وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة المستقبل

كلية القانون

الدراسة مسائية

احكام الشرط الجزائي في القانون العراقي

بحث تخرج مقدم من قبل

الطالب

ليث شاكر جبر مجدي الاسدي

الى مجلس كلية القانون – جامعة المستقبل

وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

باشراف

م .د. منى هاشم محمد

1446 2025

﴿ وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً ﴾

صدق اللَّهُ العلي العظيم

الاسراء , أية (34)

الإهداء

إلى أحب الخلق صاحب الإسراء والمعراج ..إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة.. ونصح الأمة فكشف الله تعالى به الغمة .. إلى نبي الرحمة ونور العالمين .. محمد رسول الله صلى الله عليه واله وسلم إلى قدوتي الأول ... إلى من علمني العطاء من دون انتظار .. إلى من محل اسمه بكل افتخار .. أبي العزيز

إلى .معنى الحب ومعنى الحنان ..التي رآني قلبها قبل عينيها إلى التي احتضنتني أحشاءها قبل يديها.. إلى من كان دعائها سر نجاحي بلسم جراحي إلى أغلى الأحبة..

أمي الحبيبة حفظها الله

الى سندي.. إلى من عبدوا طريق النجاح من اجلي .. إلى من أرى فرحي وحزني

بعد الله

إخوتي وزوجتي السند الدائم أدامها الله ذخرا لي ....

الباحث

الشكر والثناء

نشكر الله العلي القدير الذي انعم علينا بنعمة العقل والدين وفاءً وتقديراً واعترافاً منا بالجميل نتقدم بجزيل الشكر لأولئك المخلصين الذين مدوا لنا يد المساعدة في مجال البحث العلمي ونخص بالذكر الاستاذ الدكتور والمشرف على البحث : م.د علي جاسم محمد على هذه الدراسة وصاحب الفضل في توجيهي ومساعدتي في تجميع المادة البحثية فجزاه الله كل خير و كذلك نتقدم بالشكر الى عمادة كلية القانون في جامعة المستقبل و على راسهم السيد عميد الكلية المحترم واساتذتنا جميعا والى كل من ساعدنا واعطانا النصائح ونتمنى ان نكون عند حسن ظنكم .

الباحث

قائمة المحتويات

المحتويات

التسلسل	الموضوع	الصفحة
أ-	الآية القرآنية	أ
ب-	الاهداء	ب
ت-	الشكر والتقدير	ج

ث-	المحتويات	د
ج-	المقدمة	3-1
ح-	المبحث الاول : ماهيه الشرط الجزائي	4-3
خ-	المطلب الاول : مفهوم الشرط الجزائي	5-4
د-	الفرع الاول : تعريف الشرط الجزائي	11-5
ذ-	الفرع الثاني : خصائص الشرط الجزائي	14-12
ر-	المطلب الثاني : تمييز الشرط الجزائي عما يشتبه به	15
ز-	الفرع الاول : تمييزه عن العربون	18-15
س-	الفرع الثاني : تمييزه عن الشرط الحد الاعلى للمسؤولية	18
ش-	المبحث الثاني : احكام الشرط الجزائي	19
ص-	المطلب الاول : تخفيض الشرط الجزائي	20
ض-	الفرع الاول : تقدير المبالغة	21-20
ط-	الفرع الثاني :التنفيذ الجزئي للالتزام	22-21
ظ-	المطلب الثاني : زيادة الشرط الجزائي	23-22
ع-	الفرع الاول : حالات زيادة الشرط الجزائي	25-23
غ-	الفرع الثاني : عدم استحقاق الشرط الجزائي	26-25
ف-	الخاتمة	28-27

المقدمة

اولا: **اهمية البحث**

تبرز اهمية البحث في الشرط الجزائي في الدور الذي يلعبه بالمساهمة لإعادة الثقة بالقوة التنفيذية للعقود، وبالتالي فهو يساعد الدول في دفع عجلة النمو الاقتصادي الى الافضل، فالكثير من التجار يسعون للبحث عن وسائل تضمن لهم التنفيذ الصحيح والسريع لتعاقداتهم، و تؤمن لهم الحصول على حقوقهم في اسرع وقت ممكن في حال تخلف المدين او تأخره في تنفيذ الالتزام .

ثانيا: **منهجية البحث :**

اعتمدنا في هذا البحث على عدد من المناهج، منها المنهج المقارن وذلك بهدف مقارنة الأحكام الواردة في القانون المدني العراقي النافذ والتي بأحكام الشرط الجزائي . كما أخذت بمنهج تحليل المضمون إذ سنحلل مضمون النصوص الواردة في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

ثالثا : **اهداف البحث**

ظهر الشرط الجزائي في عهده القديم كجزاء أو عقوبة خاصة تلحق بمن يخل بالتزامه، ويتم الاتفاق عليها بين أطراف العقد مسبقاً، وتجلّى هذا المعنى في العصور الأولى للقانون الروماني نتيجة للشكلية التي كانت تسوده، غير أن تطور الأفكار القانونية أوضح تعارض الصفة الجزائية لهذا الشرط مع الأخلاق والعدالة، إضافة إلى تضمنه شبهة الربا المحرم، الأمر الذي انتهى باقتصار دور

الشرط الجزائي على وظيفته التعويضية، وعلى أن لا يكون له دور جزائي إلا عرضاً واستثناء، ويتم ذلك من خلال دوره التعويضي.

وهكذا تتحقق الوظيفة الجزائية فقط عندما يتم الاتفاق على الشرط بقدر يزيد قليلاً عن التعويض المستحق قانوناً، فيعمل الشرط بالقدر الذي اتفق عليه، ومن ثم يصبح له في حدود القدر الزائد عن التعويض المستحق، نوعاً من الجزاء الاتفاقي، أما الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي فتتحقق عندما يتم تقدير هذا الشرط بمبلغ مساوٍ لقدر الأضرار المتوقع حدوثها نتيجة الإخلال بتنفيذ الاتفاق الأصلي ،و التي تتمثل في الفائدة الأساسية للشرط الجزائي في إعفاء الدائن من إثبات ما لحقه من ضرر، حيث يُفتَرض أن عدم تنفيذ العقد يتضمن الإضرار بالدائن، ولأن الأصل إعمال الشرط الجزائي كما هو متفق عليه من أطرافه، فإن اشتراطه يفترض أن الإخلال بتنفيذ العقد يتضمن في ذاته الإضرار بالدائن، فالضرر، مع الشرط الجزائي، يثبت بمجرد عدم تنفيذ الاتفاق، وعلى من يدّعي خلاف ذلك إقامة الدليل.

رابعا: **مشكلة البحث**

تظهر مشكلة البحث في ان الشرط الجزائي في الاصل يقع ضمن شروط العقد الاصلي، الا انه لا مانع من ان يتضمنه اتفاق لاحق بشرط ان يقع الاتفاق اللاحق قبل الاخلال بتنفيذ الالتزام، وينطوي اتفاق الشرط الجزائي على خروج عن احكام التقدير القضائي، ولما كان الاصل في تقدير التعويض ان يتولاه القضاء، فان احكام التعويض تعتبر احكاما استثنائية ولذلك ينبغي تفسير النصوص

القاضية بالتعويض الاتفاقي بكل دقة ومن دون التوسع في تفسيرها، وان يكون تطبيق الشرط الجزائي مقصورا على الحالة التي قصدها الطرفان.

