الفصل الثاني

آثار التعويض الاتفاقي

توصلنا فيما سبق الى ان التعويض الاتفاقي هو تقدير اتفاقي للتعويض وليس مصدر الالتزام به وبالتالي فلا يكفي مجرد الزام المدين بأداء التعويض وانما يجب توافر الخطأ والضرر والاعذار ومن ثم فلا يستحق الشرط الجزائي الا اذا كانت استحالة التنفيذ راجعه الى خطأ المدين شأنه في ذلك شأن التعويض تماما كما انه يشترط توافر الضرر فهو بذاته مناط تقدير الجزاء الواجب اداءه.

ويترتب على هذا ان انقضاء الضرر يستتبع سقوط ألجزاء المشروط واذا كانت قيمة الضرر اقل من مقدار الجزاء المشروط وجب انقاص هذا المقدار حتى يكون معادلا لتلك القيمة(١).

وعليه فأن اثار التعويض الاتفاقي تتحدد على ضوء الفكرة الأساسية التي يقوم عليها التعويض وهي انها اتفاق بين الطرفين استنادا الى فكرة (ان العقد شريعة المتعاقدين) كما ان التعويض الاتفاقي هو تقدير ابتدائي للتعويض وتولاه المتعاقدان ويخضع لرقابة القضاء(٢).

ولغرض التعرف على مدى هذه الرقابة يحسن بنا التكلم في الفرع الأول على جواز تخفيض التعويض الاتفاقي ثم نتناول في الفرع الثاني جواز زيادته وسنبحث في الفرع الثالث عدم استحقاق الدائن للتعويض الاتفاقي.

الفرع الأول

تخفيض التعويض الاتفاقي

الأصل ان يحكم القاضي بالتعويض المتفق عليه غير انه لوحظ ان المبلغ المشروط كثيرا مايكون فاحشا بالقياس الى الضرر الواقع لاسيما عندما يكون التعويض الاتفاقي موضوعا بقصد اكراه

---

(١) قرار نقض مصري رقم 1966/4/5 المجموعة 17، ص 797، نقلها عن المحامي محمد عبد الرحيم عنبر، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية، الجزء الخامس، 1974، ص43.

(٢) د. عبد الناصر توفيق العطارة، المرجع السابق، ص 231.

المدين على تنفيذ التزامه لذا نظرت بعض الشرائع الحديثة [1]. الى هذه الناحية التي هي من متفرعات اثر الغبن الفاحش في العقود فخولت القاضي حق تخفيض غرامة الاكراه المعينة في التعويض الاتفاقي اذا كانت فاحشة [2]. استثناء على ألاصل لاعتبارات املتها انتكاسات مبدأ سلطان الإرادة وموجبات الانصاف والعدالة وقواعد الغبن العامة واستناداً لما تقدم فقد أجاز المشرع العراقي للقاضي في بعض الحالات تعديل التعويض الاتفاقي سواء أكان بالتخفيض او بالزيادة وتعتبر هذه السلطة من النظام العام والتي لايجوز الاتفاق على استبعادها او حرمانها منها[3].

ويتبن من نص الفقرة (2) من المادة (170) ان القانون أجاز للقاضي بعد توفر الشروط التي ذكرناها لاستحقاق التعويض التخفيض في التعويض الاتفاقي الى حد بحيث يتناسب مع الضرر الحاصل وذلك في حالتين اولاهما اذا كان تقدير التعويض مبالغا فيه الى درجة كبيرة وثانيهما اذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه سنتناول ذلك تباعا.

أولا: اذا كان تقدير التعويض مبالغا فيه الى درجة كبيرة

ان الحالة الأولى التي أجاز المشرع للمحكمة تخفيض التعويض الاتفاقي خروجا على اتفاق الطرفين هي الحالة التي يكون فيها التعويض الاتفاقي المذكور مبالغا فيه الى درجة كبيرة. وقد عبر المشرع العراقي عن هذه المبالغة بتعبير (فادحا) والذي تعرض للانتقاد باعتبار ان تعبير ((فادحا)) تعني عند اللغوين (مالايمكن تحمله) واذا اخذنا بهذا المعنى فذلك يعني تقيد القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي لاعندما يبلغ هذه الدرجة واعني ((التي لايمكن تحمله)) في حين يمكن تحقق التعسف حتى في الحالة التي يكون فيها المركز المالي للمدين قويا وتستطيع المحكمة ممارسة سلطتها في

---

(١) تنص المادة (170) من القانون المدني العراقي (2- لايكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا ثبت المدين ان الدائن لم يلحق أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحا أو ان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة)، تقابلها المواد 224،ف 1،2،3 مدني مصري و 225 و 226 مدني سوري و 266 ف 1،2، موجبات لبناني و 227 مدني ليبي أما القانونيين التونسي والأردني فلم تتضمنا نصا على التعويض الاتفاقي.

