جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة تكريت / كلية الحقوق

مجلة جامعة تكريت للحقوق

- مجلة علمية فصلية محكّمة -

مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit univrsity journal for Rights

السنة (٧) المجلد (٧) العدد (٢) الجزء (١)
كانون الأول ٢٠٢٢ م - جمادى الأولى ١٤٤٤ هـ

الترقيم الدولي للنسخة الورقية (Print) ISSN: 2519 – 6138
الترقيم الدولي للنسخة الألكترونية (On Line) E-ISSN: 2663 – 8983
رقم الايداع في دار الكتب والوثائق الوطنية – بغداد (٢٢١٨) لسنة ٢٠١٧

مجلة جامعة تكريت للحقوق
السنة (٧) المجلد (٧) العدد (٢) الجزء (١)
كانون الأول ٢٠٢٢م

المحتويات

ت	عنوان البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١.	الخطأ والضرر الناجم عن التجاوز على أراضي الدولة في القانون المدني العراقي – دراسة مقارنة –	أ.د. بيرك فارس حسين م. وسام عبد محمد ظاهر	١-٢٨
٢.	إجراءات تجميد أموال الإرهابيين والكيانات الإرهابية في قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥	أ.د. آدم سميان ذياب الغريري الباحث محمد عباس حسين البياتي	٢٩-٦٤
٣.	الحماية الدولية من التجارب العسكرية النووية – دراسة في ضوء القواعد الدولية الاتفاقية –	أ.م.د. محمد سلمان محمود	٦٥-٨٠
٤.	الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة العراقي والقيود الواردة عليه	أ.م. إقبال نعمت درويش كريم	٨١-١٠٤
٥.	قواعد الاختصاص الموضوعي في الجرائم المعلوماتية – دراسة مقارنة –	أ.م.د. أسامة احمد محمد النعيمي الباحث هايس سويلم صلبي الشمري	١٠٥-١٤٥
٦.	فاعلية صندوق النقد الدولي في تسوية المديونية الخارجية العراقية بعد عام ٢٠٠٣	أ.م.د. حسام حميد شهاب الباحث احمد عراك نايف	١٤٦-١٧٥
٧.	توازن السلطات في ظل الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥	أ.م.د. شداد خليفة خزعل	١٧٦-٢١٧
٨.	نزع الملكية للمنفعة الخاصة – دراسة مقارنة –	أ.م.د. ظاهر مجيد قادر أ.م.د. هيوا إبراهيم قادر	٢١٨-٢٥٥
٩.	الاحكام القانونية لإبرام العقود عن طريق المزايدات العلنية	أ.م.د. محمود خليل خضير	٢٥٦-٢٨٢
١٠.	العدالة الجنائية في عقوبة القتل العمد – دراسة مع أحكام الشريعة الإسلامية –	د. هاشم محمد أحمد الجحيشي م.م. ماهر صباح حبيب الجبوري	٢٨٣-٣١٩

المحتويات

١١.	أثار العمالة الاجنبية على العمالة العراقية – دراسة في ضوء القانون العراقي–	م. رشا ظافر محي الدين	٣٢٠-٣٤٩
١٢.	تغير الظروف وأثره على الأحكام القضائية	م. مناف سليم حسون	٣٥٠-٣٧٢
١٣.	التزوير الضريبي في قانون ضريبة الدخل العراقي النافذ	م.د. لنجه صالح حمه طاهر	٣٧٣-٣٨٩
١٤.	مجلس الأمن وفكرة الحكومة العالمية	م.د. وسام نعمت ابراهيم م.د. رقيب محمد جاسم	٣٩٠-٤١٢
١٥.	المواجهة الدولية للإرهاب	م.م. ثامر رضاء علي	٤١٣-٤٣٩
١٦.	السندات الرسمية والعادية وحجيتها دراسة تحليلية في ضوء قانوني المرافعات والاثبات العراقي	م.م. عبد الجبار علي حمود أ.م.د. روزمن محمد نور د. ماهاماتا يودينج ساماه	٤٤٠-٤٧٤
١٧.	مفهوم السلطة بين أرسطو وميكافيلي – دراسة فلسفية مقارنة –	م.م. ليلى يونس صالح المولى	٤٧٥-٥٠٧
١٨.	التعويض الاتفاقي في القانون المدني العراقي	م.م. محمد محمود عبدالله عبدالرحيم	٥٠٨-٥٣٠
١٩.	الوكالة الغير قابلة للعزل – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–	م.م. هويدا عبدالله ابراهيم الغافلي	٥٣١-٥٦٢
٢٠.	التحكيم ما بين القانون العراقي والقانون المصري	د. جليل قنواتي الباحث محمد عبد الحسين سلطان	٥٦٣-٥٩٠

Tikrit University Journal For Rights Year (7) Vol (7) NO (2) Part (1) (2022) 508-530

ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية الحقوق
College of Rights

Agreement compensation in Iraqi civil law

Assist. Lect. Mohammed Mahmoud Abdullah Abdulrahim
Al-Noor University College, Nineveh, Iraq
mohammed.mahmood@alnoor.edu.iq

A r t i c l e i n f o.

Article history:
- Received 16 June 2022
- Accepted 26 July 2022
- Available online 1 Dec 2022

Keywords:
- Agreement Compensation.
- Iraqi Civil Law

Abstract: onsensual compensation is an agreement in which the two contracting parties specify in advance the amount of compensation to which the creditor is entitled if the debtor does not fulfill his obligation, breaches it, or delays its implementation. Subsequently, because the agreement on the penalty clause was not intended for its own sake, but was made on the occasion of an agreement on another obligation and with the intention of compelling the contracting party to implement it. It is an agreement that does not generate an original obligation to compensate, but rather creates an accessory obligation to estimate the compensation,

and the judge has the power to modify the agreed compensation by increase or decrease.

© 2022 TUJR, College of Right, Tikrit University

التعويض الاتفاقي في القانون المدني العراقي

م.م. محمد محمود عبدالله عبدالرحيم
كلية النور الجامعة، نينوى، العراق
mohammed.mahmood@alnoor.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ١٦ / حزيران / ٢٠٢٢
- القبول : ٢٦ / تموز / ٢٠٢٢
- النشر المباشر : ١/ كانون الأول /٢٠٢٢

الكلمات المفتاحية :
- **التعويض الاتفاقي.**
- **قانون المدني العراقي**

الخلاصة: التعويض الاتفاقي هو اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدما مقدار التعويض ألذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه أو اخل به أو تأخر بتنفيذه ويسمى أيضا بالشرط الجزائي وهو اتفاق ينطوي على خروج عن احكام التقدير القضائي اي تجنب حكم القضاء أو التخفيف من تحكمه في تقدير التعويض ويعتبر اتفاق تبعيا لان الاتفاق على الشرط الجزائي لم يقصد لذاته وانما تم لمناسبة الاتفاق على التزام آخر وبقصد حمل المتعاقد على تنفيذه فهو اتفاق لا يولد التزاما اصليا بالتعويض وانما ينشئ التزاما تبعيا بتقدير التعويض ويتمتع القاضي بسلطه في تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة أو النقصان.