خامسا:**هيكلية البحث :**

لقد قام الباحث بتقسيم هذا البحث الى مبحثين حيث تم تناول ماهية الشرط الجزائي في المبحث الاول الذي تم تقسيمه الى مطلبين تناولنا في المطلب الاول مفهوم الشرط الجزائي و المطلب الثاني تم تخصيصه الى تمييز الشرط الجزائي عما يشتبه به ، اما المبحث الثاني فخصصناه الى احكام الشرط الجزائي والذي ايضا تم تقسيمه الى مطلبين وتم تناول تخفيض الشرط الجزائي في المطلب الاول و المطلب الثاني الى زيادة الشرط الجزائي .

المبحث الاول

ماهية الشرط الجزائي

يقصد به ذلك البند الاتفاقي الذ ي يدرج بالعقود لضمان تنفيذها، وبمقتضاه يلتزم المتعاقد الذي يخل بالتزامه تعويض المتعاقد الآخر، فالهدف من الشرط الجزائي إذاً هو حمل المتعاقد على تنفيذ التزامه،

ومن هنا تأتي أهمية استعمال الشرط الجزائي وشيوعه في مختلف صور التعاقد، ففي البيع يلجأ إليه كل من المشتري والبائع على حد سواء، الأول يتحصن به ضد إقلاع البائع عن تسليم المبيع، والثاني يتحرز بمقتضاه لحالة عدم سداد الثمن أو التأخير فيه، وفي عقد القرض يستند المقرض إلى الشرط الجزائي ليأمن سداد المقترض لمبلغ القرض، وفي الوقت المتفق عليه، وفي عقود المقاولات المختلفة يجد أصحاب الأعمال في الشرط الجزائي وسيلة فعالة تدفع بالمقاولين إلى تنفيذ ما تعهدوا به في وقته المحدد، ولا يتطلب استخدام الشرط الجزائي لوجوده شكلاً أو صيغة خاصة كقاعدة عامة، بل للمتعاقدين مطلق الحرية بالنسبة لشكل الشرط الجزائي وصيغته، فيمكن إدراجه بالعقد بالتصرف المنشئ للالتزام الأصلي، كما يمكن أن يقع باتفاق مستقل ولو كان لاحقاً للعقد، وقد يتم الاتفاق عليه صراحة، كما يمكن استخلاصه من مضمون الاتفاق وشروطه [1] .

المطلب الاول

مفهوم الشرط الجزائي

ان مفهوم الشرط الجزائي يعرف بانه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدما مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه او اخل به او تأخر في تنفيذه ويسمى ايضا بالتعويض الاتفاقي ، فهو شرط ، لأنه يدرج عادة ضمن شروط العقد الاصلي ليقوم استحقاق التعويض على اساسه وهو جزائي لان القصد منه مزدوج ، فهو تعويض للدائن عما يصيبه من ضرر وهو جزاء يفرض على المدين لعدم تنفيذه التزامه او لإخلاله بتنفيذ التزام ترتب في ذمته ، او لتأخره في تنفيذه، وهو قد

[1] - 7- الجبوري ، ياسين محمد (2003)، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، الجزء الثاني - أثار الحقوق الشخصية ، دراسة موازنة ، دار الثقافة ، عمان ص232..

ينطوي على معنى التهديد من دون ان يعتبر بالطبع عقوبة ، لان المبلغ الذي يتضمنه يقدر عادة بأكثر من الضرر الذي يصيب الدائن عند عدم التنفيذ او التأخير في الوفاء به ، ان الشرط الجزائي قد يكون تعويضا عن عدم التنفيذ كما لو اشترط المشتري على البائع تعويضا معينا اذا تصرف في المبيع لشخص اخر وقد يكون تعويضا عن التأخير في التنفيذ ، ومع ان الاصل ان يتناول الشرط الجزائي التعويض عن عدم التنفيذ او عن التأخير في تنفيذ التزام عقدي، الا انه لا مانع من الاتفاق سلفا على تقدير التعويض المستحق عن الاخلال بالتزام غير عقدي لكنه اي الشرط الجزائي يجد مجالا واسعا في التطبيق ولاسيما في عقود المقاولات والتوريد والاشغال .

وقد اشار المشرع العراقي الى الشرط الجزائي في الفقرة الاولى من المادة 170 من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 التي تنص على انه : (يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما التعويض بالنص عليه في العقد او في اتفاق لاحق ويراعى في ذلك احكام المواد 168 ، 256 ، 257 ، 258)، وهذه المواد تتعلق باستحقاق التعويض اذا استحال على الملتزم بالعقد تنفيذ التزامه عينا مالم يثبت ان استحالة التنفيذ او التأخير فيه نشأ عن سبب اجنبي وكذلك الالتزام بأعذار المدين لاستحقاق التعويض مالم ينص القانون على غير ذلك ، وتعدد 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 او تشديدا وقد ينشد منه زيادة القوة الملتزمة للرابطة العقدية ، لكن اهم غرض يهدف اليه هو تجنب تحكم القضاء او التخفيف من تحكمه في تقدير التعويض وتحاشي النزاع الذي يثور بشأن ركن الضرر من حيث وجوده او انعدامه ومن حيث طبيعته ،[1] وسيتم تقسيم

1 - https://www.mohamah.net/law/%D ، الساعة 4:26 مساءا ، من يوم 2022/4/28 .

هذا المطلب الى فرعين ، يتم تناول تعريف الشرط الجزائي و الفرع الثاني خصصناه لخصائص الشرط الجزائي .

الفرع الاول

تعريف الشرط الجزائي

عرف الشرط الجزائي بأنه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدما مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه او اخل به او تأخر في تنفيذه ، وهو شرط لأنه يدرج في الأصل ضمن شروط العقد الأصلي ليقوم استحقاق التعويض على أساسه، ولكن لا يوجد مانع من ذكره باتفاق لاحق للعقد الأصلي وهو جزائي لان القصد منه مزدوج فهو تعويض للدائن عمّا يصيبه من ضرر وهو جزاء يفرض على المدين لعدم تنفيذ التزامه او الإخلال بتنفيذ التزام ترتب في ذمته أو لتأخره في تنفيذه ويجب الاتفاق عليه قبل الإخلال بالعقد والا اعتبر صلحا اذا تم الاتفاق عليه بعد الإخلال بالعقد، وقد اشارت المادة 170 من القانون المدني الى الشرط الجزائي،[1] أما العربون فهو تقدمة يقدمها احد المتعاقدين (المشتري) وقت البيع دلالة على تمام العقد او ثمنا لخيار العدول، ويكون الغرض منه اما حفظ الحق لكل من المتعاقدين في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول مقدار هذا العربون للطرف الآخر، وأما تأكيد العقد في البدء بتنفيذه بدفع العربون، ويلتقي الشرط الجزائي بالعربون في أن مصدر كل منهما واحد وهو اتفاق المتعاقدين كما ان المقصود منهما واحد وهو ضمان تنفيذ الالتزام وعدم الإخلال به لكن هناك فروقات بين الاثنين فالشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي عن الضرر الذي يصيب الدائن جراء إخلال المدين بالتزامه، اما العربون هو مقدار من المال يدفعه احد المتعاقدين للطرف الآخر عند التعاقد وذلك لإعطاء حق العدول لكل منهما فاذا عدل من

1- بحث الدكتور الصديق الضرير , الشرط الجزائي , مجمع الفقه الاسلامية 1420 ه – 1990 م , ص 50 .