(٢) الدكتور صبحي المحمصاني، محاضرات في القانون المدني اللبناني، القاهره، دار مصر للطباعة، 1954، ص39.

(٣) محمد علي الطائي، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والاداري، مجلة القضاء، العدد الأول والثاني، السنة 39، 1984، ص105.

التخفيض وعندما توجد تعسفات ادنى من التحمل [١]. لذا فأن المشرع المصري استبدل عبارة (ان التقدير كان فادحا) الواردة في المشروع التمهيدي (المادة 302) بعبارة (ان التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة) (المادة 224 التقنين المدني المصري) لان كلمة (فادحا) تفيد ان التقدير غير ممكن تحمله مع ان المقصود هو ان التقدير غير متناسب فتكون العبارة الأولى اقرب الى الإفصاح عن المقصود[٢]. ولذلك لايكفي لتخفيض قيمة التعويض الاتفاقي ان تكون في التقدير زيادة بحيث تتجاوز قيمة الضرر وانما يجب ان تكون الزيادة مبالغا فيها الى درجة كبيرة وبناء على ماتقدم فان فداحة التقدير وما تعنيه من ارهاق يجب ان تفسر على نحو ما قصده المشرع المصري في تعبيره[٣].

فاذا توافرت شروط التعويض الاتفاقي استحق الدائن القدر المتفق عليه دون تعديل بالزيادة او النقصان ومع ذلك فان القانون العراقي ومن معه، قد تمشى هنا مع السياسة التي اتبعها دائما بالنسبة لحالة المدين بأعتباره الجانب الضعيف وفي منح القضاء سلطة التدخل في نطاق الرابطة التعاقدية فأجاز للقاضي ان ينخفض التعويض الاتفاقي متى اثبت المدين ان تقدير التعويض الاتفاقي ليس مبالغا فيه فحسب بل أيضا اذا كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ذلك ان التدخل بتعديل الاتفاق امر يخرج عن القواعد العامة ولهذا تشدد المشرع في هذا الصدد ان تكون المبالغة في التقدير بدرجة كبيرة[٤].

فأذا كان التعويض الاتفاقي مبالغا فيه الى درجة كبيرة فأن روح العدالة تقتضي بعدم الخضوع له فمعنى ذلك جور وارهاق يتعين رفعه[٥].

---

(١) الدكتور عبد المحسن سعد الرويشد، الشرط الجزائي في العقود بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ورسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في القاهرة، 1983، ص548.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، 1968، ص868، انظر كذلك، الدكتور عبد المجيد الحكيم، الجزء الثاني في احكام الالتزام، الطبعة الثالثة، بغداد، دار الحرية للطباعة، 1977، ص55.

(٣) الدكتور عبد المجيد الحكيم، والأستاذ عبد الباقي البكري، الأستاذ محمد طه البشر، المرع السابق.

(٤) الدكتور توفيق حسن فرج، الجزء الثاني في احكام الالتزام، 1985، ص43.

(٥) وهذا الامر على الرغم من بساطته غير مقرر في القانون والقضاء الفرنسيين فالتعويض الاتفاقي يستحق حتى ولو لم يثبت الدائن ان ضررا أصابه ومرد ذلك هو ان التشريع الفرنسي تسوده الروح الفردية ويجعل من مبدأ

واذا كان التعويض الاتفاقي مبالغا فيه الى درجة كبيرة فأنه يصبح بمثابة تهديد يحمل المدين على تنفيذ التزامه وينطوي التعويض الاتفاقي في هذه الحالة على عقوبة فرضها الدائن على المدين فيكون باطلا، وتعتمد المحكمة عند ذلك الى تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة في تقدير التعويض بواسطة المحكمة، فالتعويض ليس عقوبة تنزلها المحكمة بالمدين وانما هو جبر للضرر الذي لحق بالدائن ومن التطبيقات القضائية ماقررته محكمة التمييز في قرار لها على انه ((التعويض الذي يحكم به المتضرر لايصح اعتباره عقابا على الخصم الاخر او مصدر ربح للمتضرر وانما هو جبر للضرر)) [1].

ان التمسك بعدم تعديل التعويض الاتفاقي الى قيام الطرف القوي من العقد الى فرض ارادته على الطرف الضعيف من خلال تقدير مبالغ فيه سيما اذا كان الجانب الأخير تنقصه الخبرة والدراية وواقع تحت ضغط الحاجة ولايقدر بالتالي على مناقشة شروط الاتفاق. ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز في قرار لها على ان ((القانون العراقي شأنه شأن قوانين العالم المتقدم ينظر الى التعويض ومفعوليته بان يتناسب دائما مع المثل العليا للنظام الاجتماعي والاقتصادي للمجتمع)) إضافة الى ذلك قد يكون القصد من التعويض الاتفاقي إخفاء فوائد ربائية وذلك في الحالة التي تكون خاصة بالتعويض عن تأخر المدين في الوفاء بمبلغ من النقود وحدد المتعاقدان فوائد تربو على الحد القانوني فعندئذ يجب تخفيض الشرط الجزائي الى الحد المسموح به[2].

