الفصل الأول
الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي

والى جانب الوسائل التي ترمي الى بلوغ عدالة التعويض ثمة وسيلة اتفاقية تتمثل في التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي. فقد يدرك المتعاقدان من واقع ظروف العقد ومدى التزاماتها المتقابلة ان التعويض الذي يقدر وفقا للقواعد العامة عن الاخلال بالعقد لايكون عادلا بالنسبة لاحدهما او كليهما، لذلك فأن المشرع يصرح لهما بتحديد قيمة التعويض مقدما بما يتفق والعدالة من وجهتي نظرهما المشتركة.

ويعرف التعويض الاتفاقي[1] بأنه ((عبارة عن اتفاق المتعاقدين في ذات العقد، أو في اتفاق لاحق وبشرط ان يكون ذلك قبل الاخلال بالالتزام على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند قيام المدين بتنفيذ التزامه او تأخره فيه أما اذا اتفق على ذلك التعويض وبعد قيام النزاع فمثل هذا الاتفاق لايخرج عن ان يكون صلحا او تجديدا للدين)).

فالتعويض الاتفاقي قد يكون عن عدم التنفيذ. كما لو اشترط المشتري على البائع تعويضا معينا اذا تصرف في المبيع لشخص أخر. قد يكون تعويضا عن التأخر في التنفيذ. كما لو اشترط المالك على المقاول تعويضا معينا عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن أقامة البناء أو انجاز العمل محل المقاولة وتسليمه بعد الميعاد المتفق عليه في العقد. ومع ان الأصل ان يتناول التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي التعويض المستحق عن عدم التنفيذ او عن التأخر في تنفيذ التزام عقدي، ألا انه لامانع من الاتفاق سلفا على تقدير التعويض المستحق عن الاخلال بالتزام غير عقدي، كأن يتفق الطرفان على تقدير التعويض المستحق في حالة خيانة الامانة وينصرف الاتفاق على التعويض فيها الى تعويض عن مسؤولية تقصيرية يترتب على الاخلال بالتزام نشأ عن عمل غير مشروع والامثله على التعويض الاتفاقي كذلك كثيرة فغالبا ما تنشأ هذه في عقود المقاولات سواء بين الافراد او مع الجهات الحكومية فرب العمل غالبا ما يشترط على المقاول ان ينجز العمل في خلال مدة معينة واذا لم ينجزه كان ملزما ان يدفع له مبلغا معينا عن كل يوم او أسبوع او اية مدة زمنية أخرى.

([1]) د. احمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، 1945، ص 442.

وقد أشار المشرع العراقي الى التعويض الاتفاقي في الفقرة الأولى من المادة 170 من القانون المدني بقوله ((ويجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق، ويرعى في هذه الحالة احكام المواد 168 و 256 و257و 258)).

وبغية التوصل الى فهم الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي يحسن بنا توزيع هذا الفصل الى فرعين، نتكلم في أولهما على خصائص التعويض الاتفاقي ونعقد ثانيهما لبيان أوجه تمييزه عن أوضاع قانونية اخرى مشابهة له.

الفرع الأول
خصائص التعويض الاتفاقي

عرفنا ان التعويض الاتفاقي اتفاقا يحدد فيه المتعاقدان مقدما التعويض المستحق عن الاخلال بالتزام الأصلي لذا فأنه يخرج عن احكام تقدير التعويض القضائي ويظهر ذلك من الخصائص الثلاث التي يمتاز بها أولها انه اتفق على تقدير التعويض وثانيهما انه التزام تبعي وثالثها انه تقدير جزافي وعليه فسنتناول هذه الخصائص تباعاً .

أولا-أتفاق على تقدير التعويض:

توصلنا فيما سبق على ان التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي بأنه اتفاق يحدد فيه العاقدان سلفا مقدار التعويض وانه شرط درج ضمن شروط العقد الأصلي ليقوم استحقاق التعويض على أساسه ينبغي ان يستوفي هذا الاتفاق اركان العقد وشروطه[1].

وليس من الضروري ان يتم هذا الاتفاق بين الطرفين بشكلية معينة أذ ان التشريعات الحديثة قد هجرت الشكلية في أتمام العقود وضيقت من نطاقها والتي كانت سائدة في القانون الروماني)[2].

---

(١) الدكتور سليمان مرقس، احكام الالتزام، ص 138. وانظر كذلك، عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص 149.

(٢) استاذنا المرحوم الدكتور غني حسون طه، عقد البيع، 1970،ص 203.