دفعه فقده ، واذا عدل من قبضه رد العربون ورد مثله والعربون يستحق عند التنفيذ حتى ولو لم يترتب عليه اي ضرر اما المقدار المتفق عليه في الشرط الجزائي، فان الدائن لا يستحقه الا اذا لحقه ضرر من جراء عدم التنفيذ او التأخر فيه ويجوز تخفيض المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي حتى يتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن، اما العربون فلا يجوز تخفيضه بل يجب دفعه كاملا حتى ولو لم يلحق الطرف الآخر اي ضرر من العدول عن العقد والشرط الجزائي تجري عليه أحكام الأعذار قبل الاستحقاق اما العربون لا تجري عليه احكام الاعذار.

وبما ان الشرط الجزائي يعتبر للتعويض فليس للمدين الخيار بين أن ينفذ التزامه وبين ان يتنصل منه، اما العربون فلكونه يعتبر مقابلا او ثمنا لحق المتعاقد في العدول عن العقد الذي ابرمه فانه يمنح المتعاقد الحق في العدول عن العقد وعدم التقيد بالالتزامات التي من شأنه ان يرتبها نظير دفع العربون للطرف الاخر، وحق العدول رخصة منحها المشرع للمتعاقدين للتحلل من الالتزام، فلا تجوز اساءة استعماله وبعكسه يخسر العربون ويلزم بالتعويض الذي يقدره القاضي حسب وقائع وظروف كل قضية .[1]

اولا : تعريف الشرط الجزائي قانونيا

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

1- الشرط الجزائي – الصديق الضرير مجلة مجمع الفقه الاسلامي (ع 12 ج 2 ص 70) .

1 – بجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون .

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

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

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

1– **التعريف التشريعي** : ان هذا التعريف وكما يدل عليه اسمه ، يطلق على ما تورده النصوص القانونية على تعريف مصطلح ما ، حيث انه في أغلب الأحيان لا تقوم القوانين على تعريف

1 - قرار محكمة التميز الأردنية (حقوق) رقم 502/1995 (هيئة عامة) تاريخ 1995 / 4 / 16 منشورات مركز عدالة .

2 - درادكة ، فزاد الشرط الجزائي ، التعويض الإتفاقي في القانون المدني الأردني " دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير الجامعة الأردنية - 1994 ، من 61 .

مصطلح معين إلا إذا كان يتخلل هذا المصطلح غموض معين ، وانه من الممكن ان يقع الشخص في لبس معين في هذا المصطلح ، أو إذا أراد المشرع في القوانين توضيح أمر معين ، ذلك أنه ليس من مهمة المشرع وضع التعريفات للمصطلحات ، بل ان التعريف والتحليل هو من مهمة القضاء والفقه ، في حين نص المشرع المصري على الشرط الجزائي في المادة (223) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل على انه : " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد من 215 الى 220[1] . اما المشرع الأردني فقد نص على هذا الامر وعالجه في المادة (364) من القانون المدني الأردني المشار إليها سابقاً ، حيث ان المستفاد من هذا النص بان المشرع لم يورد تعريف للشرط الجزائي مثله مثل اغلب القوانين المدنية العربية ، حيث أن أغلب الباحثين والفقهاء اشادوا بذلك من ان التعريف التشريعي ليس له أهمية كبيرة في إظهار النظرية البحتة وليس له اي قيمة نسبية . [2]

2- **التعريف الفقهي (الوظيفي)** : أن هذا التعريف كما هو مستفاد من اسمه هو التعريف الذي يطلقه الفقهاء وشراح القانون على الشرط الجزائي ، ويظهر فيه كل منهم المقصود بهذا الشرط والوظيفة التي يؤديها ، فقد عرف الفقيه الفرنسي الأستاذ TOULLIER الشرط الجزائي بأنه : " ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كعقوبة لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو

1 -السنهوري ، عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام (أثار الإلتزام) ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، 1968 ، من 851 – 853 .
2 - دراكة - فواد ، مرجع سابق ، من 62 .

لتأخره في التنفيذ ،[1] في حين عرفه السنهوري : بانه اتفاق المتعاقدين مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه أي منهما في حال تخلف أحدهما عن التنفيذ أو التأخر في التنفيذ " [2]

3- **التعريف المختلط** : ذهب رأي من الفقه إلى القول بأن التعريف الأمثل للشرط الجزائي يجب أن يستند إلى الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وخصائصه ، لأن مثل هذا التعريف يوضح البناء القانوني له حيث وصل هذا الراي إلى نتيجة بان الشرط الجزائي هو اتفاق تابع يحدده الطرفان مسبقاً وذلك للتعويض عند عدم التنفيذ أو التأخر فيه وقد سماه البعض العقوبة عند عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ ، وذلك لتلافي الانتقادات الموجهة إلى التعريف الفقهي والتشريعي . إلا أن البعض رأى أن هذا التعريف قد بين جوهر وطبيعة الشرط الجزائي وان هؤلاء لم يوافقوا على استعمال كلمة العقوبة الواردة فيه حيث رأى هؤلاء الباحثين أن مفهوم العقوبة للشرط الجزائي يحيي في الأذهان مفهوم التعويض في التشريعات القديمة التي كانت تعتبره عقوبة بحتة ، وان في ذلك خروج عن المفهوم الحديث للتعويض باعتبار ان للعقوبة وظيفة مزدوجة إصلاحية أولا ، ورادعة ثانياً ، فالقانون المدني يعتبر قانون استرداد يعيد الحالة الى ما كانت عليه سابقا قبل وقوع الضرر ، وعليه يجب تغليب مفهوم الوظيفة الاصلاحية للتعويض على وظيفة الردع ، حيث ان ذلك يعتبر اتفاق على قيمة التعويض عند عدم تنفيذ احد طرفي العقد التزامه او تأخره في ذلك .[3]

ثانيا : تعريف الشرط الجزائي اصطلاحا

---

1 - دراكة , فؤاد , مرجع سابق , ص 62 .
2 - السنهوري , عبد الرزاق , مرجع سابق , ص 851 .
3 - دراكة , فؤاد , مرجع سابق , ص 63 .

لما كان ظهور هذا الشرط بداية عند القانونيين لزم أن تعرف معناه عندهم ؛ حتى يتضح معناه ، ومن ثم نستطيع أن تعرف تخريجه الفقهي بدقة ؛ فإن الحكم على الشيء فرع عن تصوره . قال في الوسيط [1] " يحدث كثيراً أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي ، كما هو الأصل ، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير هذا التعويض ، فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن ، إذا لم يقم المدين بالتزامه ، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن ، إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، وهذا هو التعويض عن التأخير. هذا الاتفاق مقدماً على التعويض يسمى بالشرط الجزائي ، ويسمونه أيضاً بالتعويض الاتفاقي ، وبهذا النقل يتبين لنا أن من عرف الشرط الجزائي في الاصطلاح ، لم يخرج عما جاء في كتب القانون ، فمن ذلك : قولهم : نص المتعاقدين في العقد على مبلغ معين يدفعه من أخل بالالتزام ،[2] وقيل : هو الجزاء المرتب على الإخلال بالشرط ،[3] وقيل : هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن على المدين ، إذا لم ينفذ المدين التزامه ، أو تأخر في تنفيذه ،[4] وهذا التعريف الأخير هو أجمع التعاريف ، وأصحها ، وأوضحها معنى .