وتأسيسا على ذلك ان المشرع لم ينجز تخفيض كل الزيادة في التعويض الاتفاقي بل يجب ان تكون هذه الزيادة مغالى فيها الى درجة كبيرة فأذا كانت زيادة بسيطة فليس للمحكمة ان تخفضها بل لابد عليها من احترام التعويض الاتفاقي وذلك لضمان الاستقرار في المعاملات وعدم الخروج عن مقتضيات العدالة بطريقة واضحة اذا كان التعويض الاتفاقي مبالغا فيه ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز في قرار لها انه ((على المحكمة بعد ان تثبت لها ان المميز قد نكل عن تنفيذ التزامه

سلطان الإرادة مكانه بارزة في ابرام العقود وترتيب اثارها. انظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 857.

(١) قرار محكمة التمييز رقم 2086/ج/ 1956 مجلة القضاء، 1957، ص239. مشار اليه في الدكتور حسن على ذنون، أصول الالتزام، 1970،ص252.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص872.

ان تكلفه باثبات ان التعويض الاتفاقي كان فادحا .... فأن عجز فأنه يكون ملزما بالتعويض الاتفاقي كله .....)) [١].

ولايفوتنا ان نذكر ان هناك نظريتان قد قيلت حول كيفية تخفيض المحكمة لمقدار التعويض الاتفاقي أولها نظرية المساواة ومفادها قيام المحكمة بمساواة الضرر الحاصل بمقدار التعويض الاتفاقي فأذا كانت قيمة التعويض الاتفاقي (1500) دينار مثلا وان مبلغ الضرر هو (600) دينار فعلى المحكمة وفقا لهذه النظرية تخفيض التعويض الى (600) دينار. وقد اخذ القانون المدني الأردني بهذه النظرية[٢]. وقد أيد هذه النظرية استاذنا الدكتور حسن علي الذنون بقوله ان القاضي يخفض الشرط الجزائي الفادح الى الحد الذي يبقى معه مساويا لمقدار الضرر [٣]. ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز لهذه النظرية في قرارها على انه ((ان من حق المحكمة التدخل لتخفيف من وطأة الشرط الجزائي بما يوازي الضرر الواقع فعلا)) [٤]. وقد تعرضت هذه النظرية للانتقادات باعتبارها تجعل من سلطة المحكمة سلطة ابطال وليس سلطة تخفيض وبذلك تلغي كل دور للشرط الجزائي ويكون في ذات الوضع الذي يكون له لو لم يضمن العقد شرطا جزائيا مادام القاضي يجوز له تخفيض الشرط الجزائي الى مستوى الضرر[٥].

أما النظرية الثانية وهي نظرية حرية التخفيض فأن للمحكمة بموجبها ان تحكم وفقا لما تظهر امامها من وقائع وادلة الدعوى ان تحكم في التعويض الاتفاقي بما تراه فبموجب المثال الذي اوردناه تستطيع المحكمة ان تخفض التعويض الاتفاقي الى مستوى الضرر البالغ (600) دينار او الى القيمة المتفق عليها (1500) دينار او الى مجرد الارتفاع الى (1150) دينار وقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات كونها تمنح سلطة واسعة للمحاكم تجاه التعويض الاتفاقي ينجم عنه تباين الاحكام واختلاف الاتجاهات إضافة الى اضعاف أي دور لارادة الأطراف وفسح المجال امام تحكمات

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم 161/ 1974 ، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الخامسة، ص 40.

(٢) تنص المادة (2/364) من القانون المدني الأردني على انه (يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب احد الطرفين ان تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر)

(٣) الدكتور حسن على الذنون، النظرية العامة للالتزامات، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976، ص367.

(٤) القرار رقم 972/445 مجموعة الاحكام العدلية، العدد 2 ، السنة الثامنة، ص 16.

(٥) الدكتور الرويشد، المرجع السابق، ص 44

القضاء[١]. والسؤال الذي يفرض نفسه هل ان بإمكان المحكمة التدخل من تلقاء نفسها لتخفيف التعويض الاتفاقي؟

