

الاثار والاحكام المرتبة على التعويض الاتفاقي في القانون العراقي والفقہ الاسلامي

طه حياوي الخفاجي باحث دكتوراه

المشرف الدكتور رضا حسين كندمكار

أستاذ مشارك قانون خاص / جامعة قهر / كلية القانون

الملخص

يُعد التعويض الاتفاقي من الوسائل المهمة التي يلجأ إليها المتعاقدون في إطار تنظيم علاقاتهم التعاقدية، حيث يتم الاتفاق مسبقاً على تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه أحد الطرفين في حال إخلال الطرف الآخر بالتزاماته العقدية. وقد حاز هذا النوع من التعويض أهمية كبيرة سواء في القوانين الوضعية كالقانون المدني العراقي، أو في الفقه الإسلامي الذي يعنى بتحقيق العدالة ورفع الضرر ضمن منظومة من المبادئ الأخلاقية والشرعية. والسؤال الاصيل هو ماهي الاثار والاحكام المرتبة على التعويض الاتفاقي في القانون العراقي والفقہ الاسلامي ولأجابه عليه التعويض الاتفاقي في القانون العراقي والفقہ الاسلامي يُعد التزاماً تعاقدياً يحدده الأطراف مسبقاً لتعويض الضرر عند الإخلال بالعقد. يترتب عليه آثار قانونية كإعفاء المتضرر من إثبات الضرر، ما لم يُثبت أن الشرط مبالغ فيه أو لم يقع ضرر. يراعي الفقه الإسلامي التوازن بين مبدأ الوفاء بالعقود ومراعاة العدالة والنية عند تقدير التعويض واعتمدت هذه الدراسات علي المنهج التحليلي المقارن بين القانون المدني العراقي والفقہ الاسلامي، واستنتجنا ان التعويض الاتفاقي وسيلة مشروعة في القانون العراقي والفقہ الاسلامي، تهدف لتقدير الضرر وضمان استقرار العقود، بشرط عدم المغالاة أو الظلم. ونوصي بتشريع نصوص أوضح تنظم التعويض الاتفاقي بما يحقق العدالة، مع تعزيز الوعي الفقهي والقانوني لدى المتعاملين بالعقود لتقادي النزاعات. الكلمات المفتاحية: اثار التعويض الاتفاقي، و احكام التعويض الاتفاقي، التعويض الأتفاقي.

أولاً: المقدمة

يُعد موضوع التعويض الاتفاقي من المواضيع الحيوية في مجال العقود، لما له من تأثير مباشر في استقرار المعاملات وتوازن الالتزامات التعاقدية. تزداد أهمية هذا الموضوع في ظل التطور الكبير في العلاقات المدنية والتجارية، حيث يلجأ المتعاقدون إلى الاتفاق مسبقاً على مقدار التعويض في حال الإخلال بالعقد، بهدف تقليل النزاعات وتوفير الضمانات. وتكمن ضرورة البحث في دراسة مدى مشروعية هذا النوع من التعويض، ومدى التزامه بالعدالة، لا سيما عند تطبيقه في البيئتين القانونية والشرعية. تُثار في هذا السياق إشكالات متعددة، منها ما يتعلق بالتشريع العراقي الذي قد يفترق إلى نصوص تفصيلية توضح حدود التعويض الاتفاقي، ومنها ما يتعلق بسلطة القاضي في تعديل هذا التعويض، إضافة إلى صعوبات في تنفيذ بعض الشروط التعويضية التي قد تُعد تعسفية. كما يُثار تساؤل مهم حول مدى توافق هذا النظام مع القواعد العامة في الفقه الإسلامي، الذي يولي أهمية خاصة لمنع الضرر والظلم. ويهدف هذا البحث إلى تحليل الأحكام والآثار المترتبة على التعويض الاتفاقي، وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين القانون العراقي والفقہ الاسلامي، مع تقديم رؤية نقدية تساعد في تطوير التنظيم التشريعي والقضائي والتنفيذي لهذا الموضوع المهم.

ثانياً: أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث في تسليط الضوء على مسألة التعويض الاتفاقي، باعتباره أحد وسائل حماية حقوق الأطراف في العقد، سواء كان ذلك في القانون المدني العراقي أو في الفقه الإسلامي. من خلال فهم الأسس القانونية والشرعية لهذا الموضوع، يمكن للأطراف المتعاقدة أن تضمن حماية حقوقها بطريقة قانونية سليمة، وأن تدرك الأطر القانونية التي تحكمها. كما يكتسب البحث أهمية خاصة في مجال التطبيق العملي للقانون، إذ يمكن أن يساهم في توجيه الممارسين القانونيين والمشرعين لفهم الجوانب العملية للتعويض الاتفاقي وكيفية تطبيقه بشكل يتماشى مع الأحكام الشرعية والقانونية.

ثالثاً: أهداف البحث

١. دراسة مفهوم التعويض الاتفاقي في القانون العراقي والفقہ الإسلامي.
٢. تحليل الآثار القانونية المترتبة على التعويض الاتفاقي وفقاً للقانون العراقي.
٣. مقارنة بين التعويض الاتفاقي في القانون العراقي والتعويض في الفقہ الإسلامي.
٤. تقديم إسهامات قانونية وعملية لفهم أفضل لأحكام التعويض الاتفاقي.

رابعاً: منهجية البحث

سيتم البحث منهج التحليل المقارن بين القانون المدني العراقي والفقہ الإسلامي. حيث سيتم دراسة النصوص القانونية المتعلقة بالتعويض الاتفاقي وتحليلها، مع تسليط الضوء على أحكام الفقہ الإسلامي المتعلقة بهذا الموضوع. بالإضافة إلى ذلك، سيتم استخدام المنهج الاستقرائي لتحديد القواعد العامة المطبقة على التعويض الاتفاقي في النظامين القانونيين، وتفسير الآراء الفقهيّة المتعلقة بمشروعية التعويض وآثاره.

خامساً: هيكلية البحث

وفق هيكلية محدده تم بناء بحثنا المكون من مبحثين حيث تناول المبحث الاول اثار التعويض الاتفاقي في القانون العراقي والفقہ الاسلامي، والمبحث الثاني احكام التعويض الاتفاقي في القانون العراقي والفقہ الاسلامي ثم تنتهي بخاتمه تضم نتائج وتوصيات.

المبحث الأول: اثار التعويض الاتفاقي في القانون المدني العراقي و الفقہ الاسلامي

نتطرق في هذا المبحث الى الاثار التعويض الاتفاقي في قانون المدني العراقي هذا في المطلب الاول وفي المطلب الثاني اثار التعويض الاتفاقي في الفقہ الاسلامي نتطرق اليهم فيما يلي:

المطلب الأول: اثار التعويض الاتفاقي في القانون المدني العراقي. والفقہ الاسلامي

التعويض الاتفاقي اذا استكمل جميع عناصر تكوينه وتحققت شروط استحقاق التعويض المقدر فيه وهي ذاتها شروط المسؤولية المدنية، وقام الدائن باعذار مدينه في الاحوال التي يتطلب فيها القانون اللجوء الى هذا الاجراء ، اصبح هذا الاتفاق واجب التطبيق ومع ذلك فقد منح القانون القاضي سلطة تعديل هذا الاتفاق ، وعلى الادق التعويض الذي قدره الطرفان مقدما لتشكل هذه السلطة استثناء على مبدأ سلطان الارادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين يقتضي منا البحث في ثلاثة مواضع سنوزعها على ثلاثة مباحث .

الفرع الأول تعديل التعويض الاتفاقي

التصرف القانوني هو تعبير عن ارادة أو أكثر لترتيب اثار قانونية ، والاتفاقات والعقود عموماً لا تتعدّد الا بالتعبير عن ارادتين متطابقتين وبذلك تكون الارادة جوهر العقد، فهي التي تنشأ وترتب الآثار القانونية التي يروم العاقدان تحقيقها وهذا هو ما يعبر عنه بسلطان الارادة أو ما يسمى في نطاق العقد بمبدأ الحرية التعاقدية^١ ، ولم يكن هذا المبدأ مقررًا في أكثر القوانين القديمة، فمثلاً في القانون الروماني لم يكن التراضي وحده كافياً لانشاء العقود ولا في بقية القوانين الغربية حتى العصور الوسطى بل كان يلزم لانشاء كثير من العقود اجراءات شكلية ، حتى تم الاعتراف بمبدأ سلطان الارادة بعد أن نادى به الفقهي الفرنسي ((دوما)) وكان ذلك في القرن السابع عشر الميلادي^٢ وقد أزهده هذا المبدأ في القانون نتيجة لالتقاء الفلسفات الحرة التي سادت القرن الثامن عشر مع مبادئ الحرية الاقتصادية التي سادت القرن التاسع عشر وكان المحور الذي تدور حوله هذه الفلسفات هو حرية الفرد وتحريره من كل ضغط خارجي عليه وبصفة خاصة الضغط الصادر من القانون، والوسيلة المثلى لحماية حرية الانسان هي ارادته فلا يلتزم الا بما يرضاه . وهكذا اصبحت الارادة اساس الالتزام بالعقد ، ومع ذلك فان مبدأ سلطان الارادة لم يطرح في التشريعات على نحو مطلق في اية مرحلة من مراحل تطوره . وحتى عندما طرح في القانون المدني الفرنسي الصادر عام ((١٨٠٤)) احيطت به قيود عديدة حدث من اطلاقه ، ولكنها في الوقت ذاته لم تجرده من قيمته . وسلطان الارادة لا يظهر اثناء تكوين العقد ونشوء الالتزامات بل يمتد هذا المبدأ ليبيسط نفوذه حتى بعد ابرام العقد، أو التعديل في آثاره فالعقد ثمرة اتفاق بين ارادتين، فلا تستطيع احدي هاتين الارادتين ان تعفي منه او تعدل فيه، ومن باب أولى لا يجوز للقاضي نقض العقد أو تعديله ، لانه ليس من وظيفته انشاء العقود فيتعين عليه الاخذ بما يمليه قانون العقد .وفي القانون المدني الفرنسي تقضي المادة ((١١٣٤)) بالقوة الملزمة للعقد ، والتي بعد نصها أكثر النصوص تأكيداً لمبدأ سلطان الارادة في هذا القانون ، وبذلك فان القاعدة العامة تقضي بالقوة الملزمة للعقود والاتفاقات ومنها التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي كما يسميه القانون الفرنسي، وان تطبيق هذه القاعدة يؤدي الى نتيجة تتمثل في حصانة الشرط الجزائي وعدم قابليته للمساس باعتباره اتفاقاً مبرماً برضاء أطرافه ويكون شريعتهم ويجب التقيد به^٣ . فالقانون المدني الفرنسي ((تقنين نابليون)) تضمن مبدأ لا يمكن للقضاء تجاوزه ومقتضاه وجوب دفع قيمة الشرط الجزائي كما هو متفق عليه ، وقد انتهت مناقشة مشروع هذا القانون في مجلس الدولة بالعدول عن الرأي الذي كان سائداً في القانون الفرنسي القديم والذي كان يخول القاضي