© ٢٠٢٢، كلية الحقوق، جامعة تكريت

المقدمة :

يميل الانسان الى انشاء علاقات وروابط بين ابناء البشر ينبثق عنها مع مرور الزمن قواعد تساعد على تنظيمها وتوطيدها وترسيخها أو قد تامر بمنعها وتعتبرها مخالفة للنظام العام وقد واكب المشرع ميل الانسان الفطري للعيش في وسط اجتماعي فسن قوانين تتضمن قواعد قانونية تؤمن استمرار الحياة الاجتماعية وارساء قواعد الحقوق والالتزامات ومن اهم ما توصل اليه المشرع احتراما لحرية الانسان وحقوقه وارادته السماح للأفراد بالتعاقد واعتبار العقد شريعة المتعاقدين ولكي يكون هذا العقد صحيحا يمر اولا بمرحلة التخطيط والاتفاق على الامور الجوهرية في العقد ومن ثم يدخل في حيز التنفيذ وفي هذه المرحلة يجب على اطراف العقد تنفيذ الالتزام وفقا لما اتفقوا عليه وطبقا لقاعدة حسن النية والانسان في دخوله في علاقات متنوعه مع غيره ينبثق عنها نوعان من الالتزامات إما التزامات ادبية غير ملزمه في نظر القانون وإما التزامات قانونية ملزمه وعن هذه الأخيرة تنشا صفة المديونية بحيث يكون أحد المتعاقدين دائن والآخر مدين يلزم بالتعويض عن الضرر في حال عدم تنفيذ التزامه او تأخر في تنفيذه والمرجع الطبيعي في تحديد التعويض عن الضرر في حال عدم تنفيذه لالتزامه كقاعدة عامه هو القضاء لكن سلوك طريق القضاء يحتاج إلى الكثير من الوقت والمال لان عملية تقدير التعويض ليست بالأمر السهل فيها تستلزم بالتأكيد خبره ومعرفه قد لا تتوافر في القاضي الأمر الذي يستوجب تعيين خبير لتقدير

التعويض عن الضرر وهذا من شأنه ان يطيل امد النزاع ويتعارض مع الغاية الاقتصادية من التعاقد وهي الحصول عن المنفعة المتوخاة بأسرع وقت وايسر السبل وتلافيا لذلك وانطلاقا من الحرية الممنوحة للمتعاقدين يستطيعون تضمين العقد تعويضا اتفاقيا يقدر مقدما يدفع عند اخلال المدين بالتزامه ويستطيع القاضي تعديله بناء على طلب اطراف العقد بما يتناسب مع الضرر الحاصل وهكذا يمثل وسيلة اجبار الهدف منها حمل المدين على تنفيذ التزامه.

سبب اختيار البحث

هو تناول المشرع العراقي للموضوع بشكل مقتضب وعدم تعريفه له وكذلك الرغبة في ابداء بعض المقترحات فيما يتعلق ببعض الفقرات بالتشريع العراقي.

منهجية البحث

تم اعتماد منهجية البحث التحليلي الوصفي وذلك بتحليل نصوص القانون والاستعانة بآراء الفقهاء في المواضيع التي لا يتناولها القانون.

هدف البحث

بما ان المشرع العراقي تناول الموضوع بشكل مقتضب فالهدف منه هو بيان تعريف التعويض الاتفاقي واسمائه وانواعه واهميته في الحياة العملية وبيان خصائصه التي تميزه عن غيره من المصطلحات القانونية وكذلك بيان احكامه فيما يتعلق بشروطه ونطاق تطبيقه ودور القضاء في تعديله.

هيكلية البحث

تم تقسيم البحث الى مبحثين فتناولنا في المبحث الاول ماهية التعويض الاتفاقي في ثلاث مطالب يتضمن المطلب الأول مفهوم التعويض الاتفاقي والمطلب الثاني خصائص التعويض الاتفاقي وطبيعته والمطلب الثالث يتضمن تمييزه عن غيره من المصطلحات القانونية اما المبحث الثاني فتناول احكام التعويض الاتفاقي في ثلاث مطالب يتضمن المطلب الاول شروط استحقاق التعويض الاتفاقي والمطلب الثاني يتضمن نطاق تطبيقه والمطلب الثالث دور القاضي في تعديله.

المبحث الاول

ماهية التعويض الاتفاقي

حتى نقف على مفهوم واضح للتعويض الاتفاقي لابد من الوقوف على ماهيته من خلال تقسيم هذا المبحث الى ثلاث مطالب ففي المطلب الأول سوف نتناول مفهوم التعويض الاتفاقي من خلال تعريفه وذكر انواعه واهميته واغراضه وكذلك نتناول في المطلب الثاني خصائص التعويض الاتفاقي وطبيعته وسنتناول في المطلب الثالث تمييزه عن غيره من المصطلحات القانونية.

المطلب الأول / مفهوم التعويض الاتفاقي

سنتناول في هذا المطلب تعريف التعويض الاتفاقي واسمائه وكذلك انواعه واهميته والغرض من ادراجه لذلك سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع كالاتي.

الفرع الأول: تعريف التعويض الاتفاقي واسمائه

ان مصطلح التعويض الاتفاقي كغيره من المصطلحات القانونية نجد له تعريفات متعددة فقد عرفه أحد الفقهاء بانه([١])التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدما بدلا من تركه للقاضي والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ أو قد يتفقان على مقدار التعويض المستحق في حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير في التنفيذ وعرفه اخرون بانه ([٢]) اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدما مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو اخل به أو تأخر في تنفيذه.

وقد اشار له القانون المدني العراقي في الفقرة الاولى من المادة (١٧٠) التي نصت على انه (١-يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذا احكام المواد ٢٥٨،٢٥٧،١٦٨،٢٥٦،) ([٣]).

---

[١] انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢ ص٨٥١، بيروت، لبنان، ط١٩٦٤

[٢] د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير. القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢ ص٧١ المكتبة القانونية، بغداد وعرفه بنفس المعنى كل من د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص١٧٢، ط١٩٩٧ وكذلك د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة في الالتزامات بغداد ١٩٤٩، ص٢٩٤

[٣] انظر القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة١٩٥١

وأخذ بهذا المفهوم المشرع المصري في المادة (٢٢٣) ([1]) وكذلك اشار له القانون المدني الاردني في الفقرة الاولى من المادة (٣٦٤) والتي نصت على انه (يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة احكام القانون. ([2])

ونقترح على المشرع العراقي ان يعرف التعويض الاتفاقي بالصيغة الاتية (اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدما مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه او اخل به او تأخر في تنفيذه سواء كان هذا الاتفاق مقترنا بالعقد او لاحقا له قبل وقوع الضرر).

أما فيما يتعلق بأسماء التعويض الاتفاقي: –

لقد تعددت اسماء التعويض الاتفاقي في القانون نتيجة لاختلاف طبيعته من ذلك ما يلي: –

١– هناك من رجح انه مجرد اتفاق ملزم أطلق عليه البند الجزائي (أو التعيين بالاتفاق) (أو التعيين الاتفاقي) وعبارة البند الجزائي المستعملة في القانون الفرنسي واعتمدها ايضا القانون اللبناني([3])

٢– ومنهم من رجح انه تعويض عن الضرر أطلق عليه (التعويض الاتفاقي) وهو ما نص عليه القانون المصري في المادة ٢٢٤ وسار عليها أكثر شراح القانون المصري ومن تبعهم

٣– ومنهم من رجح انه جزاء وعقوبة فضل عبارة (الجزاء الاتفاقي) أو (الجزاء التعاقدي) ولكن يظل اسم الشرط الجزائي هو الاشهر ورجحه القضاء وجرى به العرف([4]) وعلى العموم فلا أثر في القانون للاختلاف في التسمية على استحقاق الشرط الجزائي فتصح باي عبارة أو لفظ([5])

الفرع الثاني: أنواع التعويض الاتفاقي

تعدد أنواع التعويض الاتفاقي وذلك لاعتبارات مختلفة:

١–التعويض الاتفاقي باعتبار موضعه في العقد وله ثلاث صور

أ–النوع الأول: يكون هذا النوع من التعويض الاتفاقي مقترن بالعقد ويدرج كبند من بنوده وهذا النوع هو الاكثر والغالب انتشارا