للإجابة على هذا السؤال نقول ان هناك اتجاهان اتجاه نظري بحت يدعو الى تدخل المحكمة تلقائيا لتخفيض التعويض الاتفاقي فقد أشار الدكتور عبد المحسن الرويشد الى ان [٢]. (الجزاء المفرط بشكل بين مخالف للقانون وعلاوة على هذا فان تزويد القاضي بسلطة تعديل مؤسسة على العدالة يعني ان القانون بموجب نص خاص قد ادخل العدالة في النظام القانوني الذي يتعين على القاضي تطبيقه تلقائيا وسلطة القاضي في التدخل اذا لم يطلبها الطرف الضعيف لايمكن ان يعني اعترافا منه بالخطا ولكن قد يعمد الى هذا تفاديا لمصاريف الدعوى واذا لم تعط للقاضي هذا الحق فأننا سوف نكون وجها لوجه امام نتيجة ليس من المصلحة ترقبها، فالقاضي سيحكم بالشرط الجزائي بالرغم من ارتفاعه الى درجة كبيرة، وبالتالي قد يكون ماسا بالعدالة التي هو أمين عليها). اما الاتجاه العملي، وهو الذي نميل معه ونأخذ بحله في الدعاوي المعروضة أمامنا فيدعو الى عدم الحكم بالتخفيض دون طلب من المدين وقد أخذت بهذا الاتجاه المادة الثانية من قانون المرافعات المدنية التي تنص على ان ((الدعوى طلب شخص حقه من اخر امام القضاء)). ومن التطبيقات القضائية ماقررته محكمة التمييز في قرار لها على انه ((ليس للمحكمة تخفيض التعويض الاتفاقي من تلقاء نفسها مادام المدين لم يحضر المرافعة ليطلب التخفيض وبعد ان ثبت التعويض كان فادحا)) [٣].

ويحسن بنا ان نذكر ان هناك ثمة قيد مهم يرد على سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي المبالغ فيه وذلك عندما تكون الدولة طرفا فيه. ففي هذه الحالة على المحكمة ان تحكم بالتعويض الاتفاقي حتى ولو كان مبالغا فيه فقط، بل وحتى عند عدم وجود ضرورة لان الضرر يعد واقعا ومحققا لمجرد اخلال المتعاقد الاخر بالعقد ولان للدولة وظيفة اجتماعية وخطة اقتصادية واي اخلال بها يلحق اضرار بالناس وعلى الرغم من خلو القانون المدني من نص يضع هذا القيد على سلطة القاضي الا ان محكمة التمييز الموقرة سارت بهذا الاتجاه في العديد من احكامها.

---

(١) الدكتور الرويشد، المرجع السابق، ص 443

(٢) نفس المرجع السابق، ص 514.

(٣) قرار محكمة التمييز رقم 2689، 1980، في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الأول، السنة الثانية عشرة، ص97.

ومن التطبيقات القضائية ماقررته محكمة التمييز في هذا الصدد من قرار لها على انه ((لما كان العقد المبرم بين الطرفيين هو عقد اداري لتعلقه بمرفق عام، وبما يستهدف من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة لهذا فأن الضرر يعتبر واقعا لتعلقه بمصالح طائفة من افراد الشعب، فلا عبرة بقول الشركة المميزة بأنه لم يحدث ضرر لان الضرر في هذه الحالة مفترض[١].

ثانيا: اذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه

يجوز للقاضي كذلك ان يخفض التعويض الاتفاقي اذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه، ولاشك ان هذا التدخل في الاتفاق امر يتمشى مع منطق الأمور ومع ارادة الطرفين، وذلك انه اذا كان التعويض الاتفاقي قد ادخل في الاعتبار عند اتفاق الطرفين عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه كاملا فأذا قام هذا الأخير بتنفيذ جزء منه فقط، اصبح من المنطقي ان ينقص التعويض والمتفق عليه بقدر مانفذ بحيث يتناسب التعويض الذي يستحق للدائن مع مالم يتم تنفيذ[٢].

وعليه اذا اثبت المدين انه قام بتنفيذ التزامه تنفيذا جزئيا قبله الدائن ولم يتضرر منه، جاز للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي نزولا عند مقتضيات العدالة، واحتراما لارادة المتعاقدين. لان العدل يقتضي ان التعويض الاتفاقي لايستحق بكامله الا اذا لم ينفذ المدين التزامه كاملا ولامكان للقول ان إرادة الطرفين قد انصرفت الى التخفيض مادام المدين قد نفذ جزءا من التزامه فقبله الدائن دون اعتراض لعدم تضرره ويجري التخفيض بنسبة ماتم تنفيذه واذا تم التخفيض فلا يتحتم ان يكون مساويا للضرر بل يكتفي بكونه يتناسب معه [٣]. فاذا كان الالتزام الأصلي وحدة واحدة لاتقبل التجزئة كأن يتعهد طالب في عقد مع وزارة مافي الحصول على شهادة بكالوريوس في اختصاص علمي من جامعة اجنبية ولايحصل على الشهادة تخوله الدخول في الجامعة ففي هذه الحالة فأن المحكمة لاتمتلك السلطة بتخفيض الشرط الجزائي لان هذا التنفيذ الجزئي لايحقق فائدة للدائن إضافة الى كون الالتزام الأصلي لايمكن تجزئته وبالتالي فأن القاضي يحكم بكل مبلغ التعويض الاتفاقي ذلك لان التنفيذ الجزئي وفقا للتعريف الذي عرفناه لا تتحق حالته الا اذا كان على وجه يستفيد منه

---

(١) قرار محكمة التمييز 974/185 في النشرة القضائية، العدد الثالث، ص74، انظر كذلك في هذا المعنى قرارها المرقم 1973/92/91 في 1973/11/14 النشرة القضائية، العدد الرابع، ص 153، قرارها رقم 1982/45، الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثالثة عشر، ص35.