الشرط في الاصطلاح : هو ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ، ولا عدم لذاته ، [5] هذا معنى الشرعي أو الحقيقي في اصطلاح الأصوليين ، والذي يقضي من المكلف وجوب الخضوع والانقياد له ، لتصح منه العبادات والمعاملات ، غير أن هناك نوعاً أخر من الشروط يشترطها الناس ويضعونها في معاملاتهم بإرادتهم ، ويوقفون عقودهم عليها ، ويعلقونها بها ، ويجعلونها

1 - انظر : الشرط الجزائي ـ علي السالوس المجلة مجمع الفقه الإسلامي (126 ج ٢ ص ١٠٠) .
2 - الوسيط . في شرح القانون المدن الجديد (٢/٨٥١) (٣) .
3 - معجم لغة الفقهاء (ص ٢٣١) .
4 - الشرط الجزائي ـ السالوس (ص ١٠٠) مرجع سابق .
5 - الطوفي , شرح مختصر الروضة , 1/ 435 .

مرتبطة بهده الشروط بحيث لا تتحقق تلك العقود إلا إذا تحققت هذه الشروط ، التقييد المقترن بالعقد ، وهو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه ، زائد عن أصل مقتضاه ، والشرط المراد هنا التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائد على أصل التصرف ، سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف ، ام لم يكن ، وسواء كان فيه منفعة للملتزم وحده أو لغيره ، ام لم يكن فيه منفعة لاحد .[1]

الجزاء في الاصطلاح : فالمراد بالجزاء هنا هو الجانب السلبي أي جانب العقاب دون الثواب لان هذا الجزاء يكون لضمان تنفيذ الالتزامات بين الناس وضع لحمل المدين على تنفيذ التزامه والا سيجازى عن عدم تنفيذ الالتزام [2] .

الفرع الثاني

خصائص الشرط الجزائي

الشرط الجزائي ، حيث أن الشرط الجزائي يعتبر من الوسائل الهامة لضمان تنفيذ الالتزام ، وعلى اعتبار أن هذا الشرط يعتبر من الوسائل الهامة لضمان تنفيذ الالتزام ومع التطور الملحوظ في

1 - علي محمد الحسين الصوأ , الشرط الجزائي في الديون , دراسة فقهية مقارنة , في الفترة ما بين 7 – 9 ص 3-4 .

2 - الشرط الجزائي – الصديق الضرير مجلة مجمع الفقه الاسلامي (ع 12 ص 60) .

المشاريع والاستثمارات بشكل عام ، ومشاريع المقاولة بشكل خاص ، وتفاديا لعدم تنفيذ هذه المشاريع او التأخر في تنفيذها ، فقد قام المتعاقدين باللجوء الى هذا الشرط في عقودهم لضمان تنفيذ الالتزام ، وعليه فقد قام الفقهاء بوضع هذه الخصائص التي يمتاز بها الشرط الجزائي ، أن الغاية الأساسية من الشرط الجزائي ، وكما ذكرنا سابقاً هي ضمان تنفيذ الالتزام ، وهذا يعني بالضرورة أن هنالك التزام أصلي ، وهذا يعني ان الشرط الجزائي لا يستحق إلا في حالتي عدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزام الأصلي ، أو ان التأخر في تنفيذ هذا الالتزام ، وبالتالي فإن الشرط الجزائي يدور وجوداً وعدماً مع الالتزام الأصلي ، فضلاً عن أنه يتم تحديده بالاتفاق بين اطراف العقد .[1]

اولا : طبيعة الشرط الجزائي

أما عن طبيعة الشرط الجزائي ، فهو كما يتبين التزام تبعي لالتزام أصلي ، أي أن الأصل أن ينفذ المدين الالتزام الواقع عليه، فإن هو أخل بذلك، وجب عليه تنفيذ الالتزام التبعي وهو الشرط الجزائي، و يترتب على ما قيل أن بطلان الالتزام الأصلي ينجر عنه بالضرورة بطلان الالتزام التبعي، إذ الفرع يتبع الأصل، بينما بطلان الشرط الجزائي– لمخالفة النظام العام مثلا– لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي ، وعليه بموجب هذه الاتفاقية، يتم تضمين بند في العقود للتأكد من تنفيذها، وبما يتفق مع المقاول الذي يخالف التزامه حتى يتأكد الطرف الأول من تعويض المقاول المقابل، وان الهدف من الشرط الجزائي إذن هو إلزام المقاول بتنفيذ التزامه، ومن هنا تأتي أهمية استخدام الشرط الجزائي وانتشاره في مختلف أنواع التعاقد، في البيع يلجأ كل من المشتري والبائع إليها على حد سواء، ضمن عقد القرض، يعتمد المُقرض على شرط الغرامة لضمان قيام المقترض بسداد مبلغ القرض، في

1 - الفار , عبد القادر , خصائص الشرط الجزائي , ص 66 .

الوقت المحدد، وفي عقود التعاقد المختلفة، يجد أصحاب الأعمال ضمن شرط الغرامة وسيلة فعالة تدفع المقاولين إلى تنفيذ ما يريدون وما تعهدوا به في الوقت المحدد، ولا يتطلب استخدام الشرط الجزائي لوجوده شكلاً أو صيغة خاصة، كقاعدة عامة، بدلا من ذلك، فإن الأطراف المتعاقدة أحرار فيما يتعلق بشكل ونوع شرط العقوبة، غالبًا ما يتم استنتاجه من محتوى الاتفاقية وشروطها.[1]

ثانيا : موقف المشرع العراقي في الشرط الجزائي

لقد اعتبر المشرع العراقي أحكام التعويض الاتفاقي من النظام العام حيث ورد النص على ذلك صراحة في المادة (170) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 النافذ ، ويتبين من نص هذه المادة ان هنالك أحكام جعلها المشرع متعلقة بالنظام العام ، واعتبر الخروج عليها باطلا وهذه الأحكام هي :

1. لقد أوجب المشرع وقوع الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي ، وبالتالي أي اتفاق بين المتعاقدين يتضمن استحقاق التعويض الاتفاقي حتى ولو لم يحصل ضررا يعتبر باطلا لمخالفته للنظام العام .

2. كما اعتبر المشرع أن التعويض الاتفاقي الذي من شأنه تشديد المسؤولية ، في حالة المبالغة في التقدير ، باطلا إذا كانت قيمة التعويض الاتفاقي تزيد عن قيمة الضرر بشكل مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، وكذلك الأمر في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي فإذا قام المدين بتنفيذ الالتزام جزئيا ، فلا يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق اقتضاء كامل المبلغ المتفق عليه بموجب التعويد الاتفاقي ، لأن المشرع أعطى القاضي في الحالتين السابقتين ، سلطة تخفيض التعويض الاتفاقي بناء على طلب يجوز المدين .