ولكي ينتج هذا الاتفاق اثره ينبغي ان تتوافر فيه كافة الشروط اللازمة لاستحقاق التعويض التي سنتطرق اليها في الفقرات اللاحقة. ومع ذلك فأن هذا الاتفاق الضمني او الصريح مقيد حدوثه قبل وقوع الاخلال بالالتزام اما اذا وقع الاتفاق على الشرط بعد حدوث الاخلال ووقوع الضرر يكون الاتفاق الحاصل عقد صلح بين الطرفين والغرض منه حسم النزاع بينهما وتطبق عليه الاحكام الخاصة بعقد الصلح والتي اشارت اليها المادة (698) من القانون المدني وليس احكام التعويض الاتفاقي(١).

والتعويض الاتفاقي فيه معنى التعويض لا نه يرمي على غرار التعويض القضائي الى جبر الضرر الذي يترتب على عدم التنفيذ لذا يتعطل عن العمل في حالة بطلان الالتزام او إذا لم ينفذ الالتزام كما لو انقضى بسبب استحالة الوفاء كحالة هلاك المبيع بقوة قاهرة لا يي للمدين فيها.

ولما كان التعويض الاتفاقي وسيلة لتقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عن اخلال المدين بالتزامه الأصلي اما لعدم التنفيذ او التأخير في التنفيذ لذلك يتعين لاعمال التعويض الاتفاقي توافر شروط معينة لاستحقاقه. وعلية فأن التزام المدين بدفع المبلغ المحدد في العقد يتطلب توافر الشروط للازمة لنشوء الحق في التعويض وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (170) من القانون المدني بقولها (يجوز– للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق ويرعى في هذه الحالة احكام المواد 168 و 256و 257 و 258) ومن التطبيقات القضائية ماقررته محكمة التمييز لتحديد شروط استحقاق التعويض الاتفاقي في قرار لها على انه (ان التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ العقد الأصلي لايستحق الا اذا توافرت شروط معينة وهي خطأ يقع من المدين البائع في عقد البيع– وضرر يقع على الدائن– المشتري وعلاقة سببيه مابين الخطأ والضرر وتم اعذار المدين اذا كان ذلك يستوجب قانونا والا فاذا انعدم شرط من هذه الشروط فلا يستحق التعويض ولايحكم به) (٢).

فالشرط الجزائي ليس هو مصدر استحقاق التعويض. انما هو تقدير مقدم لمقدار التعويض أما مصدر التعويض فهو اخلال المدين بالتزامه– امتناعا او تأخيرا فشرط استحقاق الشرط الجزائي

---

(١) تنص المادة 698 من القانون المدني على ان الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي.
(٢) قرار محكمة التمييز رقم 1243/حقوقية/ 1964م، المجلد الثاني، ص 55.

هي نفس شروط التعويض ذاته ويفهم من ذلك ان شروط استحقاق التعويض الاتفاقي هي خطأ المدين وضرر يلحق بالدائن وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر واعذار المدين لذلك سنبحث كل شرط من هذه الشروط المذكورة بصورة مستقلة تباعا.

١ خطأ المدين:

الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد [١]. فالمدين قد التزم بالعقد فيجب عليه تنفيذ التزامه ويكون المدين مخطأ اذا لم يقم بتنفيذ التزامه تنفيذا كليا او جزئيا او كان تنفيذه معيبا. ويقوم الخطأ العقدي بمجرد ثبوت عدم التنفيذ او التنفيذ المعيب سواء كان ذلك ناشئا عن اهمال او عمد والسؤال الذي يطرح نفسه هو متى يعتبر المدين غير قائم بتنفيذ التزامه؟ للإجابة على ذلك لابد من التفريق بين حالة الالتزام لتحقيق غاية. وحالة الالتزام ببذل عناية، ففي الالتزام بتحقيق غاية يقوم الخطأ العقدي بمجرد عدم تحقيق الغاية من الالتزام التي تعهد المدين بتحقيقها وقد تكون هذه الغاية قياما بعمل او امتناعا عن القيام بعمل فالبائع اذا لم يقم بتسليم المبيع والمؤجر اذا لم يقم بتسليم المأجور، والشخص الذي يقوم بالعمل الذي التزم بعدم القيام به. يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ عقديا يوجب المسؤولية العقدية اما الالتزام ببذل عناية ما فيقوم الخطأ العقدي فيه بمجرد التقصير في بذل العناية المطلوبة وفقا للقانون او الاتفاق ويكون المدين غير مخطأ اذا بذل في تنفيذ التزامه ماينبغي من العناية ولو لم يتحقق الغاية المرجوه من الالتزام فالطبيب يكون قد نفذ التزامه اذا بذل العناية المطلوبة وكذلك يكون المحامي قد نفذ التزامه اذا سار بالدعوى وفق الأصول ولم يتحقق له كسبها اما معيار تقدير بذل العناية من عدمه فهو معيار موضوعي- وهو عناية الرجل المعتاد. ومع ذلك فأن المدين يكون قد نفذ التزامه اذا كان قد بذل من العناية ما اعتاده في شؤونه الخاصة حتى يتبين من الظروف ان المتعاقدين قصدا غير ذلك[٢].