(٢) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 44.

(٣) الدكتور عبد المجيد الحكيم وأخرون، المرجع السابق، ص 33

الدائن ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز في قرار لها على انه ((ان كون الطالب قد أوفى بجزء من التزامه بحصوله على شهادة (جي. سي. ئي) لذا فأن مطالبته بجميع ما انفقته عليه غير وارد لان الحصول على الشهادة الأخيرة ما هو الا تمهيد لاجل القبول في الجامعة والغاية من العقد هو الحصول على شهادة (بي. أس. س) وهذا ما عجز المدعي عليه)) [١].

ومن التطبيقات القضائية أيضا ماقررته الهيئة العامة لمحكمة التمييز في قرار لها على انه ((ان شهادة الماجستير تعتبر مرحلة دراسية واحدة وان الجزء من هذه المدة لايقام له وزن من التحصيل العلمي ولايعتبر الطالب بقضائه لذلك الجزء قد أوفى بجزء من التزامه)) [٢].

ويظهر من هذين الحكمين، ان الدائن لم يحصل على فائدة من قيام المدين بتنفيذ إلتزامه جزئيا لذا فأن المحكمة لاتستطيع تخفيض التعويض الاتفاقي في هذه الحالة اما على العكس من ذلك، اذا حصل الدائن على نفع من قيام المدين يتنفيذ التزامه جزئيا كحالة التزام شخص بالعمل لدى شركة معينة لمدة خمس سنوات وقيامه بالعمل ثلاثة ارباع هذه المدة فان الدائن يحصل على نفع من هذا التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي لذا فالمحكمة تجد المبرر لبسط سلطتها والتدخل لتخفيف التعويض الاتفاقي ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز في قرار لها على انه ((ان حكم محكمة البداءة على الزام المدعي عليها بمبلغ (501/333) دينار غير صحيحة لان المميز عليها قد تعهدت بدفع مبلغ مائة دينار عن كل سنة دراسية وحيث انها قد خدمت مدة أكثر من ثلاث سنوات فكان على المحكمة ان تحكم على المميز عليها بما يصيب المدة المتبقية)) [٣].

واذا تبين للمحكمة من العقد المبرز في الدعوى ان المتعاقدين قد اتفقا على استحقاق التعويض الاتفاقي اذا لم ينفذ المدين التزامه أصلا وانه نفذه تنفيذا معيبا ففي هذه الحالة يحكم القاضي بالزام المدين بالتعويض الاتفاقي كله وذلك وفقا لاتفاقهما وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز في قرار لها

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم 1973/399، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الخامسة، ص 58.

(٢) قرار محكمة التمييز 1974/13، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الخامسة، ص58.

(٣) قرار محكمة التمييز رقم 1973/759، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الخامسة، ص56.

على انه ((.... اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض ولعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأ عن سبب اجنبي لايد له فيه ...))[١].

لكن اذا ثبت المدين ان هذا العيب في التنفذ ليس جسيما ففي هذه الحالة يحكم القاضي بتخفيض التعويض الاتفاقي المقرر الى الحد المناسب حتى لايثرى الدائن على حساب المدين وليأخذ الحق مجراه تحقيقاً للعدالة.

ومما يجدر ذكره ان الاتفاق على وجوب التعويض الاتفاقي ولو لم يلحق الدائن ضرر وكذلك الاتفاق على عدم تخفيض شيء منه ولو كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة باطل لمخالفته للقواعد الامرة المنصوص عليها في المادة 2/170 من القانون المدني.

واذا وجد القاضي في العقد المبرز امامه في النزاع المعروف عليه اتفاقا من هذا النوع فأنه لايلتفت اليه بل يقرر ابطاله لمخالفته للنظام العام. واني أميل مع هذا الرأي ولانؤيد الاتجاه الذي ذهب اليه الدكتور عبد الودود يحيى من انه اذا وجد مثل هذا الاتفاق فعلى المحكمة ان تقرر استحقاق التعويض الاتفاقي كله احتراما لاتفاق الطرفين[٢].

وبناء على ماتقدم فاذا نفذ المدين التزامه جزئيا وقرر القاضي استعمال سلطته بتخفيض مبلغ التعويض الاتفاقي فأنه لا يخفضه الى الحد الذي يبقى معه مساويا لمقدار الضرر الذي لحق بالدائن كما يقول استاذنا الدكتور حسن علي الذنون [٣]. لان ذلك يؤدي الى تطبيق القواعد العامة في التعويض الذي يقوم على أساس المساواة بين التعويض والضرر الذي أصاب المدين[٤].