سلطة تعديل الشرط الجزائي . فجاءت المادة ((١١٢٥)) سالبة القاضي هذه السلطة ، وقد أحترمت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ وتقيدت به فتضمنت احدي احكامها ((طبقا للمادة (١١٥٢) مدني ، حيث يتبين منها أن الاتفاق المبرم بشكل صحيح والمتضمن أن من يخل بتنفيذه يدفع مبلغا على سبيل التعويض ويكون هذا الاتفاق بمثابة قانون لمن ابرمه ولا يمكن للطرف الآخر ان يطلب زيادة أو نقصا)) وكان فقه القضاء في فرنسا يقرر بانه لكي يتحصل الدائن على مقدار الشرط الجزائي فليس من الضروري أن يثبت الضرر الحاصل. ومسوغ هذا الاتجاه في التشريع والقضاء بان السماح للقاضي باعادة النظر في قيمة الشرط الجزائي يفقده فائدته المتمثلة في قطع السبيل على المدين في مناقشة مقدار التعويض الذي اتفق على تحديده مع دائئه والذي يفترض انه يتناسب مع مقدار الضرر الناشئ عن الاخلال بتنفيذ الالتزام ، واذا كان لابد من اعادة النظر في قيمة الشرط الجزائي من قبل القاضي، فيكون وجود الاتفاق على تقدير التعويض مقمدا أو عدم وجوده سواء^٤ ، اما موقف الفقه الإسلامي

(١) - في المذهب الحنفي: جاء ما يدل على أن الآثار من عمل الشارع قال البزدوي - أن العلل الشرعية كالعقد غير موجبة بأنفسها ، بل أن الموجب للأحكام هو الله ، فالله شرع العلل التي يمكن للعباد الوقوف عليها - موجبات للأحكام في حق العمل ، ونسب الوجوب إليها فيما بين العباد تيسيراً فصارت العلل موجبة في الظاهر بجعل الله إياها كذلك أي موجبة ، لا بأنفسها

(٢) وجاء عن المالكية ما يؤكد ذلك فقال بعضهم " للمكلف تعاطي الأسباب - أي التصرفات أما المسببات وهي آثار التصرفات فهي من جعل الله تعالى °

(٣) وجاء عن الشافعية ما يدل على أن الأحكام من الله قال الغزالي " لحل الأموال ، والأبضاع وحرمتها أسباب ظاهرة من نكاح ، وبيع ، وطلاق والذي نصب هذه الأسباب أسباباً للأحكام ، إنما هو الله فهي لا توجب الحكم بذاتها ، بل بإيجاب الله تعالى ، فهو الذي شرعها ، ورتب عليها أحكامها^٦ ، والحنابلة يؤكدون أن الأحكام أثبتها الله بعد إتيان الأسباب من العباد فقال ابن تيمية " أن الأحكام الثابتة بأفعالنا ، فالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح ، ونحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا .

الفرع الثاني : تخفيض التعويض الاتفاقي

الاصل أن ينفذ التعويض الاتفاقي وكما متفق عليه ، الا ان القانون واستثناء من هذا الاصل ، جوز للقاضي ان لا يحكم به عندما يثبت المدين انتفاء الضرر كليا . وكذلك منح القاضي سلطة تخفيض التعويض الاتفاقي في حالتين هما المبالغة في تقدير مبلغ التعويض الاتفاقي والتنفيذ الجزئي للالتزام . وعليه سوف نبث هاتين الحالتين على التوالي في المطلبين الأول والثاني من هذا المبحث و اما المطلب الثالث فخصصناه الموضوع تخفيض التعويض الاتفاقي في حالات تعد تطبيقا للقواعد العامة .

اولاً: تخفيض التعويض الاتفاقي الفادح

ذكرنا بأن الحكم بالتعويض الاتفاقي دون تعديل هو الاصل تنفيذاً لارادة طرفيه المشتركة ، وان سلطة القاضي في تعديله ومن ذلك تخفيضه للمبالغة في تقدير . هو الاستثناء فهذا الاستثناء لا ينصرف إلا الى حالة ((المبالغة في التقدير الى درجة كبيرة)) .وعلى ذلك إذا كان في التقدير زيادة دون مبالغة فلا يجوز تخفيضه لان الاصل ان يحكم القاضي بما اتفق عليه الطرفان ، وما دام قد تخلف شرط من شروط الاستثناء وجب الرجوع الى الاصل وان المبالغة في تقدير مبلغ التعويض الاتفاقي ليست بفرض نادر بل هو كثير التحقق عملاً ، وبصفه خاصة في عقد الائتمان التي يتمتع فيها بها احد الطرفين بأجل لتنفيذ التزامه مما يدفع الطرف الآخر الى فرض شرط جزائي مرتفع ومبالغ فيه ليضمن استيفاء حقه بحمل المدين على التنفيذ، والا تعرض لوطأة التعويض المتفق عليه ، كما تتحقق المبالغة المذكورة بالنسبة لبعض العقود التي يكون محلها القيام بعمل يتعذر تنفيذه من غير المدين شخصياً كالعقود المبرمة مع الفنانين^٧ ، وقد اختلفت التشريعات المدنية العربية فيما بينها عند التعبير عن حالة المبالغة في تحديد مبلغ التعويض الاتفاقي باعتبارها شرطاً لإجازة تدخل القاضي لتخفيض ذلك التعويض .ويلاحظ ان التشريعات المدنية المختلفة ومنها القانون المدني العراقي التي سمحت للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي المبالغ في تقديره الى درجة كبيرة لم توضح قدر أو نسبة هذه المغالاة،^٨

ثانياً: تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام ان سلطة القضاء في تخفيض التعويض الاتفاقي عند تنفيذ جزء من الالتزام لا يكون له محل إلا اذا كان هذا التعويض مقررأ لمواجهة حالة عدم تنفيذ الالتزام كاملا . فعندما ينفذ المدين جزءاً من التزامه فالعدالة تقضي بعدم التزامه بكامل قيمة التعويض الاتفاقي . وكذلك لانه يمكن القول بأن ارادة الطرفين قد أنصرفت الى التخفيض ما دام المدين قد نفذ جزءاً من التزامه. ولذلك فأن تقرير سلطة القضاء في تخفيض التعويض الاتفاقي في هذه الحالة لا يمكن عده استثناءً أو قيداً على مبدأ سلطان الارادة ، فطرفا العقد أتقفا على تقدير تعويض يستحق عند عدم تنفيذ الالتزام كاملاً ، ولذلك فأذا شرع المدين في تنفيذ التزامه والى حد معين ، فعندئذ لا يمكن التصور بان ارادة الطرفين قد اتجهت الى الزام المدين بكامل قيمة التعويض الاتفاقي وعليه فإنه ليس في تخفيض المبلغ المتفق عليه في حالة التنفيذ الجزئي

