**نظرية الجمع بين الغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي**

بقلم:

**القاضي سامي منصور، دكتور في الحقوق واستاذ في الفرع الاول في كلية الحقوق (الجامعة اللبنانية)**

بتاريخ 29/11/966 اصدرت محكمة استئناف جبل لبنان غرفتها المدنية الثالثة قرارها رقم 448، قضية خوري/نوفل، اعتبرت فيه انه "يستنتج من النصين- المادة 266/241م.ع.- انه لا يمكن المطالبة بالعطل والضرر المعين مقدما في العقد الا في حال المطالبة بالغاء العقد لعدم جواز المطالبة بالاصل والغرامة معاً... فالقرار المستأنف باعتباره ان الغاء العقد من شانه ان يلغي البند الجزائي المنصوص عليه فيكون قد خالف القانون فاستوجب الفسخhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png...". فاطلقت بقرارها اتجاها جديدا اظهر تحولا ظاهرا في النظرة. فالاتجاه السابق كان يقضي بقرارات مستمرة بالغاء البند الجزائي تبعا لالغاء العقد الاساسيhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.pngولابطالهhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png او لسقوط الموجب الاصليhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

هذا القرار لم يبقى منفردا فقد عادت نفس المحكمة واكدته في قضية زينون/حبيبhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. وتبعته محاكم اخرى: بدائيةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.pngواستئنافيةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png كما اقنع محكمة التمييز غرفتها المدنية الثانية والرابعة فكرسته في قرارات متلاحقة: حنا/عجاجhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، اوغلو/جمعية الاباء البوليسيينhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. الاتجاه الحديث الذي استقرت المحاكم اللبنانية بدرجاتها يقابله اتجاه مماثل استقر عليه القضاء الفرنسي بدرجاته: فبعد ان استمرت المحاكم الفرنسية على التلازم بين مصير البند الجزائي ومصير العقد الذي تضمنه، فيزول بزواله، عادت تلك المحاكم الى ازالة كل تلازم بين مصير البند الجزائي ومصير العقد الذي يتضمنه فلا يزول بزوالهhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. القاسم المشترك في موقف كل من القضاءين اللبناني والفرنسي هو النظرة الى البند الجزائي كبند يفرض اعماله رغم زوال العقد بالغائه او فسخه، الا ان الامر المختلف في موقف كل من القضاءين اللبناني والفرنسي هو وضعية البند الجزائي في العقود موضوع المنازعات التي عرضت على كل من القضاءين. هذا الاختلاف يبرز من جهتين: الاولى تكمن في طبيعة العقود التي فصلتها كل من المحاكم، الثانية تكمن في وضعية البنود الجزائية التي اهملتها تلك المحاكم. ما طرح امام المحاكم اللبنانية من نزاع تناول عقودا عادية تضمنت بنودا جزائية من نوع خاص، مما يحمل على التساؤل: اين النظرية المعتمدة- نظرية الجمع بين الغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي- او النظرية العامة للبند الجزائي؟ هل تستقيم مع الوضعية الخاصة لبعض البنود الجزائية في عقود معينة؟ القضاء هل سيستمع بقرع اجراسها؟

سنبحث في قسمين:- الجمع بين الغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي على ضوء النظرية العامة للبند الجزائي (قسم اول).

- الجمع بين الغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي على ضوء الوضعية الخاصة للبند الجزائي (قسم ثان).

**قسم اول. الجمع بين الغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي على ضوء النظرية العامة للبند الجزائي**

منذ بوتيه Pothier والنظرة الكلاسيكية الى البند الجزائي ترتكز على مبدأين، الاول طبيعة البند الجزائي: هو تعويض اتفاقي عن ضرر مفترض ببند محدد في العقد- فهو بذلك، المقابل للتعويض القضائي على اساس الضرر الحقيقي لا يستحق الا بتحقق المسؤولية العقدية-http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. الثاني صفة البند الجزائي: هو بند فرعي يتبع الموجب الاصلي- فهو بذلك بند تبعي لموجب مختلف لا يستحق بزواله-http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. المحاكم اللبنانية في اتجاهها الجديد وان كانت تسلم، كما النظرة الكلاسيكية، بالطبيعة الرضائية التي تطبع البند الجزائي كمحدد ارادي ومسبق لقيمة التعويض، الا انها تختلف عن هذه النظرة من جهتين: تقنية اعمال البند الجزائي، والصفة التبعية للبند الجزائي. فالبند الجزائي، حسب هذا الاتجاه، لا يستحق الا بالغاء العقد الاصلي، فهو اتفاق يستقل عن ذلك العقد، وان كان يرد معه في صك واحد. على ضوء ذلك سند رسمي في فقرتين:

- الجمع بين الغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي.

وتقنية البند الجزائي (فقرة اولى).

- الجمع بين الغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي

والصفة التبعية للبند الجزائي (فقرة ثانية).

**فقرة اولى. الجمع بين الغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي وتقنية البند الجزائي**

محكمة استئناف بيروت، غرفتها الثالثة، في قضية بكداش ورفيقه/الاميرة سميرة آل سعود، تركز الاساس القانوني للاتجاه الذي اعتمدته محكمة استئناف جبل لبنان في قضية خوري/نوفل: "ان الفقرة الثانية من المادة 241م.ع. جاءت صريحة اذ اوجبت على الفريق الذي لم تنفذ حقوقه في العقد المتبادل والذي لم يختر التنفيذ الاجباري وفضل التعويض ان يطلب الالغاء مع طلب التعويض". فذلك له ما يبرره "اذ ان طلب التعويض لحالة عدم التنفيذ يفترض لدى طالبه العزوف عن طلب التنفيذ العيني الجبري فكان لا بد في هذه الحالة من تكريس انهاء العقد بالغائه". يترتب على ذلك، بنظرها، نتيجة منطقية هي "وجوب اجتمتع طلب الالغاء بسبب النكول مع طلب تنفيذ البند الجزائي الموضوع لحالة النكول ذاتها او ان يسبق طلب الالغاء طلب التعويض موضوع البند الجزائي باعتبار ان الالغاء والتعويض هما نتيجتان تسلسليتان للتخلف عن التنفيذ من جانب واحد.... فلا يمكن ان يكون اجتماع الطلبين واجبا لتنفيذ البند الجزائي وان يؤدي في ذات الوقت الى تنافر الطلبين بحيث يعطل الطلب الاول الطلب الثاني او بحيث لا يستقيم الطلب الثاني مع الطلب الاولhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png". "فالمطالبة بالبند الجزائي لا تكون، بصراحة قرار محكمة استئناف جبل لبنان، الا في حالة المطالبة بالغاء العقد لعدم جواز المطالبة بالاصل والغرامة معاhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.pngً". بل ان استطاعة الدائن المطالبة بتطبيق البند الجزائي دون الغاء العقد من شأنه، بتحليل محكمة بداية بيروت المدنية الثالثة "ان يطرح السؤال حول ما اذا كان العقد يبقى مجمدا وحول ما اذا كان يسع الدائن والمديون ان يطالبا بتنفيذه، الاول بعد حصوله على التعويض والثاني بعد دفعه هذا التعويض. ان طلب الدائن تنفيذ العقد بعد حصوله على التعويض المحدد بالبند الجزائي يتعارض مع نص المادة 266 م.ع. الذي لا يجيز الجمع بين طلب التنفيذ العيني وطلب التعويض عن عدم التنفيذ كما ان طلب المديون تنفيذ العقد بعد الحكم عليه بالبند الجزائي لا يأتلف مع تحقق شرط الالغاء المتأتى عن امتناعه عن التنفيذ فضلا عن ان استجابة ذلك الطلب من شأنها ان تلاشي البند الجزائي اذا كان قد حكم به او ان تشل دعوى المطالبة بهذا البند اذا كانت لا تزال عالقة وبالنتيجة فان من شأن ذلك ان يصبح بامكان المديون، بعد تحقق شرط الالغاء، ان يعرض التنفيذ دون التذرع باي عذرhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png". فالبند الجزائي عن النكول، تضيف محكمة التمييز المدنية غرفتها الرابعة "يظل نافذا بين طرفي العقد بعد الغائه لعدم التنفيذ لانه قد وضع باتفاق الطرفين لمثل هذه الحالة بالذاتhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png".