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم 248/ح/1961، دون تأريخ، مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع، السنة التاسعة عشر، 1961، ص 575-576.

(٢) الدكتور عبد الودود يحيى، دروس النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني في احكام الالتزام، 1977، ص44.

(٣) الدكتور حسن علي ذنون، المرجع السابق، ص 357.

(٤) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 842 مابعدها.

ويؤدي أيضا الى الغاء أي اثر للشرط الجزائي انما المطلوب من المحكمة اجراء التناسب وليس التساوي[١].

وتأكد الرأي الأخير عند النظر في القانون المدني حيث تبين منه انه منح للمحكمة سلطة تخفيض التعويض الاتفاقي في تنفيذ الالتزام جزئيا وليس حرية الغائه كاملا. فعلى سبيل المثال اذا حصل اتفاق بين ممرضة ومستشفى للعمل لديها لمدة (8) سنوات تحت طائل تعويض اتفاقي قدره (1000) دينار عند عدم تنفيذها الكامل للالتزام الأصلي وقد خدمت في المستشفى (6) سنوات فقط ففي هذه الحالة يتعين تخفيض التعويض الاتفاقي الى ربع قيمته والحكم للدائن بمبلغ (250) دينار بدلا من (1000) دينار انصافا واحتراما لارادة المتعاقدين وهذا يعني ان تقدير التعويض يجب ان يتم على أساس 25% من المبلغ المتفق عليه كتعويض اتفاقي وهي نسبة عدم التنفيذ وليس على أساس 25% من الضرر الذي حصل فعلا للدائن ومن التطبيقات القضائية ماقررته محكمة التمييز في قرار لها على انه ((للمحكمة تخفيض التعويض الاتفاقي بما يناسب الجزء المنفذ من التعهد))[٢].

وتأسيسا على ماتقدم يتضح ان المحكمة تخفض التعويض الاتفاقي بمقدار ما نفذ من الالتزام الأصلي وبذلك يجزأ مبلغ التعويض الاتفاقي ويكون التخفيض قد ربط بمقدار ما نفذ من الالتزام وبالمقابل فأن هناك اتجاه اخر مفاده قيام المحكمة بتخفيض التعويض الاتفاقي الى الحد المناسب وبموجبه تقوم المحكمة باجراء موازنة او الحصول على تعويض كامل وعاجل على الأقل وبالنسبة للمدين عدم تحمل مضاعفة التزاماته[٣].

وقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى ضرورة مراعاة التناسب بين التعويض الاتفاقي والضرر الذي لحق بالمتضرر عن اجراء التخفيض من قبل المحكمة بقولها ((للمحكمة الحق بتخفيض التعويض الاتفاقي المغالى الى الحد الذي تراه مناسبا مع مقدار الضرر الذي حل بالمضرور))[٤].

---

(١) انظر في هذا المعنى، نفس المرجع السابق، ص 876.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم 1161/ 1973، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، ص34.

(٣) الدكتور الرويشد، المرجع السابق، ص 503.

(٤) قرار محكمة التمييز رقم 1646/ 1956، المبادئ القضائية، ص155.

الفرع الثاني
زيادة التعويض الاتفاقي

الأصل ان التعويض الاتفاقي لايخضع للتعديل زيادة او نقصانا 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 لايجوز للقاضي ان يزيد من مقدار التعويض لكي يتساوى مع قيمة الضرر بل يكون عليه ان يحكم بما اتفق عليه. وفي هذه الحالة يعد التعويض الاتفاقي بمثابة تخفيض لمسؤولية المدين والاتفاق على التخفيف من المسؤولية. ومع ذلك فان 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 منهماا احكام شروط الاعفاء من المسؤولية او التخفيف منها[١].

ونتناول هاتين الحالتين على التوالي:-

١ -اذا كان الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدي ينسب الى غش او خطأ جسيم ارتكبه المدين وكان الضرر يفوق في مقداره قيمة التعويض الاتفاقي: وقد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة (170) مدني 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 خطأ جسيما))

وعليه فاذا كان التعويض المتفق عليه اقل من قيمة الضرر فيعتبر هنا بمثابة اتفاق على تخفيض مسؤولية المدين وهذا جائز[٢]. كما ذكرنا ولكن هذا الاتفاق يفقد وجوده وقابليته اذا ارتكب المدين غشا او خطا جسيما ويبقى الشرط محتفظا بقابليته اذا كان المدين حسن النية اما اذا اثبت ان المدين سيء النية فالقاضي لايتقيد بالتعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) [٣]. وانما يزيد قيمة التعويض الاتفاقي. ان عبء اثبات الغش والخطأ الجسيم يقع على عاتق الدائن فالغش لايفترض وعلى القاضي اثباته اذا ادعاه الدائن لان الغش حالة نفسية تدل على

---

(١) الدكتور عبد المجيد الحكيم وآخرون، المرجع السابق، ص 66.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 877.