للالتزام سوى إعمال الإرادة العاقدين الضمنية^{١٠} وقد قرر القانون عدم جواز الاتفاق على أستبعاد سلطة القاضي بشأن تخفيض التعويض الاتفاقي، وإذا أبرم هكذا اتفاق فانه يقع باطلاً لمخالفته لقاعدة قانونية أمرة إلا ان اطراف العقد قد يحددوا مقدار التعويض الاتفاقي لمواجهة حالة التنفيذ الجزئي للالتزام ، ففي هذه الحالة لا يمكن اعتبار هذا الاتفاق باطلاً لاستبعاده سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي بل يعد اتفاقاً صحيحاً واجب التطبيق في تقديره فللقاضي أن متى ما أستوفى أركان تكوينه وكذلك تحققت شروط استحقاق التعويض المقدر فيه إلا أنه اذا كان مبلغ التعويض مغالي يخفضه طبقاً لسلطته المقررة بهذا الشأن، وهذا ما قرره المشرع الفرنسي عند إعادة صياغته لنص المادة (١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي وذلك ضمن التعديل التشريعي العام ١٩٧٥، ونصها اذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه يجوز للقاضي تخفيض الجزاء المتفق عليه وذلك بما عاد على الدائن من فائدة من هذا التنفيذ الجزئي ودون الاخلال بالمادة ١١٥٢ و بعد باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك)) فبعد تعديل المادة المذكورة أصبح بإمكان القاضي تخفيض الجزاء في حالة التنفيذ الجزئي حتى لو تنبه الاطراف لحالة التنفيذ الجزئي واتفقوا على طريقة لاستبعاد هذه السلطة ، وذلك بالاحالة الى نص المادة ((١١٥٢)) التي تمنح القضاء سلطة تعديل التعويض المتفق عليه وكذلك تقرير بطلان كل اتفاق يخالف احكام المادة ((١٢٣١)) . علما ان المادة المذكورة وقبل تعديلها كانت من النصوص القانونية المكملة التي يجوز للاطراف الاتفاق على ما يخالف حكمها ، ولهذا فانها لم تكن تمثل استثناءً حقيقياً يرد على حصانة الشرط الجزائي والذي كان مقرراً في القانون المدني الفرنسي طالما انها كانت تسمح بالاتفاق على استبعاد دور القاضي في تخفيض الشرط الجزائي عند تنفيذ الالتزام جزئياً فلو تناول الاطراف مصير الشرط الجزائي كان على القاضي أن يعتد بذلك الاتفاق ولا يجوز له المساس به . وسلطة القضاء في تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام توصف بانها سلطة جوازية شأنها في ذلك شأن سلطة القضاء في تخفيض التعويض المتفق عليه والمغالي في تقديره الى درجة كبيرة^{١١}

ثالثاً: تخفيض التعويض الاتفاقي في حالات أخرى هناك حالات أخرى توجب على القاضي تخفيض التعويض الاتفاقي ومنها حالة خطأ الدائن عندما يشترك مع خطأ المدين . هذه الحالة لم يخصصها المشرع العراقي بنص خاص عند معالجة حالات تعديل التعويض الاتفاقي، لذا يتعين الرجوع الى احكام المادة ((٢١٠)) من القانون المدني العراقي ونصها ((يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض أو لا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد أشترك بخطأه في احداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوأ مركز المدين)) . إذ لا مانع من شمول التعويض الاتفاقي بحكم المادة المذكورة طالما انه اتفاقاً على تقدير التعويض ، فأذا كان خطأ الدائن هو السبب الوحيد في حدوث الضرر فللمدين ان يتمسك به للتخلص من اداء التعويض الاتفاقي وذلك لانقطاع العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام العقدي وتقصير المدين شخصياً . أما اذا أشترك خطأ الدائن مع المدين ففي هذه الحالة على المدين إثبات هذا الامر ويكون عندئذ الخيار للمحكمة في انقاص مقدار التعويض الاتفاقي بدلا من الحكم بقيمته كاملة . ويشترط لاعتبار خطأ الدائن حالة تجيز للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي أن يكون ما وقع من الدائن بعد خطأه أن يكون له شأن في أحداث الضرر^{١٢} وان كان القانون المدني العراقي لم يرد فيه نص خاص يتناول حالة التخفيض للتعويض الاتفاقي عند أشترك خطأ طرفا الالتزام في أحداث الضرر ، مما يحتم الرجوع الى القواعد العامة المذكورة بهذا الشأن ، فقد أنفرد القانون المدني اليمني عن بقية التشريعات المدنية الاخرى بتناوله حالة أشترك خطأ الدائن مع خطأ المدين في حدوث الضرر أو زيادته ضمن نفس النص القانوني الذي أجاز فيه التعويض الاتفاقي وذلك في المادة ((٣٥٥)) ونصها ((يجوز الاتفاق مقدما على مقدار التعويض، وفي جميع الاحوال يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض إذا كان صاحب الحق قد أشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه))^{١٣}، اما موقف الفقه الإسلامي بالوقوف على بعض أحكام الفقه الإسلامي يتجلى لنا أن الفقه الإسلامي يقر تخفيض التعويض الاتفاقي إذا نفذ الالتزام الأصلي في جزء منه، فالفقهاء قد فرضوا لكل أمر ما يقابله من الضمان، فنصوا على الضمان كاملاً عندما يكون من شأن الفعل إعدام كل منفعة متوخاة، ونصوا على الضمان بقدر النقصان إذا كان الفعل لم يذهب بكل منفعة، وهذه الأحكام تتضح من النصوص المدونة في كتب الفقهاء، وسوف تذكر جانباً منها:

(١) النقصان جاء في الفقه الامامي في الفقه الإمامي، يشترك الفقهاء في عدة آراء ومواقف مشابهة لتلك التي ذكرتها في السؤال، لكنهم يتناولون بعض الأمور بنظرة خاصة تعتمد على تفسير النصوص الشرعية والأدلة المعتمدة لديهم. موقف الفقه الإمامي من تخفيض التعويض الاتفاقي يعتمد على مبدأ الضمان والتعويض العادل. الفقه الإمامي يعترف بأن التعويض يتناسب مع مقدار الضرر الواقع نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه جزئياً. ففي حال عدم تنفيذ الالتزام بشكل كامل، يتم تخفيض التعويض إلى مقدار النقص الحاصل في المنفعة المتوخاة من العقد^{١٤}. جاء في المذهب الحنفي إذا كان النقصان يسيراً ضمن الغاصب قدر النقصان وتظل العين المغصوبة ملكاً لمالكها، وإذا كان النقصان فاحشاً فللمالك تضمين الغاصب قيمة الشيء جميعه، فمن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه، والثوب لمالكه لبقاء العين كما هي ووجود التعيب فقط المتمثل في تلف جزء من العين، وإن خرق الثوب خرقاً كبيراً كان قطعه قميصاً أو غيره بحيث يبطل منفعته فللمالك تضمين المعتدى جميع قيمته^{١٥} ولو قطع أحد أعصان

شجرة غيره، فإن كان النقصان فاحشاً ضمن القاطع قيمة الشجرة وإلا فقيمة النقصان^{١٥}، وجاء في المذهب الشافعي إذا نقص المغصوب نقصانا مستقراً تنقص به القيمة وجب رده إلى صاحبه وضمان أرش النقص سواء أكان باستعمال الغاصب كأن بلى الثوب بلبسه أو ذبح الشاة أو كسر الإناء أو طحن الحنطة أم بغير استعماله كطرق عماء على الحيوان ونحو ذلك من الأمراض ومن المقرر عندهم: ما ضمن كله ضمن جزؤه بالأرش^{١٦}، وجاء في المذهب الحنبلي ويجب رد المغصوب إلى صاحبه وضمان أرش النقصان إذا كان نقصاً مستقراً كثوب تخرق أو إناء تكسر وحب سوس وبناء خرب ونحو ذلك لأنه نقص حصل في يد الغاصب فوجب ضمانه^{١٧}

(٢) الإجارة، جاء في المذهب الإمامي في عقد الإجارة، يتفق الطرفان على أن يؤدي العمل أو يُستخدم الشيء مقابل أجر. وعند حدوث خلل في تنفيذ العقد، كأن يتم تنفيذ الالتزام جزئياً أو لا يُنفذ بالكامل، يتضح من خلال فقه الإمامي كيفية التعامل مع هذه الحالات:

١. الضمان كاملاً إذا أُعدمت المنفعة: إذا لم تُنفذ المنفعة المتوخاة من الإجارة بشكل كامل بسبب خلل أو عيب في التنفيذ (مثل تلف الشيء المؤجر أو عدم أداء العمل المتفق عليه)، فإن الفقه الإمامي يرى أن المُستأجر يستحق تعويضاً كاملاً أو استرداد الأجرة المدفوعة.
٢. الضمان بقدر النقصان إذا كانت المنفعة جزئية: في حالة تنفيذ الالتزام جزئياً، إذا كانت المنفعة المتوخاة قد تمت بصورة جزئية أو تعرضت لنقص، يقر الفقه الإمامي بأن الضمان يتم بقدر النقص الحاصل في المنفعة^{١٨} جاء في المذهب الحنفي لو استأجر الدابة ليحمل عليها عشرة أرداد حنطة فحمل عليها اثني عشر وسلمت فعليه ما سمي من الأجر ولا ضمان عليه - وإن عطبت ضمن جزأين من اثني عشر جزءاً من قيمة الدابة وهو قول عامة العلماء. وقال زفر وابن أبي ليلى يضمن القيمة كلها لأن التلف حصل بالزيادة وهو فيها مخالف ووجه قول الأئمة أن التلف نتيجة الثقل وبعضه مأذون فيه وبعضه غير مأذون فيه فوجب قسمة القيمة على هذه النسبة^{١٩} وجاء في المذهب الشافعي إذا وجد ما يقتضي انفساخ العقد عندهم كهلاك العين أو ردها بالعيب. فإن الأجر المسمى يقسم على ما استوفاه المستأجر منها وعلى ما بقي فما قابل المستوفى استقر. وما قابل الباقي سقط. فإذا كانت داراً واستأجرها لمدة سنة بمائة درهم مثلاً فاستوفى منها المنفعة ستة أشهر وهلكت الدار بأن تهدمت وأصبحت أنقاضاً فإنه يلزمه ما يخص مدة انتفاعه ويسقط عنه الباقي^{٢٠}