تقنية البند الجزائي، عدم جواز الجمع بين الاصل والغرامة، هما اذن في اساس هذه النظرة، والعامل الموجه لهذا الاتجاه. فاعمال البند الجزائي يفترض بالضرورة الغاء العقد لا تجميده. عدم جواز الجمع بين الاصل والغرامة يفترض بالضرورة الاختيار بين الابقاء على العقد- التنفيذ العيني- وبين طلب التعويض بعد الالغاء- التنفيذ البدلي-. فاجتماع الطلبين يؤدي الى "تنافر"، الى عدم ائتلاف مع شرط الالغاء" في العقود او "مع الارادة الصريحة للمتعاقدينhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png".

**نبذة اولى: التقنية القانونية للبند الجزائي**

دراسة التقنية العامة للبند الجزائي تستتبع البحث في مسألتين متلازمتين: طبيعة البند الجزائي، واعمال البند الجزائي.

**بند اول: طبيعة البند الجزائي**

مهما قيل من طبيعة البند الجزائي: تعويض عن ضرر حقيقيhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.pngاو متصورhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png تهديديةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، يبقى البند الجزائي بطبيعته يجمع الصفتين: تعويضا جزافيا عن ضرر اتفاقي يهدد المدين في اموالهhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. ففاعلية البند الجزائي وان كانت تستمد مصدرها من الصفة التهديدية للبندhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، الا انها تنفصل عن الصفة التعويضية لذلك البندhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، وان كانت هذه الصفة تتخذ طابعا متميزا كحساب جافي عن ضرر لا يفترض تناسبه كما لا يقتضي اثباتهhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. يقول بوكار Boccara "البند الجزائي يحتمل فعليا مبررين: يهدف من جهة الى التعويض جزافيا عن الاضرار اللاحقة، ويؤلف من جهة ثانية، وفي ضمان العقد، وسيلة رادعة ترمي الى تأكيد تنفيذه اكراها، يختلف عن التعويض العادي عن الاضرار الفعلية"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. فصفة التهديد وحدها تفقد البند احدى مرتكزاته الاساسية، وتجعل منه مجرد عقوبة خاصة، والارادة التعاقدية لا تملك بمجردها فرض العقوبات الخاصةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. كما ان صفة التعويض وحدها تجرد البند من فاعليته وسبب وجوده

البند الجزائي اذن هو تعويض من نوع خاصhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png عن عدم التنفيذ العقدي. فما هي علاقة البند الجزائي بالتعويض بمفهومه العام عن عدم التنفيذ العقدي- العطل والضرر-؟

**بند ثان: اعمال البند الجزائي**

يقول كاربونييه Carbonnier "خارج اطار التنفيذ العقدي المباشر الذي ليس له اي مميز خاص... العطل والضرر هما الاثران الاساسيان المترتبان على واقعة عدم التنفيذ العقدي"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. والعطل والضرر يفترض بنظره الابقاء على العقد والمطالبة بتنفيذه بدلاًhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

ان العطل والضرر والالغاء هما في تكييفها شكلان من التعويض عن واقعة واحدة: عدم التنفيذ العقدي، الاول يتطلب الابقاء على العقد، الثاني يتطلب زوال العقد. الاول يصدر عن الالتزام العقدي الواحد: اعمال عنصر المسئولية Haftung عند تحقق عنصر المديونية Schuld في الالتزام العقديhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. الثاني يصدر من خارج الالتزام العقدي الواحد: ازالة الالتزام العقدي بازالة العقد نفسه. تعيين قيمة العطل والضرر يتخذ اشكالا مختلفة: بارادة القضاء- التعويض القضائي، بارادة الفرقاء- البند الجزائي. او بارادة المشترع- الفائدة القانونية. تنص المادة 259 م.ع:" ان تعيين قيمة بدل العطل والضرر يكون في الاساس بواسطة القاضي وقد يكون بنص قانوني او باتفاق بين المتعاقدين". في الالغاء الوضع يختلف: هو الشكل الوحيد للتعويض عن عدم التنفيذ العقدي. هو بذاته تعويض متكاملhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. تحقق الالغاء لا يشترط وجود الضرر، فعدم التنفيذ كاف بذاته لتحقق الالغاء وان لم يكن الالغاء حتمياً. فكيف يمكن اذن الجمع بين نوعي التعويض العقدي عن الاخلال بالتزامات عقدية واحدة؟ في ذلك جزاءان عقديان لخطأ واحدhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png هو عدم التنفيذ العقدي، البند الجزائي كعطل وضرر اتفاقي والالغاء كمقابل للعطل والضرر. القضاء اللبناني يبرر عملية الجمع بنص قانوني: الفقرة الثانية من المادة 241 م.عhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png فهل في هذا النص ما يبرر ذلك الجمع قانوناً؟. المادة 241 م.ع. فقرتها الثانية تشير الى حالة الغاء العقد والى حالة التعويض الذي تستتبعه، الا انها لا تحدد الطبيعة القانونية لهذا التعويض لهذا التعويض، مع ان المطلوب هو هذا التحديد بالضرورة. تنص "ان الفريق الذي لم تنفذ حقوقه يكون مخيراً بين التنفيذ الاجباري على وجه من الوجوه والغاء العقد مع طلب التعويض". ان تحديد الطبيعة القانونية لذلك التعويض يفترض الرجوع الى القواعد العامة. يقول مازو وتنك Mazeand et Tunc "من الوقت الذي الذي يزول فيه العقد يتوقف عن انتاج آثاره... ما يطرح من مسؤولية- العطل والضرر- بعد ذلك يثير مواضيع مختلفة تتعلق بالمسؤولية التقصيرية- غير العقديةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png- "فقط يعود للدائن حق الاختيار... يمكنه ان يطلب الغاء العقد- وهو مقابل غير نقدي- الا انه لا يملك ان يطلب الى جانب الالغاء تنفيذ البند الجزائيhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png". ان اعمال البند الجزائي- احد اشكال العطل والضررhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png- يفترض ابقاء العقد لا ازالته. ازالة العقد تستبعد اطلاقا كل بحث عن عطل وضرر من مصد عقدي، فالتعويض في هذا الطرح يفتقر الى مصدره، وهو ينتقل الى اطار الخطأ التقصيري بعد زوال العقد مصدر الخطأ التعاقدي. فاذا كان هنالك اتصال بين الغاء العقد والعطل والضرر، كلاهما جزاء لعدم التنفيذ العقدي، الا ان هناك اختلاف لجهة تقنية اعمال كل منها: الالغاء يتطلب انهاء الحالة العقدية، والعطل والضرر يتطلب استبقاء الحالة العقدية. يقول الاستاذ السنهوري في هذا الصدد "هناك اتصال بين الفسخ (الالغاء) والمسؤولية العقدية (العطل والضرر) فكلاهما جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي. فاذا كان العقد ملزماً للجانبين جاز للدائن ان يطلب فسخ العقد (الغاءه) جزاء عدم التنفيذ المدين لالتزامه. وجاز له ايضاً ان يطالب بالتعويض ولكن على اساس فسخ العقد بل على اساس استبقائه والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض، وهذه هي المسؤولية العقدية (العطل والضرر) http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png."

