل بدرجة كبيرة عن مقدار الضرر هو نوع من الاتفاق الضمني على الإعفاء من المسؤولية حتى ولو كان هناك غشاً أو خطأ جسيماً من المدين ولم يقضِ بزيادة البند الجزائي.
Article 1152 Code civ. FR «:Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l›exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l›autre partie une somme plus forte, ni moindre.»

ولكنه عاد وبعد تعديل ١٩٧٥ غير موقفه وأضاف فقرة ثانية إلى المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي، نص فيها على أنه: «مع ذلك يجوز للقاضي، ولو من تلقاء نفسه أن ينقص أو يزيد من الجزاء المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو زهيداً».
«Néanmoins, le juge peut,même d›office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite».

وبالتالي أصبح القضاء الفرنسي يقضي بتعويض أكبر[٥٨]، أي يزيد عن المتفق عليه مقدماً إذا كان زهيداً وتافهاً لا يتناسب مع الضرر الذي أصاب الدائن، ولم يعد متطلباً إثبات الدائن أن هناك غش.

فبعد صدور التعديل على نص المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي تغير الاجتهاد فيما يتعلق بمسألة حق القضاء في تعديل البند الجزائي.[٥٩]

ففي قرار لمحكمة التمييز الفرنسية بتاريخ ٣-٥-١٩٨٩ اعتبرت انه يعود للقاضي السلطة المطلقة في تعديل البند الجزائي وذلك خلافا لما ادلى به المميز من انه لا يعود للمحكمة الحق بتعديل البند الجزائي.[٦٠]

**اما في القوانين العربية المقارنة،**

نصت المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري على أنه

«وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية ترتب على تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأ جسيم».

أما المشرع السوري فنصّ في المادة ٢٢٧ من القانون المدني السوري على أنه «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي، فلا يجوز أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً».

وكذلك المشروع اللبناني الذي أورد في المادة ٢٦٧ من قانون الموجبات والعقود ما يلي «أن البند

58 - Terre F.,SimlerPH.,etLequette Y.- Droit civil . les obligations. Précis Dalloz. 11e édition.2013
59 - Boccara –Le contrôle des clauses pénales par le juge, j.c.p , 1971.1.2395
60 - Cass.civ.8 nov 1989.Gaz.Pal. 1989.I.som.118 et Paris 26 nov 1981.RTDC. 1983.134. note chabas.

الجزائي صحيح معمول به، وإن كان موازياً في الواقع لبند نافي للتبعة وإنما يستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون».

**وفي تحليل نصوص القوانين ،**

نجد ان القانون اللبناني ومن خلال التمعن في نص المادة ٢٦٦ التي تحدثت فقط عن تخفيض البند الجزائي وفي المادة ٢٦٧ عن أن البند يبقى معمول به حتى لو كان بند ناف للتبعة شرط عدم اعتباره خداعاً من المديون، ما يلي:

- البند الجزائي يمكن أن يأخذ شكل التعويض عن عدم التنفيذ الكامل للموجب وعلى التنفيذ الجزئي.
- لم يرد في النص ما يشير إلى صلاحية معينة لتعديل البند الجزائي زيادة.
- أشار النص إلى إمكانية تعديل البند الجزائي من خلال تخفيضه وذلك في حالتين فقط الغرامة الإكراهية والتنفيذ الجزئي.

وبالتالي فإن ما ورد أعلاه يؤكد على تشدد القانون والمحاكم اللبنانية على إلزام الفرقاء بمضمون البند ورفض التعديل وتحديده حصرا للحالات التي تعطي القاضي حق التدخل وتعديله، فالمبدأ هو ثبات البند الجزائي والاستثناء هو امكانية تعديله. ولقد كرس الاجتهاد اللبناني هذا المبدأ في الكثير من قراراته فاعتبرت محكمة استئناف جبل لبنان [٦١] ان البند الجزائي المتضمن اتفاق الطرفين هو ملزم ولا يمكن للقضاء تعديله بحجة انه يفوق قيمة الضرر الفعلي.

أما موقف القانون المصري فكما هو الشأن في حالات تخفيض البند الجزائي، فقد تباينت أيضاً المواقف إزاء منح القاضي صلاحية زيادة الشرط الجزائي، [٦٢] فقد أجاز ذلك وبشكل صريح نص المادة (٢٢٥) من القانون المدني المصري بأنه: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً[٦٣] أو خطأ جسيماً»[٦٤].