---

[1] انظر القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨

[2] انظر القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦

[3] بورنان العيد.، دور القاضي في التعويض الاتفاقي، رسالة ماجستير. جامعة الجزائر كلية الحقوق الجزائر،٢٠١٥، ص١٨

[4] بورنان العيد، مصدر سابق ص١٩

[5] ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ص٤٠٦ ط١٤١٦هـ

ب-النوع الثاني: ان يكون التعويض الاتفاقي بعد العقد أي ان يكون لاحقا للتعاقد وهذا لابد ان يكون قبل وقوع الضرر

ج-النوع الثالث: ان يكون التعويض الاتفاقي قبل إبرام العقد وهنا يسمى الشرط الجزائي السابق([1])

٢-التعويض الاتفاقي باعتباره موضوع العقد وهو نوعين

أ-التعويض الاتفاقي المقرر للأخلال بالعقود التي محلها عمل وله صور كثيره منها التعويض الاتفاقي المقترن بعقد مقاولة يشمل في دفع مبلغ من النقود عن كل تأخير للمقاول عن تسليم المباني كلها أو بعضها في الوقت المحدد

ب- التعويض الاتفاقي المقرر لتأخر الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها مبلغا من النقود وله صور من بيتها التعويض الاتفاقي المقترن بعقد بيع اجل أو عقد قرض والذي يتضمن دفع مبلغ معين عن كل يوم أو شهر أو سنة تأخير حسب ما اتفق عليه([2])

الفرع الثالث: اهمية التعويض الاتفاقي واغراضه

لقد انتشر الشرط الجزائي على الصعيد التعاقدي لما له من أثر في الحياة العملية فنجد ان معظم العقود تتضمن اتفاقا مسبقا لمقدار التعويض المستحق في حالة اخلال المدين بتنفيذه أو تأخر في التنفيذ ونظرا لما يحققه من مزايا ومصالح كثيره خاصه وعامه لذا اجتهد شراح القانون والفقهاء في تنظيم احكامه وتفسيره وعلى ضوء ذلك تكمن اهمية التعويض الاتفاقي فيما يلي: -

١-تجنب المشاكل المتعلقة لتقدير التعويض

أن التعويض الاتفاقي من تطبيقاته انه يجنبنا المتاعب والمشاكل المتعلقة بتقدير التعويض من طرف القاضي من خلال احتمالية عدم التقدير الحسن له وهذا ما يرتب مشاكل قانونيه مثل الطعن في حكم القاضي وتكلف عملية التقدير هذا الدائن بعض المصاريف حين يستعين القاضي باهل الخبرة والاختصاص لتحديد الضرر([3])

٢-تحديد المسؤولية: - ان من مزايا التعويض الاتفاقي هو ان يحدد كمسؤولية سواء كان مقدار التعويض المتفق عليه أقل من الضرر الناتج من عدم تنفيذ الالتزام وبالتالي يخفف من المسؤولية أو قد يكون

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ج٢ ص٨٠٣

[2] يورنان العيد، رسالة ماجستير، مصدر سابق ص٢٠

[3] عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر. ١٩٨٣ص١٥

الهدف منه تشديد المسؤولية في حالة زيادة في مقدار التعويض المتفق عليه عن الضرر الموجود بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو في تأخيره([1])

٣-تحديد الوقت والنفقات

التعويض الاتفاقي يسهل الأمر على الدائن في الحصول على مبلغ التعويض دون اتباع اجراءات قضائية معقده وبطيئة فضلا عن التكاليف المالية واتعاب المحاماة والرسوم والمصاريف التي يحتاجها الكشف والمعاينة والخبرة وبالتالي فان تحديد التعويض مقدما يغني عن كل المصاعب والتكاليف([2])

٤-اعفاء الدائن من اثبات الضرر. تبعاً للقواعد العامة في التعويض على الدائن اثبات الضرر الناتج لكي يتم استحقاقه ألا أننا نجد أن التعويض الاتفاقي يعمل على اعفاء الدائن من اثبات الضرر وبالتالي يتم استحقاقه بمجرد الاخلال في العقد([3])

٥-زيادة القوة الملزمة للعقد. الأصل ان يقوم الطرفان تنفيذ الالتزامات العقدية حسب الاصول وتبعا لما يتفق عليه وبحسن نية ألا انه احيانا قد لا يتحقق مثل هذه النتيجة خاصة من جانب المدين لذلك فأن وجود التعويض الاتفاقي في العقد يعطيه قوه قانونية الزامية اضافية بالإضافة إلى قوته الاصلية وذلك يعود الى ان كلا المتعاقدين يعلم مقدما ان أي اخلال من قبل احدهما في التزامه فان التعويض الاتفاقي في انتظاره الذي يكون في الغالب أكبر من مقدار الضرر الحاصل وخوف المدين من ان القاضي لا يستجيب لطلبه في تحقيق قيمة التعويض الأمر الذي يدفعه بلا تردد الى تنفيذ التزامه([4])

٦-المحافظة على مصلحة الطرف الذي اشترط لمصلحته يعطي هذا التعويض للدائن الحق باللجوء الى القضاء لإقامة دعواه للحصول على قيمة التعويض وهو بالتالي يحافظ على مصلحة هذا الشخص خصوصاً في التعاقد عن الغير فالشخص إذا تعهد بأجراء عمل معين عن الغير لا يلزم نفسه به شخصيا وهنا لا توجد أي رابطه الزاميه تلزمه وانما يقع الأمر على خلاف ذلك تماما في حالة التعويض الاتفاقي.

---

[1] د. انور سلطان. مصدر سابق ص٦٢

[2] جواد محمود احمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، فلسطين، ٢٠٠٩ ص١٣٦

٣ بورنان العيد، رسالة ماجستير. مصدر سابق، ص٢٢

[4] جواد محمود احمد بحر. نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، مصدر سابق، ص ١٣٦

فالمتعهد يكون ملزما بتنفيذ التزامه إذا كان هذا الغير الذي جرى التعهد باسمه لم يقم بالعمل الذي يفترض ان يقوم به([1])

أما اغراض التعويض الاتفاقي فتتعدد الاغراض من الشرط الجزائي فقد يراد منه التحايل على احكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير وقد يقصد به تعديل احكام المسؤولية المترتبة على الاخلال بتنفيذ الالتزام تخفيفا أو تشديدا وقد ينشد منه زيادة القوة الملزمة للرابطة العقدية إلا ان أهم غرض يهدف إليه هو تجنب تحكم القضاء أو التخفيف من تحكمه في تقدير التعويض وتحاشي النزاع الذي يثور بشأن ركن الضرر من حيث وجوده أو انعدامه ومن حيث طبيعته([2])

المطلب الثاني: خصائص التعويض الاتفاقي والطبيعة القانونية له

سوف نتكلم في هذا المطلب بفرعين يكون الفرع الأول عن خصائص التعويض الاتفاقي بينما يكون الفرع الثاني الطبيعة القانونية عن التعويض الاتفاقي.