ان ما اشارت اليه المادة 241 م.ع. فقرتها الثانية، من تعويض هو من طبيعة مختلفة وذلك لجهتين: مصدر التعويض وطبيعة التعويض. في البند الجزائي التعويض هو عن عدم التنفيذ العقدي. في الالغاء التعويض هو عن الالغاء العقدي. فالغاء العقد وان لم يكن الضرر شرطا من شروطه الا انه قد يولد اضراراً مستقلة: ارتفاع سعر السلعة موضوع العقد الذي تم الغاؤهhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png او ترتب التزامات اضافية على المشتري الذي الغي عقده او الانتقاص من حقوقه... ان جمع الالغاء والبند الجزائي يؤدي الى استبدال التعويض عن الالغاء بالتعويض لعدم التنفيذ مع ما يستتبع ذلك من نتائج اساسية كعدم ضرورة اثبات الضرر او تحديده، او ربط التعويض بمقدار محدد. كذلك في البند الجزائي التعويض هو من طبيعة عقدية: فالعقد لم يزل قائماً. في الالغاء التعويض هو من طبيعة تقصيرية: فالعقد لم يعد قائماً. محكمة بيروت المدنية، غرفتها الثالثة، ترى في المسألة تجميداً للعقد، قد ينشىء اشكالات متصورة:"ان يسع الدائن والمديون ان يطالبا بتنفيذ العقد- بعد تنفيذ البند الجزائي على اساس استمرارية ذلك العقد رغم المطالبة بتنفيذ البند- الاول بعد حصوله على التعويض والثاني بعد دفعه هذا التعويض"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. هذه النظرة تتجاهل جوهر الالتزام: كل التزام انما يتألف من عنصرين: عنصر المديونية- الموجب (Schuld= débitum- devoir) (Haftung= Obligation- engagement)

"عنصر المديونية يترجم موجب المدين بتنفيذ التزامات محددة. عنصر المسؤولية يترجم سلطة الدائن بالزام ذلك التنفيذ اما عيناً واما بدلاً- العطل والضرر"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. هنري وجان وليون مازو يرون ان هذا التقسيم له اهميته، بل ويبحثون في تواجد عنصر ثالث:"ان هذا التقسيم يمكن دفعه الى ابعد: تقسيم الالتزام الى عناصر ثلاثة: المديونية والمسؤولية في حالة عدم التنفيذ والاكراه"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. مارتي ورينو Marty et Raynand يشيران الى "الاستخلاصات الهامة التي تترتب على هذا التقسيمhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png".

قد يتواجد احد هذين العنصرين دون الآخر: المديونية دون المسؤولية كما في الالتزام الطبيعي. او المسؤولية دون المديونية كما في الكفالة الشخصية او العينية: التزام شخص او الزام عقار بضمان دين مترتب على الغيرhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

الا ان الالتزام الذي يتخلف فيه احد عنصريه يبقى التزاماً غير متكامل: ناقص. "الالتزام الكامل هو الالتزام الذيينصهر فيه عنصريه، هو الشكل الطبيعي للالتزام بالمفهوم الذي يهم"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. باعمال عنصريه او احدهما يتحقق الالتزام دون ان يتجمد. او ينتهي دوره. فالمدين اما ان ينفذ موجباته: تزول المديونية دون ان تتحرك مسؤوليته. واما ان لا ينفذ موجباته: تتحرك المسؤولية بتحريك من مديونيته. فعنص المسؤولية- العطل والضرر- وان كان يشكل مرحلة زمنية تنتهي بتحقق العقد باعمال كل من عنصريه. فالبند الجزائي، الصورة الاتفاقية للعطل والضرر، لا يتم ولا يمكن الا ان يتم من خلال الابقاء على الالتزام العقدي نفسهhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، وليس من خلال ازالة ذلك الالتزام بالغاء العقد الذي يتضمنه.

**نبذة ثانية: عدم جواز الجمع بين الاصل والغرامة**

القضاء الفرنسي طرح المسألة- عدم جواز الجمع بين الاصل والغرامة- من وجه مختلف: ما يشكل التجاوز على المبدأ، بنظر ذلك القضاء، هو المطالبة بالغاء العقد مع تنفيذ البند الجزائيhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png خلافا لما تذهب اليه المحاكم اللبنانية في اتجاهها الحديثhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. بوكار يتناول المسألة من زاوية مختلفة، يبرر على اساسها تعديل محاكم الاساس للبند الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي، فما يمنع جمعه هو المطالبة بالبند الجزائي مع وجود تنفيذ جزئي للالتزامhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. الا ان طرح المسألة لا بد من ان يتم من خلال المفهوم الحقيقي للمبدأ- عدم جواز الجمع بين الاصل والغرامة-. تنص المادة 266 م.ع. فقرتها الثانية:"ولقد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الاضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب. فلا يحق له ان يطالب بالاصل والغرامة معاً، اذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير او على سبيل اكراه المديون على الايفاء". فما يمنع جمعه، اذن، هو المطالبة بالاصل- التنفيذ العيني- والغرامة- البند الجزائي، وهو امر لا نقاش فيه، كرسته تشريعات مختلفةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. ولكن السؤال الذي يطرح: هل ان في المطالبة بالبند الجزائي مطالبة بالاصل والغرامة؟ الدائن الذي يطلب تنفيذ البند الجزائي من خلال المطالبة بتنفيذ العقد هل يجمع بين التنفيذ العيني والبند الجزائي؟ قانونا ان في تقنية البند الجزائي حل للمشكلة، فالبند الجزائي يمثل عنصر المسؤولية في الالتزام العقدي. هو تنفيذ بدلي للالتزام العقدي دون ان يكون التزاما بدلياhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. الدائن والمدين لا يملكان الا التمسك بتنفيذ الموجب الاصلي: التنفيذ عيناً. مسألة البند الجزائي لا تطرح الا عند تخلف التنفيذ عيناً: عند استحالة التنفيذ العيني بخطأ من المدينhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. طرح البند الجزائي في النزاع هو طرح بديل عن التنفيذ الاصلي: هو تنفيذ بدلي عند عدم استطاعة التنفيذ العيني دون غش او تعمدhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.منطقياً كيف يمكن المطالبة بتنفيذ بدلي قبل المطالبة بالتنفيذ الاصلي؟. المطالبة بالبند الجزائي تلحق تسلسلاً المطالبة بالتنفيذ العيني. على العكس، ان عدم المطالبة بالتنفيذ العيني يستتبع منطقاً ازالة كل مطالبة بتنفيذ بدلي- البند الجزائي-. فالجمع بين التنفيذ العيني والبند الجزائي لا يشكل في هذا الاطار جمعاً متواقتاً بين الاصل والغرامة، فالدائن لا يطلب التنفيذ العيني والتنفيذ البدلي- البند الجزائي- في لحظة زمنية واحدة. الجمع بين التنفيذ العيني والبند الجزائي- عند عدم التنفيذ العيني وفي لحظة زمنية مختلفة. وهو لا يملك الا الجمع بين المطلبين: التنفيذ العيني والتنفيذ البدلي، ولكن بتحقق احدهما احدهما يزول العنصر الآخر: التنفيذ العيني يحجب التنفيذ البدلي. مازو يرى في المسألة تجديداً للالتزام: استبدال التزام عقدي بالتزام بدلي، مع ان في المسألة اعمالاً للالتزام: تحريك الالتزام البدلي عند عدم تنفيذ الالتزام العقديhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. التنفيذ البدلي يشترط، اذن، كشرط لتحققه الاستحالة في تنفيذ الموجب عيناً بخطأ من المدين وليس الغاء العقد كنتيجة لخطأ ذلك المدين.