أو أن القانون يتطلب (عناية تفوق العناية المعتادة) في حالة عناية الوديع في حفظ الوديعة[٣].وحالة عناية الوكيل بلا اجر في تنفيذ الوكالة[٤].

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري- مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 427، ص735.

(٢) انظر المادة 251 من القانون المدني العراقي.

(٣) انظر المادة (952) من القانون المدني العراقي.

(٤) انظر المادة (934) من القانون المدني العراقي.

وقد أشارت المادة (168) من القانون المدني الى خطأ المدين في الالتزام بتحقيق غاية وأشارت المادة (251) من القانون المدني الى خطأ المدين في الالتزام ببذل عناية.

وبناء على ماتقدم، يقتضي ان تعود واقعة الاخلال بالالتزام الى المدين فأذا لم يكن هناك خطأ من قبل المدين فلا مسؤولية من جانبه ولايكون التعويض مستحقا وبالتالي لامحل للتمسك في التعويض الاتفاقي لانعدام المسؤولية ويعفى المدين من التعويض الاتفاقي اذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلا لسبب اجنبي ومن التطبيقات القضائية ماقررته محكمة التمييز في قرار لها على انه ((ان منح المدعي عليه مزاولة حق عرض الإعلانات التجارية على شاشة السينما بموحب كتاب وزارة الاعلام يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب اجنبي لايد للمدعي عليه فيه ويعفى من التعويض الاتفاقي)) [١].

وفي قرار أخر جاء فيه ((لايلزم البائع بالتعويض الاتفاقي لتأخره عن تسليم المبيع خلال المدة المتفق عليها اذا لم يكن هو السبب في هذا التأخير)) [٢].

٢ **ضرر الدائن:**

يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحه مشروعة له[٣]. والضرر هو روح المسؤولية وعلتها التي تدور معها وجوداً او عدما. فالضرر يكون على نوعين مادي يفوت على الدائن مصلحة مالية، كما لو تأخر الناكل في إيصال البضاعة الى المشتري في الوقت المعين لبيعها فيبيعها صاحبها بخسارة. ونوع أدبي يفوت على الدائن مصلحة أدبية. كما لو افشى الوكيل اسرار موكله فأصابه بأذى في سمعته. وليس كل ضرر يلحق الدائن لعدم وفاء المدين بالالتزام يوجب التعويض وانما يشترط في الضرر الواجب التعويض عنه ان يكون مباشرا ومتوقعا. ويكون الضرر مباشرا متى كان نتيجة طبيعية لعدم

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم 227/ مدنية ثانية/ 1974 والمؤرخ 1974/7/23 النشرة القضائية، العدد 9 الأول، السنة الخامسة، ص36.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم 1424/ مدنية ثالثة/ 1974 والمؤرخ 1975/2/5 مجموعة الاحكام العدلية، العدد الاول ، السنة السادسة، ص37.

(٣) الدكتور حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، 1976، ص226.

وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به [١]. وهو يعتبر كذلك اذا لم يكن بأستطاعة الدائن توقعه ببذل جهد معقول، كما لو اتفق مزارع مع ناقل لنقل محصوله بعد الحصاد الى محل بيعه، وتأخر الناقل في الحضور بالموعد المقرر واضطر المزارع الى أستئجار واسطة نقل أخرى بأجرة تزيد عن الأجرة الأولى فأن الفرق بين الاجرتين يكون ضررا مباشرا لاخلال الناقل بألتزامه لانه نتيجة طبيعية له، ولايمكن تصور المجهود المعقول الذي يمكن ان يبذل لتوقي مثل هذه النتيجة ويكون الضرر متوقعا اذا أمكن للمتعاقد عند توقيع العقد، ان يتوقعه كنتيجة لعدم التنفيذ او التأخر في تنفيذه.