(٣) الدكتور بشرى جندي، المرجع السابق، ص 103.

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 أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه او من جراء تأخره في تنفيذ التزامه اكثر مما قدره في العقد وطلب الزام المدين بالزيادة ولم يتمكن من اثبات قيام المدين بغشه او بارتكابه خطأ جسيما فان المحكمة تحكم برد الدعوى عن الزيادة المطالب بها وتحكم فقط بالتعويض المتفق عليه لسبق رضا الطرف المتضرر بالقدر المذكور [١]. اما اذا اثبت الدائن ان المدين قد ارتكب غشا عند اخلاله بتنفيذ التزامه وانه أوقع الضرر به عن سوء نية او انه ارتكب خطأ جسيما في تنفيذ التزامه كأن يتعهد شخص بحراسة مخزن لتاجر ويتفقان على تعويض وبقدر معلوم فيهمل الحراسة وتذهب الأموال المخزونة وقيمتها واضعاف مضاعفة للقدر المعلوم المتفق عليه[٢].

فأذا اثبت الدائن قيام المدين بغشه اثناء تنفيذ التزامه او بأرتكابه الخطأ الجسيم فأن القاضي يحكم بزيادة القدر المتفق عليه من التعويض بحيث يتناسب مع الضرر الذي أصاب الدائن عند ابرام العقد واتفاقه على تقدير التعويض وبهذا القدر لم يدر بخلده ان يغش المدين وأن يرتكب خطأ جسيما بحقه خاصة وانه يجب على المدين ان ينفذ التزامه بحسن نية وبعكسه فان القاضي يحكم برد الدعوى عن الزيادة [٣]. ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز في قرار لها على انه ((مما يتعين على المحكمة التحقيق في ذلك لانه اذا اثبت ان المدعى 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 أعضاء الجمعية ولولا هذه الصفقة لتعذر عليهم افراز القطعة فأن امتناعهم بعدئذ عن تنفيذ تعهدهم بالصفقة قد يعتبر خطأ جسيما الامر الذي يسوغ للجمعية المدعية مطالبتهم بما يزيد على 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

---

(١) منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الأول، بغداد، سنة 1951-1952، ص 275.

(٢) نفس المرجع السابق، ص 275.

(٣) تنص الفقرة (1) من المادة (150) من القانون المدني على انه ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية)).

طلبه وهذا ما قضت به محكمة التمييز في قرار لها بقولها ((اما مايتعلق بالفائدة القانونية من الاعتراضات فغير واردة أيضا لان المبلغ المدعي به ماهو الا تعويض عن اضرار نشأت عن الاخلال بالتعهد فلا يحكم عنه بالفائدة القانونية)) [١]. وقضت أيضا في قرار لها على انه ((..... وجد ان الطعن التمييزي انحصر في طلب المميز إضافة لوظيفته الحكم له بالفائدة القانونية عن المبلغ مائة دينار (وهو مبلغ التعويض الاتفاقي عن اخلال المميز عليه الأول بالتزامه والمحكوم به في هذه الدعوى) وهذا الطلب غير وارد في ذلك لان الفائدة القانونية انما ترد على مبلغ مستحق الأداء سبق ان سلم هو او أي شيء اخر مقابله وكان قابلا ان ينتج ثمرات او إيرادات أخرى فاذا تأخر المدين عن الوفاء به كان ملزما ان يدفع للدائن (على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية) حسب مفهوم حكم المادتين 1173 و 572 من القانون المدني، وحيث ان المبلغ المحكوم به في هذه الدعوى بذاته تعويض قائم مقام الفوائد القانونية وحيث لايجوز تقاضي الفوائد على محمل الفوائد حسب حكم المادة 174 من القانون المدني وعليه يصبح الحكم المميز الذي جاء خلوا من الحكم بالفائدة القانونية عن مبلغ التعويض المحكوم به صحيحا موافقا للقانون لذا قرر تصديقه ...)[٢].

واننا وان كنا نميل مع ماذهب اليه محكمة التمييز الموقرة وهو عدم جواز الحكم بالفائدة القانونية عن التعويض الاتفاقي لاعتبارها بمثابة فائدة اصيلا وان فائدة الفائدة لايجوز المطالبة بها الا اننا نختلف معها في التعليل ونرى بأن المتعاقدين قد اتفقا على مبلغ معين مقداره في العقد كتعويض اتفاقي في حالة الاخلال بالالتزام ولو حكمنا له بالفائدة القانونية فمعنى ذلك اضفنا الى مبلغ التعويض الاتفاقي مبلغا اخر لم يكن بحسبان المتعاقدين عند التعاقد وهذا من وجهة نظرنا غير جائز قانونا.