**فقرة ثانية: الجمع بين الغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي والصفة التبعية للبند الجزائي**

القرار الاول الذي ناقش الصفة التبعية للبند الجزائي كان قرار محكمة بداية بيروت المدنية غرفتها الثالثة، قضية أ. مسلم/ن. مسلمhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. اعتبرت المحكمة "ان ورود الاتفاق على البند الجزائي وعلى موضوع العقد في مستند واحد ليس من شأنه ان يجعل من العقد ومن البند الجزائي وحدة تزول او تبقى بكليتها... و لا يرد القول ان البند الجزائي بحسب تكييفه القانوني التزام تابع للالتزام الاصلي وانه من شأن سقوط الالتزام الاصلي سقوط الالتزام التابع...(اذ) يقتضي التفريق بين سقوط الالتزام الاصلي المتبوع ببند جزائي لبطلانه وبين سقوط الالتزام الاصلي لعدم تنفيذه: ففي الحالة الاولى يصح القول ان سقوط الالتزام يؤدي الى سقوط الالتزام التابع بالبند الجزائي لان العيب المعطى الى البطلان الذي شاب الالتزام الاصلي قد انسحب الى الالتزام التابع بالبند الجزائي بينما في الحالة الثانية فان سقوط الالتزام الاصلي بسبب عدم التنفيذ هو شرط لاستحقاق البند الجزائي الذي نشأ نشأة سليمة وبقي كذلك بالرغم من سقوط الالتزام الاصلي بالالغاء فيما بعد...". محكمة استئناف بيروت المدنية، غرفتها الثالثة اعتمدت في قضية بكداش/الاميرة آل سعودhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png التحليل ذاته: التمييز في العقد الواحد بين اتفاقات متعددة. "فعقد البيع المتضمن بنداً جزائياً هو في الواقع عقدان: عقد البيع وعقد البند الجزائي". وان لم تشر الى التمييز الذي اعتمدته المحكمة الابتدائية بين ازالة العقد بالبطلان وبين ازالة العقد بالالغاء مع ما يترتب على ذلك من أثر في مصير البند الجزائي الذي يتضمنه. هناك اذن مصدران للابقاء على البند الجزائي عند الغاء العقد الاساسي، الاول هو التمييز بين الصك الواحد والعقود المتعددة. الثاني- وتنفرد به محكمة بداية بيروت المدنية- هو التمييز في العقد الواحد بين الغاء العقد وبطلانه. في الحالة الاولى الصك الواحد قد يضم عقوداً مختلفة لكل منها مقوماته ووصفه " وافضل مثال على ذلك هو في الصك الذي يثبت الاتفاق على بيع ويثبت ايضاً بند جزائياً"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. في الحالة الثانية البطلان وحده يستتبع ازالة العقد. "البطلان الذي شاب الالتزام الاصلي قد انسحب الى الالتزام التابع بالبند الجزائي"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. ولكن السؤال الذي يطرح: البند الجزائي سواء طرح كبند في العقد الاساسي او كبند مستقل عن العقد الاساسي هل يغير ذلك في صفته كتابع للالتزام الاصلي؟. ازالة البند الجزائي في حالة بطلان العقد الاساسي دون حالة الغاء العقد الاساسي الا تبرز نظرة ضيقة للامور؟

**نبذة اولى: البند الجزائي بين الصك والاتفاق**

محكمة بداية بيروت المدنية، محكمة استئناف بيروت المدنية، الغرفة الثالثةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. في تمييزها الصك الذي قد يتضمن عقودا متعددة عن العقود التي يتضمنها- اصك يثبت تلك الاتفاقات والاتفاقات تصدر عن الارادات التي يثبتها ذلك الصكhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png- هل اضافتا شيئاً جديداً يفرض تعديل الصفة التبعية للبند الجزائي؟ ان في هذه النظرة عجز من ناحيتين. قانونية: المزج بين العقد والالتزام، ومنطقية: المزج بين عدم التنفيذ والالغاء.

قانوناً: مختلف الاتجاهات الفقهية والقضائية تركز على الطبيعة العقدية للبند الجزائي. فهو "اتفاق يلزم الفريقين ويكون شرعة بينهما"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، قد ينفصل عن الصك الاساسي بايراده بصك لاحقhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، وقد لا ينفصل "فالبند الجزائي يجوز ادراجه في صلب العقد كما يجوز ذكره في اتفاق لاحق"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، ولكن استقلال البند الجزائي عن العقد الذي يتضمنه لا يعني بالضرورة استقلال البند الجزائي عن الالتزام الذي اوجده. فما يقتضي تمييزه هو البند الجزائي والعقد الاساسي، البند الجزائي والالتزام الاساسي. فالبند الجزائي وان كان اتفاقاً يتميز عن العقد الاساسي. فهو لا يتحقق الا بتحقق سببه وهو عدم تنفيذ الالتزام الاصلي. الا انه لا يتحقق بتحقق العقد الاصلي اي تنفيذ العقد الاصلي او زواله. منطقياً: تنفيذ ذلك العقد معناه تنفيذ التزاماته. زوال ذلك العقد معناه ازالة التزاماته، مما يفقد البند الجزائي في الوضعين كل سبب لاعماله. فأحد امرين: اما ان يؤدي عدم التنفيذ العقدي الى الغاء العقد، فلا يعود من مجال لتنفيذ البند الجزائي، فقد سبقه الالغاء الى ازالة الالتزام العقدي. و لا يعود من مجال للبحث في عدم التنفيذ العقدي، فالالتزام ذاته قد جرت ازالته. واما ان يؤدي عدم التنفيذ العقدي الى ابقاء العقد، عندها يكون المجال لتنفيذ البند الجزائي، فبقاء العقد يستتبع ابقاء الالتزام العقدي. محكمة بداية بيروت المدنية، محكمة استئناف بيروت المدنية، الغرفة الثالثة، تبحث المسألة من زاوية العقد الذي يتضمن البند الجزائي فتميز بين العقد الاساسي وعقد البند الجزائي، مع ان المسألة تبحث من زاوية الالتزامات التي يتضمنها العقد الاساسي. فالبند الجزائي هو لحالة عدم تنفيذ الالتزام الاصلي، لضمان ذلك التنفيذ وليس لحالة الغاء العقد الاساسي ولو لم يتبع له ذلك البندhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

**نبذة ثانية: البند الجزائي بين البطلان والالغاء**

التمييز بين سقوط الالتزام الاصلي ببطلانه وبين سقوط الالتزام الاصلي لعدم تنفيذه الذي اعتمدته محكمة بيروت المدنية، غرفتها الثالثة. قضية أ. مسلم/ ن. مسلم- هو تمييز مصطنع وقد بقي منفرداً، لم تعتمده القرارات اللاحقة. بعض الفقه يبدو في ظاهره مؤيداً هذه النظرةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. الا ان النظرة الغالبة لا تأخذ بهذه التجزئة للامور."فالالغاء القضائي للالتزام الاصلي- كحالة البطلان- يزيل البند الجزائي باثر رجعي"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. فزوال البند الجزائي في مختلف هذه الاوضاع يرتد الى ارتباطه بالالتزام الاساسيhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، وليس الى ارتباطه بالعقد الاساسي. فالارتباط هو بالالتزام الاصلي وليس بالعقد الاساسي. منطق الارتباط يفرض التوحيد في الحلول، فالعبرة هي لزوال الالتزام الاصلي وليس لمصدر ذلك الزوال. البطلان والالغاء وان اختلفا في الطبيعة، الاول يرافق تكوين العقد والثاني يرافق تنفيذ العقد، الاول كجزاء لعدم صحة تكوين العقد والثاني كجزاء لعدم تنفيذه، الا انهما يتفقان في الاثر فكلاهما يزيل العقد منذ تكونه. بل ان التمييز الذي اعتمدته المحكمة قد يثير بعض التساؤل: ما هو الوضع عند سقوط الالتزام بسبب البطلان نفسه عندما يرتد في مصدره الى المدين نفسه- بيع مال الغير مثلا-؟ الاستاذ شابا يرى في ذلك استثناء عن المبدأ- بطلان البند الجزائي ببطلان العقد الاساسي- فالبند الجزائي ينتج مفاعيلهhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. الاستاذ جريج يبرر هذه النظرة " ان البند الجزائي في هذه الحالة يكون تعويضاً عن المسؤولية التقصيرية التي اقترفها البائع"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. استثناء مصطنع: لاالالتزام الاصلي اما ان يبقى فيبقى البند الجزائيتبعاً له، واما ان يزول فيزول البند الجزائي تبعاً له دونما تمييز بين حالة وحالة. المشتري في عقد بيع مال الغير لا يملك الا احد موقفين:ان يطلب تنفيذ الالتزام الاساسي عينا، والمدين- دون ارادة من المالك- لن يستطيع تحقيق ذلك التنفيذ، فيتحقق البند الجزائي كتنفيذ بدلي لاستحالة التنفيذ العيني بخطأ من المدين. واما ان يطلب ابطال العقد فيبطل البند تبعاً له، وتبقى مسؤولية المدين- مسؤولية تقصيرية وبحسب التعويض على اساس القواعد العامة وليس على اساس البند الجزائي الذي وضع لحالة المسؤولية العقدية. النظرة في القرارات السابقة كانت نظرة اكثر شمولا، محكمة التمييز، قبل التحول في اتجاهها، كانت قد وضعت قاعدة مختلفة اكدتها في قرارات سابقة كما سبق ان اعتمدتها محاكم الموضوع: "البند الجزائي تابع للعقد الاساسي فاذا الغي او ابطل هذا العقد الغي او ابطل تبعاً له البند الجزائي وتصبح المحكمة حرة في تقدير التعويض المتوجب للمدعي"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. التغير في الاجتهاد لم يكن له ما يبرره، فالقضاء في اتجاهه الحديث اعمل البند الجزائي لمجرد الالغاء العقدي دون ان يتوقف عند تقنية البند الجزائي او خصائصه. لم يحاول استعادة حقه الطبيعي في تقدير التعويض عند ازالته الالتزام الاساسي الذي وجد البند من اجله مع انه حاول في اكثر من مجال استعادة هذا الحق بحجة انقاص البند وتعديلهhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