ويقاس توقع الضرر بمعيار موضوعي هو توقع الرجل المعتاد في عين الظروف التي وجد فيها المتعاقد المدين وليس بمعيار شخصي هو مايتوقعه المدين بنفسه[٢].

ففي المثل السابق يكون الفرق بين الاجرتين ضررا مباشرا متوقعا أما اذا أدى عدم وصول المحصولات لمحل بيعها الى تلفها فان مثل ذلك لايعتبر ضررا متوقعا الا اذا كان المزارع قد اخبر الناقل عند التعاقد بمثل هذه النتيجة ففي هذه الحالة تكون النتيجة متوقعة ويسأل عنها الناقل بالإضافة الى الفرق بين الاجرتين.

وعليه فلا يسأل المدين في المسؤولية العقدية الا عن الضرر المباشر المتوقع ولكنه يسال عن الضرر المباشر غير المتوقع اذا كان قد ارتكب غشا او خطأ جسيما كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية ففي المثال السابق يسأل الناقل عن تلف المحصولات الزراعية لو ان تأخره في الحضور كان متعمدا لاتلاف المحصول.
ولايفوتنا ان نذكر ان الضرر يعتبر مفترضا في العقود التي تبرمها الدولة مع الافراد لان غاية العقود خدمة المصلحة العامة. وهذا ما قضت به محكمة التمييز في قرارلها على انه يعتبر

---

(١) تنص الفقرة (2) من المادة (169) من القانون المدني على انه ((2- ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكيته او منفعة او أي حق عيني اخر او التزاما بعمل او بامتناع عن عمل ويشمل مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب يسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به))

(٢) تنص الفقرة (3) من المادة (169) سالفة الذكر على مايأتي ((3- فأذا كان المدين لم يرتكب غشا او خطأ جسيما فلا يجاوز في التعويض مايكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت))

الضرر مفترضا في حالة تأخر تنفيذ المقاولة التي تكون الحكومة طرفا فيها بالنظر لان الغرض من القيام بالعمل موضوع العقد هو خدمة الصالح العام)) [١].

٣ ـ العلاقة السببية

لا تتحق المسؤولية العقدية ان لم يكن الضرر الذي لحق الدائن نتيجة الخطأ العقدي الذي صدر عن المدين أي ان تكون هناك علاقة بين الخطأ والضرر تربط بينهما فأذا انتفت هذه العلاقة فلا مسؤولية على المدين ويقع على المدين عبأ اثبات انقطاع العلاقة بين الخطأ والضرر وهو لايستطيع ذلك إلا بأثبات السبب الأجنبي وبهذا تقول المادة (168) من القانون المدني ((اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لايد له فيه، وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)) والسبب الأجنبي هو كل مايؤدي الى وقوع الضرر ولايرجع الى فعل المدين كالقوة القاهرة او الحادث الفجائي او فعل الخير او فعل الدائن نفسه.

ومع ذلك يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم وتحميل المدين تبعة السبب الأجنبي، ويكون مثل هذا الاتفاق بمثابة اتفاق على تشديد المسؤولية.

٤ ـ الاعذار:

يعرف الاعذار بأنه ((دعوة المدين من قبل الدائن الى تنفيذ التزامه وتنبيهه الى ان تأخره في هذا التنفيذ يوجب مسؤولية عن تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة هذا التأخير)) [٢].

وقد نصت على وجوب تسيير الاعذار الى المدين قبل إقامة دعوى التعويض المادة (256) من القانون المدني العراقي على انه ((لايستحق التعويض الا بعد اعذار المدين مالم ينص القانون على غير ذلك)) [٣]. ومن الحالات التي نص القانون فيها على عدم اشتراط الاعذار استحالة

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم 488/ مدنية أولى/ 1975 والمؤرخ 1975/11/26 مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع ، السنة السادسة، ص92.

(٢) الأساتذة د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المرجع السابق، ص29.

(٣) تنص المادة (257) من القانون المدني العراقي على انه ((يكون اعذار المدين بأنذاره ويجوز ان يتم الاعذار بأي طلب كتابي اخر كما يجوز ان يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون الحاجة الى انذار))

التنفيذ بفعل المدين أركان الالتزام أمتناعاً عن عمل وتصريح المدين كتابة انه لايريد القيام بذلك(١).