(٣) المهر

١. الفقه الإمامي: كما ذكرت، الفقه الإمامي يعتمد على مبدأ الضمان والتعويض العادل الذي يتناسب مع الضرر الواقع نتيجة عدم تنفيذ الالتزام بشكل كامل. الضمان بمقدار النقص هو القاعدة الفقهية المعتمدة في هذا السياق، حيث يتم تخفيض التعويض بحسب النقص الحاصل في المنفعة المتوخاة من العقد.^{٢١}

٢. الفقه الشافعي: الفقه الشافعي يُشدد أيضاً على مبدأ الضمان في حالة إخلال العقد أو تنفيذه جزئياً. إذا تم تنفيذ العقد جزئياً أو تم تأخير التنفيذ، يحق للطرف الآخر المطالبة بتعويض يعكس النقص الحاصل في المنفعة المتفق عليها. لكن الشافعية لا يرون أن التعويض يجب أن يكون دائماً مساوياً للضرر الكامل، بل يمكن تخفيضه حسب التقييم الفعلي للمصلحة والضرر^{٢٢}

٣. الفقه الحنبلي: الفقه الحنبلي يشبه إلى حد ما الفقه الشافعي في هذا الجانب، حيث يتم تخفيض التعويض في حال تنفيذ العقد جزئياً. لكن الحنابلة يشددون على أهمية تحديد الضرر الفعلي ومدى تأثيره على الأطراف المتعاقدة. إذا كان الضرر الناجم عن التنفيذ الجزئي كبيراً، يمكن أن يطلب الطرف المتضرر تعويضاً كاملاً، أما إذا كان الضرر جزئياً، فإن التعويض يُقل وفقاً لذلك^{٢٣} جاء في المذهب الحنفي إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول وجب عليه نصف قيمته الارتقاع ملكها عن نصفه بالطلاق قبل الدخول وإذا قبضته الزوجة فتلف في يدها وطلقها قبل الدخول وجب عليها رد نصف قيمته لأنه تبين بالطلاق قبل الدخول فساد ملكها في النصف فكان في يدها مضموناً عليها كما يكون مضموناً عليها له إذا كانت الفرقة من قبلها مثل الدخول بسبب هو معصية^{٢٤}

الفرع الثالث : زيادة التعويض الاتفاقي

أختلفت التشريعات الوضعية بشأن الاحوال التي يسمح بمقتضاها للقاضي تعديل قيمة التعويض الاتفاقي بالزيادة . فالقانون المدني الفرنسي وقبل تعديل عام ١٩٧٥ ، كان يعتقد مبدأ ثبات الشرط الجزائي ، فلم يكن يسمح للقضاء الا أن يحكم بقيمة الشرط الجزائي وكما متفق عليه ومع ذلك فقد ظهرت محاولات من قبل القضاء الفرنسي لخرق مبدأ ثبات الشرط الجزائي والحكم بزيادة مقداره في حالة ارتكاب المدين غشاً أو خطأً جسيماً بالاستناد الى نص المادة ((١١٥٠)) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أن التعويضات التي أتفق عليها أو تلك التي كانت متوقعة وقت إبرام العقد هي فقط التي تستحق عندما لا يكون عدم التنفيذ راجعاً الى غش المدين. وبعد التعديل التشريعي لعام ((١٩٧٥)) الذي من ضمن ما جاء به تعديل المادة ((١١٥٢)) من القانون المدني الفرنسي أصبح بمقدور القضاء تعديل قيمة الشرط الجزائي بالنقصان أو بالزيادة على حد سواء.

إلا أن المشرع الفرنسي لم يحدد الاحوال التي يكون للقاضي بمقتضاها أن يحكم بزيادة الشرط الجزائي . ومع ذلك فقد أتجه القضاء الفرنسي الى الحكم بزيادة الشرط الجزائي ذي القيمة التافهة وكذلك في حالة ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً، كما وأتجه القضاء الفرنسي الى منح القاضي سلطة تقديرية بشأن مسألة تدخله لتعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو بشأن مقدار الزيادة. كما أتجه الفقه ذات الاتجاه حيث تم اعتبار التعويض الاتفاقي الذي ينصب على تحديد مقدار من التعويض يقل عن مدى الضرر اتفاقاً على تخفيف مسؤولية المدين العقدية، وحيث ان هذا الاتفاق جائز قانوناً فلا مانع من اعماله ، الا ان القانون نفسه يحكم ببطلانه عندما يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً ، ويقدر عندئذ التعويض وفقاً للقواعد العامة في تقدير التعويض. بالاضافة الى ذلك فالتعويض الاتفاقي نظام قانوني مستقل بذاته يستهدف منه تقدير التعويض وهو يختلف عن اتفاقات تخفيف المسؤولية العقدية . والسبب الثاني هو انه إذا سلمنا بأن التعويض الاتفاقي المنصب على تحديد مقدار من التعويض يقل عن الضرر اتفاقاً على تخفيف مسؤولية المدين العقدية فإن هذا الاتفاق بعد باطلاً ولا يعمل به عند ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً ، وهذا ما لا يتفق مع سلطة القاضي المقررة في النصوص القانونية التي تقرر جواز زيادة مبلغ التعويض الاتفاقي في حالة ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً" . لانها مجرد سلطة تعديل وليست سلطة ابطال وجوبية. وعليه ، فالمسوغ القانوني الصحيح لجواز زيادة مبلغ التعويض الاتفاقي عند ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً يتلخص في أن التعويض الاتفاقي ليس الا اتفاقاً يتناول تقدير التعويض لمواجهة الضرر المتوقع فقط . ولذلك فاذا أخل المدين بالتزامه وكان هذا الاخلال مجرداً عن الغش والخطأ الجسيم . لا يمكن الزامه بالمسؤولية عن نتائج الخطأ التي لم تكن منتظرة حين أبرام العقد . فالمدين عندما يتعاقد فإنه لم يتعهد بما هو أبعد من نطاق التعاقد . اما امتداد مدى مسؤولية المدين في حالة ارتكابه غشاً أو خطأ جسيماً لتشمل الضرر غير المتوقع فهو ليست الا عقوبة مدنية نص عليها القانون ، وليست كما يرى أتجاه في القضاء الفرنسي من حيث اعتبار خطأ المدين الذي ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً خطأ تقصيرياً يلزمه بتعويض الضرر كله^{٢٥}، فهو أتجاه منتقد لاستبعاده تطبيق نص المدة ((١٥٠)) مدني فرنسي والسالفة الذكر. فعدم تنفيذ الالتزام العقدي يظل خطأً عقدياً ولا يمكن أن يصبح خطأً تقصيرياً بأي حال من الاحوال. فإن كان التعويض العادل هو الاصل في المسؤولية العقدية . فيستثنى من ذلك حالة ارتكاب المدين الغش أو الخطأ الجسيم إذ تستند المسؤولية عندئذ إلى فكرة الذنب واللوم الادبي ويستبدل التعويض العادل بالتعويض الكامل. وبذلك يكون التعويض قد جمع بين الوظيفة الاصلاحية والوظيفة الرادعة . وبذلك فأذا نسب الى المدين غش أو خطأ جسيم فان الوظيفة الرادعة للمسؤولية تبرز الى الوجود ولا يكون هناك مفر من ردع المدين بالوسيلة الوحيدة الممكنة وهي التعويض الكامل فيلتزم المدين رغم الاتفاق على تقدير التعويض مقدماً بتعويض كل الاضرار التي نتجت عن غشه أو خطئه الجسيم ، فجزر الضرر لا يشترط التعويض الكامل بصورة حتمية وأن التعويض العادل يكفي لجزر الضرر الناتج عن الخطأ اليسير. ويتجه جانب من الفقه^{٢٦} ، الى اعتبار حالة الحكم ببطلان التعويض الاتفاقي في المجال التقصيري عندما يكون التعويض المقدر فيه أقل من الضرر حالة من حالات زيادة التعويض الاتفاقي ، فالقاضي يحكم في هذه الحالة بتعويض أزيد منه متوخ با تطبيق القواعد العامة ليكون معادلاً للضرر الحقيقي . ونحن نرى بأن مثل هذه الحالة لا يمكن اعتبارها من حالات زيادة مقدار التعويض الاتفاقي ، فالتعويض الاتفاقي الذي ينصب على تحديد مقدار من التعويض يقل عن الضرر في مجال المسؤولية التقصيرية بعد اتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام ولا ينتج أي أثر ولا تكون له أي قيمة ، كي يمكن القول بأن للقاضي زيادة مقدار التعويض المقدر فيه ليعادل أو ليتناسب مع الضرر ، بل أن القاضي يعمد الى تقدير التعويض بنفسه ووفقاً للقواعد العامة. اما موقف الفقهاء من زيادة التعويض الاتفاقي يمكن تلخيصه كما يلي:

1. **الفقه الإمامي (الشيعة الإثني عشرية)**: في الفقه الإمامي، يختلف الحكم على زيادة التعويض الاتفاقي حسب نوع العقد والشروط المتفق عليها. بشكل عام، يُسمح بزيادة التعويض الاتفاقي إذا كانت الزيادة تتفق مع شروط العقد ولم تضر بمصلحة الأطراف.^{٢٧}
2. **الفقه الشافعي**: في المذهب الشافعي، يعتبر أن زيادة التعويض الاتفاقي لا بد أن تكون ضمن شروط العقد المتفق عليها ولا تضر بطرفي العقد. فإذا كانت الزيادة مشروطة في العقد وموافقة للعرف، فلا مانع من ذلك^{٢٨}
3. **الفقه الحنفي**: في المذهب الحنفي، يمكن أن يتم الاتفاق على زيادة التعويض ولكن يجب أن يتم هذا الاتفاق بشكل صريح في العقد وأن يكون متناسباً مع نوعية الضرر أو الخسارة التي تعرض لها الطرف المتضرر. أما إذا كانت الزيادة مبالغاً فيها ولا تتوافق مع الضرر الحقيقي، فقد تعتبر غير مشروعة^{٢٩}
4. **الفقه الحنبلي**: في الفقه الحنبلي، لا مانع من زيادة التعويض الاتفاقي ما دام أنه ليس فيه ظلم للطرف الآخر ولم يتجاوز حدود العقد. إذا كانت الزيادة تعتمد على تقدير الأضرار بشكل معقول وفقاً للعرف، فهي جائزة^{٣٠}

اتفق الفقهاء على أن زيادة التعويض الاتفاقي ممكنة بشرط أن تكون ضمن نطاق شروط العقد، وألا تضر بأي من الطرفين أو تكون مبالغاً فيها بما يخالف العدالة والشرع.

المبحث الثاني: احكام التعويض في القانون المدني العراقي و الفقه الاسلامي

نتطرق في هذا المبحث الى احكام التعويض الاتفاقي في القانون العراقي وفي الفقه الاسلامي وذلك في مطلبين فيما يلي :

المطلب الأول: احكام التعويض الاتفاقي في القانون المدني العراقي

يلاحظ أن كل من القانون المدني العراقي، قد نظم موضوع التعويض الاتفاقي بنصوص صريحة، وجعلت بعض أحكامه تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز للأفراد المتعاقدة الاتفاق على خلافها، وبناءً على هذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول: فكرة النظام العام لقد قام المشرع بتشريع القواعد القانونية بهدف تنظيم العلاقات بين الناس، وأقرنها بالجزاء واعطاها صيغة الالتزام، ولكنه قام بتقسيم هذه القواعد إلى قواعد أمرة واعتبرها من النظام العام، ولم يجز الاتفاق على خلافها، وأخرى مكملة وأجاز الخروج عليها، بمعنى الاتفاق على خلافها. يعتبر تعريف النظام العام من أكثر الأمور التي أثارت جدلاً في الفقه وتباينت تبعاً لذلك فكرة النظام العام من حيث نطاقها تبعاً للاتجاهات التي انبعثت عنها هذه التعريفات^{٣١} ومع ذلك يمكن القول بأن القاعدة القانونية إذا تعلقت بنظام المجتمع الأعلى، حيث يخضع لها الجميع ولا يجوز لأحد مخالفتها وإلا فسيتعرض للجزاء اعتبر ذلك من النظام العام، لأن الناس وجدوا أنفسهم ملزمين بمراعاتها وعدم الخروج عليها وهي تحقق رغبة المشرع في تنظيم المجتمع وفق أسس معينة تشكل المعيار الموضوعي في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية^{٣٢}، والواقع أن اختلاف التعريفات جعل من الصعب تحديد فكرة النظام العام على وجه دقيق والأفضل القول أن النظام العام أساسه فكرة المصلحة العامة مهما تكن هذه المصلحة سواء أكانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو غيرها، وحيث أن فكرة المصلحة العامة ممكنة التغيير من دولة إلى أخرى، ومن زمن إلى زمن في نفس الدولة، فإن فكرة النظام العام تعتبر تبعاً لذلك فكرة متغيرة وبعبارة أخرى اعتبرت فكرة نسبية ينظر إليها في جماعة معينة في زمن معين، فمثلاً تعدد الزوجات لا يعتبر مخالفاً للنظام العام في فلسطين، في حين أنه يعتبر كذلك في فرنسا مثلاً، فمن الأفضل في سبيل تحديد فكرة النظام العام إيراد بعض التطبيقات بشأنها مع ملاحظة أن نظام العام يختلف ضيقاً واتساعاً وفقاً للمذهب الاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة، فحيث يسود المذهب الفردي يضيق نطاق النظام العام وحيث يسود المذهب الاشتراكي يتسع مفهوم النظام العام^{٣٣} ومن التطبيقات لفكرة النظام العام في نطاق القانون الخاص عدم جواز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية تخفيضاً أو إعفاءً، وذلك لخطورة النتائج التي تترتب على الخطأ التقصيري، والتي إن أجاز المشرع الاتفاق على تعديل أحكامها يكون قد ساعد وشجع الأفراد على عدم التحرز في تصرفاتهم، وخاصة تلك التي من الممكن أن ينتج عن مباشرتها الحاق الضرر بالغير مثل المصانع ومخلفاتها^{٣٤} ويهدف هذا النظام إلى:

١. تحقيق التوازن بين الأطراف المتعاقدة: من خلال تحديد قيمة التعويض مقدراً مسبقاً، يسهم في تجنب الخلافات المتعلقة بتقدير الضرر الفعلي.
 ٢. تسهيل الإجراءات القضائية: حيث يقلل من الوقت والجهد المبذولين في إثبات الضرر أمام المحكمة، حيث يكون التعويض محددًا مسبقاً.
 ٣. تقليل النزاعات القانونية: من خلال توفير آلية واضحة لحساب التعويض في حال حدوث إخلال بالعقد^{٣٥}
- اما القيود على التعويض الاتفاقي:

١. الحد من المبالغة في التعويض: لا يجوز أن يكون التعويض المقرر في الاتفاق مبالغاً فيه بشكل غير معقول، بحيث يتجاوز الضرر الفعلي الذي قد يتسبب فيه الإخلال.
٢. احترام النظام العام: يجب أن يكون التعويض الاتفاقي متفقاً مع قواعد النظام العام والآداب العامة. فإذا كان الاتفاق يتعارض مع هذه القواعد، يمكن أن يُعتبر باطلاً^{٣٦}

المطلب الثاني: صحه شرط التعويض الاتفاقي

في القانون العراقي، يُعتبر الشرط التعويضي أو ما يُسمى "الشرط الجزائي" من العناصر التي تُدرج في العقد بين الأطراف، ويهدف إلى تحديد مقدار التعويض الذي يُستحق عند الإخلال بالعقد أو عدم تنفيذه. يُنظم الشرط التعويضي في القانون العراقي وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته. اما صحه الشرط التعويضي في القانون العراقي من حيث المبدأ، فإن الشرط التعويضي يكون جائزاً ومقبولاً إذا توافرت فيه بعض الشروط التي يتطلبها القانون، وهي:

١. الاتفاق الحر: يجب أن يكون الشرط التعويضي قد تم الاتفاق عليه بحرية ورضا من قبل الأطراف المتعاقدة. فلا يمكن فرضه بشكل تعسفي.

٢. الوضوح: يجب أن يكون الشرط التعويضي واضحاً ومحددًا من حيث مقدار التعويض أو طريقة حسابه، حتى لا يكون هناك لبس أو غموض في تفسيره.

٣. عدم مخالفة النظام العام: يجب ألا يتعارض الشرط التعويضي مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب العامة. فإذا كان الشرط يُعتبر مجحفًا أو يتضمن زيادة غير معقولة في التعويض عن الخسائر المحتملة، فقد يُعتبر غير قانوني.

٤. تقدير التعويض: في بعض الحالات، قد يكون من الصعب تحديد التعويض بشكل دقيق في العقد، لذلك يسمح القانون للقاضي بتقدير التعويض بناءً على الظروف الموضوعية وشروط العقد. ولكن يجب أن يكون التقدير ضمن حدود معقولة، وأن لا يكون مبالغًا فيه.