**قسم ثان: الجمع بين الغاء وتنفيذ البند الجزائي على ضوء الوضعية الخاصة للبند الجزائي**

القضايا التي حلتها المحاكم اللبنانية على اختلافها تناولت بنوداً جزائية عادية وضعت في اطارها التقني: التعويض الاتفاقي جزافيا عن عدم التنفيذ العقدي كما تضمنتها عقود عادية: بيع عقاري، مصالحة، توريدhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png... في فرنسا الوضع يختلف: القضايا التي حلتها المحاكم الفرنسية على اختلافها تتناول بنوداً جزائية من نوع خاص لم توضع في اطارها التقني، تضمنتها عقود غير عادية. بالتحديد: عقود الليزنغ Leasing. في الحالة الاولى البند الجزائيلم يختلف عن طبيعته: فهو تعويض اتفاقي عن المسؤولية العقدية. في الحالة الثانية البند الجزائي اختلف عن طبيعته: فهو لم يوضع كتعويض اتفاقي عن المسؤولية العقدية.

على ضوء ذلك سندرس في فقرتين: وضعية البند الجزائي وطبيعة عقد الليزنغ (فقرة اولى)

ووضعية البند الجزائي وطبيعة البند الجزائي (فقرة ثانية).

**فقرة اولى. وضعية البند الجزائي وطبيعة عقد الليزنغ**

البنود الجزائية التي عالجتها المحاكم الفرنسية برزت من خلال نوع جديد من العقود يجد مصدره في التعامل الاميركي: عقود الليزنغhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، وتتخذ شكلا واحدا: تعويض جزافي عن فسخ العقد. هو يتجاوز حالة التعويض الاتفاقي عن عدم التنفيذ العقدي الى حالة التعويضالاتفاقي عن الفسخ العقدي. غافالد Gavalda يعرض لنموذج عن تلك البنود عند عرضه لنموذج عن عقد الليزنغ. تنص المادة السادسة من ذلك العقد على ما يلي:

"يحتفظ المؤجر- في عقد الليزنغ- بحق فسخ العقد في الحالات الآتية:

- اخلال المستأجر بالشروط العامة او الخاصة للعقد.

- عدم دفع احد البدلات او قسط التأمين في استحقاقاتها.

- عند التسوية القضائية (règlement judiciaire)، افلاس، اعسار، وفاة المستأجر او التنازل عن المؤسسة التجارية باي شكل من الاشكال.

- تهديد حقوق المؤجر.

- عدم الاعلان عن الحادث.

في الحالتين الاوليين، الدائن- المؤجر- يحتفظ بحق فسخ العقد حتى ولو عرض المستأجر الدفع او التنفيذ او لجأ الى هذه الوسائل بعد انتهاء المهلة المحددة.

ان الفسخ يتم بمجرد الانذار بالبريد المضمون دون ان يلزم المؤجر باتمام اي اجراء آخر.

عند تبليغ الانذار يلتزم المستأجر:

- ان يعيد الاعتدة فوراً بوضعها في تصرف المؤجر حسبما تنص عليه بنود العقد.

- ان يدفع منذ الانصراف عن العقد dénonciation du contrat كافة البدلات اللاحقة عن المدة المتبقية لانتهاء العقد التي تعتبر مستحقة.

- ان يعيد الى المؤجر كافة المصاريف التي يتحملها بمناسبة فسخ العقد او استعادة الاعتدة.

- اذا لم يقترن الانذار المرسل باي مفعول في خلال مهلة ثمانية ايام يمكن الزام المستأجر بقرار من قاضي العجلة يعطى بطلب من المؤجر، او من رئيس محكمة السين التجارية او من رئيس المحكمة التجارية للمكان العقدي لمركز وجود الاشياء المستأجرة. هذا القرار يكون نافذا على اصله حتى قبل تسجيله"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

من هذا العرض تبرز مسالتان: الاولى ان البند الجزائي في عقد الليزنغ انما يلازم فسخ العقد: هو تعويض اتفاقي عن فسخ العقد بارادة الدائن المنفردة عند الاخلال بشروطهhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. الثانية ان البند الجزائي في عقد الليزنغ هو بند متجاوز- يجمع بين فسخ العقد وبين المطالبة بكافة البدلات التي ستستحق عن المدة المتبقية لانتهاء العقد مع الاحتفاظ ببدلات المدة السابقة الى جانب استرداد الاعتدة المؤجرة- ويطرح كاحدى الضمانات الاساسية لهذا النوع من العقود- وبذلك يختلف عن وضعية البند الجزائي عن عدم التنفيذ العقدي في العقود العادية-، وهو في الحالتين بند صحيح رغم تجاوزه، يأتلف مع الاهمية العملية لعقد الليزنغ.

**نبذة اولى: البند الجزائي وسيلة ضمان في عقد الليزنغ**

في محاولته تحديد طريقة العمل في عقد الليزنغ يصف الاستاذ شامبو Champeaud عملية الليزنغ كما يلي: "مشروعاً يرغب في تنفيذ واتمام استثمارات تجهيز يبرم مع احدى شركات التمويل المتخصصة عقداً بمقتضاه تشتري هذه الشركة الاعتدة التي يختارها بالشروط التقنية وبالثمن المتفق عليه. هذه الاعتددة يصار الى تسليمها الى المشروع ووضعها في مركزه، الذي يعتبر مستأجراً لها من الشركة المشترية لمدة تختلف باختلاف العقود. في نهاية المدة، يكون للمشروع المستاجر الخيار بتملك تلك الاعتدة لقاء ثمن يقارب قيمتها المتبقية اثر استهلاكها. بصورة عاة بثمن ينخفض عن قيمته التجارية في نهاية العقد". الا ان هذا الخيار بالشراء ليس حصرياً، فالمستاجر امامه في نهاية العقد خيارات اخرى: اعادة الاعتدة المستأجرة دونما تحفظ، او اعادة استئجارها لفترة مختلفة باقساط مخفضةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. في الحالات الغالبة يكون الموضوع في عقد الليزنغ هو الاعتدة équipement: الليزنغ يكون منقولا leasing mobilier، وفي حالات اقل تداولا يكون الموضوع عقارا: الليزنغ يكون غير منقول leasing immobilier. قانون 28 ايلول سنة 1967 الذي عدل قانون 2 تموز سنة 1966 يحدد هذه العمليات "بعمليات ياجير عتاد التجهيز وعتاد الآلات اللازمة لحرفة او مصنع، والعمليات التي بواسطتها يؤجر مشروع عقاراً لاستعمال مهني حيث يشتريه او يبنيه لحسابه، وتسمح هذه العمليات للمستأجر، مهما كانت صفتها، بان يصبح مالكاً لكامل العتاد المستأجر او لقسم منه في نهاية الايجار على الاكثر... اما عن طريق التنازل او تنفيذ وعد بيع من طرف واحد، واما بشراء مباشر او غير مباشر لحقوق ملكية الارض القائم عليها العقار او العقارات المستأجرة، او بانتقال ملكية الانية المشادة على الارض العائدة للمستأجر المذكور بقوة القانون 22http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

