الإختلاف بين شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي في القانون الإنكليزي دراسة تحليلية مقارنة بالقانونين اللبناني والعراقي

The Difference between the Liquidated Damages Clause and the Penalty Clause in the English Law/ An Analytical Comparative Study with both the Lebanese and Iraqi laws

د.يونس صلاح الدين علي

أستاذ القانون الخاص المساعد

كلية القانون والعلاقات الدولية والدبلوماسية

جامعة جيهان الخاصة

الملخص

يعد التعويض عن الإخلال بالعقد عموماً أحد معالجات قانون الأحكام العام الإنكليزي, والذي تلجأ اليها المحاكم لجبر الضرر الذي يتعرض له المدعي نتيجة إخلال المدعى عليه بالعقد, خلافاً للمعالجات الإنصافية التي تتضمن التنفيذ العيني والأوامر القضائية. ويدخل كلاً من شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي ضمن معالجات قانون الأحكام العام للأضرار التي يتعرض لها الطرف المتضرر من الإخلال بالإلتزام التعاقدي. إن شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً هو بند تعاقدي يستعمل لتحديد مقدار التعويضات التي ينبغي أن تدفع الى الطرف المتضرر من الإخلال بالعقد, ويمثل تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد. أما الشرط الجزائي فهو أيضاً بند تعاقدي يستعمل لتحديد مبلغ معين يدفع الى الطرف غير المخل بالعقد. وهو لا يمثل تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد, ولكنه يهدد فحسب بإنزال العقوبة بالطرف المخل بالعقد. ويتسم بسمتي فداحة التقدير ومنافاة الضمير الحي. في الوقت الذي نظم فيه كل من قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام

١٩٣٢ والقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الشرط (البند) الجزائي وعداه مماثلاً ومرادفاً قانوناً لشرط التعويض الإتفاقي.

الكلمات الدالة: شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً, الشرط الجزائي, تعويضات قضائية غير محددة مسبقاً, معالجات قانون الأحكام العام,

Abstract

The damages for the breach of the contract are considered, in general, as one of the common law remedies for the damage and loss suffered by the aggrieved Party. As opposite to the equitable remedies including both the specific performance and injunctions. It is worth-bearing in mind that both the liquidated damages clause and the penalty clause are included within the Common Law Remedies. The liquidated damages clause is a contractual term used to specify the amount of damages to be paid to the innocent or injured party, owing to the breach of the contract. It represents a genuine pre-estimate of damages for the loss. The penalty clause is also a contractual term used to specify a particular sum to be

paid to the non-breaching party. It does not represent a genuine pre-estimate of damages for the loss, but only aims at threatening to penalize the breaching party, and is featured by its extravagant and unconscionable characteristics. Whereas both the Lebanese obligations and contracts law of 1932 and the Iraqi civil law No. (40) of 1951 regulate the penalty clause, and consider it as an equivalent and synonymous legal term of the pre-estimated liquidated damages.

Keywords: Damages: Liquidated Damages clause, Penalty clause, Unliquidated Damages, Common Law Remedies,

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث: يعد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي بنداً تعاقدياً يستعمل لتحديد مقدار التعويضات التي ينبغي أن تدفع الى الطرف المتضرر من الإخلال بالعقد, كما أنه يمثل تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد. أما الشرط الجزائي فهو أيضاً وبالمقابل بند تعاقدي يستعمل لتحديد مبلغ معين يدفع الى الطرف غير المخل بالعقد. إلا أنه لا يمثل تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد, ولكنه يهدد فحسب بإنزال العقوبة بالطرف المخل بالعقد. ويتسم بسمتي فداحة التقدير ومنافاة الضمير الحي. ويصنف كلا هذين النوعين من الشروط أو البنود ضمن معالجات قانون الأحكام العام العرفي والقضائي للأضرار والخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد. وعلى الرغم من وجود بعض أوجه الشبه بين هذين النوعين من البنود التعاقدية في القانون الانكليزي, إلا أن أوجه الإختلاف بينهما أكثر من ذلك. ويترتب على هذين النوعين من الشروط مجموعة من الآثار القانونية. في الوقت الذي نظم فيه كل من قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام ١٩٣٢ والقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الشرط (البند) الجزائي وعداه لفظاً مرادفاً لشرط التعويض الإتفاقي.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث: إن السبب الرئيس في اختيار موضوع البحث هو محاولة الإفادة من الإختلافات القائمة بين شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي في القانون الانكليزي وإقتراح بعض التوصيات للمشرعين اللبناني والعراقي بهذا الشأن.