1 - درداكة , فؤاد , مرجع سابق ص 80 .

3. لقد اعتبر المشرع الاتفاق على الإعفاء أو التخفيض من المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العمل غير المشروع باطلا لتعارض ذلك مع النظام العام ، وبهذا اتفق مع القانون المدني المصري في المادة (217) منه والتي نصت على انه : (يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع) ، وبناء على ذلك لا يستطيع المتعاقدان الاتفاق على تعويض اتفاقي ذات قيمة تافهة يكون القصد منه اخفاء حقيقة الإعفاء من المسؤولية التقصيرية لتعلق ذلك بالنظام العام ، وهو بهذا الاتجاه يتفق مع موقف المشرع الأردني والذي سنبينه لاحقاً .

4. أن المشرع أعطى الدائن الحق في المطالبة بزيادة قيمة التعويض الاتفاقي إذ كان أقل من الضرر الحاصل فعلا ، في الحالة التي يرتكب فيها المدين اهمال أو خطأ جسيما واعتبر ذلك من النظام العام .

5. لقد اعتبر المشرع أيضا أن التعويض الاتفاقي ذو القيمة المبالغ فيها والتي يتضمن تحايلا على قواعد قانونية تتعلق بالنظام العام ، كالحالة التي يكون فيها هذا المبلغ تعويضا عن التأخير ، محله فوائد اتفاقية ، إذ لا يجوز أن يزيد التعويض الاتفاقي على الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية ، ذلك لأن النصوص التي تنظم الفوائد تتعلق بالنظام العام [1] .

المطلب الثاني

تمييز الشرط الجزائي عما يشتبه به

1 - الاهواني , حسام الدين كامل : النظرية العامة , ج2 , ص 79 .

بما أن موضوع الشرط الجزائي في الغالب مبلغاً من النقود ، ونظراً للخصائص التي يتمتع بها ، فإنه يختلط ببعض الأوضاع القانونية الأخرى ، مما يجعل التمييز بينهما امراً صعباً ، وتعتبر هذه الاوضاع القانونية قريبة من الشرط الجزائي ولهذا سنحاول البحث في هذا المقام أن يظهر أبرز الفروقات ما بين الشرط الجزائي وهذه الاوضاع القانونية ، وسيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين الفرع الاول يتضمن تمييز الشرط الجزائي عن العربون و الفرع الثاني سيتم تخصيصه الى تمييزه عن شرط الحد الاعلى للمسؤولية .

الفرع الاول

تميزه عن العربون

ان دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك، فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ، ويعرف العربون بأنه مبلغ من النقود او أي شيء مثلي آخر يقدمه أحد المتعاقدين للآخر عند ابرام العقد ، وذلك لجعل العقد بينهما مبرماً وأن لكل من المتعاقدين الحق في امضاء العقد أو نقضه .

وسيتم بيان اوجه الشبه و الاختلاف بين الشرط الجزائي و العربون بالاتي :.

1- أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والعربون :

أ – ان كلا منهما لا يثور البحث فيه إلا عند عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي من قبل أحد الأطراف .

ب – لا يجوز للقاضي ان يحكم بالشرط الجزائي أو بالعربون إذا كان التنفيذ العيني ممكنا ، إلا إذا كان ذلك مرهقاً للمدين شريطة الا يلحق به ضرر جسيم جراء الحكم بالتعويض .

ج – ان الشرط الجزائي والعربون لا يستحقان إذا ما جرى فسخ العقد برضا الطرفين المتعاقدين او استحال تنفيذ العقد لسبب أجنبي .

د – ان كلا منهما يمتازان بطابع التبعية للعقد الأصلي ، أو للاتفاق الأصلي .

2- **أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي والعربون :**

- لا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا تحقق الضرر للمتعاقد جراء عدم تنفيذ المتعاقد الآخر للعقد، في حين يستحق العربون إذا كان قد دفع لغرض العدول عن العقد ولو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر .
- أن الشرط الجزائي هو عبارة عن شرط يتم صياغته كبند في العقد أو باتفاق منفصل تابع للعقد الأصلي ، أما العربون فهو مبلغ مقطوع دفعه أحد المتعاقدين للأخر ، ولا يجوز للقاضي تعديله على عكس الشرط الجزائي .
- ان الشرط الجزائي لا يستحق إلا بعد الإعذار ، أما العربون فلا يشترط الإعذار لاستحقاقه.
- الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي عن ضرر الذي يصيب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه، فشرط استحقاق الشرط الجزائي هو الضرر، أما العربون فهو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر عند التعاقد ويعطي كلا المتعاقدين خيار العدول إلا

إذا تم علي غير ذلك وإذا عدل عن العقد من دفعه فقده ، و إذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر [1] .

- إن الشرط الجزائي لا يعتبر التزاما تخييرياً بحيث أن المدين لا يملك العدول عن التنفيذ العيني إلي التعويض الاتفاقي، بل يبقي ملزماً بتنفيذ التزامه الأصلي والمتمثل بالتنفيذ العيني للعقد ، ما دام ممكناً ، في حين أن عربون العدول يعطي الحق لكل من المتعاقدين في الاختيار بين تنفيذ العقد أو العدول في مقابل دفع مقداره [2] .
- الشرط الجزائي عبارة عن تعويض مقدر مسبقاً بالاتفاق عند الإخلال بالالتزام ، ولهذا لا يستحق الا إذا كان هناك ضرر ، أما العربون فهو ثمن العدول عن ابرام العقد ، لا يتوقف مقداره علي ما يصيب المتعاقد من ضرر نتيجة العدول عن التمام الصفقة [3] .
- العربون يتفق عليه وقت العقد ولا يتصور بعده ، أما الشرط الجزائي فيجوز بعد العقد في اتفاق لاحق قبل وقوع الضرر [4] .
- من حيت سلطة القاضي فالعربون لا يجوز للقاضي تعديله ، أما الشرط الجزائي فإن يجوز للقاضي تعديله بالزيادة والنقصان ليتناسب مع الضرر الحاصل فعلا [5] .
- الشرط الجزائي يحتاج الي اعذار لاستحقاقه ، أما العربون يستحق بدون توجيه اعذار .

---

1 - بسام سعيد جبرجبر ، ضوابط التفرقة الطرافة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية , ودورها في مسح تراخي تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ،بجامعة الشرق الأوسط ص 103 .

2 - محمد علي البدري , النظرية العامة للالتزام , ط 1 سنة 2004 ص 57 .

3 - محمد عبد العزيز بن سعد اليمني , الشرط الجزائي واثره في العقود سنة 1425 ص 151 .

4 - طارق محمد مطلق ابو ليلى , التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة , رسالة ماجستير لجامعة النجاح الوطنية سنة 2007 ص 73 .

5 - سليمان مرقص , العقود المسماة , عقد البيع المجلد الاول , عالم الكتب القاهرة – مصر ط 4 سنة 1980 ص 78 .