في الليزنغ المنقول، نظريا، المشروع هو الذي يتولى المبادرة في ابرام العقد: يختار باشرة الاعتدة التي يحتاجها في عملية التجهيز، يفاوض في قيمتها. دور الشركة- شركة الليزنغ- "هو في شراء ما تم الاتفاق عليه مسبقاً بين المشروع والبائع، وتعتبر منذ اتمام الشراء مؤجرة للاعتدة التي اشترتها تلبية للطلب. عملياً البائع هو المحرك لهذا العقد: يحمل شركة التمويل الى الاعتماد في استثماراتها على هذا النوع من التعامل، فيتولى الاتصالات الاساسية بين الشركة- شركة الليزنغ- والمشروع، ويساعد في اقناع الشركة بالحالة المالية للمشروع الذي تتعامل معه، كما يقوم بالاجراءات الاولية المطلوبة لابرام العقد وكأنه ينعقد بين البائع والمشروع. اذن، عقد الليزنغ "هو طريقة تمويل للاستثمارات المنتجة صيغت بقالب قانوني معقد"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png يخفي نظامه القانوني " وضعية جديدة تتألف تواقتا من تقنيات قانونية مختلفة تتميز عن كل منها"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

ان النظرة التحليلية لهذا لاعقد تظهر احتواءه لخمس تقنيات اساسية على الاقل وان كان يتميز عن كل منها بصورة منفصلة. فهو يجمع: وعداً متبادلاً بالايجار بين الشركة الممولة والمشروع في مرحلة تكوين العقد، تفويضاً الى المشروع بتمثيل الشركة- شركة الليزنغ- باختيار الاعتدة وتحديد اوصافها وثمنها مع البائع، عقد ايجار للاعتدة المشتراة، وعداً غير متبادل بالبيع تتعهد الشركة بمقتضاه بيع الاعتدة المؤجرة الى المشروع المستأجر في نهاية العقد وكاحدى الخيارات الممنوحة لذلك المشروع، وبصورة محتملة وان تكن طبيعية: عقد بيع عند اعلان المشروع المستأجر رغبته بالشراءhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

في الليزنغ غير المنقول المشروع يطلب من شركة التمويل شراء العقار الذي يحتاجه، او يشتري العقار من الشركة اقامة ابنية جدية في مكانه. قانوناً يمثل هذا العقد عقد ايجار يقترن بوعد غير متبادل بالبيع تلتزم الشركة الممولة بمقتضاه بيع العقار عند اظهاره المشروع رغبته بالشراء في نهاية المدة العقدية.

هذه التقنيات المختلفة التي يتكون منها عقد الليزنغ كما يقول الاستاذ شامبو، " تذوب في تكوينه" وتؤلف بانصهارها الطابع الجديد والمركب لهذا النوع من العقودhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

البند الجزائي، في هذا الاطار، يشكل احدى الضمانات الاساسية لتنفيذ هذا النوع الخاص من العقود، الى جانب ضمانات اخرى، اتفاقية وقانونية. من الضمانات الاتفاقية: ضمانات موضوعية: الكفالات التي تطلبها الشركة الممولة من مدراء المشروع المستأجر او من الشركات التي ينتمي اليها (الشركة الام او الفرع)، ايداع بعض الضمانات التي تحتفظ بها الشركة الممولة: ايداع مبالغ معينة تحددها لضمان تنفيذ مختلف الالتزامات العقدي التي يتعهد المشروع بتنفيذها، وهي مستقلة عن الالتزام الاساسي بدفع البدل على ان تعيدها الشركة في الثمانية ايام التي تلي دفع القسط الاخير من العقد. وضمانات اجرائية: اعطاء قاضي العجلة صلاحية البت في مسائل الرد المباشر للاعتدة المؤجرة الى الشركة الممولة بعد فسخ العقد للاسباب المحددة. من الضمانات القانونية: دعوى الاسترداد action en revendication، التي تحفظ للشركة الممولة ملكيتها للاعتدة رغم طبيعتها المنقولةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، طرق النشر المختلفة التي نظمها ذلك القانون. ولكن بين مختلف تلك الضمانات، يبقى البند الجزائي الذي يكفل للشركة- شركة الليزنغ- استرداد الاعتدة التي اجرتها، الى جانب احتفاظها بكافة البدلات التي استوفتها مع كافة البدلات حتى نهاية العقد، الضمانة العملية والمباشرة التي تكفل تنفيذ هذا العقدhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. محكمة روان Rouen عبرت عن هذه النظرة: "شركات الليزنغ.... ليس لها من وسيلة مساوية لضمان احترام تنفيذ المتعاقدين معها لالتزاماتهم الا بتوقع عقوبة في العقد تكون كافية وقاسية تقنع مسبقا اولئك المتعاقدين بضرورة ذلك التنفيذ..."http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

**نبذة ثانية: البند الجزائي وسيلة تأتلف مع اهمية عقد الليزنغ**

اهمية عقد الليزنغ التي فرضت التجاوز في البند الجزائي انما تستمد مصدرها من الدور الاقتصادي لهذا العقد. محكمة روان في قرارها المشار اليه تترجم هذا الدور:"البند الجزائي- في عقد الليزنغ- قد وضع ليس لتحقيق اثراء غير مشروع للشركة المؤجرة، فشركات الليزنغ في تعاملها تعترضها نفقات هامة وتتعرض الى مخاطر جدية في الحالة التي لا تنفذ فيها العقود التي تبرمها بصورة كاملة....فترك المستأجر يتأمل بالحصول على تعديل للبند الجزائي الذي يتضمنه عقده مع الشركة، يفقد ذلك البند كل فاعلية واكراه، ويساهم في تمييز التجار السييءالنية بتشجيعهم على عدم تنفيذ التزاماتهم، ويمنع كل تطور عن مؤسسة تجارية. تطورها هو امر ضروري وواضح- مؤسسة الليزنغ"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. الاستاذة فوركال Furkel في نفس السياق ترى انه "اذا خسر البند الجزائي- في عقد الليزنغ- صفته القسرية والرادعة فان مستقبل مؤسسة الليزنغ نفسها يكون مهدداً بصورة بالغة. فمن غير المقبول بان القضاء برغبة حماية المستأجر في مقابل المؤجر في عقد الليزنغ، الطرف الضعيف في مقابل الطرف القوي، يتناسى بان شركات الليزنغ نفسها قد تخضع في بعض الحالات لنكول العديد من المتعاقدين معها، فتكون في تصرف هذه الظروف"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. هذه الرغبة في المحافظة على البند الجزائي في عقد الليزنغ انما ترتكز على الاهمية الاقتصادية لهذا العقد "فهو صيغة مستحدثة لتمويل الاستثمارات التي تسمح للمشاريع الصناعية والتجارية بان تتجهز دون ان تجمد اموالها الخاصة"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، تهتم بها كبار المصارف التي تجد فيها بدائل من عملياتها التقليدية تحتمل جذب الزبائن، فتنشىء شركات متخصصة تهتم بتمويلها اما بصورة مستقلة واما بمساعدة شركات التأمين او النقابات المهنية. راسمال هذه الشركات الذي لا يمكن تجاهله، اعدادها المتزايدةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png يجعل من عقود اليزنغ عقودا من نوع خاصhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png لها اهمية خاصة في الاقتصاد الوطني، من هنا كان التشدد في المحافظة على تنفيذ بنود هذا النوع من العقود محافظة على الشركات الاقتصادية نفسها التي تبرم تلك العقود.