٥. إمكانية تعديل أو تقليل المبلغ: وفقًا للقانون المدني العراقي، يجوز للقاضي تقليص مبلغ التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغًا فيه ويضر بالعدالة. هناك أحكام أخرى في القانون المدني العراقي في المادة ٢٢١ تسمح للأطراف بتحديد التعويضات مسبقًا، ولكنه يشترط أن يكون هذا التعويض مناسبًا للضرر الفعلي. في المادة ٢٢١ من القانون المدني العراقي، يُسمح للطرف المتضرر من العقد المطالبة بالتعويض الذي يتفق عليه في حال الإخلال بالعقد، ولكن هذا لا يمنع من تعديل مقدار التعويض إذا كان غير متناسب مع الضرر الحقيقي. الشرط التعويضي في القانون العراقي يُعد من الأدوات القانونية المهمة لضمان تنفيذ الالتزامات وحماية حقوق الأطراف في العقد، لكنه يخضع لضوابط وشروط معينة لضمان العدالة وعدم التجاوز على حقوق الأطراف. في القانون المدني العراقي، ينظم التعويض الاتفاقي في المادة ٢٢٦ من قانون المعاملات المدنية العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، حيث يسمح للأطراف باتفاق مسبق على تحديد التعويض في حال الإخلال بالعقد. ومع ذلك، يشترط أن لا يتجاوز هذا التعويض الضرر المتوقع أو الفعلي الناجم عن الإخلال، ولا يجوز أن يكون التعويض غير معقول أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة. في القانون العراقي، يُسمح للأطراف المتعاقدة بتحديد التعويض المترتب على إخلال بالعقد (الشرط الجزائي). ومع ذلك، يضع النظام القانوني العراقي بعض القيود على هذا التعويض لكي لا يكون غير معقول أو مبالغ فيه. يُعتبر التعويض الاتفاقي وسيلة لتوفير الحماية للطرف المتضرر، ولكن يجب أن يتناسب مع الضرر الفعلي ولا يتجاوز حدود ما يمكن أن يُعتبر مقبولاً من الناحية القانونية. وفي حال تم تحديد تعويض مبالغ فيه، فإن المحاكم العراقية قد تقوم بتعديله بما يتماشى مع الضرر الفعلي والنظام العام. النظام العام هنا يشير إلى ضرورة احترام العدالة والمساواة بين الأطراف المتعاقدة، وعدم السماح بأي تجاوز في تحديد التعويضات التي قد تضر بمصلحة أحد الأطراف بشكل غير مبرر. أما في الفقه الإسلامي أدلة القائلين بصحة التعويض الاتفاقي مطلقاً

أولاً: الأدلة النقلية: استدلت هؤلاء بالقرآن والسنة المطهرة والأثر والإجماع.

١- القرآن الكريم

(1) قال الله تعالى: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود^{٣٧} وجه الدلالة جاء الخطاب من الله جل وعلا بلفظ الإيمان للتكريم والتعظيم أي يا معشر المؤمنين أوفوا بالعقود وهو لفظ يشمل كل عقد وعهد بين الإنسان وربه - وبين الإنسان والإنسان^{٣٨}

(2) قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه - وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تسلموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تعفوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم^{٣٩} وأما السنة فمنها ما روى عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج^{٤٠} وجه الدلالة: دل الحديث على استحقاق الشروط للوفاء عامة، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء لحرمة موضوعها كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى^{٤١} وجه الدلالة دل الحديث على إن عدم الوفاء بالوعد أمر خطير يقذف الإنسان في أتون النفاق الذي قال الله عز وجل في أصحابه إن المنافقين في الدرك الأسفل من النار ولن تجد لهم نصيراً^{٤٢} قال ابن القيم إذا كان من علامات النفاق إخلاف الوعد، وليس بمشروط فكيف بالوعد المؤكد بالشرط بل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر^{٤٣} وعن عمرو بن الشريد عن ابن عباس - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته^{٤٤}

٢- الإجماع: أجمعت المذاهب الفقهية على صحة الشرط الذي يشكل مصلحة العقد ويؤكد موجهه^{٤٥} والتعويض الاتفاقي كالكفالة والرهن والشهادة فالشروط مع مشروطاتها ثلاثة أقسام أحدها: أن يكون مكملاً لحكمة المشروط وعاضداً لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال كاشتراط الكفء،

والإمساك بمعروف والتسريح بإحسان في النكاح، واشتراط الرهن والحميل والنقد أو النسيئة في الثمن في البيع فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا فإنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضى حكما^{٤٦} والتعويض الإتفاقي من مصلحة العقد لأنه حافز لمن شرط عليه أن ينجز لصاحب الشرط حقه ومساعدة له على الوفاء بشرطه فكان شبيها باشتراط الرهن والكفيل في الوفاء لصاحب الشرط بشرطه فيلزم الوفاء بالتعويض الإتفاقي فيكون إذا من الشروط الصحيحة^{٤٧}

ثانيا: الأدلة العقلية

أولاً: المصلحة المرسلّة: وهي: المصلحة التي تلائم تصرفات الشارع، ومقاصده، ولم يشهد لها دليل معين من الشارع بالاعتبار ولا بالإلغاء، ويتحقق من ربط الحكم بها جلب منفعة أو دفع مفسدة^{٤٨}. والتعويض الإتفاقي لا يوجد له نص خاص في الشريعة بإلغائه أو اعتباره، وعلى وفق هذا القول يمكن الحكم بجواز التعويض الإتفاقي خاصة وأن العمل به له فائدة خاصة بالمتعاقدين وله أيضا مزايا عامة تعم المجتمع - أما الأهداف الخاصة بالمتعاقدين نذكر منها على سبيل المثال: أنه يضمن تنفيذ الالتزام، وعدم الإخلال به خوفا من الغرامة التي قد تكون أشد وطأة من تنفيذ الالتزام وفي هذا سد الأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق الناس^{٤٩}

ثانيا: الحاجة:^{٥٠} أدخلت الحاجة استثناءات على القواعد العامة الشرعية وفتحت الباب أمام الجواز الشرعي لها وذلك سدا لحاجة الناس بل أن المحذور يباح للحاجة فعقد السلم وهو بيع المعدوم المنهى عنه وباطل شرعا لقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - لا تبع ما ليس عندك^{٥١}، ولكن الشارع عز وجل رخص في السلم وأباحه دفعا للضرر عن المحتاجين، قال تعالى: يا أيها الذين امنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه^{٥٢}، قال ابن عباس: أشهد أن الآية أنزلت في السلم إلى أجل معلوم^{٥٣}، وأجيزت الإجارة لدفع الضرر وسدا للحاجة وإن كانت عقدا على منافع معدومة تستوفى على توالي الزمن^{٥٤}، والوصية أبيحت لحاجة المكلف إلى استدراك ما فاته من فعل الخير، قال تعالى: "من بعد وصية يوصى بها أو دين

٥٥

المطلب الثالث: عدم جواز شرط التعويض الإتفاقي

في القانون العراقي، يعد الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي أحد الأدوات التي يمكن استخدامها لتحديد المبالغ المستحقة كتعويض للطرف المتضرر في حال إخلال أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته التعاقدية. لكن من المهم أن نفهم كيف ينظم القانون العراقي هذه المسألة، خاصة في ما يتعلق بجواز أو عدم جواز هذا الشرط، بالإضافة إلى القيود التي يضعها على تطبيقه.

١. تعريف الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي) الشرط الجزائي هو بند يتم الاتفاق عليه بين الأطراف في العقد يُحدّد فيه مقدار التعويض الذي يجب دفعه في حال حدوث إخلال بالعقد، سواء كان ذلك التأخير في تنفيذ الالتزام أو عدم تنفيذه كلياً. يعتبر هذا البند بمثابة تعويض تقديري مسبق للطرف المتضرر دون الحاجة إلى إثبات حجم الضرر الفعلي.

٢. جواز الشرط الجزائي في القانون العراقي

القانون المدني العراقي يعترف بالشرط الجزائي ويعتبره جائزاً في الحالات التي يتم فيها الاتفاق عليه بين الأطراف، لكن هناك بعض الضوابط والشروط التي يجب أن تلتزم بها الأطراف عند تحديده. المادة ٢٢١ من القانون المدني العراقي تنص على: الفقرة الأولى: "يجوز الاتفاق على شرط جزائي في العقد يكون ثابتاً في حالة الإخلال بالعقد." وهذا يعني أن الشرط الجزائي هو أداة قانونية مقبولة ويمكن استخدامها في العقود لضمان الالتزام. الفقرة الثانية: "لكن للمحكمة الحق في تخفيض المبلغ المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه بما لا يتناسب مع حجم الضرر الفعلي الناشئ عن الإخلال بالعقد." هذا النص يعطي المحكمة حق التدخل في حالة كان المبلغ المتفق عليه كتعويض جزائي غير متناسب مع الضرر الواقع، مما يعني أن المحكمة يمكن أن تخفض مبلغ التعويض في حال كان المبلغ كبيراً جداً مقارنة مع الأضرار الفعلية.

٣. الشروط القانونية المقررة للشرط الجزائي

أ. التناسب مع الضرر الفعلي من أهم المبادئ التي يستند إليها القانون المدني العراقي هو مبدأ التناسب بين الضرر والمبلغ المتفق عليه كتعويض جزائي. فإذا كان المبلغ الذي تم الاتفاق عليه في العقد مبالغاً فيه ولا يتناسب مع الأضرار الواقعية التي نجمت عن الإخلال بالعقد، يحق للمحكمة أن تتدخل وتخفض هذا المبلغ إلى الحد المعقول. هذا المبدأ يعكس العدالة في العقود، ويهدف إلى حماية الأطراف من الشروط التعسفية أو المبالغ غير المنطقية.

ب. عدم التعسف أو الظلم على الرغم من أن الشرط الجزائي مسموح به في القانون العراقي، فإنه لا يجب أن يتضمن شروطاً تعسفية ضد أحد الأطراف. يمكن للمحكمة أن تتدخل إذا كانت الشروط تعسفية أو غير متوازنة بحيث تؤدي إلى ظلم أحد الأطراف، وخصوصاً إذا كانت المبالغ المُتفق عليها أكثر من الضرر الفعلي الذي وقع.