يتضح من خلال نص المادة (٢٢٥) من القانون المدني المصري والقوانين العربية المشابهة له،

---

٦١ - استئناف جبل لبنان- الغرفة المدنية الاولى – قرار رقم ٤٤٨- تاريخ ٢٩-١١- ١٩٦٦- دعوى خوري | نوفل – العدل ١٨٧٠- عدد ٤- ص ٧٤٣

و انظر ايضا تمييز – الغرفة الاولى المدنية- قرار رقم ٢٦ تاريخ ٨-٣-١٩٥٦ قرانوح | الحبال – حاتم-ج ٢٧- ص ٥٩

استئناف بيروت – الغرفة المدنية قرار رقم ١٩٣- تاريخ ١٦- ٢- ١٩٤٥ سعادة| قازان –حاتم ج ١٨-ص ٥١

٦٢ - ( أحمد، ابراهيم)- الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي -دراسة مقارنة-المكتب الجامعي الحديث- الاسكندرية- ٢٠٠٣ ص-٥٧

٦٣ - (الترمانيني، عبد السلام)- سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية- مجلة المحاماة- العدد السادس- ١٩٦١ ص٧٨

٦٤ - مطابقة للمواد (٢٢٦) من القانون المدني السوري و(٢٢٨) ق.م. ليبي، و(٣/١٧٠) ق.م عراقي وقارب المواد (١٨٥) ق.م جزائري (٢٠٧) ق.م كويتي.

بأن القاضي لا يستطيع زيادة مقدار الشرط الجزائي إلا في حالتين:

**المطلب الاول: حالة زيادة الضرر عن مقدار البند الجزائي مع ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً**

يلاحظ في هذه الحالة أن المشرع المصري لم يكتف بأن يكون البند الجزائي أقل من الضرر الواقع فعلاً حتى يجيز للقاضي زيادة البند الجزائي، بل لا بد أن يرافق ذلك ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم ليمنحه هذه الصلاحية أي أنه يتوجب على القاضي أن يحكم بالشرط الجزائي دون زيادة أو نقصان، إذا تبين له فقط أن قيمة الشرط الجزائي أقل من قيمة الضرر الواقع فعلاً، لأن البند الجزائي في هذه الحالة يكون بمثابة اشتراط للإعفاء من المسؤولية في حدود الضرر الزائد[٦٥] وفي هذا إعمالاً لنص المادة (٢/٢١٧) من القانون المدني المصري.

وعلى هذا، إذا كان مقدار البند الجزائي أقل من الضرر الذي لحق بالدائن وأثبت الأخير أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً يتعين على القاضي عندئذ أن يزيد مقدار البند الجزائي حتى يصبح متناسباً مع مقدار الضرر الذي وقع.

ويتبين من ذلك أن الحكم الذي أورده المشرع في المادة (٢٢٥) مدني مصري ما هو إلا تطبيق للمادة (٢١٧) مدني مصري وإذا كان الأمر كذلك كان يجب استكمال حكم المادة (٢٢٥) على أساس ما تضمنته المادة (٢/٢١٧) في أنه: «يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه» وعلى ذلك يجوز الاتفاق على شرط جزائي يتم تقدير التعويض فيه والمستحق من جراء تحقق مسؤولية الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، ولا يجوز للقاضي زيادة هذا التعويض حتى ولو جاوز الضرر قيمة التعويض المقرر، ووقع غش أو خطأ جسيم في هؤلاء الأشخاص، حيث يعد الشرط الجزائي في هذه الحالة اتفاقاً على تخفيف المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من تابعي المدين، ومثل هذا الاتفاق جائز قانوناً عملاً بأحكام المادة (٢/٢١٧) من القانون المصري وبالتالي لا يجوز للقاضي زيادة مقدار التعويض المتفق عليه في هذه الحالة[٦٦].