محاولات عديدة فقهية وقضائية قد جرت، غايتها الحد من تجاوز بعض تلك البنود وبالتحديد البند الجزائي الذي تتضمنه. من هذه المحاولات ما هدف الى انقاص البند الجزائي اما باعتماد نصوص من القانون المدني واما باعتماد المبادىء القانونية العامة في الحالة الاولى. التعديل كان يتخذ صفة الانقاص اما استناداً الى تنفيذ جزئي للعقد يرتد الى دفع اقساط محددةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png- المادة 1231 مدني فرنسي- او استنادا الى عدم جواز الجمع بين الاصل والغرامة- المادة 1229 مدني فرنسي-http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.pngواما استنادا الى نظرية السبب او الاثراء بلا سبب- المواد 1131 و 1376 مدني فرنسي-http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. في الحالة الثانية التعديل كان يتخذ صفة الاعفاء من البدلات المستقبلة على اساس نظرية البند الاسديhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. محكمة التمييز بعد ترددhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png اتخذت موقفا ثابتا يصدر عن رغبة في المحافظة على المؤسسة العقدية التي يمثلها عقد الليزنغ: رفضت الاخذ بالاتجاه الغالب الذي اعتمده قضاء الاساس. فالمبدأ بنظرها هو احترام تطبيق العقد مهما كانت درجة الاختلال في التوازن العقدي بين ما يتعرض له الدائن من ضرر وبين القيمة المتفق عليها في البند كتعويض عن ذلك الضررhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. انقاص البند في حالة التنفيذ الجزئي يفترض ابتداء عدم وجود اتفاق واضح على استبعاد تطبيق المادة 1231 مدني فرنسي قبل تعديلهاhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، وليس من الضروري ان يكون الاتفاق صريحاً. كما ان المطالبة بتنفيذ البند الجزائي كما ورد في التعاقد لا تشكل جمعا بين الاصل والغرامة "فالمؤجر- في عقد الليزنغ- لم يطلب التنفيذ الجبري للاتفاق مع فسخه في آن معاً، وانما مارس خياره بمتابعة فسخ العقد وحسب، مع ما يترتب على واقعة الفسخ من موجب نص عليه العقد وارتضاه المستأجر وقبل مخاطره عند توقيعه للاتفاق"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. فالمسألة ليست مسألة الجمع او الخيار بين تنفيذ اساسي للعقد وبين طلب الغائه بل هي مسألة "الجمع بين الغاء العقد والتعويض المتفق عليه نتيجة لذلك الالغاء"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. ايضاً، التفاوت في الالتزامات التي يرتبها تنفيذ البند الجزائي في عقد الليزنغ لا ينفي الالتزام او يؤكد الاثراء بلا سبب كما لا يحتم اعتبار العقد اسدياً. في الحالة الاولى ان "وجود سبب لللالتزام ينظر اليه وقت تكوّن العقد. الالتزام بدفع كافة البدلات في حالة عدم دفع احدها في عقد الليزنغ وما يلحقه من فسخ تلقائي مع اعادة الشيء المؤجر ودفع تعويض جزافي هو التزام له ما يقابله هو الالتزام من الطرف الآخر بوضع الشيء المؤجر بتصرف المستأجر"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. بل ان "دفع تلك التعويضات التي تعهد بها المستأجر في العقد لا تشكل اثراء الدائن بلا سبب او ملاحقة المستاجر بدفع بدلات عقد تم الغاؤه وانما تشكل تنفيذا لبند اتفاقي ارتضى به المستأجر بارادته وقت التعاقد"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. في الحالة الثانية البند الاسدي هو الذي يكرس عدم التوازن الكلي والمطلق بين الالتزامات المتبادلة- تحميل طرف في العقد وقت التعاقد كافة الارباح دون تحميله اي جزء من الخسائرhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png- والحالة في البند الجزائي ان هناك تفاوت في الالتزامات تبرره الضمانات التي يجسدها "فلا شيء يمنع الاطراف في التعاقد ان يختاروا عناصر وقواعد حساب لمقدار التعويض عن فسخ العقد يرونها مناسبة"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png "فلاطراف المتعاقدين الحرية في تحديد الضمانات التي يرونها لتنفيذ التزاماتهم حتى ولو لم يكن هناك من ضرر، و لا يحق لمكمة الاساس ان تبطل تلك البنود بحجة انها اسدية ومتجاوزة طالما انه اتفق عليها بحرية وقت التعاقد"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. والعقود لا يصح تعديلها بحجة مبادىء الانصاف وحسن سير العدالةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

ثبات البند الجزائي في موقف محكمة التمييز وصدم كل محاولة لتعديله حمل جانباً من الفقه الى البحث في ازمة http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.pngCrise او زلة http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.pngScandale البند الجزائي الفاحش والمفرط في عقد الليزنغ. محكمة التمييز في موقفها اوصلت الى "ردبhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png نهائي" كل محاولة لتعديل البند الجزائي او مراقبتهhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png في ظل النصوص الاساسية في القانون المدني الفرنسي، مما اقتضى التعديل.

امام ذلك التناقض في الموقف القضائي- تعديل البند الجزائي او رفض تعديله- وامام النزعة الفقهية الغالبة في التأكيد على ضرورة اعادة النظر في البند الجزائي الفاحش الذي يخرق بشكل مشهود قواعد الانصاف والتوازنhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، تدخل المشترع لحسم الجدل فاضاف بقانون 9 تموز سنة 1975 نصا جديدا على نص المادة 1152 مدني فرنسي اجاز ذلك التعديل كما عدل نص المادة 1231 مدني فرنسيhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، فجاءت اكثر دقة.

**فقرة ثانية: وضعية البند الجزائي وطبيعة البند الجزائي**

البند الجزائي كتعويض جزافي عن ضرر اتفاقي انما هو الترجمة الاتفاقية للتعويض عن المسؤولية العقدية، يترتب على عدم تنفيذ الالتزامات المتفق عليها. فهو وان كان يختلف عن الصور الاخرى للتعويض عن ضرر لجهة المصدر: فهو ارادي، او لجهة الضرر: فهو اتفاقي، الا انه لا يعدو ان يكون شكلا للتعويض عن تلك المسؤولية. "فهو اتفاق مسبق على تحديد التعويض بدلاً من ان يترك هذا الامر الى القضاء"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. "وقيام المسؤولية العقدية يفترض ان يكون هناك عقد صحيح واجب التفيذ لم يقم المدين بتنفيذه... فاذا امكن التنفيذ العيني- وطلبه الدائن- اجبر المدين عليه، الى هنا لا تقوم المسؤولية العقدية، اذ نحن في دد التنفيذ العيني للالتزام لا في صدد التعويض عن عدم تنفيذه. اما اذا لم يكن التنفيذ العيني- او امكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداده للتنفيذ العيني- ففي هذه الحالة لا يسع القاضي الا ان يحكم بالتعويض اذا توفرت شروطه، جزاء عدم تنفيذ الالتزام-. وهنا تقوم المسؤولية العقدية"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. فالمسؤولية العقدية لا تقوم حين يكون التنفيذ العيني ممكناًhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png "ولذلك فهي لا توجد اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود لان التنفيذ العيني حينئذ يكون ممكناً دائماً. انما تقوم المسؤولية اذا كان التنفيذ العيني مستحيلا وبشرط ان لا تكون هذه الاستحالة راجعة الى سبب اجنبي"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png ما لم يكن مصدر عدم التنفيذ يرتد الى حالة التأخر عن التنفيذ. فالتعويض في هذه الحالة يكون بدلا عن ذلك التأخير. في الموجب العيني يكون بدلا عن ضرر التاخر. في الموجب النقدي هو الفائدة القانونية او الاتفاقية في حدود القانون. تنص المادة 252 م.ع.: "اذا لم ينفذ الموجب باداء العين تماماً وكمالاً حق للدائن ان ياخذ عوضاً يقوم مقام تنفيذ الموجب عينا لعدم حصوله علىالافضل.\_ واذا جعل العوض مقابلا للتخلف النهائي عن التنفيذ جزئيا او كليا سمي بدل التعويض-. اما اذا كان التنفيذ عينا لا يزال ممكنا اذ ان المديون لم يكن الا متاخراً عن اتمام موجباته فالعوض الذي يعطى للدائن يسمى بدل التأخير". يلخص الاستاذة بلانيول ريبيير واسمان هذه النظرة:"تحديد بدل العطل والضرر بسبب عدم التنفيذ لا يفهم الا بالنسبة للالتزامات بعمل او الاقناع عن عمل وبالنسبة للالتزامات باداء التي يكون موضوعها شيئاً آخر غير النقود. الديون النقدية لا تترك مجالاً الا للفوائد التاخيرية"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. فالبند الجزائي كتعويض في المسؤولية العقدية لا يصح الا اذا كان موضوعه التزاما غير نقدي. البند الجزائي الذي يكون موضوعه نقديا هو في تكييفه القانوني فائدة اتفاقية في حدود القانونhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. في قرار مفصل اعتبر القاضي البدائي المدني في بيروت "انه من المعروف قانونا ان العطل والضرر هو تنفيذ بدلي للموجب الذي لم ينفذ وهو اما ان يمثل بدل التعويض او بدل التأخير (مادة 252 م.ع) لانه عندما يكون موضوع الموجب مبلغا من النقود فان العطل والضرر لا يمثل مطلقا بدل التعويض لان التنفيذ عينا يظل ممكنا دوما، بل يمثل بدل التاخير وحسب وهذا البدليشكل فائدة المبلغ المستحق محسوبة على المعدل القانوني (مادة 265 م.ع) ولا يمكن اللجوء بحسب المادة 259 م.ع. لتعيين بدل الضرر باتفاق المتعاقدين او بالبند الجزائي ما دام معينا قانونا... والاتفاق على ان يكون العطل والضرر الذي يمثل بدل التاخير يفوق الفائدة القانونية ونعني 9% يشكل جرم المراباة المعاقب عليه"http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. وقد تأيد هذا الراي بقرار لاحق- قضية بردويل/ واندابولن-http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