الفرع الأول: خصائص التعويض الاتفاقي

اولا:-انه اتفاق بين طرفين ولذلك يجب ان يستوفي هذا الاتفاق اركان العقد وشروطه وتسري عليه جميع احكام العقد من بطلان وتوقف وغيرها ([3]) ويشترط في التعويض الاتفاقي ان يتم الاتفاق قبل اخلال المدين بالتزامه سواء بعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ([4]) ثانيا-:انه اتفاق ينطوي على خروج عن احكام التقدير القضائي ولما كان الأصل في تقدير التعويض ان يتولاه القضاء فان احكام التعويض تعتبر احكام استثنائية ولذلك ينبغي تقدير النصوص القاضية بالتعويض الاتفاقي بكل دقه ودون توسع وان يكون تطبيق الشرط الجزائي مقصورا على الحالة التي قصدها الطرفان([5])

ثالثا: – التعويض الاتفاقي التزام تابع للالتزام الاصلي مادام قوامه تعويض بالاتفاق عن اخلال بتنفيذ التزام كان هو المقصد الاساس للمتعاقدين وهو بحكم تبعيته بهذا الالتزام الاصلي يزول بزواله فاذا كان

---

[1] طارق محمد مطلق أبو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين ،٢٠٠٧، ص١٢

[2] د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ص٧٢

[3] د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٧٣

[4] بورنان العيد، مصدر سابق، ص٣٢

[5] د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٧٣

الالتزام باطلا أو حكم بأبطاله أو فسخه أو استحال تنفيذه بسبب اجنبي يسقط التعويض الاتفاقي تبعاً له([1])

رابعا: – التعويض الاتفاقي يقدر جزافا لذلك يكون قابل لإعادة النظر فيه من قبل القاضي فالقاضي يمتلك تعديل قيمته بما يتناسب مع الضرر الحاصل([2])

وهذا يعتبر من ضمن مهمات القاضي في تحقيق العدالة واحداث التوازن بين الدائن والمدين بما يتناسب مع الضرر الحاصل

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي فهناك اتجاه اعتبره كعقوبة واتجاه اخر اعتبره تعويض واتجاه اخر اعتبره ذات طبيعة مزدوجة أي انه عقوبة تعويضيه ([3]) ومهما يكن من اختلاف فان التعويض الاتفاقي هو اتفاق تبعي لا يقصد لذاته ولايستقل لنفسه وانما يقع بمناسبة الاتفاق على التزام اخر بقصد حمل الطرف المتعاقد على تنفيذه وانه يحدد التزاما جزائيا في صورة تعويض مقدر لا ينشا الا نتيجة الاخلال بالتزام أصلي ولذلك فأن الالتزام بالشرط الجزائي يكون التزام تبعيا لا اصليا ويترتب للصفة التبعية نتائج اهمها:– اولا:– تكون العبرة بالالتزام الاصلي لا بالشرط الجزائي عند مطالبة الدائن لمدينه بالتنفيذ فاذا كان التنفيذ العيني ممكنا فان الدائن لا يستطيع مطالبة مدينه ألا به ولايستطيع مدينه ان يعرض عليه غيره ومع ذلك يجوز للدائن مطالبة مدينه بتطبيق الشرط الجزائي اذا وافق المدين على ذلك ويجوز للمدين عرض تنفيذ الشرط الجزائي اذا قبل منه الدائن ذلك بالرغم من **أن** التنفيذ العيني للالتزام الاصلي لايزال ممكننا وكذلك يمكن للدائن ان يطالب مدينه بتنفيذ الشرط الجزائي اذا اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بخطأ المدين أما اذا اصبح تنفيذه مستحيلا بسبب اجنبي فينقضي الالتزام الاصلي وينقضي معه الالتزام التبعي([4])

ثانيا: – ويترتب على اعتبار الالتزام بالشرط الجزائي التزاما تابعا لالتزام أصلي ان تلحق الشرط الجزائي الاوصاف التي اقترن بها الالتزام الاصلي من شرط واجل وتعدد

---

[1] بورنان العيد. مصدر سابق، ص٣٠

٢ بسام سعيد جبر ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورهما في منع تراخي تنفيذ العقود رسالة ماجستير جامعة الشرق الاوسط كلية الحقوق الاردن ص١٠٨

٣ بورنان العيد مصدر سابق ص٢٧

[4] د. عبد المجيد الحكيم مصدر سابق ص٧٤

ثالثا: – ويترتب على تبعية الشرط الجزائي انه بطلان الالتزام الاصلي يؤدي الى بطلان الشرط الجزائي أما العكس فغير وارد فلا يؤثر بطلان الشرط الجزائي على صحة الالتزام لأنه تابع والتابع قد يسقط والاصل يبقى قائما فاذا كان الالتزام الاصلي باطلا بسبب انعدام الاهلية أو بسبب عدم مشروعية المحل فان بطلانه يؤدي الى بطلان الشرط الجزائي وهو الالتزام التابع أما اذا كان الشرط الجزائي باطلا لمخالفته لقواعد القانون الامرة أو لمخالفته للنظام العام فان بطلانه لا يوثر في قيام الالتزام الاصلي فلا تقضي الى بطلانه.

رابعا: –يترتب على صفة التبعية ان فسخ العقد الاصلي يؤدي الى سقوط التعويض الاتفاقي ويقتضي عندئذ الى الرجوع الى القضاء جبريا([1])

المطلب الثالث: تمييز التعويض الاتفاقي عن غيره من المصطلحات القانونية

لما كان الشرط الجزائي جزاء يفرض عند الأخلال بتنفيذ الالتزام ولما كان الاخلال بالتنفيذ تترتب عليه اجزيه اخرى تشابه الشرط الجزائي الى حد ما من حيث الغرض والطبيعة لذلك ينبغي بيان الفروق القائمة بين الشرط الجزائي وبين كل منها ومن اهمها ما يلي: –

اولا–تمييز الشرط الجزائي عن العربون

العربون هو مبلغ من المال في الغالب فقد يكون منقولا غير النقد يدفعه أحد المتعاقدين للطرف الاخر وقت التعاقد ويعتبر دفعه استنادا الى احكام القانون العراقي دليلا على ان العقد اصبح بات ولايجوز العدول عنه ألا اذا اتفق الطرفان على انه جزاء للعدول عن العقد وعلى الرغم من التشابه بين التعويض الاتفاقي والعربون في انهما يدفعان عن اخلال اطراف العقد بالتزاماتهما

الا انه هناك عدة فروق ما بين الشرط الجزائي والعربون وهي:

أ–يعتبر الشرط الجزائي تقدير للتعويض يستحق عند توافر شروط التعويض ومنها ضرر اصاب الدائن بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه اما العربون فيقابل حق العدول عن العقد حتى وان لم يترتب عن العدول أي ضرر على الدائن وهنا يستحق العربون وهذه الحالة لم ينص عليها القانون المدني العراقي صراحة وانما نستخلصها من ارادة المتعاقدين

[1] د. عبد المجيد الحكيم مصدر سابق ص٧٥

ب- يجوز للقضاء تعديل قيمة الشرط الجزائي زيادة أو نقصان ليتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي أما العربون فينبغي الحكم بمقداره الذي حدده الطرفان دون التعديل فيه لانقطاع الصلة بين استحقاقه وبين توافر الضرر وجودا وتقديرا

ج- يشترط الاعذار لاستحقاق الشرط الجزائي على اعتباره تعويض إلا في حالات معينة أما في العربون فلا يشترط ذلك([1]) ونرى مما تقدم ان التعويض الاتفاقي جزاء للإخلال بالتزام عقدي بينما العربون يعتبر ضمان لتنفيذ العقود اذا دل على بتات العقد ويعتبر تعويضا اذا دل على العدول.