- الشرط الجزائي لا يؤدي إلى فسخ العقد ، بل يبقي المتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزامه ملزماً بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً ، أما العربون فيؤدي إلى فسخ العقد والرجوع فيه . [1]

الفرع الثاني

تمييز الشرط الجزائي عن الشرط الحد الاعلى للمسؤولية

ان شرط تحديد الحد الاعلى للمسؤولية هو اتفاق بين المتعاقدين على وضع حد اقصى للتعويض لا يمكن تجاوزه مهما كانت جسامة الضرر الناتج عن الاخلال بالالتزام العقدي ، واذا كان القاسم المشترك بينهما يتمثل في شرط تحديد المسؤولية لا يتجاوز الضرر اللاحق بالدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام او التأخير في تنفيذه بينما التعويض الاتفاقي فهو تعويض جزافي مسبق للضرر ، أي ان المتعاقدين قد يحددان مبلغا يعد في نظرهما تعويضا موازيا للضرر المحقق الذي قد يلحق احدهما نتيجة اخلال الطرف الاخر بالتزامه العقدي ، و قد يلجا طرفا العلاقة التعاقدية الى التستر وراء التعويض الاتفاقي لإخفاء شرط تحديد المسؤولية او حتى الاعفاء منها ، و نلاحظ في الحالات التي يمنع فيها مثل هذا الشرط ، فاذا ستر الشرط الجزائي غرضا غير مشروع كأن اخفى اعفاء غير مشروع من المسؤولية كان الشرط باطلا ، وغني عن البيان ان التعويض الاتفاقي ، اضافة الى طبيعته القانونية الخاصة ، فهو يتميز بعدة خصائص ويطبق في مجال معين ، كما ان الدائن لا ستحقه الا اذا توفرت شروط محددة ، وعليه فان تخفض قيمة التعويض المقدر في شرط الحد الأعلى للمسؤولية عندما يثبت المسؤول نقصان الضرر الفعلي عن قيمة التعويض المعين ، ولا

1 - انور سلطان , مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة , الطبعة الثانية سنة 1998 ص 81 .

تجوز زيادة التعويض عما تحدد في الشرط مهما كانت جسامة الضرر ، أما الشرط الجزائي فالأصل فيه ، عدم التعديل في قيمته ، إلا في الأحوال المحددة قانونا .

المبحث الثاني

احكام الشرط الجزائي

الأصل أن يعتبر الشرط الجزائي متي تحققت شروط استحقاقه ملزما للمتعاقدين والمحكمة ، فالقاضي ملزم بأن يحكم على المدين المخل بالتزامه بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان ، بغض النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب الدائن ، لأن العقد شريعة المتعاقدين ، وعلى الرغم من ذلك المبدأ إلا أن معظم القوانين المنظمة للتعويض الاتفاقي خولت القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي من حيث المبدأ ، فالشرط الجزائي تعويض قدره المتعاقدان مقدماً عن الضرر المتوقع حدوثه نتيجة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه ، ومن ثم فالأصل هو وجوب احترام ما انصرفت إليه ارادة لمتعاقدين ، والحكم بالتعويض المتفق عليه ، ولكن استثناء من هذا الأصل العام منح المشرع القاضي سلطة خاصة ذات نطاق متسع يمكنه بمقتضاها مراقبة الشرط الجزائي ومدى التزام الأفراد بقواعد تقدير التعويض بلا مغالاة أو تعسف ، ومؤدى ذلك أن القاضي يستطيع تعديل الشرط

الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة وهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص ، أي أننا بصدد قاعدة آمرة ليس للأفراد الاتفاق على ما يخالفها [1] .

تم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين حيث نتناول في المطلب الاول تخفيض الشرط الجزائي و المطلب الثاني سنخصصه الى زيادة الشرط الجزائي

المطلب الأول

تخفيض الشرط الجزائي

نص المشرع الليبي صراحة في المادة 227/2 مدني علي أنه (يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا ثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه) ، اما المشرع العراقي فقد نص في المادة (169) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 ، على انه :(1_ اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره ....) ، إذ أنه وفقا لنص المادة سالفة الذكر ، فإن سلطة القاضي في التخفيض ، تظهر في حالتين أولهما : حالة المبالغة في تقدير التعويض وثانيهما : حالة تنفيذ جزء من الالتزام الأصلي ، وسيتم شرح الحالتين من خلال العرض التالي :

الفرع الاول /

1 - نبيل ابراهيم سعد , الشرط الجزائي في القانون المصري , مجلة الحقوق , جامعة الاسكندرية , سنة 1990 , ص 87 .

تقدير المبالغة

نص المشرع العراقي في المادة (170) من القانون المدني العراقي النافذ رقم (40) لسنة 1951 على انه : (1- يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض في اتفاق لاحق و يراعى في هذه الحالة احكام 168 و 256 و 257 و 258 . 2- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر و يجوز تخفيضه اذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحا او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة . 3- اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسما)، وايضا نص المشرع الليبي صراحة في المادة 227/2 مدني علي أنه (يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا ثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه)، المبدأ أن الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ يحتفظ بقوته الملزمة ، ولهذا لا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض الاتفاقي يجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالدائن ، حتى يستطيع القاضي أن يخفض هذا التعويض ، وإلا نكون قد نزعنا كل فائدة للتعويض الاتفاقي ، فينبغي أن يمارس القاضي هذه السلطة بحذر وبطريقة استثنائية ، حالته إذا كان التعويض الثقافي مجحفا بحق المدين ، ويقع على المدين هنا عبء اثبات حيث يتعين عليه أن يثبت ان التقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، فإذا ما أثبت المدين ذلك يقوم القاضي بخفض التعويض إلى الحد المعقول ، أي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر لا إلى حد المساوي للضرر ، آخذا في الاعتبار إرادة المتعاقدين ومصالح الدائن وحسن النية وللقاضي هنا

سلطة تقديرية فيما يقرره أو ينفيه من مبالغة التعويض الاتفاقي ولا رقابة عليه من محكمة النقض [1].

الفرع الثاني /

التنفيذ الجزئي للالتزام

بالعودة الى نص المادة (170) من القانون المدني العراقي النافذ سالفة الذكر ، نرى انه يجوز تخفيض التعويض اذا اثبت المدين تنفيذ جزء من الالتزام ، وهذا ما نص عليه المشرع الليبي صراحة في المادة 227/2 مدني علي أنه (يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا ثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه) .

يوضع الشرط الجزائي عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلا ، فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه ، فان القاضي يكون قد احترم إرادة المتعاقدين إذا حفظ الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه ، ويعتبر الأساس هو المبلغ المقدر في الشرط الجزائي ، فينخفض المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الأصلي ، ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين ، وقد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائي إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي تنفيذاً سليماً ، وسواء كان ذلك بأن ينفذه أصلا أو نفذه تنفيذاً معيباً ، وفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ ، نزولا على اتفاق الطرفين ولكن إذا كان

1 - طارق محمد مطلق ابو ليلى , التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة , رساله ماجستير مقدمة لجامعة النجاح سنة 2007 ص 76 .

هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائي ، كتعويض عنه مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، جاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي ، إلى الحد المناسب [1] .