٤. الموافقة الحرة للطرفين الشرط الجزائي يجب أن يتم بموافقة حرة من طرفي العقد. أي أنه لا يمكن فرض شرط جزائي بشكل تعسفي أو ضاغط على أحد الأطراف، بل يجب أن يكون متفقاً عليه من قبل جميع الأطراف في العقد. إذا كان أحد الأطراف قد وقع تحت ضغط أو تهديد في التفاوض على الشرط الجزائي، قد تعتبر المحكمة هذا الشرط غير ملائم^{٥٦}، أمل أدلة القائلين بعدم جواز التعويض الإتفاقي في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام، استدلت القائلون بعدم جواز التعويض الإتفاقي في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام بدليل عقلي فقال أحدهم: إذا كان المضمون مالا، كان على الضامن الوفاء بأداء ما شغلت به ذمته من مال إلى مستحقه، فإذا امتنع أجبره القاضي على ذلك الوفاء، ونفذ على ماله بالطرق المشروعة في التنفيذ على المدين لوفاء دينه، وإذا ظهر إفساره فظرة إلى ميسرة، وليس عليه تعويض جزاء تأخير الوفاء حتى وإن ترتب على ذلك ضرر للدائن... ذلك لأن وجوب التضمين بالمال إنما يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله، أو نقص قيمته بفعل ضار، أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال فلا يرى الفقهاء له تعويضاً^{٥٧}، وقد أجب عن ذلك بما ذكره القائلون بجواز التعويض في حالتيه فقالوا: إن نظرية الضمان في الفقه الإسلامي تلاحق كل ضرر لتعويضه ممن أحدثه مباشرة، أو تسبباً، وهي مسألة حيوية في الشؤون المالية تترتب على وفقها المصالح، والخسائر فصاحب العمل الذي اتفق مع مقاول على بناء منشآت في معرض، وحدد له وقت محدد سيتسبب التأخير في تسليمها في عدم اشتراكه في المعرض، وهذا ما يسبب بالتالي عدم عرض سلعته ورواجها، وفي هذا ما فيه من خسارة مادية، وصاحب الدعوى الذي يتفق مع محام على رفع استئناف له، فإن تأخر المحامي في رفعها إلى ما بعد الميعاد المحدد قانوناً، سيترتب عليه عدم قبولها، وفي هذا ما فيه من الخسائر المادية، وهكذا، وعلاوة على هذا فطالما كان هناك ضرر أحدثه عدم تنفيذ العقد، أو التأخر فيه، فلا بد أن يكون مرتبطاً بالمال إتلافاً له، أو نقصاً منه، فكيف يقال بعدم تعويضه، فهل التعويض عن الضرر يختلف عن إتلاف الأموال؟ أليس إتلاف الأموال ضرر في حد ذاته^{٥٨}، والذي يبدو لي أن منكر التعويض الإتفاقي في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام إنما ينكر التعويض عن الضرر الأدبي ويعتبر أن مجرد التأخير في تنفيذ الالتزام يترتب عليه ضرر أدبي فقط، ولا وجه للتعويض الأدبي عنده، وقد أمكن الرد على ذلك في موضعه، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه قد ثبت أن مجرد التأخير في تنفيذ الالتزام يؤدي إلى ضرر مالي.

الخاتمة

أولاً: النتائج

١. التعديل والزيادة والتخفيض في التعويض: كل من القانون العراقي والفقه الإسلامي يسمحان بتعديل التعويض الإتفاقي في حالات معينة، وفقاً للعدالة والمساواة بين الأطراف. يتم التعديل بناءً على الظروف التي تؤثر في تعبير الأطراف عن إرادتهم عند التعاقد.
٢. احترام العدالة في تحديد التعويض: سواء في القانون العراقي أو الفقه الإسلامي، يتم التأكيد على أن التعويض يجب أن يتناسب مع الضرر الفعلي ويجب أن يكون متوازناً. ولا يجوز أن يكون المبلغ مبالغاً فيه أو يتعارض مع معايير العدالة.
٣. التدخل القضائي: في حالات نزاع حول التعويض الإتفاقي، يحق للقاضي التدخل لتعديل المبلغ بناءً على معايير قانونية أو شرعية.

ثانياً: التوصيات

١. ينبغي توعية الأطراف في العقود التجارية والمدنية حول أهمية تحديد التعويض بشكل عادل ومتوازن، مع ضرورة مراعاة مبدأ العدالة والظروف الخاصة بكل حالة.
٢. من المهم أن يُشجع الأطراف على التفاوض بحذر وتحديد شروط التعويض بشكل دقيق وواضح منذ بداية التعاقد، بما يحمي حقوق الطرفين ويمنع حدوث النزاعات المستقبلية.
٣. يجب أن يلعب القاضي دوراً حاسماً في حماية حقوق الأطراف المتضررة، وتعديل التعويضات عند الضرورة لضمان تحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف.
٤. من الضروري مراجعة وتحديث التشريعات الخاصة بالتعويضات في القانون العراقي لتتماشى مع المعايير العالمية ومع المبادئ الشرعية في الفقه الإسلامي، بما يضمن التوازن بين حقوق الأطراف ومقتضيات العدالة.

المصادر والمراجع

١. - إبراهيم الدسوقي أبو الليل / الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، مكتبة دار النهضة العربية، ١٩٧٥،
٢. - ابن عابدين، المختار، ح ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٠م،
٣. ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، ١٩٩٧،
٤. ابن كثير- تفسير القرآن العظيم، ج ٢ - ط ١٩٥٦،
٥. ابن كثير، التفسير العظيم، ج ١، مؤسسة الرسالة، ١٩٨١.
٦. ابن مفتاح - المنتزح المختار - ج ٣ - مكتبة أهل البيت عليهم السلام في بيروت، لبنان، ٢٠١٩
٧. أخرجه أبو داود - ح ٣ - - الحديث رقم ٣٥٠٤ - كتاب الإجارة - باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
٨. - الحديث أخرجه البخاري في صحيحه - باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح - وأخرجه مسلم في صحيحه - ها - - باب الوفاء بالشروط في النكاح - والإمام أحمد في مسنده - ج ١ -
٩. - الشاطبي - الموافقات - ج ١ - ط دار الكتب العلمية .
١٠. - الشيرازي، اللمعة دمشقية، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٩٩٠،
١١. - العلامة الحلي - المنتهى، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٩٩٠،
١٢. انوار سلطان، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٩،
١٣. توفيق سعيد، شرح القانون المدني: الجزء الأول (نظرية العقد)، ٢٠١١،
١٤. - جاء في قرار محكمة التمييز المرقم ١٦٥ ص - ١٩٥٥ في ٦/٣ / ١٩٥٥ ((اذا كان العمل الذي قام به الدائن هو السبب في عدم تنفيذ العقد فان ذلك يعتبر سبباً أجنبياً يعفي المدين من الشرط الجزائي))
١٥. جبرائيل غزال / سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دار النهضة العربية، ١٩٨٢
١٦. حامد محمد بن محمد الغزالي - المستصفي - ج ١ - دار الكتب العلمية، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م
١٧. الحديث أخرجه أبو داود - ح ٣ - كتاب الأفضية - باب الحبس في الدين،
١٨. الحديث أخرجه أبو داود في سنته - ج ٣ - كتاب الأفضية - باب الصلح - ط دار الفكر - وأخرجه الترمذي في كتاب الأحكام - الباب ١٧ رقم ١٣٥٢
١٩. الحديث أخرجه البخاري - ح ٣ - باب الحوالة - وأخرجه مسلم - حدا -
٢٠. - حسنى محمد جاد الرب، التعويض الإتفاقي عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعي، كلية الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٣،
٢١. الزعبي، خالد الفضل منذر المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨
٢٢. سوار محمد وحيد الدين، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة، ٢٠٠٣،
٢٣. السيوطي، الأشباه والنظائر، مكتبة القرآن، مصر، ١٩٨٠
٢٤. الشاطبي إبراهيم بن موسى بن محمد اللحى الغرناطي المالكي، الموافقات - ط دار إحياء الكتب العلمي
٢٥. الشافعي، الكتاب، دار الفكر، ١٩٥٠م،
٢٦. الشافعي، الروضة في الفقه الشافعي"، ودار إحياء التراث العربي، ١٩٩٢،
٢٧. - شمس الدين الوكيل، دروس في الإلتزامات، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٠.
٢٨. الشهيد الثاني، اللمعة دمشقية، (في باب الضمان والإلتزامات)،
٢٩. الطوسي، التهذيب، الجزء ٧، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٩٩٠
٣٠. الطوسي، "المبسوط"، دار الكتب الإسلامية ومؤسسة آل البيت، ١٩٩٧م،
٣١. عباس الصراف، وحزبون، جورج المدخل إلى علم القانون، ط ١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١،
٣٢. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٥٦،

٣٣. عبد الرزاق، السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، مطبعة دار النهضة العربية، ١٩٦٥،
٣٤. عبد العزيز محمد عزام - قواعد الفقه الإسلامي - ط مكتبة الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر - ط عام ١٩٩٨-١٩٩٩م،
٣٥. عبد الله الموصللي - الاختيار في تعليل المحتار، ح ٢ -
٣٦. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، القاهرة، بدون سنة طبع
٣٧. على حسب الله - أصول التشريع الإسلامي - ط ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م،
٣٨. الغزالي - المستصفي - ج ١ - ط الأميرية عام ١٣٢٢هـ
٣٩. الكاساني، بدائع الصنائع، ح ٧، دار الكتب العلمية - ط ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م،
٤٠. -محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، الإسكندرية، ١٩٧٢م
٤١. محمد بن الحسن الشيباني، "المبسوط"، دار الكتب العلمية ومكتبة دار إحياء التراث العربي، ١٩٦١
٤٢. محمد عيد عابدين - دفع الضرر في الشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه لكلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - عام ١٣٩٦. ١٩٧٦م
٤٣. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٧٧،
٤٤. محمود حمدي، شرح القانون المدني "دار الحامد للنشر والتوزيع ١٩٩٩،
٤٥. هيئة كبار العلماء السعودية - مجلة البحوث -
٤٦. يوسف قاسم - نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي وما بعدها ط دار النهضة العربية - عام ١٤٠١هـ - ١٩٨١م،

ثانياً: الرسائل والاطارح

- ١-طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني - رسالة دكتوراه مقدمة في جامعة السوربون - فرنسا - عام ١٣٩٤ هـ ١٩٧٤
- ٢- قصي سلمان هلال الدليمي، التعويض الأتفاقي، رسالة ماجستير بغداد، ١٩٩٦.