ثانيا-تمييز الشرط الجزائي عن الحد الاعلى للمسؤولية:

يجب التمييز بين التعويض الاتفاقي الذي يقدر فيه التعويض تقديرا جزافيا بحيث لا يجوز للقاضي التعديل فيه ألا في الاحوال المبينة في القانون وبين الشرط الذي يضع حدا للمسؤولية وقد يتفق الطرفان على حد اقصى لمدار مسؤولية المدين لا يجوز تجاوزه كاشتراط هيئة السكك الحديدية وهيئة البريد على ان لا تتجاوز مسؤوليتها بسبب فقدان أو ضياع طرد أو رسالة عن مبلغ معين وينحصر أثر هذا الشرط المحدد للمسؤولية في عدم جواز الحكم بأكثر من المبلغ المحدد ولو زاد الضرر عنه أما اذا قل الضرر عن هذا المبلغ تولى القاضي تقدير التعويض على أساس مقدار الضرر الفعلي([2])

ثالثا-تمييز التعويض الاتفاقي عن الالتزام التخييري

التعويض الاتفاقي هو تعويض عن اخلال بالتزام عقدي ولذلك لا يمكن ان يكون احد محلي التزام تخييري لأن في الالتزام التخييري يمكن للمدين أو الدائن ان يختار أحد المحلين فيوفيه للطرف الآخر ولا يستطيع الطرف الآخر ان يرفض أما التعويض الاتفاقي فالأمر فيه مختلف اذ ان المدين لا يستطيع ان يختار التعويض دون التنفيذ العيني اذا كان التنفيذ العيني ممكننا وطالب به المدين بعد كذلك لا يجوز للدائن ان يختار التعويض دون التنفيذ العيني اذا كان التنفيذ العيني ممكنا وعرضه المدين فالتعويض ليس محلا لالتزام تخيري بل ان له مقوماته الذاتية وكذلك يظهر الاختلاف بين التعويض الاتفاقي والالتزام التخييري في ان التنفيذ مع التعويض الاتفاقي لا يكون ألا اذا كان التنفيذ العيني مستحيلا بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه وينقضي معه انقضاء الالتزام الاصلي أما الالتزام التخييري اذا اصبح فيه احد محلي الالتزام مستحيلا لسبب اجنبي يكون المحل الثاني مستحقا وكذلك يسقط التعويض الاتفاقي اذا لم تتوافر

---

[1] د. عبد المجيد الحكيم مصدر سابق ص٨٥

[2] بورنان العيد مصدر سابق ص٢٤

شروط المحل في محل الالتزام الاصلي وهذا على خلاف الالتزام التخييري الذي اذا سقط احد محليه وجب الآخر([1])

رابعا: - تمييز التعويض الاتفاقي عن الغرامه التهديدية

يمكن توضيح اوجه الاختلاف كالاتي

أ_ ان الغرامة التهديدية مبلغ من المال يحكم به القاضي ويلزم به المدين عن كل تأخير أما التعويض الاتفاقي فيحدده المتعاقدان باتفاق مسبق

ب-ان تقدير الغرامة التهديدية سيكون تحكميا ولأيتم قياسها بحجم الضرر اما التعويض الاتفاقي فيقاس بمقدار الضرر([2])

ج-التعويض الاتفاقي هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ بمجرد اخلال المدين بتنفيذ التزامه وحصول ضرر للدائن اما الغرامة التهديدية فهي وقتية لا تكون مستحقة ألا بعد تحولها لتعويض نهائي وغالبا تخفض لأنها تكون أكبر من الضرر

د-التعويض الاتفاقي يرتبط بالتنفيذ العيني بينما الغرامة التهديدية تعد وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني

هـ-التعويض الاتفاقي يقدر عن كل وحدة من الزمن اذا كان تعويض عن تأخير المدين في تنفيذ التزامه أما اذا كان تعويضا عن عدم تنفيذ فلا يقدر بهذه

الطريقة وانما يقدر بمبلغ مقطوع أما الغرامة التهديدية فتقدر دائما عن كل وحدة من الزمن وكل مرة يخل فيها المدين بتنفيذ التزامه([3])

خامسا: - تمييز التعويض الاتفاقي عن الأثراء بلا سبب

الاثراء هو كل منفعة ماديه أو معنويه يمكن تقويمها بالمال والقاعدة بالتعويض نتيجة الاثراء بلا سبب ان يلتزم المدين بتعويض الدائن عن ما لحقه من خساره في حدود ما أثرى به وبهذا يختلف التعويض الاتفاقي عن الأثراء بلا سبب لأن في التعويض الاتفاقي يمكن تعديله من قبل القضاء سواء بالزيادة أو بالنقصان بما يتناسب مع الضرر الذي اصاب الدائن ضمن حالات محددة حتى يكون جابرا لضرر، أما

---

١ د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، ٢٠٠٠ ، ص١٤٦

٢ عبد الله نجاري مصدر سابق ص٦١

٣ د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،٢٠٠٠، ص٧٤

التعويض الناتج عن الأثراء بلا سبب فاذا كانت الخسارة أقل من الكسب فان التعويض يكون بمقدار الخسارة، أما اذا كان التعويض اكثر من الخسارة فلا يدفع تعويضا ألا بمقدار الخسارة([1])

سادسا: – تمييز التعويض الاتفاقي عن الشرط التعسفي

يشترك كل من الشرط الجزائي والشرط التعسفي من حيث كونهما شروط تقترن بالعقد وهي شروط تقييدية تقيد حكم العقد المقترن به وكذلك مضمون كل منهما يؤدي الى اختلال توازن العقد مما يتطلب اعادة تنظيم العقد لتحقيق العدالة التعاقدية فالشرط الجزائي والتعسفي شرطان يقترنان بالعقد ويقيدان حكمه([2]). وقد تم تعريف الشرط الجزائي سابقا اما مفهوم الشرط التعسفي([3]) فهو كل شرط يتفق عليه المتعاقدان يؤدي الى الاخلال بالتوازن فيما بين حقوق والتزامات المتعاقدين والتي تكون دائما في مصلحة الطرف الذي يتمتع بالمهنية أو الحرفية أو النفوذ الاقتصادي الا ان الشرط الجزائي يختلف عن الشرط التعسفي من حيث أن مصير الشرط التعسفي المقترن بالعقد هو البطلان بينما لا يكون مصير الشرط الجزائي هو البطلان وانما نكون امام التغير في قيمته زيادة أو نقصان لذا فان تدخل القاضي لإعادة التوازن في حالة الشرط التعسفي يكون ضمن مفهوم تصحيح العقد بينما تدخله في حالة الشرط الجزائي يكون ضمن مفهوم تعديل العقد([4]).

المبحث الثاني

احكام التعويض الاتفاقي

بعد أن وضحنا في المبحث الأول تعريف التعويض الاتفاقي واسمائه وانواعه وخصائصه وطبيعته القانونية وما يميزه عن غيره مما يشتبه به سنتطرق في هذا المبحث احكام التعويض الاتفاقي المتمثلة بالشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض في مطلب وسنتناول في مطلب ثاني نطاق تطبيق التعويض ثم في مطلب ثالث دور القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي.