ونفس الحكم في حالة الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ ، حيث يجوز تخفيضه بنسبة ما نفذ من الالتزام في الميعاد إلى القدر الذي يتناسب مع الجزء الذي تأخر في تنفيذه ، ومؤدي ذلك أن التخفيض لا يقصد به المساواة بين المبلغ المحكوم به وبين الضرر الذي أصاب الدائن بالفعل ، بل يخفض القاضي المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن ، من الجزء الذي تم تنفيذه من الالتزام أو بنسبة ما نفذ منه في الميعاد ، وذلك بالمقارنة بما كان سيحصل عليه لو نفذ الالتزام كاملاً في الميعاد .[2]

المطلب الثاني

زيادة الشرط الجزائي

الاصل ان التعويض الاتفاقي لا يخضع للتعديل زيادة او نقصان كما قدمنا ، ومن اجل ذلك اذا تبين ان الضرر الذي لحق بالدائن يجاوز قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة ، بالتالي لا يجوز للقاضي ان يزيد من مقدار التعويض لكي تساوى مع قيمة الضرر ، بل يكون عليه ان يحكم ما اتفق عليه ، وفي هذه الحالة يعد التعويض الاتفاقي بمثابة تخفيض

1 - عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام -الاثبات _ اثار ا لالتزام دار النهضة العربية الماهية مهر ، ج 2 ، من 870 / 871 .

2 - عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط التي تسرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام الاثبات الان الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج 2 ، ص 871 .

لمسؤولية المدين و الاتفاق على التخفيف من المسؤولية، ومع ذلك ان للمحكمة ان تزيد في قيمة التعويض الاتفاقي اذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن مقدار الضرر الواقع ، وذلك في الحالتين الاتيتين اللتين تبرر زيادة التعويض منهما احكام شروط الاعفاء من المسؤولية او التخفيف منها.[1]

و سنقسم هذا المطلب الى فرعين يتم تناول حالات زيادة التعويض الاتفاقي في الفرع الاول و سيتم تناول عدم استحقاق التعويض الاتفاقي في الفرع الثاني :.

الفرع الاول /

حالات زيادة الشرط الجزائي

اولا :الغش والخطأ الجسيم

اذا كان الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدي ينسب الى غش او خطا جسيم ارتكبه المدين ، وكان الضرر يفوق في مقداره قيمة التعويض الاتفاقي ، وقد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة (170) من القانون المدني النافذ بقولها (3- اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطا جسيما)، وعليه فاذا كان التعويض المتفق عليه اقل من قيمة الضرر فيعتبر هنا بمثابة اتفاق على تخفيض مسؤولية المدين و هذا جائز،[2] ولكن هذا الاتفاق بفقد وجوده و قابليته اذا ارتكب المدين غشا او خطا جسيما، ويبقى الشرط محتفظا بقابليته اذا كان المدين حسن النية ، اما اذا اثبت ان المدين سيء

1 - الدكتور . عبد المجيد الحكيم ، الجزء الثاني في احكام الالتزام ، الطبعة الثالثة ، بغداد، دار الحرية للطباعة ، 1977 ، ص55.

2 - الدكتور . عبدالرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص877 .

النية فالقاضي لا يتقيد بالشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)،[1] وانما يزيد قيمة التعويض الاتفاقي ، ان عبء اثبات الغش و الخطأ الجسيم يقع على عاتق الدائن ، فالغش لا يفترض وعلى القاضي اثباته اذا ادعاه الدائن لان الغش حالة نفسية تدل على سوء النية ، وهو سلوك مضاد للالتزام العقدي وعلى المحكمة التحقيق عن حالة الخطأ الجسيم حتى تتمكن من الحكم بزيادة التعويض الاتفاقي، فاذا ادعى الدائن ان الضرر الذي اصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، اومن جراء تأخره في تنفيذ التزامه اكثر مما قدره في العقد و طلب الزام المدين بالزيادة ، ولم يتمكن من اثبات قيام المدين بغشه او بارتكابه خطأ جسيما ، فان المحكمة تحكم برد الدعوى عن الزيادة المطالب بها ، تحكم فقط بالتعويض المتفق عليه بسبق رضا الطرف المتضرر بالقدر المذكور ،[2] اما اذا اثبت الدائن ان المدين قد ارتكب غشا عند اخلاله بتنفيذ التزامه وانه اوقع الضرر به عن سوء نية او انه ارتكب خطأ جسيما في تنفيذ التزامه، كأن يتعهد شخص بحراسة مخزن لتاجر و يتفقان على تعويض و بقدر معلوم فيهمل الحراسة و تذهب الاموال المخزونة و قيمتها اضعاف مضاعفة للقدر المعلوم المتفق عليه .[3]

فاذا اثبت الدائن قيام المدين بغشه اثناء تنفيذ التزامه او بارتكابه الخطأ الجسيم ، فان القاضي يحكم بزيادة القدر المتفق عليه من التعويض بحيث يتناسب مع الضرر الذي اصاب الدائن عند ابرام العقد واتفاقه على تقدير التعويض، وبهذا القدر لم يدر بخلده ان يغش المدين وان يرتكب خطأ جسيما بحقه خاصة، وانه يجب على المدين ان ينفذ التزامه بحسن نية و بعكسه فان القاضي يحكم برد

1 - الدكتورة . بشرى الجندي ، مرجع سابق ، ص 103 .
2 - منير القاضي ، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الاول ، بغداد، سنة1951-1952، ص275 .
3 - نفس المرجع السابق، ص275 .

الدعوى عن الزيادة ،[1] ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز في قرار لها على انه (مما يتعين على محكمة التحقيق في ذلك لأنه اذا اثبت ان المدعي عليهم توصلوا الى افراز القطعة عن طريق الصفقة موضوع الدعوى مستغلين بذلك الغاية من بيع القطعة كونها ستفرز الى قطع سكنية ومن ثم توزع على اعضاء الجمعية و لو لا هذه الصفقة لتعذر عليهم افراز القطعة فان امتناعهم بعدئذ عن تنفيذ تعهدهم بالصفقة قد يعتبر خطأ جسيما الامر الذي يسوغ للجمعية المدعية مطالبتهم بما يزيد عن التعويض الاتفاقي جراء نكولهم دون التقيد بالتعويض المتفق عليه) .

اما اذا طلب الدائن الزام المدين بالإضافة الى التعويض الاتفاقي فوائد قانونية عن هذا التعويض فان القاضي يلجأ الى رد طلبه، واننا وان كنا نميل مع ما ذهبت اليه محكمة التمييز وهو عدم جواز الحكم بالفائدة القانونية عن التعويض الاتفاقي ، لاعتبارها بمثابة فائدة اصلية ، وان الفائدة لا يجوز المطالبة بها الا اننا نختلف معها بالتعليل ، ونرى بان المتعاقدين قد اتفقا على مبلغ معين مقداره في العقد كتعويض اتفاقي في حالة الاخلال بالالتزام ، ولو حكمنا له بالفائدة القانونية فمعنى ذلك اضفنا الى ميلغ التعويض الاتفاقي مبلغا اخر لم يكن بحسبان المتعاقدين عند التعاقد ، وهذا غير جائز من وجهة نظر القانون ، وهذا ما اقره قانون اصلاح النظام القانوني بقوله: (التركيز في العقود على التوازن بين الحقوق و الالتزامات المتولدة عنها و ابطال ما يخالف ذلك و جواز تعديل العقد من قبل القضاء)،[2] اضافة الى ما تقتضيه العدالة .