يتضح لنا من خلال ما تقدم بأن الدائن لا يستطيع المطالبة بزيادة مقدار الشرط الجزائي إلا إذا أثبت أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة خطأ جسيم ارتكبه المدين أو غش في تنفيذ التزامه، فإذا أثبت ذلك أجاز له القانون أن يطلب تدخل القضاء لزيادة مبلغ التعويض المتفق عليه، وبطريقة تؤدي إلى جعله متناسباً مع الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن، اما إذا لم يتمكن الدائن من أن يثبت خطأ المدين الجسيم أو غشه فلا يستطيع مطالبة القضاء بزيادة مبلغ التعويض لأن الطرفين بالأساس كانا قد اتفقا عند تحديد مبلغ التعويض على أن يشكل الحد الأعلى الذي لا يمكن مطالبة

٦٥ – السنهوري، الوسيط، ج٣، مرجع سابق، ص ٨٧٧.

٦٦ – رمضان، أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية-منشأة المعارف- الاسكندرية – ١٩٩٥، ص ١١٢.

المدين بأكثر منه مهما توقعاه من ضرر أو هو اتفاق ينبغي احترامه والعمل به.

**المطلب الثاني: الحالة التي يكون فيها البند الجزائي تحايل للإعفاء من المسؤولية**

رغم ما ذهب إليه الفقه من أن البند الجزائي نادر الوقوع في نطاق المسؤولية التقصيرية[٦٧] إلا أنه مع ذلك قد يحدث في عدة حالات في الحياة العملية بقصد التحايل على أحكام هذه المسؤولية.

فمثلاً إذا اتفق صاحب مصنع مع مالكي الأراضي المجاورة للمصنع على تحديد مقدار التعويض عن الأضرار التي قد تصيبهم من جراء دخان المصنع، وقد يتفق المتعاقدان على مبلغ التعويض في حال ارتكاب خطأ غير مشروع، فالمسؤولية عن هذا الخطأ إنما هي مسؤولية تقصيرية.

وقد اتفق مسبقاً على مقدار التعويض عنها بموجب شرط جزائي ففي مثل هذه الحالة وغيرها، يعتبر الاتفاق المسبق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها باطلاً وفقاً للمادة (٢/٢١٧) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: «يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع»، وفي المقابل يعتبر الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية، اتفاقا صحيحاً إذ ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام[٦٨].

وبناءً على ذلك يبطل كل اتفاق على إعفاء المسؤول عن فعله غير المشروع وفي جميع صوره ولا فرق بين المسؤولية التقصيرية الناشئة عن خطئه الشخصي أم تلك الناشئة عن فعل الغير، أم عن فعل الأشياء[٦٩].

وفي الخلاصة، نجد انّ القانون اللبناني اعتبر ان المبدأ هو ثبات البند الجزائي والاستثناء هو امكانية تعديله وتشددت بالتالي المحاكم اللبنانية على إلزام الفرقاء بمضمون البند ورفض التعديل وتحديده حصرا للحالات التي تعطي القاضي حق التدخل وتعديله،

وامام صراحة نص المادة ٢٦٦ موجبات وعقود فلا يمكن التعديل إلا في حالتين محددتين هما التنفيذ الجزئي و حالة الغرامة الاكراهية ولكن السؤال الذي يطرح هنا حول امكانية التعديل بغير ما ورد في نص المادة ٢٦٦؟؟ كحال المطالبة بزيادة البند الجزائي ؟؟

في ظل عدم وجود نص او تعديل على غرار القانون المدني الفرنسي ( المادة ١١٥٢) وفي ظل تطبيق مبدأ سلطان الارادة واحترام القاضي لنية الفرقاء ولمبدأ ثبات البند ،هذا كله يجعل نطاق التعديل ضيقاً جداً، والحل الأفضل يكون بضرورة تدخل المشرع اللبناني على غرار المشرع الفرنسي واضافة فقرات مشابهة لتلك المعدلة لنص المادة ١١٥٢مدني فرنسي والتي سبق الاشارة اليها.

---

٦٧ – السنهوري، عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص ٨١٥، البدراوي،عبد المنعم، مرجع سابق، ص ٨٠.

٦٨ – أبو السعود، رمضان، مرجع سابق، ص ١٠١.

٦٩ – مرقس، سليمان ، شرح القانون المدني– المطبعة العالمية–القاهرة–١٩٩٤، ص ٤٦٢.

## ختاماً

من خلال هذا البحث خلصنا إلى عدة نتائج هامة يمكن اجمالها في الآتي:

اولا: لم تعد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي القاعدة المقدسة، وكما لم يعد دور القاضي سلبيا في مجال المعاملات، بل أصبح في العصر الحاضر وفي ظل التشريعات الحديثة يقوم بدور ايجابي فعّال في مجال العقد، تتحقق من خلاله الحماية اللازمة للأفراد داخل المجتمع مما يمكن أن يتعرضوا له من مظاهر الاستغلال والظلم في معاملاتهم العديدة.