وبناء على ماتقدم نرى من الأفضل وضع مصلحة المدين والدائن في منظار متوازن يعطي المشرع بموجبه للقاضي صلاحية التدخل في تعديل التعويض الاتفاقي للطرفين وإعادة

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم 1610/ح/1968 في 1969/9/24، مجلة القضاء، العدد الأول السنة الخامسة والعشرون، 1970، ص 108-109.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم 789/ صلحية/ 1969في 1969/12/22، قضاء محكمة تمييز العراق- المجلد السادس، القرارات الصادرة سنة 1969، ص347 .

توازن الالتزام دون ان يؤدي ذلك الى اثراء احدهم على الاخر وذلك على ضوء ما اقره قانون اصلاح النظام القانوني بقوله ((التركيز في العقود على التوازن بين الحقوق والالتزامات المتولدة عنها وابطال مايخالف ذلك وجواز تعديل العقد من قبل القضاء)) [١]. إضافة الى ماتقتضيه العدالة.

٢ -اذا كانت قيمة التعويض الاتفاقي قليلة جدا

فاذا كانت قيمة التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) من التفاهة [٢]. بحيث لايعتبر تعويضا جديا عن الضرر، وكان التعويض الاتفاقي وسيلة تحايل للاعفاء من المسؤولية التقصيرية يكون باطلا وذلك تطبيقا لحكم الفقرة الثالثة من المادة 259 من القانون المدني[٣].

ويلاحظ ان زيادة التعويض في الحالتين المذكورتين فيما تقدم، أمر يتعلق بالنظام العام، ولايجوز الاتفاق على خلافه.

الفرع الثالث

عدم استحقاق التعويض الاتفاقي

توصلنا فيما سبق الى ان الفقرة الثانية من المادة (170) من القانون المدني قد نصت على ان المادة (170) من القانون المدني قد نصت على انه ((ولايكون التعويض مستحقاً اذا أثبت المدين ان الدائن لم يلحق أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة)).

وعليه فان مجرد اتفاق المتعاقدين في العقد على التعويض الاتفاقي لايجعله مستحقا وتبعا لذلك فالقاضي لايحكم به الا اذا كان مستحقا، ويجب على القاضي متى ما عرض عليه النزاع ان يدقق موضوع الدعوى والعقد المبرز فيها بعيون فاحصة لان التعويض الاتفاقي ينشأ في العقد فهو غالبا مايكون مصدره كما يتحقق من المدين فيما اذا كان قد نفذ التزامه من عدمه او انه تأخر في تنفيذ

---

(١) قانون اصلاح النظام القانوني، رقم 35 لسنة 1977، بند القانون المدني، أولا الحقوق الشخصية، ص33.

(٢) الدكتور عبد المجيد الحكيم وآخرون، المرجع السابق، ص 66.

(٣) تنص الفقرة (3) من المادة 259 من القانون المدني على ان ((ويقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع)).

التزامه للوقوف عما اذا كان الدائن يستحق التعويض الاتفاقي من عدمه مما يتعين عليه ان يتحقق من شروط استحقاق التعويض وهي وجود خطأ من جانب المدين وضرر أصاب الدائن من جراء هذا الخطأ وعلاقة سببيه بين هذا الخطأ والضرر واذا اثبت للقاضي في المرافعة انعدام شرط من هذه الشروط فانه يحكم برد الدعوى وهذا ماقضت به محكمة التمييز(١).

كما يلجأ القاضي الى رد الدعوى اذا اثبت المدين ان عدم تنفيذه لالتزامه لايد له فيه وانه خارج عن ارادته(٢).

ويتحقق القاضي من الضرر الذي أصاب الدائن ويقع عبء اثباته على المدين لان الضرر من اركان استحقاق التعويض وان اشتراط المتعاقدين واتفاقهما على مقدار التعويض ابتداء يعني انهما توقعا ذلك ويفترض حصوله، لذا لا يكلف الدائن بأثباته. واذا اثبت المدين ان الدائن لم يصبه أي ضرر من جراء عدم التنفيذ لالتزامه او من جراء تأخيره لتنفيذ التزامه فأن القاضي يحكم برد الدعوى ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز في أحد قراراتها بقولها ((لا يحكم المدين بالتعويض الاتفاقي اذا اثبت ان الدائن لم يصبه ضرر))(٣).

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم 1243/ح/1964 في 1964/11/5 قضاء محمة تمييز العراق، المجلد الثاني، القرارات الصادرة سنة 1964، ص55-57.

(٢) انظر في هذا المعنى، قرار محكمة التمييز رقم 227/م2/1974 في 1974/7/23، النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، ص36.

(٣) قرار محكمة التمييز رقم 642 و643/م2/73 في 1974/1/22 النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الخامسة، 1976، ص94-96.