ثانيا : التقدير التافه للشرط الجزائي

---

1 - تنص الفقرة (1) من المادة (150) من القانون المدني على انه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) .

2 - قانون اصلاح النظام القانوني ، رقم (35) لسنة 1977 ، بند القانون المدني ، اولا الحقوق الشخصية، ص33

اذا كانت قيمة الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) من التفاهة ،[1] بحيث لا يعتبر تعويضا جديا عن الضرر ، وكان قيمة الشرط الجزائي وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية يكون باطلا، وذلك تطبيقا لحكم الفقرة الثالثة من المادة (259) من القانون المدني و التي نصت على انه :(ويقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل الغير المشروع) .

ونلاحظ من الحالتين اعلاه ان زيادة التعويض الاتفاقي ، امر يتعلق بالنظام العام و لا يجوز الاتفاق على خلافه .

الفرع الثاني /

عدم استحقاق الشرط الجزائي

توصلنا فيما سبق الى ان الفقرة الثانية من المادة (170) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 النافذ قد نصت على انه : (و لا يكون التعويض مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحق أي ضرر و يجوز تخفيضه اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحا او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه و يقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة)، وعليه فان مجرد اتفاق المتعاقدين في العقد على التعويض الاتفاقي لا يجعله مستحقا ، وتبعا لذلك فالقاضي لا يحكم به الا اذا كان مستحقا ، و يجب على القاضي متى ما عرض عليه النزاع ان يدقق موضوع الدعوى والعقد المبرم فيها بعيون فاحصة لان التعويض الاتفاقي ينشأ في العقد ، فهو غالبا ما يكون مصدره ، كما يتحقق من المدين فيما اذا كان قد نفذ التزامه من عدمه ، او انه تأخر في تنفيذ التزامه ، للوقوف عما اذا كان الدائن

1 - الدكتور . عبد المجيد الحكيم و آخرون ، مرجع سابق ، ص66 .

يستحق التعويض الاتفاقي من عدمه ، مما يتعين عليه ان يتحقق من شروط استحقاق التعويض وهي وجود خطأ من جانب المدين و ضر اصاب الدائن من جراء هذا الخطأ و علاقة سببيه بين هذا الخطأ والضرر ، واذا اثبت للقاضي في المرافعة انعدام شرط من هذه الشروط فانه يحكم برد الدعوى وهذا ما قضت به محكمة التمييز ،[1] كما يلجا القاضي الى رد الدعوى اذا اثبت المدين ان عدم تنفيذه لالتزامه لا يد له فيه وانه خارج عن ارادته،[2] ويتحقق القاضي من الضرر الذي اصاب الدائن ويقع عبء اثباته على المدين لان الضرر من اركان استحقاق التعويض ، وان اشتراط المتعاقدين و اتفاقهما على مقدار التعويض ابتداء يعني انهما توقعا ذلك و يفترض حصوله ، لذا لا يكلف الدائن بإثباته ، واذا اثبت المدين ان الدائن لم يصبه أي ضرر من جراء عدم التنفيذ لالتزامه ، اومن جراء تأخيره لتنفيذ التزامه ، فان القاضي يحكم برد الدعوى ، ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز في احد قرارتها بقولها : (لا يحكم المدين بالتعويض الاتفاقي اذا اثبت ان الدائن لم يصبه ضرر) .[3]

1 - قرار محكمة التمييز رقم 1243/ح/1964 في 1964/11/5 ، قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الثاني ، القرارات الصادرة سنة1964، ص55-57 .

2 - ينظر في هذا المعنى ، قرار محكمة التمييز رقم 227/م/1974 في 1974/7/23 ، النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، ص36 .

3 - قرار محكمة التمييز رقم 642 و643/م73/2 في 1974/1/22 ، النشرة القضائية ، العدد الاول ، السنة الخامسة ، 1976 ، ص94-96 .

الخاتمة

بعد الانتها من البحث في احكام الشرط الجزائي في القانون العراقي نستنتج ما يلي :.

اولا /الاستنتاجات :.

1- أن الشرط الجزائي في العقود هو تقنية من التقنيات التي تدرج لتقدير مقدار التعويض المستحق في حالة إخلال احد الطرفين بالتزامه التعاقدي.

2- مرونة الفقه الإسلامي، لما تضمنه من قواعد وضوابط كلية يسهل التخريج عليها، لمعرفة ما يستجد من حوادث .

3- أن الشرط الجزائي شرط محدث لم يعرفه الفقهاء المتقدمون .

4- أن الشرط الجزائي أول ما ظهر في الغرب ثم انتقل للمسلمين .

5- أن تسمية الشرط الجزائي بالتعويض الاتفاقي أولى ، وأوضح من حيث المدلول .

ثانيا/ التوصيات :.

1- حاجة التشريع و القضاء الى اضفاء شيء من العقوبة والردع على وظيفة المسؤولية المدنية لمعالجة بعض الحالات في المجتمع ، والتي لا تسعف القواعد العامة فيها طبقا لوظيفة المسؤولية المدنية، لإصدار حكما يحقق فيه العدالة .

2- وايضا غرض جبر الضرر و غرض العقوبة و الردع في آن واحد .

3- تلك الحالات التي يجد القاضي فيها الضرر المتحقق يقع في منتصف الطريق بين تحقيق مصلحة الفرد بتطبيق القواعد العامة فقط ، و تجاهل مصلحة المجتمع في ايجاد ضمانات تكون رادعة و دافعة لامتثال الاشخاص لتنفيذ التزاماتهم ، فيمكن للشرط الجزائي ان يعالج مثل هذه الحالات .

هذا آخر ما سال به القلم ، فما كان فيه من صواب فمن الله وحده ، وما كان فمني ، والله أسأل العفو خطأ فيه من والهداية .

المراجع والمصادر

آية من القران الكريم

الاسراء – آية (34)

اولا/ الكتب والرسائل:.

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

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

3- الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس .

4- الأهواني ، حسام الدين كامل : النظرية العامة للالتزام ، ج 2 ، أحكام الالتزام ، 1996 .

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

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

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

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

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

10- دواس ، أمين ، القانون المدني ، أحكام الالتزام ، دراسة مقارنة ، دار الشروق ، الأردن ، 2005

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

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

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

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

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

16- - منير القاضي ، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الاول ، بغداد، سنة1951-1952.

17- الدكتور . عبد المجيد الحكيم ، الجزء الثاني في احكام الالتزام ، الطبعة الثالثة ، بغداد، دار الحرية للطباعة ، 1977 .

ثانيا/ القوانين :.

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948

3- القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976

4- القانون المدني الليبي في 2016/1/19

5- قانون اصلاح النظام القانوني رقم (35) لسنة 1977

ثالثا/ القرارات التمييزية:.

1- قرار محكمة التمييز رقم 1243/ح/1964 في 1964/11/5 ، قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الثاني ، القرارات الصادرة سنة1964

2- ينظر في هذا المعنى ، قرار محكمة التمييز رقم 227/م/1974 في 1974/7/23 ، النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الخامسة

3- - قرار محكمة التمييز رقم 642 و643/م73/2 في 1974/1/22 ، النشرة القضائية ، العدد الاول ، السنة الخامسة ، 1976