المطلب الاول/شروط استحقاق التعويض

المطلب الثاني/ نطاق تطبيق التعويض

المطلب الثالث / دور القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي

---

١ أبو ليلى مصدر سابق ص٦٠

٢ د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية بيروت ٢٠٠٩، ص٧٠

٣ د. منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، جامعة بابل العراق ٢٠١٥ ص١٥٦

٤ د. ايمن سعيد سليم، الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١ ص٤

المطلب الأول / شروط استحقاق التعويض الاتفاقي

يشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي الشروط العامة لاستحقاق التعويض العادي وهي([1]) الخطأ الذي يرتكبه أحد الاطراف والضرر الذي يصيب الطرف الآخر والذي يكون نتيجة مباشرة لهذا الخطأ وكذلك علاقة سببية تربط هذا الخطأ بالضرر وبالإضافة لهذه الشروط العامة هناك شرط خاص لهذا النوع من التعويض وهو شرط الاعذار واستنادا الى ما تقدم يمكن القول ان التعويض الاتفاقي يكون مستحقا إذا أصاب الدائن الضرر نتيجة خطأ المدين وكانت هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر وذلك بعد أن ينذر الدائن مدينه وسنتناول هذه الشروط كما يلي :

اولا :الخطأ:- يتمثل الخطأ بالتعويض الاتفاقي بانه اخلال المدين في عدم تنفيذ لالتزامه أو اذا تأخر في تنفيذه ويشترط ان يكون هذا الخطأ منسوبا للمدين([2]) والخطأ كركن من اركان قيام المسؤولية يؤثر على مقدار التعويض الواجب اعطائه للمتضرر والخطأ المشترك بين طرفي العقد يوجب توزيع المسؤولية بينهما كلا بحسب خطاه ،فمثلا في عقد المقاولة اذا أستخدم المقاول مواد بجودة أقل من المتفق عليها يجعله مسؤولا مع صاحب العمل عن الخطأ المرتكب (لأنه لم يمنعه من استخدامها) عن الاضرار التي يسببها استخدام هذه المواد أو قد يرتكب هذا الخطأ المقاول وحده كان يتأخر في تنفيذ التزامه فيسبب بهذا التأخير ضررا مباشرا لصاحب العمل فيلتزم المقاول في هذه الحالة بدفع غرامات التأخير عن كل وحدة من الزمن([3]).

ثانيا: الضرر: - يعتبر الضرر الركن الثاني من اركان المسؤولية العقدية والذي بموجبه يستحق التعويض بشكل عام فالدائن حتى يستحق التعويض الاتفاقي يجب أن يلحق به ضرر من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه فاذا أخل المدين بالتزامه ولم يصيب الدائن ضرر لا يسأل المدين عن الضرر([4]) فالضرر هو اذى أو خساره مالية التي تلحق الدائن وهو شرط ضروري لاستحقاق التعويض الاتفاقي لان الغرض من هذا التعويض هو جبر الضرر بإزالته ولو انعدم الضرر الذي يدعيه الدائن فلا يبقى مجال للحكم بالتعويض الاتفاقي وخلافا للقواعد العامة فان عبء الاثبات يقع على المدين لأثبات ان الدائن لم يلحقه ضرر من هذا الاخلال وبالتالي اثبات عدم استحقاقيته بالتعويض الاتفاقي وان اتفاق المتعاقدان على

---

١ د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام، الطبعة الثانية، القاهرة، ٢٠٠٨ ص٥٣

٢ ابراهيم السيد احمد الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، ص٥١ الاسكندرية ٢٠٠٣

٣ د. منذر الفضل النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني احكام الالتزام الجزء الثاني مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان ١٩٩٨ ص٧٤

٤ بورنان العيد مصدر سابق ص٤٠

مقدار التعويض لا يلغي ركن الضرر من المسؤولية ويفترض به ان يكون مساويا لما قدره المتعاقدان من تعويض والا فان للقاضي سلطه في تعديل قيمته بما يتناسب مع مقدار الضرر الحاصل ومن يدعي من الطرفان ان الضرر الواقع يقل أو يزيد عما اتفق عليه فيقع عليه عبء اثبات ذلك فلو ادعى الدائن مثلا ان الضرر الذي لحقه اكبر مما توقعه بسبب خطأ جسيم أو غش من المدين واستطاع اثبات ذلك يمكن الحكم بالتعويض بأكثر مما اتفق عليه([1]).

ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر: – الاصل انه يجب على الدائن الذي يطالب بقيمه التعويض الاتفاقي عن الضرر الذي أصابه ان يثبت ان هذا الضرر كان نتيجة حتمية ومعقولة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه لأنه لا يعقل افتراض ان كل ضرر يصيب الدائن يكون ناتج عن عدم تنفيذ الالتزام إذا لم يكن في استطاعة المدين توقيه ببذل جهد معقول وحتى لو اثبت الدائن ان الضرر كان نتيجة معقوله لعدم تنفيذ المدين لالتزامه فان لهذا الاخير ان يرفع المسؤولية عن نفسه وذلك بأثبات السبب الاجنبي سواء كان قوه قاهرة أو فعل الغير أو فعل الدائن نفسه([2]).

رابعا: الاعذار: – لقد اختلفت التعريفات للأعذار فمنهم من قال انه وضع المدين قانونا في حالة التأخر في تنفيذ التزامه([3]) ومنهم من عرفه على انه توكيد تأخر المدين في تنفيذ التزامه توكيدا رسميا أو غير رسميا بدعوته الى التنفيذ بتوجيه إنذار اليه([4]) وقد اشار المشرع العراقي الى شرط الاعذار في المادة (٢٥٦) في القانون المدني العراقي التي نصت على انه (لا يستحق التعويض الا بعد إعذار المدين مالم ينص القانون على خلاف ذلك) وقد بين القانون المدني العراقي شروط الأعذار الواجب على الدائن للمدين وكذلك بين القانون المذكور طريقة وإجراءات هذا الاعذار ويترتب على شرط الاعذار لاستحقاق الشرط الجزائي ما يلي:

أ–مسائلة المدين عما تترتب على تأخره في تنفيذ التزامه وابتداء من تاريخ الاعذار

ب–نقل تبعه الهلاك على عاتق المدين ولو كان قبل الاعذار على عاتق الدائن ففي الوديعة مثلا إذا هلك الشي المودع تحت يد المودع لديه بفعل قوه قاهرة فانه يهلك على الدائن المودع فاذا كان قد سبق واعذر

---

١ د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق جزء٢ ص٨٥٦

٢ بورنان العيد مصدر سابق ص٤١

٣ د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق الجزء الأول ص٨٦

٤ طارق محمد مطلق مصدر سابق ص ٤١

المدين (المودع له) مطالبا اياه بتسليم الشيء الذي هلك تحت يده انتقلت تبعة الهلاك الى عاتق المدين([1]).

المطلب الثاني: نطاق تطبيق التعويض الاتفاقي

يبدو للوهلة الأولى ان تطبيق التعويض الاتفاقي لا يتعدى نطاق المسؤولية العقدية ولكن الحقيقة ان هناك تيارا قويا من الآراء يسلم لمبدأ امتداد التعويض الاتفاقي الى المسؤولية التقصيرية وعلى ضوء ذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين:

الفرع الاول /التعويض الاتفاقي في نطاق العقد

الفرع الثاني/التعويض الاتفاقي في مجال المسؤولية التقصيرية([2]).

الفرع الاول: التعويض الاتفاقي في نطاق العقد

ان مبدا التعويض الاتفاقي في العقد اتجه اليه غالبية الفقه فالتعويض الاتفاقي يكثر في العقود التي تتم بين البائعين والمشترين حاله الامتناع عن الدفع أو التأخر فيه كذلك نجده في عقد القرض بضمان المقرضون استرداد أموالهم المقرضة وكذلك أيضا في عقود المقاولات والنقل والتوريد والايجار إضافة إلى ذلك نجده في الاتفاقيات التجارية والصناعية([3]) ففي عقد المقاولة اذا اخل المقاول في التزامه بإنجاز العمل فانه يكون مسؤولا عن ذلك الاخلال ويحق بالتالي لصاحب العمل ان يطالب بحقه بالمطالبة بقيمة التعويض في الحالتين فيحق له المطالبة بالفسخ ويكون طلبه هذا خاضعا لما تتمتع به المحكمة من سلطة تقديريه الا ان طلب صاحب العمل فسخ العقد لا يمنعه من المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي إصابته نتيجة لإخلال المقاول بالتزامه فاذا تضمن عقد المقاولة تعويضا اتفاقيا يقضي بفرض غرامة تأخير عن كل يوم أو اسبوع مثلا يتآخر فيه المقاول عن انجاز العمل عن الوقت المتفق عليه فتفرض تلك الغرامة طالما كانت مساوية للضرر الذي لحق صاحب العمل من جراء التأخير واذا لم يكن هناك تعويض اتفاقي فان ذلك لا يمنع صاحب العمل من المطالبة بالتعويض([4]).