ثانيا: ان سلطة القاضي في مراجعة العقود قد وجدت منذ زمن بعيد وقد حظي هذا الدور الملحوظ للقاضي في تعديل العقد بالعديد من الدراسات. وان هذه السلطة مرتبطة بطبيعة ووظيفة العقد وهي طريقة لحل المنازعات حيث يباشر القاضي دوراً خلاقاً يسد به النقص أو الفراغ الموجود في النظام القانوني والهدف منها تحقيق التوازن بين الموجبات المتقابلة في الإلتزام العقدي ومنع الضرر عن أحد أطرافه.

ثالثا: انّ سلطة القاضي في تعديل البند الجزائي ما هي إلا الاستثنا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين (سلطان الإرادة) ونتيجةً لذلك فانّ الأمر يتطلب تحديد الحالات التي يستطيع فيها القاضي التعديل زيادةً أو نقصاناً، وانه يجب الاستعانة بذوي الخبرة لتقدير جسامة البند الجزائي او زهده او مدى ما نفذ من الموجب الأصلي كي ينأى بنفسه عن التقدير الشخصي الذي من الممكن ان يوقع به في الخطأ.

في النهاية، نرجو ان نكون قد وفقنا في طرح هذا الموضوع وبالشكل الصحيح وان نكون قد أضأنا على جميع زواياه ...

### لائحة بأهم المصادر و المراجع

**مراجع باللغة العربية:**

- **المصادر والمراجع الشرعية**

١- القران الكريم

- **المصادر والمراجع القانونية**

١- (أبو السعود، رمضان) -التأمينات الشخصية والعينية-منشأة المعارف- الاسكندرية - ١٩٩٥.

٢- (أحمد، ابراهيم)- الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي

-دراسة مقارنة-المكتب الجامعي الحديث- الاسكندرية- ٢٠٠٣

٣- (أحمد، سعد) -مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني «ماهيتها، ضوابطها وتطبيقاتها»- الطبعة الأولى - دار النهضة العربية – القاهرة-١٩٨٨

٤- (الترمانيني، عبد السلام) -سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية- مجلة المحاماة- العدد السادس- ١٩٦١

٥- (الرب، جاد حسني) -التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي- دار الفكر الجامعي- الاسكندرية-٢٠١٣

٦- (السنهوري، عبد الرزاق) -الوسيط في شرح القانون المدني - ج -٣نظرية الالتزام- دار النهضة العربية- ١٩٦٤.

٧- (الشرقاوي، جميل)-النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام- دار النهضة العربية- القاهرة-١٩٧٧

٨- (العوجي، مصطفى)- القانون المدني- ج١- ط٣دار المنشورات الحلبي الحقوقية-٢٠٠٧

٩- (النقيب، عاطف) -نظرية العقد- المنشورات الحقوقية صادر-بيروت-١٩٩٨

١٠-(حطيط، أمين)-القانون المدني- الموجبات: انواعها ومصادرها ،العقد والمسؤولية العقدية، المسؤولية المدنية التقصيرية - دار المؤلف الجامعي ٢٠٠٦

١١-(سلطان، أنور) -النظرية العامة للالتزام- دار منشأة المعارف- الاسكندرية- ١٩٩٥

١٢- (سيوفي، جورج) -النظرية العامة للموجبات- طبعة ٢-منشورات الحلبي الحقوقية-١٩٩٤

١٣- (صعب، محمد مرعي) -البند الجزائي، دراسة مقارنة- المؤسسة الحديثة للكتاب- طرابلس-لبنان- ٢٠٠٦.