ثالثاً: أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في وجود نظامين قانونين مختلفين في القانون الانكليزي هما شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي, واللذين تترتب عليهما آثار قانونية مختلفة نتيجة الإختلافات الدقيقة بينهما. في الوقت الذي لا توجد فيه مثل هذه الإختلافات فيما يتعلق بالشرط (البند) الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي.

رابعاً: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في القصور الذي إعترى موقف القانونين اللبناني والعراقي بعدم وجود تنظيم أو نظام قانوني متكامل يميز بوضوح, ويبرز الإختلافات الدقيقة بين شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي أسوة بقانون الأحكام العام الإنكليزي العرفي

غير المكتوب والمبني على السوابق القضائية. وبعبارة أخرى عدم وجود تمييز دقيق وواضح بين الشرطين اللذين يعدان شرطاً واحداً ولفظين مترادفين في هذين القانونين. وسوف يوصي البحث المشرعين اللبناني والعراقي بتبني بعض الضوابط التي إعتمدتها المحاكم الانكليزية للتمييز وبوضوح بين شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي وعدم الخلط بينهما وعدهما شرط واحد ذي تسميتين مترادفتين, وذلك لغرض الإفادة من الوظائف المحددة لكل واحد منهما. ومن أبرزها ضابط تعادل أو إختلال القوة التفاوضية لطرفي العقد, وضابط مدى مصداقية التقدير المسبق للمبلغ الوارد في الشرط, وضابط مقدار المبلغ المنصوص عليه في الشرط. فضلاً عن إمكانية الإفادة من قواعد التفسير التي وضعتها المحكمة الانكليزية للتمييز بين شرط التعويض الإتفاقي المسبق والشرط الجزائي, وذلك في حكمها الصادر في قضية (Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd 1915. AC 79) .

خامساً: نطاق البحث: يتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل البحث في مفهوم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي مقارنته بالشرط الجزائي في نفس القانون للتعرف على أوجه الشبه والإختلاف بينهما والآثار القانونية المترتبة عليهما. ثم مقارنة موقف القانون الانكليزي من هذه المسألة بموقف القانونين اللبناني والعراقي.

سادساً: منهجية البحث: إنتهجت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، بإجراء تحليل قانوني لشرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي في القانون الإنكليزي ومقارنتهما ببعضهما البعض, ثم مقارنة موقف القانون الإنكليزي من هذه المسألة بموقف القانونين اللبناني والعراقي.

سابعاً: خطة البحث: في ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على مبحثين وكما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً ومقارنته بالشرط الجزائي في القانونين الانكليزي والمقارن.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً ومقارنتها بالشرط الجزائي في القانونين الانكليزي والمقارن.

المبحث الأول

مفهوم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً ومقارنته بالشرط الجزائي في القانونين الانكليزي والمقارن

يرجع أصل التعويض عن الإخلال بالعقد (Damages for Breach of Contract) عموماً, والتعويض الإتفاقي أو المحدد على وجه الخصوص في القانون الانكليزي الى قانون الأحكام العام (Common Law) غير المكتوب ذي الأصل العرفي, والذي إستقى مبادئه من السوابق القضائية للمحاكم الانكليزية أولاً[١], والجهود التي بذلها قضاة المحاكم الملكية منذ الغزو النورماندي[2], ومن قواعد العدالة والإنصاف[٣], ثم من التشريعات الصادرة لاحقاً[٤]. لذا فإن دراسة مفهوم التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي تستلزم منا البحث في تعريف التعويض عن الإخلال بالعقد عموماً, ثم شرط التعويض الإتفاقي والشرط الجزائي على وجه الخصوص وبيان خصائصهما في القانون الانكليزي ومقارنتهما بموقف القانونين اللبناني والعراقي وكما يأتي:

المطلب الأول

---

[٢٧٢]- د.حسان عبد الغني الخطيب. القانون العام. منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان. ٢٠١٢. ص٧.