ثانيا: التعويض الاتفاقي التزام تبعي:

ان التعويض الاتفاقي هو اتفاق تبعي لايقصد ولايستقل بنفسه وانما يقع بمناسبة الاتفاق على التزام اخر بقصد حمل الطرف المتعاقد على تنفيذه وانه يحدد التزاما جزائيا في صورة تعويض مقدر لاينشأ الا نتيجة الاخلال بالتزام اصلي لذلك فان التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي يكون التزاما تبعيا لا أصليا فهو تابع للالتزام الأصلي أياً كان مصدر الالتزام الأصيل عقدا او غيره من مصادر الالتزام وايا كان محله نقل حق عيني او عملا او امتناعا عن العمل وقد التزم المدين بالالتزام الأصلي، اتفق مع دائنه في العقد نفسه او في اتفاق لاحق على تعويض يتم تقديره سلفا ليستحق عن اخلال المدين بالتزامه وبناء على ذلك فأنه يترتب على كون التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي التزاما تابع للالتزام الأصلي جملة نتائج أهمها:-

١ -انه التزام غير اصلي فهو التزام المدين بالعمل أو ألامتناع عن العمل او نقل ملكية وبالتالي لايجوز الاتفاق على هذا الشرط بصورة مستقلة ولكنه دائما يقوم الى جانب التزام اخر اصلي، ويترتب على ذلك لو سقط الأصل نتيجة استحالة تنفيذه بقوة قاهره سقط معه الالتزام التابع أي التعويض الاتفاقي كما تقول القاعدة التابعة أي ان التابع لشيئ في الوجود يكون تابعا له في الحكم يصح بصحته ويفسد بفساده وكذلك القاعدة التي تقضي اذا سقط الأصل سقط الفرع.

٢ -ان بطلان الالتزام الأصلي يلحق التعويض الاتفاقي بالبطلان أيضا. فاذا كان محل الالتزام الأصلي غير مشروع بطل وبطل معه الالتزام بالشرط كما لو تعهد شخص بارتكاب جريمة سرقة او قتل والتزم بدفع مبلغ من النقود فالالتزام الأصلي بارتكاب جريمة السرقة او القتل

---

(١) وتنص المادة (258) من القانون المدني العراقي على انه ((لاضرورة لاعذار المدين في الحالات الاتية

أ. اذا اصبح تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا غير ممكن بفعل المدين وعلى الأخص اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل وكان لابد أن يتم التنفيذ في وقت معين وأنقضى الوقت دون أن يتم او كان الالتزام امتناعا عن العمل واخل به المدين.

ب. اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع.

ت. اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

ث. اذا صرح المدين كتابة انه لايريد القيام بألتزامه.

باطل لمخالفته لاحكام قانون العقوبات فيكون التعهد باطلا لبطلان الالتزام. وكما قلنا ان التعويض الاتفاقي التزام تابع وفرعي فيمكن سقوط الفرع مع بقاء الأصل لذلك يعتبر عقد البيع باطلا اذا كان محله يتعلق بموقف لم تقرر ايلولته ملكا الى البائع ويبطل الشرط الجزائي تبعا لبطلان العقد(١).

٣ -اذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه التعويض الاتفاقي فاذا استحق تعويض للدائن في حالة الفسخ تولى القضاء تقديره وفقا للقواعد العامة دون الاعتداد بالتعويض المذكور في الاتفاق الا اذا حدد بند التعويض الاتفاقي مبلغ التعويض لحالة الفسخ بالذات فيتعين الحكم به(٢).

٤ -اذا انقضى الالتزام الأصلي باي سبب من أسباب الانقضاء فلا يجوز المطالبة بالتعويض الاتفاقي مثال ذلك اذا أتفق على تجديد الالتزام الأصلي فلا يجوز للدائن اذا اخل المدين بالالتزام الجديد ان يطالب بالتعويض الاتفاقي عن الالتزام القديم الا اذا اتفق على بقاء التعويض الاتفاقي تباعا للالتزام الجديد(٣).

ثالثا: التزام احتياطي

يعتبر التعويض الاتفاقي طريقا احتياطيا في التنفيذ لان العبرة بالتنفيذ العيني الذي هو الأصل فالدائن لايستطيع الا المطالبة بالالتزام الأصلي لابالتعويض الاتفاقي مادام ذلك ممكنا والمدين لايستطيع ان يعزز الا الالتزام الأصلي، فالتعويض الاتفاقي لايرفع عن المدين واجبه الاول في تقديم التنفيذ العيني لذلك فأن الالتزام بالتعويض الاتفاقي ليس التزاما بدليا ولا التزاما تخييريا فالتعويض الاتفاقي لم يكن التزاما بديلا لان الالتزام البدلي هو التزام محله شيء واحد ولكن المدين تبرأ ذمته اذا ادى بدلا عنه شيئا اخر عملا باحكام المادة 302 من القانون المدني التي تنص على انه ((1- يكون الالتزام بدليا اذا لم يكن محله إلا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا اخر. 2- والاصل لا البدل هو وحده محل الالتزام وهو الذي يحدد طبيعته)). وذلك لان المدين لايستطيع ان يعدل عن تنفيذ الالتزام الاصلي اذا كان ممكنا الى تنفيذ التعويض الاتفاقي كبديل للالتزام.