---

١ رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ~ص٦٤٠

٢ بورنان العيد مصدر سابق ص٤٥

٣ بورنان العيد مصدر سابق ص٧٦

٤ د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد المقاولة، منشورات زين الحقوقية للطباعة والنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، ٢٠١٣، ص٣٦

الفرع الثاني: التعويض الاتفاقي في نطاق المسؤولية التقصيرية

ان معظم الفقه اتجه الى القول ان مجال التعويض الاتفاقي هو المسؤولية العقدية في حين ذهب رأي اخر ان نطاق التعويض الاتفاقي قد يكون المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية على حد سواء الا ان هذا الراي انتقد من بعض الفقهاء مستندين الى ما يلي:

أ-ان احكام المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام ويبطل كل اتفاق يعدل على هذه الأحكام

ب-من الناحية العملية يصعب تحقيق مثل هذه الاتفاقات اما القضاء فقد جعل المسؤولية التقصيرية فوق كل الاتفاقات ولهذا الغيت كل الاتفاقات التي تحد من المسؤولية التقصيرية([1]) فأذن قد يستحق بشكل استثنائي التعويض الاتفاقي في نطاق المسؤولية التقصيرية إذا اتفق الطرفان مقدما على قيمة التعويض عن الاخلال غير العقدي اي الخطأ الذي يرتكبه المدين ويسبب ضرر للدائن على اساس المسؤولية التقصيرية ويسأل المدين عن هذا الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع([2]).

ونرى مما تقدم ان مجال التعويض الاتفاقي هو في نطاق المسؤولية العقدية ولكن قد يستحق بشكل استثنائي في مجال المسؤولية التقصيرية

المطلب الثالث: دور القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي

ان اهم حكم من احكام الشرط الجزائي هو السلطة الممنوحة للقاضي من أجل تعديل قيمة الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر الذي سببه الاخلال بالالتزام للدائن لكون الشرط الجزائي هو تقدير جزافي مسبق للتعويض من الاخلال بالالتزام الاصلي وهذه الصلاحية الممنوحة للقاضي تعد من النظام العام ولا يمكن الاتفاق بين الدائن والمدين على سلبها من القاضي أو تعديلها([3]) والهدف الاقتصادي للعقد والقاعدة الأخلاقية من جانب اخر يتطلبان بالضرورة التعادل والتناسب بين الاداءات ويشكلان اساسا لمبدأ العدالة التعاقدية وهي عدالة تستند الى فكرة التبادل وتتجسد في البحث عن التوازن بين الالتزامات العقدية وهذا ما اشار اليه بوضوح الفقيه الفرنسي جاك غستان حيث ذكر بانه (صحيح ان مبدا سلطان الإرادة مبدأ يقضي باحترام ما اشترطه المتعاقدان من بنود في العقد الا ان المنفعة والعدالة تشكلان اساسا للقوه الملزمة للعقد والبحث في القانون الوضعي عن المنفعة والعدالة يبرر القوة الملزمة للعقد ويحدد شروطها وحدودها بعبارة

---

١ عبد الله نجاري مصدر سابق ص١٠٩

٢ اسيل باقر جاسم واحمد سلمان شهيب، موجز الأحكام في مصادر الالتزام الطبعة الأولى مطبعة الميزان النجف ٢٠١٥، ص١٣٧

[3] د. حسني محمد جاد الرب. التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه. دراسة مقارنه بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي. دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. ٢٠٠٧. ص٢٠٦

اخرى هو يحدد نظام العقد بأكمله فالعقد لا يتمتع بالقوة الملزمة الا لأنه نافع وعادل اي متوافق مع العدالة التعاقدية مما يعني بطريقه غير مباشره ان العقد يجرد عن قوته الإلزامية اذا لم يكن نافعا اجتماعيا أو إذا لم يحترم العدالة التعاقدية التي تقضي بالتوازن بين الاداءات)([1]).

وعليه فانه يجوز للمحكمة ان تخفض من قيمة الشرط الجزائي أو تزيد فيه وفقا للحالات التي جاءت بها التشريعات المقارنة الا ان تدخل القاضي وسلطته في تعديل قيمة الشرط الجزائي ليست مطلقة بل هي مقيدة بالحالات التي جاء بها المشرع اولا ومن جهة اخرى لا يستطيع القاضي التدخل من تلقاء نفسه بإجراء التعديل لأعاده التوازن الى العقد وتحقيق العدالة التعاقدية وانما يشترط لذلك طلب أحد طرفي العقد ذلك([2]). وتظهر سلطة المحكمة في القانون المدني العراقي في تخفيض وزيادة التعويض الاتفاقي من خلال مفهوم نص المادة ١٧٠من القانون المدني العراقي التي تنص في فقرتيها الثانية والثالثة على انه لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحا أو ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما) وبالتالي فان سلطة القاضي في التعديل لا تكون من تلقاء نفسه إنما يلتزم بالشروط التي حددها القانون([3]) فبالنسبة لإمكانية المحكمة في تخفيض الشرط الجزائي يمكن ان تكون في حالتين:

١-إذا كان تقدير التعويض مبالغا فيه الى درجه كبيره اي ان يكون التقدير فادحا فعندما تكون الزيادة مبالغا فيها تستطيع المحكمة ان تخفض منه.

٢-إذا تم تنفيذ جزء من الالتزام الاصلي وتم قبوله من طرف الدائن وبعد ان يثبت المدين قبول الدائن لهذا التنفيذ يجوز للمحكمة ان تخفض من قيمة الشرط الجزائي بما تقتضيه العدالة واحتراما لإرادة المتعاقدين.

اما فيما يتعلق بزيادة الشرط الجزائي فيجوز زيادته إذا التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع وذلك في حالتين

---

١ د. منصور حاتم محسن بحث منشور مصدر سابق ص ١٦٥

٢ د. منصور حاتم محسن بحث منشور مصدر سابق ص١٦٦

٣ د. منذر الفضل مصدر سابق ص ٨٢

١-إذا كان الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدي ينسب الى غش أو خطأ جسيم ارتكبه المدين وكان الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط الجزائي

٢-إذا كانت قيمة الشرط الجزائي تافهة بحيث لا تعتبر تعويضا جديا عن الضرر وكان الشرط الجزائي وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية وتعد هاتين الحالتين من النظام العام لذلك لا يجوز الاتفاق على مخالفتها([1]).

الخاتمة:

من خلال بحثنا الذي اتخذنا له عنوانا (التعويض الاتفاقي في القانون المدني العراقي) توصلنا الى عدد من النتائج والتوصيات كما يلي:

اولا: النتائج

١-ان التعويض الاتفاقي هو وسيلة ناجحة يلجا اليه المتعاقدين في كثير من الاحيان لما يمليه هذا التعويض الاتفاقي من أهمية في المجالات التعاقدية واهميته تتجلى بانه يسمح للمتعاقدين تحديد التعويض المستحق عن الاخلال بالالتزام التعاقدي قبل حصوله.

٢- التعويض الاتفاقي يودي الى التقليل من المنازعات التي تثور بشأن ركن الضرر من حيث وقوعه أو عدم وقوعه مباشر أو غير مباشر متوقع أو غير متوقع وهو يحول بهذا دون تدخل القضاء.

٣-التعويض الاتفاقي يساهم في التقليل من النفقات والتكاليف التي تتطلبه الوسائل الاخرى وهو وسيلة أجبار لحمل المدين على تنفيذ التزامه وهو يغني عن اللجوء إلى الوسائل الاخرى ويعفي الدائن من إثبات ركن الضرر.