القضايا التي عرضت على المحاكم اللبنانية لا تطرح مشكلة: موضوع الالتزام الذي وضع البند الجزائي لضمان تنفيذه كان دائما التزاما بعملhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. القضايا التي عرضت على المحاكم الفرنسية تطرح مشكلة: موضوع الالتزام الذي وضع البند الجزائي لضمان تنفيذه كان التزاما ببدل. فالمقابل للاعتدة المؤجرة في عقود الليزنغ كان دفع البدلات في استحقاقاتهاhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. هل ان معنى ذلك ان البنود الجزائية التي تضمنتها عقود الليزنغ تخفي فوائد تتجاوز دون مقارنة المعدل القانوني، بل وحتى المفهوم القانوني لجرم الربا؟

بعض المحاولات ايدت ذلكhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، الا انها اصطدمت بمعارضة محكمة التمييز: فجرم الربا يتطلب لتكونه على ضوء قانون 28 ايلول سنة 1966 في فرنسا "قرضاً اتفاقياً بنقود او اعتماداً يعطى بمناسبة البيع بالتقسيط" وعقد الليزنغ هو من طبيعة مختلفةhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

قانونا يقتضي التمييز بين وضعين: البند الجزائي كضمان لعدم التنفيذ النقدي في العقود التي يكون موضوعها التزامات نقدية صرفة، والبند الجزائي كضمان لعدم التنفيذ النقدي في العقود التي لا يكون موضوعها التزامات نقدية صرفة.

الحالة الاولى تثير عقد مداينة او اقراض: الدائن يقرض مالا نقديا على ان يلتزم المدين برد ذلك المال اقساطا تحت طائلة بند فاحش عند عدم تنفيذ الاقساط في استحقاقها. الحالة الثانية لا تثير عقد مداينة او اقراض: الدائن يسلم اجهزة ومعدات على ان يلتزم المدين بدفع بدلات دورية في مقابل الانتفاع اضافة الى رد تلك الاجهزة والمعدات الى الدائن في نهاية المدة العقدية تحت طائلة بند فاحش. في عقد الليزغ: عند عدم دفع احد الاقساط المستحقة فسخ العقد والزام المدين بدفع كامل البدلات مع رد الاجهزة موضوع العقدhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png. في الحالة الاولى البند الجزائي يخفي في واقعة فائدة اتفاقية تتجاوز بشكل واضح حدود القانون، هو يخفي جرم الربا لتوفر شروطه. في الحالة الثانية البند الجزائي لا يخفي في واقعة فائدة اتفاقية وان وضع في مقابل عدم دفع البدلات النقدية. فهو لا يخفي جرم الربا لعدم توفر شروطه: العقد ليس عقد مداينة صرفة، والبند وضع لضمان حسن تنفيذ المدين لالتزاماته في مقابل الانتفاع من آلات ومعدات هي اساسية لتنفيذ مشروعه. هو بند بتعجيل اقساط مؤجلة يسميه الاستاذ السنهوري بالبند الجزائي من "نوع مختلف" يقول: "اشتراط حلول جميع اقساط الدين اذا تاخر المدين في دفع قسط منها هو شرط جزائي من نوع مختلف، اذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض بل هو تعجيل اقساط مؤجلة".

امام هذا الوضع يطرح السؤال: هل ان البند الجزائي في عقد الليزنغ الذي عالجته المحاكم الفرنسية هو فعلا البند الجزائي في العقود العادية التي عالجتها المحاكم اللبنانية؟ فعقد اليزنغ هو عقد من نوع مختلف، والبند الجزائي الذي يتضمنه هو بند من نوع مختلف. الاول هو عقد اقتصاديhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، دفعته بيئة المشروع الاقتصادي والثاني هو بند يضمن تنفيذ العقد الاقتصادي يطلقه عدم تنفيذ البدلات النقدية ويحققه فسخ العقد وليس مجرد عدم تنفيذه. ان هذا البند "المختلف" اذن هو في حقيقته بند اتفاقي وليس بنداً جزائياً بمفهومه التقني: هو اتفاق يحدد آثار فسخ العقد وليس مجرد عدم تنفيذه. تسمية ذلك البند الجزائي قد تستمد مصدرها من الصفة التهديدة ولكن ليس من النظرية القانونية للبند الجزائي: فهو بند يتحقق بفسخ العقد ولا يتحقق الا بفسخهhttp://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png، موضوعه التزام نقدي وان لم يكن موضوع العقد الالتزام النقدي. في هيكلية عقد الليزنغ ما يبرر اعماله عند فسخ العقد، فهل هناك ما يبرر اعماله في العقود العادية التي عالجتها المحاكم اللبنانية عند الغاء العقد لا مجرد فسخه كما ذهبت اليه تلك المحاكم؟

محكمة التمييز اللبنانية غرفتها الرابعة في قرار اخير تحاول ان "تخفف" من اجراس هذه النظرية- نظرية الجمع بين الغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي- بنقضها قرار محكمة استئناف بيروت غرفتها لاثالثة، قضية بكداش ورفيقه/ الاميرة سميرة آل سعود بحيثيات صريحة.اعتبرت انه "من المقرر قانونا ان البند الجزائي كما هو مصرح به في المادة 266 م.ع. سواء نص عليه في العقد ام اشترط في اتفاق لاحق يعتبر دوما كانه اشترط لضمان تنفيذ الموجب الاصلي ويظل في جميع الاحوال موجبا تبعيا خلافا لما ذهبت اليه محكمة الاستئناف عندما اعتبرت ان عبارة العقد الواردة في المادة 266 م.ع. يمكن ان تعني الصك اي البند المثبت للاتفاق وليس الاتفاق نفسه، مع انه من الرجوع الى النص يتضح انه ذكر صراحة كلمة العقد التي لا يمكن ان تعني قانونا البند. كما انها عندما اضافت ان البند الجزائي يمكن ان يعني في عمل قانوني لاحق كانت تعني اتفاقاً لاحقاً ولم تقصد اطلاقاً البند المثبت لاتفاق كهذا وان كانت قد استعملت كلمة صك التي لم تكن سوى ترجمة غير موفقة لكلمة Acte الواردة في نص المادة 266 موجبات الفرنسي الاصل. وحيث انه من المقرر ايضا انه عندما يكون موضوع الموجب الاصلي دفع مبلغ من النقود... فان البند الجزائي يعتبر بنداً ممثلاً لعوض التاخير لا تنفيذا تعويضيا بدل الموجب الاصلي المذكور باعتبار ان هذا الاخير اي موجب دفع الثمن ممكن التنفيذ دوماً (المادة 252 م.ع. ف3). وحيث ان زوال الوجب الاصلي نتيجة لالغاء العقد يؤدي الى زوال البند الجزائي الا ان المطالبة بالغاء العقد بحيث يعد كأنه لم يكن من شانها ان تسقط الموجب الاصلي وكذلك تبعا له الموجب التبعي الذي اصبح دون موضوع ما دام لم يشترط الغاء العقد مع بقاء البند الجزائي قائماً.

وحيث ان محكمة الاستئناف بمخالفتها هذه القواعد التي صار تقريرها تكون قد خالفت القانون ولا سيما المادتين 241 و 252م.ع. واخطأت في تفسيرهما وتطبيقهما وعرضت قراريها للنقض..."http://data.lebaneselaws.com/Images/footnote.png.

محاولة جدية ومنفردة لاستعادة موقف سابق هل ستستمر؟ هل سيكون لها انعكاسات على الاتجاه العام الذي انتجته المحاكم الاخرى؟ المنطق القانوني يمهد الطريق والمسألة التي تبقى هي في سلوكها.

❖ ❖ ❖