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم 1131/ح / 959 والمؤرخ 1959/11/3 مجلة القضاء، العدد الأول و الثاني، السنة 18، 1960، ص 124.

(٢) بلانيول وروبير ورادون، بند 872، 206، نقلا عن الدكتور أنور السلطان، أحكام الالتزام، ص76.

(٣) تنص المادة 404 من القانون المدني على انه ((اذا كان الدين الأصلي مكفولاً بتأمينات شخصية او عينية وصار تجديده سقطت التأمينات الا اذا جددت هي أيضا))

وكذلك فأن التعويض الاتفاقي ليس التزاماً تخيرياً لان الالتزام التخييري هو التزام يشتمل محله اشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة اذا ادى واحد منها، لان المدين لايملك الاختيار بين مبلغ التعويض المتفق عليه في بنود العقد وبين طلب تنفيذ الالتزام الاصلي اذا كان ممكنا كذلك الوضع بالنسبة للمدين فأنه لايستطيع ان يختار بينهما سوى ان يعزز تنفيذ الالتزام الاصلي تنفيذا عينيا مادام ذلك ممكنا(١).

رابعا: تقدير جزافي

وهذه الصفة ناشئة عن كون هذا التعويض الاتفاقي قدر ابتداء قبل وقوع الاخلال بالتنفيذ او الامتناع عنه ولايستطيع المتعاقدان التنبوء بمقدار الضرر الذي يصيب احدهما من جراء اخلال الطرف الاخر بتنفيذ التزامه فيكون جزافيا بالنسبة للمتعاقدين ولايكون كذلك بالنسبة للقضاء لان المشرع العراقي سمح للقاضي التدخل في الغاء او تخفيض مقدار التعويض في حالة انعدام الضرر او ان المدين قد نفذ جزءا من التزامه او ان التقدير كان فادحا مما يبعد عن هذه الصفة بالنسبة للقضاء لان القضاء ينظر الى التعويض الاتفاقي باعتباره تعويضا اولا واخرا ومن ثم فقد وجب ان يساير الضرر وجودا وعدما استناد لاحكام المادة 170 من القانون المدني سالفة الذكر.

الفرع الثاني

تمييز التعويض الاتفاقي عن اوضاع مشابهة

توصلنا سابقا الى ان التعويض الاتفاقي هو تعويض يفرض عند الاخلال بتنفيذ الالتزام، وتوجد انظمة قانونية اخرى تشابه التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي من حيث الغرض او الطبيعة مما قد يدق فيه التمييز بين التعويض الاتفاقي وبينهما لذلك ينبغي ابراز الفروق القائمة بين التعويض الاتفاقي وبين العربون والغرامة التهديدية وشرط الحد الاعلى للمسؤولية وسنتناول كل حالة على انفراد.

---

(١) الدكتور عبد المنعم البدراوي-(النظرية العامة للالتزام)،(احكام الالتزام)، ص86.

أولا: تمييز التعويض الاتفاقي عن العربون

العربون هو ان يدفع احد العاقدين مالا عند ابرام العقد على ذمة تنفيذ العقد او على أمل اتمام العقد[1]. وقد نصت على ذلك المادة (92) من القانون المدني بقولها

١ -يعتبر دفع العربون دليلا على ان العقد اصبح باتا لايجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك

٢ -فاذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول فأن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفاً

وعليه فقد اجاز المشرع للطرفين الاتفاق على ان لكل منهما حق العدول عن تنفيذ العقد شرط دفع مبلغ العربون وبالتالي فليس للمشتري مثلا المطالبة بالعربون عند نكوله عن الشراء. ففي هذه الحالة قد يشتبه ويحمل على انه تعويض اتفاقي لتقدير التعويض وفي حالة العدول عن العقد ولكن توجد بين العربون والتعويض الاتفاقي جملة فروق هي:-

١ -العربون هو مقابل العدول عن العقد بمعنى يجوز لاي من المتعاقدين ان يعدل عن العقد مقابل دفع العربون لذا فهو يستحق بمجرد هذا العدول سواء وقع الضرر او لم يقع اما التعويض الاتفاقي فلا يستحق الا اذا وقع الضرر بالفعل.