١٤- (عدوي، مصطفى) -النظرية العامة للالتزام- دار حمادة بقويسنا- ١٩٩٥

١٥- (عمر، نبيل) -سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية- دار الجامعة الجديدة للنشر- ٢٠٠٨

١٦- (مرقس، سليمان) -شرح القانون المدني- المطبعة العالمية-القاهرة-١٩٩٤

١٧- (ناصيف، الياس) -البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزينغ – سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ٧ – ١١٩٩

١٨- (ناصيف، الياس) -صادر في الاجتهاد المقارن، البند الجزائي- منشورات صادر ٢٠٠٠

١٩- (نخلة، موريس) – الكامل في شرح القانون المدني –ج٤ -دراسة مقارنة - منشورات

الحلبي الحقوقية- ٢٠٠١

٢٠- (يكن، زهدي) -شرح قانون الموجبات والعقود-ج٣ -صادر-بيروت-١٩٩٥

- **البحوث والمقالات**

١- حطيط، امين – محاضرات غير منشورة – الجامعة اللبنانية – كلية الحقوق ٢٠٠٥

٢- شاهين ، نادر عبد العزيز-(عمليات الايجار التمويلي تقنية حديثة)-بحث منشور في الصفحة الالكترونية www.lebarmy.gov.lb

٣- غزال، جبرائيل-(سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي)- مقال بمجلة المحاماة السنة ٤١- العدد ٦– دار القاهرة.

- **الرسائل العلمية في الفقه الاسلامي والقانون المدني**

١- الرويشد، عبد المحسن - الشرط الجزائي – رسالة دكتوراه لكلية الحقوق- جامعة القاهرة- ١٩٨٣

٢- المهتار، طلال- البند الجزائي في القانون المدني- اطروحة دكتوراه - جامعة باريس للحقوق والاقتصاد- ١٩٧٤

٣- بحر، جواد محمود أحمد- نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون- رسالة ماجستير- جامعة الخليل فلسطين- ٢٠٠٩

٤- فرحات، اليسار- الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي- رسالة ماجستير- معهد الدكتوراه العالي- الجامعة اللبنانية- ٢٠١١

- المجلات والدوريات ومجموعة الاحكام

١- المصنف في الاجتهاد - عفيف شمس الدين

٢- النشرة القضائية- وزارة العدل- بيروت- لبنان

٣- مجلة الاحكام العدلية - مصر

٤- مجلة العدل - نقابة المحامين - بيروت - لبنان

٥- مجموعة اجتهادات باز - بيروت - لبنان

٦- ملحق المحاماة- تصدره نقابة المحامين في مصر - دار القاهرة.

- مجموعة القوانين

١- القانون المدني السوري – الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤-١٩٤٩- مكتبة دار الملاح- دمشق.

٢- القانون المدني العراقي- رقم ٤٠ الصادر عام ١٩٥١-مجلة الوقائع العراقية - العدد ٣٠١٥ عام ١٩٥١.

٣- القانون المدني المصري-رقم ١٣١ سنة ١٩٨٤-القاهرة

٤- قانون الموجبات والعقود اللبناني-منشورات الحلبي الحقوقية

**مراجع باللغة الفرنسية**

• **OUVRAGES GENERAUX :**

1- Aubry C. &Rau C. – Cours de droit civil français :
T. IV – Obligations en général, diverses espèces d'obligations, contrat en général, Librairies techniques, 6eédition , 1988 par Bartin.
2- Carbonnier J.- Droit civil,
T IV, Les obligations, P.U.F, 6 eédition ,1969
et 13e édition 1988.
3- Terre F.,SimlerPH.,etLequette Y.- Droit civil . les obligations. Précis Dalloz. 11e édition.2013
4- Weill A. et Terre F.- Droit civil. les obligations. Dalloz. 4e édition.1986.

• **-II- OUVRAGES SPECIAUX , THESES :**

1- HEBERTE.- De la clause pénale dans les obligations , thèse, CAEN,1980 .
2- Khoury G.– La clause pénale dans les obligations en droit français et égyptien , thèse, PARIS 1939.
3- Marmion- La clause pénale , thèse , paris 1936.
4- Mazeaud D. –La notion de clause pénale , Préface de François Chabas, – Paris 1992, L.G.D.J.
5- POULOSV. - Nature et application de la clause pénale , thèse, Paris 1950.

• **-III- ETUDES ET ARTICLES:**

1. Zeiguine, Ramadan – Contribution à l'étude de la clause pénale Revue algérienne des sciences juridiques 1981(http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=4&PFIID=287&PPFIID=10254)
2. Boccara –Le contrôle des clauses pénales par le juge, j.c.p , 1971.1.2395
3. Morin - Incidence d'une clause pénale sur le caractère usuraire d'un prêt d'argent, note sous Trib .com., 24 oct.1967.
4. Voulet . J – Les clauses pénales : inf.chef. d'entr.,1969. P.950