٤-من اهم خصائص التعويض الاتفاقي انه التزام تبعي أو احتياطي تابع لالتزام أصلي.

٥-لايكون التعويض الاتفاقي مستحقا الا إذا اصاب الدائن ضرر نتيجة خطأ ارتكبه المدين وان يرتبط هذا الضرر بالخطأ بعلاقه سببيه وكذلك يلزم باستحقاقه اعذار الدائن للمدين.

٦-يكون للقاضي دور في تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة أو النقصان استنادا الى طلب أحد الأطراف إذا لم يكن متناسبا مع الضرر الحاصل.

---

١ د. عبد المجيد الحكيم مصدر سابق ص٧٧

ثانيا: التوصيات

١-نوصي المشرع العراقي بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ١٧٠ من القانون المدني العراقي (اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما)ان مسلك المشرع العراقي استنادا إلى نص هذه الفقرة فيه اجحاف بحق الدائن اذ قد يرتكب المدين بحق الدائن خطأ تافها ويترتب عليه ضررا فادحا فكان الاولى بالمشرع العراقي ان يربط زيادة التعويض بجسامة الضرر وليس بجسامة الخطأ.

٢-نوصي المشرع العراقي ان يجعل سلطة القضاء في تعديل التعويض الاتفاقي سلطة وجوبية وليست مبنية الى طلب أحد المتعاقدين حتى يكون لهذه الرقابة أكثر فعالية.

٣- نوصي المشرع العراقي بأن يقوم بتعريف التعويض الاتفاقي ولايكتفي فقط على ذكر احكامه.

المصادر :

اولا: الكتب القانونية

(١) ابراهيم السيد احمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، الاسكندرية، ٢٠٠٣

(٢) ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٤١٦هـ

(٣) د. انور سلطان النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية. الاسكندرية. ١٩٩٧

(٤) د. ايمن سعيد سليم، الشروط التعسفية للعقود، دراسة مقارنه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١

(٥) اسيل باقر جاسم واحمد سلمان شهيب، موجز الأحكام في مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة الميزان، النجف ٢٠١٥

(٦) د. جعفر محمود جواد الفضلي، الوجيز في عقد المقاولة منشورات زين الحقوقية للطباعة والنشر والتوزيع ٢٠١٩

(٧) د. حسني محمد جاد الرب. التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠٠٧

(٨) د. رمضان أبو السعود مصادر الالتزام دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ٢٠٠٣

(٩) د. صلاح الدين الناهي الموجز في النظرية العامة للالتزامات، بغداد ١٩٤٩

(١٠) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الجزء الثاني، بيروت، لبنان، ١٩٦٤

(١١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الجزء الثالث الطبعة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ٢٠٠٠

(١٢) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير القانون المدني واحكام الالتزام المكتبة القانونية بغداد

(١٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنه مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة دار الكتب العلمية بيروت ٢٠٠٩

(١٤) د. محمد حسام محمود لطفي النظرية العامة للالتزام الطبعة الثالثة القاهرة (المصادر-الأحكام-الاثبات)، الطبعة الثانية، القاهرة ٢٠٠٨

ثانيا: الرسائل

(١) بورنان العيد دور القاضي في التعويض الاتفاقي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر ٢٠١٥

(٢) بسام سعيد جبر ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورهما في منع تراخي تنفيذ العقود. رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط كلية الحقوق الاردن٢٠١٩

(٣) جواد محمود احمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين العقد والقانون رسالة ماجستير جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، فلسطين ٢٠١٩

(٤) طارق محمد مطلق ابو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا فلسطين ٢٠٠٧

(٥) عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائي رسالة ماجستير جامعة الجزائر ١٩٨٣

ثالثا: البحوث

(١) د. منصور حاتم محسن العلاقة بين الشرط الجزائي والتعسفي مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٥

رابعا: القوانين

(١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

(٢) القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦

(٣) قانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٣

Source :

First :legal books

(1) Ibrahim El-Sayed Ahmed, The Penal Condition in Civil Contracts between Egyptian and French Laws, Alexandria, 2003

(2) Ibrahim Al-Desouki Abu Al-Layl, Compensation for Damage in Civil Liability, College of Law, Kuwait University, 1416 AH

(3) Dr. Anwar Sultan, The General Theory of Commitment, Provisions of Commitment, University Press. Alexandria. 1997

(4) Dr. Ayman Saeed Selim, The Arbitrary Conditions of Contracts, A Comparative Study, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2011

(5) Aseel Baqir Jassem and Ahmad Salman Shuhayb, Summary of Judgments in Sources of Obligation, first edition, Al-Mizan Press, Najaf 2015

(6) Dr. Jaafar Mahmoud Jawad Al-Fadhli, the brief in the contracting contract, Zain Human Rights Publications for printing, publishing and distribution 2019

(7) d. Hosni Mohamed Gad Al-Rub. Consensual compensation when the obligation is not implemented or delayed, a comparative study between Islamic jurisprudence and positive law, Dar Al-Fikr Al-Jamii, Alexandria 2007

(8) d. Ramadan Abu Al-Saud Sources of Commitment, New University Publishing House, Alexandria 2003

(9) Dr. Salah al-Din al-Nahi, The Brief in the General Theory of Obligations, Baghdad 1949

(10) d. Abdul Razzaq Al-Sanhoury, Mediator in Explanation of the New Civil Law, Part Two, Beirut, Lebanon, 1964

(11) d. Abd al-Razzaq al-Sanhouri, the mediator, part three, third edition, al-Halabi human rights publications, Lebanon 2000

(12) d. Abdul-Majid Al-Hakim and Professor Abdul-Baqi Al-Bakri Assistant Professor Muhammad Taha Al-Bashir Civil Law and Provisions of Commitment Legal Library Baghdad

(13) Dr. Ismat Abdel Majid Bakr, Theory of Contract in Islamic Jurisprudence, A Comparative Study with Legal Jurisprudence

And Contemporary Laws, Dar al-Kutub al-Ilmiyya, Beirut 2009

(14) d. Muhammad Hossam Mahmoud Lutfi, The General Theory of Commitment, third edition, Cairo (Sources - Judgments - Evidence), second edition, Cairo 2008

Second: messages

(1) Bornan El-Eid, The Judge's Role in Consensual Compensation, Master's Thesis, University of Algiers, Faculty of Law, Algeria 2015

(2) Bassam Saeed Jabr, the rules for differentiating between the penalty clause and the threatening fine, and their role in preventing the lax implementation of contracts. Master's Thesis, Middle East University, Faculty of Law, Jordan 2019

(3) Jawad Mahmoud Ahmad Bahr, Theory of the Penal Condition Between Contract and Law, MA Thesis, Hebron University, College of Graduate Studies, Department of Sharia Judiciary, Palestine 2019

(4) Tariq Muhammad Mutlaq Abu Laila, Agreement Compensation in Civil Law, Master Thesis, An-Najah National University, College of Graduate Studies, Palestine 2007

(5) Abdullah Najari, The Penal Condition in the Civil Penal Law, Master's Thesis, University of Algiers 1983

Third: Research

(1) Dr. Mansour Hatem Mohsen, the relationship between the penal and arbitrary clause, Al-Mohaqiq Al-Hilli Journal for Legal and Political Sciences, Fourth Issue, University of Babylon, Iraq, 2015

Fourth: the laws

(1) Iraqi Civil Law No. (4) of 1951

(2) Jordanian Civil Law No. (43) of 1976

(3) Egyptian Civil Law No. (131) for the year 1943