٢ -العربون لايجوز زيادته او تخفيضه لانه لايرتبط بالضرر اما التعويض الاتفاقي فيجوز تخفيضه او الغائه لانه مرتبط بالضرر.

٣ -الاعذار شرط للحصول على مبلغ التعويض الاتفاقي اما العربون فلا يوجب به الاعذار.

٤ -ان التعويض الاتفاقي ليس التزام بدلي ولا التزام تخيري ولهذا فان حرية المدين تنتفي ولايجوز العدول عن القيام بتنفيذ التزامه الاصلي في حين ان العربون يمكن تكيفه بانه البدل في التزام بدلي فاذا اشترى شخص عينا ودفع الثمن يعتبر محلا للالتزام الاصلي ولكن للمشتري وهو المدين ان يعدل عن هذا المحل الاصلي الى محل بدلي وهو دفع مبلغ العربون في غير مقابل فيكون المدين بذلك قد وفى بشيء اخر بدلا من محل الالتزام الاصلي واجبر الدائن على قبول هذا الشيء وابرأ بذلك ذمته[2].

---

(١) عبد الناصر توفيق العطار (نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامة والتشريعات العربية).

(٢) عبد الباقي البكري- المرجع السابق، ص 173.

٥ -يتعين الرجوع الى نية المتعاقدين لمعرفة الجزاء الوارد في العقد وعما اذا كان تعويض اتفاقي للضرر يجوز تخفيضه مع الضرر الواقع ام عبارة عن عربون لاي من الطرفين العدول وبالتالي لايجوز تخفيضه.

ومع ذلك يوجد تشابه بين التعويض الاتفاقي والعربون في الامور التالية:-

١ -ان كل من التعويض الاتفاقي والعربون حقان شخصيان.

٢ -ان اساس كل من التعويض الاتفاقي والعربون هو العقد أي اتفاق الطرفين.

٣ -عدم استحقاق التعويض الاتفاقي والعربون عند فسخ العقد برضاء الطرفين او اذا استحال تنفيذ العقد بسبب اجنبي خارج عن ارادة الطرفيين[١].

ثانياً: تمييز التعويض الاتفاقي عن الغرامات التهديدية

ان من اهم الوسائل للحصول على التنفيذ العيني الجبري وسيلتان هما: الاكراه البدني (الحبس) والتهديد المالي (الغرامات التهديدية) مع العلم انه لايوجد نص في القانون المدني العراقي ينص على حبس المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه. اما وسيلة التهديد المالي فهي وسيلة غير مباشرة لجبر المدين على التنفيذ العيني اذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد وقد نصت المادة 253 من القانون المدني على انه (اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن ان تصدر قرارا بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعا عن ذلك) كما نصت المادة (254) منه على انه (اذا تم التنفيذ العيني او اصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائيا مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والتعنت الذي بدأ من المدين) وصورة الغرامة التهديدية بان يصدر القاضي قرارا [٢]. على المدين بوجوب التنفيذ العيني وبغرامة معينة عن كل وحدة زمنية (يوم او أسبوع او شهر .....) يتأخر فيها التنفيذ، فأذا قام المدين بتنفيذ التزامه بعد تهديده أو اصر نهائيا على الرفض صرفت المحكمة النظر عن مبلغ الغرامة وحكمت للدائن

---

(١) الدكتور عباس صراف، العربون واحكامه في القانون العراقي، مجلة القضاء، العدد الاول، السنة السادسة عشر، سنة 1958، ص 22.

(٢) الدكتورة بشرى جندي، المرجع السابق، ص 16.

بالتعويض الذي يكافئ مافاته من ربح ومالحق به من خسارة مراعية في ذلك مدى التعنت الذي بدأ من المدين رغم الحكم عليه بالغرامة التهديدية.

يفهم من نص المادتين 253 و 254 من القانون المدني انه يشترط للحكم بالغرامات التهديدية ان يكون التنفيذ العيني لايزال ممكنا كما يشترط ان يكون تدخل المدين ضرورياً أي ان لشخصيته محل اعتبار في العقد كما رأينا يضاف الى ذلك تقديم طلب من الدائن يتضمن الزام المدين بالتنفيذ والحكم عليه بالغرامة التهديدية في حالة امتناعه عن ذلك كما يفهم من نص المادتين السابقتين بأن الغرامات التهديدية تتميز بكونها تحكيمية وتهديدية وان الحكم فيها يعتبر حكما وقتيا [1] حيث انها لاتؤدي بصورة مطلقة الى تحقيق التنفيذ العيني انما هي مجرد وسيلة كما قلنا للضغط على المدين والتغلب على عناده حتى يقوم بتنفيذ التزامه وقد تحقق هذه الوسيله غرضها اذا قام المدين بالتنفيذ وقد لاتحقق غرضها اذا اصر المدين على عدم التنفيذ يعتبر نقطة تحول او انتقال من منطقة التنفيذ العيني الى منطقة التعويض او المسؤولية العقدية[2].