هوامش البحث

- ١ - شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٠، ص ٢٩
- ٢ - عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٢٨.
- ٣ - قصي سلمان هلال الدليمي، التعويض الأتفاقي، رسالة ماجستير بغداد، ١٩٩٦ ص ١٢١
- ٤ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، مطبعة دار النهضة العربية، ١٩٦٥، ص ٨٧٢ هامش
- ٥ - الشاطبي إبراهيم بن موسى بن محمد اللحمي الغزنطبي المالكي، الموافقات - ط دار إحياء الكتب العلمية ص ١٢٦ .
- ٦ - الغزالي - المستصفي - ج ١ - ط الأميرية عام ١٣٢٢هـ، ص ٩٣ .
- ٧ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، مكتبة دار النهضة العربية، ١٩٧٥، ص ٢٠٦ - ٢٠٧
- ٨ - جبرائيل غزال، سلطة القاضي في تعديل التعويض الأتفاقي، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ٢٠١
- ٩ - محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٧٧، ص ٧٦٢
- ١٠ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصدر السابق، ص ١٩٤.
- ١١ - جاء في قرار محكمة التمييز المرقم ١٦٥ ص - ١٩٥٥ في ٦/٣ / ١٩٥٥ ((اذا كان العمل الذي قام به الدائن هو السبب في عدم تنفيذ العقد فان ذلك يعتبر سبباً أجنبياً يعفي المدين من الشرط الجزائي))
- ١٢ - قصي سلمان الدليمي، المصدر السابق، ص ١٤٠.
- ١٣ - الطوسي، التهذيب، الجزء ٧، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٩٩٠ ص ٣٤
- ١٤ - الكاساني، بدائع الصنائع، ح ٧، دار الكتب العلمية - ط ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م، ص ١٥٨
- ١٥ - حسنى محمد جاد الرب، التعويض الأتفاقي عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعي، كلية الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص ٢٥٠

- ١٦ - السيوطي، الأشباه والنظائر ، مكتبة القرآن، مصر، ١٩٨٠ ص ٣٩٠.
- ١٧ - ابن قدامة ، المغني، دار عالم الكتب، ١٩٩٧، ص ٢٣٨، ٢٤١
- ١٨ - العلامة الحلي ، المنتهى ، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٩٩٠، ص ٤٥.
- ١٩ -الكاساني ، بدائع الصنائع ، المصدر السابقه ص ٢١٣
- ٢٠ - الشيرازي ، للمعة دمشقية، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٩٩٠، ص ٤١٢.
- ٢١ -الشهيد الثاني ، للمعة دمشقية ، (في باب الضمان والالتزامات)، ص ٩٦٦.
- ٢٢ - الشافعي، الكتاب، دار الفكر، ١٩٥٠م، ص ١٦٥-١٧٠
- ٢٣ -ابن قدامة ، المغني ج ٦ ، المصدر السابق، ص ١٨٨
- ٢٤ -ابن عابدين، المختار، ح ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٨٠م، ص ٤٥٤٠٤٥٣ وما بعدها .
- ٢٥ -محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ، ص ٣٩٠ .
- ٢٦ -محمد إبراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، الإسكندرية، ١٩٧٢م، ص ٣٧٥ .
- ٢٧ - الطوسي، "المبسوط"، دار الكتب الإسلامية ومؤسسة آل البيت، ١٩٩٧م، ص ١٢٣
- ٢٨ - الشافعي، الروضة في الفقه الشافعي"، ودار إحياء التراث العربي ، ١٩٩٢، ص ٤٠٠
- ٢٩ - محمد بن الحسن الشيباني، "المبسوط"، دار الكتب العلمية ومكتبة دار إحياء التراث العربي، ١٩٦١م ص ٣٥٤
- ٣٠ - ابن قدامة، "المغني"، المصدر السابق، ص ٢٥٦
- ٣١ - انوار سلطان، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٢٥
- ٣٢ - خالد الفضل منذر الزعبي، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٥٣
- ٣٣ - عباس الصراف، وحزبون، جورج المدخل إلى علم القانون، ط١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ٣٦.
- ٣٤ - سوار محمد وحيد الدين ، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة، ٢٠٠٣، ص ٢٨
- ٣٥ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٥٦، ص ٤١٠.
- ٣٦ - محمود حمدي، شرح القانون المدني"دار الحامد للنشر والتوزيع
١٩٩٩، ص ٣٥٠ .
- ٣٧ -سورة المائدة - من الآية رقم ١.
- ٣٨ - ابن كثير- تفسير القرآن العظيم ، ج ٢ - ط ١٩٥٦، ص ٣ .
- ٣٩ -سورة البقرة - الآية رقم ٢٨٢
- ٤٠ -الحديث أخرجه البخاري في صحيحه - ص ١٩١ - باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح - وأخرجه مسلم في صحيحه - ها - ص ٥٩٣ - باب الوفاء بالشروط في النكاح - والإمام أحمد في مسنده - ج ١ - ص ١٤٤١١٥٠ .
- ٤١ - سورة البقرة - الآية رقم ٢٣٨
- ٤٢ - سورة النساء - الآية رقم ١٤٥
- ٤٣ - ابن القيم - - ح ١ - ط السعادة - ص ٤٠٢ .
- ٤٤ - الحديث أخرجه أبو داود - ح ٣ - كتاب الأفضية - باب الحبس في الدين، ص ٣١٣.
- ٤٥ - ابن مفتاح - المنتزح المحتار - ج ٣ - مكتبة أهل البيت عليهم السلام في بيروت، لبنان، ٢٠١٩ ص ٦٦
- ٤٦ - الشاطي - الموافقات - ج ١ - ط دار الكتب العلمية - ص ٢١٠ .
- ٤٧ - هيئة كبار العلماء السعودية - مجلة البحوث - ص ١٣٤.
- ٤٨ - حامد محمد بن محمد الغزالي - المستصفي - ج ١ - دار الكتب العلمية
١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م ص ١٣٩.

- ٤٩ - طلال المهتار ، البند الجزائري في القانون المدني - رسالة دكتوراه مقدمة في جامعة السوربون - فرنسا - عام ١٣٩٤ هـ ١٩٧٤ ص ٤٩ وما بعدها
- ٥٠ - على حسب الله - أصول التشريع الإسلامي - ط ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م، ص ٣٤٦ .
- ٥١ - الحاجة هي: حالة يجد الإنسان نفسه معها في جهد ومشقة وقد يتوقف دفع هذه المشقة على الإتيان لفعل معين كمثل حالة المرض الشديد غير المهلك، وهذه الحالة لا تبيح له تناول الحرام، وإنما قد تتيح له الفطر في رمضان إذا حشى زيادة المرض.
- والحاجة تقترب من الضرورة لأن كلا منهما يقوم على معنى الرخصة، ولكن تختلف الحاجة عن الضرورة لأن الضرورة هي خوف الهلاك، أما الحاجة فهي خوف الضرر، انظر . يوسف قاسم - نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي وما بعدها ط دار النهضة العربية - عام ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م، ص ٩٥.
- وتختلف الحاجة عن الضرورة كذلك من ناحية الحكم فحكم الحاجة مستمر وحكم الضرورة مؤقت لمدة قيام الضرورة انظر عبد العزيز محمد عزلم - قواعد الفقه الإسلامي - ط مكتبة الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر - ط عام ١٩٩٨-١٩٩٩ م، ص ٢٣٤
- ٥٢ - محمد عيد عابدين - دفع الضرر في الشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه لكلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - عام ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م - ص ٦٤، وما بعدها.
- ٥٣ - أخرجه أبو داود - ح ٣ - ص ٢٨٣ - الحديث رقم ٣٥٠٤ - كتاب الإجارة - باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
- ٥٤ - عبد الله الموصلي - الاختيار في تعليل المحتر ، ح ٢ - ص ٧٦ .
- ٥٥ - ابن كثير، التفسير العظيم ، ج ١ ، مؤسسة الرسالة، ١٩٨١ ص ٣٣٥.
- ٥٦ - . توفيق سعيد، شرح القانون المدني: الجزء الأول (نظرية العقد)، ٢٠١١، ص ١٣٠-١٤٥
- ٥٧ - علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٧، وما بعدها.
- ٥٨ - جمال الدين محمد أحمد عطوة - المسؤولية التعاقدية في الفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه لكلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - عام ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م - ص ٣٨