وعليه يتضح ان الغرامة التهديدية ليست ضربا من ضروب التعويض وانما هي طريقة من طرق التنفيذ رسمها القانون وقصر نطاق تطبيقها على الالتزامات التي يقتضي الوفاء بها تدخل المدين نفسه[3].

وتأسيسا على ماتقدم، فأن الغرامة التهديدية تتميز عن التعويض الاتفاقي بالامور التالية:

١ -الغرامة التهديدية يحكم بها القاضي اما التعويض الاتفاقي فيتفق عليه المتعاقدان.

٢ -القصد من الغرامة التهديدية حمل المدين على تنفيذ التزامه عينا اما القصد من التعويض الاتفاقي فهو تعزيز الضرر الواقع على الدائن. وان القاضي يأخذ بنظر الاعتبار عند فرز الغرامة موارد المدين المالية ومدى إصراره على العناد ومقاومته للضغط والغرامة ليست لها علاقة بالضرر.

---

(١) تعمدت لجنة مشروع القانون المدني النافذ ان يوصف الحكم وهو غير نهائي بانه قرار، اذ ان المحكمة ستراجعه في النهائية، المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج أ، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية، 1962، ص3039.

(٢) الدكتورة بشرى جندي، المرجع السابق، ص16.

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص 539.

٣ -الغرامة التهديدية وقتية مرتبطة بالمهلة الممنوحة للمدين لتنفيذ التزامه خلال مدة التهديد وعليه، فأنه لاتقبل الغرامة للتنفيذ الا اذا حولت من غرامة تهديدية الى تعويض نهائي، اما التعويض الاتفاقي فأنه لايحمل طابع التوقيت بل اتفاق نهائي قابل للتنفيذ. ان الأصل في الغرامة هو التخفيض اما التعويض الاتفاقي فان التخفيض فيه استثناء.

٤ -التهديد المالي يقدر عن كل وحدة زمنية معينة او عن كل مرة يتحمل فيها المدين بتنفيذ التزامه اتجاه الدائن اما التعويض الاتفاقي فلا يقدر على هذا النحو.

ثالثا: تمييز التعويض الاتفاقي عن شرط الحد الأعلى للمسؤولية

عندما يحدد المتعاقدان مبلغا معينا فيجب دفعه عند اخلال المدين بتنفيذ التزامه منهما أما ان يقصد أن يكون هذا المبلغ تقديرا اجماليا او جزافا للتعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة اخلال مدينه بتنفيذ التزامه او ان يكون هذا المبلغ حدا اعلى لايجوز ان يتجاوز مقدار التعويض الواجب دفعه عن اخلال المدين بتنفيذ التزامه ففي الحالة الأولى تكون امام حالة التعويض الاتفاقي اما في الحالة الثانية فتكون امام شرط يسمى شرط الحد الأعلى للمسؤولية[١].

وهذا الشرط كثير الاستعمال في الحياة العملية فقد يشترط الناقل في عقد النقل من انه لايكون ملزما بدفع اكثر من مبلغ معين عن كل رزمة او صندوق من البضاعة المرسلة، تعويضا عن فقدانها في اثناء عملية النقل، وحتى لو زادت قيمة المنقول على المبلغ، اما اذا قل الضرر عن هذا المبلغ في التعويض فيجب تخفيضه.

وتأسيسا على ماتقدم فأن شرط الحد الأعلى للمسؤولية يجوز تخفيضه اما التعويض الاتفاقي فقد سبق ان وقفنا على القضاء الفرنسي وفقا لمبدأ سلطان الإرادة يحكم به بغض النظر عن تناسبه مع الضرر الحقيقي الواقع على الدائن. اما في القانون المدني العراقي فأن التعويض الاتفاقي لايجوز تخفيضه الا اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحا او ان الالتزام قد نفذ في جزء منه.

---

(١) الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، في احكام الالتزام، دار الحرية للطباعة، الطبعة الثالثة، 1977، ص 60.