[٢٧٣]- د.عبد السلام الترمانيني. القانون المقارن المناهج القانونية الكبرى المعاصرة. مطبوعات جامعة الكويت. الطبعة الثانية. ١٩٨٢. ص١٧٧.

[٢٧٤] -John Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Second Edition, Hart Publishing Ltd, 2013, P.4.

[٢٧٥]-Cathy J. Okrent . Torts and personal injury law, Fifth Edition, DELMAR, 201٥. P.3

تعريف شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي في القانونين الانكليزي والمقارن

قبل أن نتطرق الى تعريف شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي فإنه ينبغي علينا أن نبحث في تعريف التعويض عن الإخلال بالعقد عموماً, لأن التعويض الإتفاقي أو المحدد ليس سوى أحد أنواعه. فقد عرف جانب من الفقه الإنكليزي[٥] التعويض عن الإخلال بالعقد عموماً بأنه جبر الضرر (Compensation of Loss) الذي يتعرض له المدعي (Claimant) نتيجة إخلال المدعى عليه بالعقد (Defendant's breach of contract), ولا يهدف إلى إلحاق العقوبة بالمدعى عليه بقدر ما يسعى إلى إعادة المدعي إلى الوضع الذي كان عليه سابقاً قبل التعاقد أو وضعه في وضع جيد. وعرفه فقيه آخر[٦] بأنه معالجة من معالجات قانون الأحكام العام (Common Law Remedy) تهدف إلى جبر الضرر الذي يتعرض له الطرف المتضرر (Injured Party) من الإخلال بالعقد, ويكون ذي طابع نقدي (Monetary Character) بعكس المعالجات الإنصافية التي تكون ذي طابع عيني. كما عرفه فقيه إنكليزي آخر[٧] بأنه مبلغ من النقود يهدف إلى جبر الضرر الذي تعرض له المدعي, والمتمثل بالخسارة (Loss) والضرر الشخصي (Personal Injury) نتيجة الإخلال بالعقد الذي يؤدي إلى نشوء المسؤولية المدنية (Civil Liability). وعرف[٨] بأنه مبلغ من النقود يحصل عليه الطرف المتضرر من الإخلال بالعقد, ويهدف إلى جبر الأضرار والخسائر التي تعرض لها, وليس إلى معاقبة الطرف المخل بالتزامه التعاقدي. ويكون على نوعين: إما تعويضات غير محددة أو مقدرة مسبقاً (Unliquidated Damages) تتولى المحكمة تقديرها بما يناسب الضرر الذي تعرض له المدعي, أو تعويضات مقدرة مسبقاً أو متفق عليها (Liquidated Damages) , بمقتضى شرط يعرف بشرط التعويض الإتفاقي (Liquidated Damages Clauses). وعلى هذا الأساس فإن شرط التعويض الإتفاقي

276- Ewan Mckendrick. Contract Law. Sixth Edition. Palgrave macmillan. 2005. P.٤٠٣.

277- Paul Richards. Law of Contract. Fourth Edition. Financial Times, Pitman Publishing, 1999. P.٣٠١.

278- Sir Guenter Treitel. The law of contract. Eleventh Edition. Thomson Sweet & Maxwell. 2003. P.٩٢٦.

279- Rojer Halson. Contract Law. Second Edition. Pearson Education Limited. 2013. P.٤٥٩.

أو المحدد أو المقدر مسبقاً (Liquidated Damages Clause) يعرف[٩] بأنه بند يدرج في العقد ويعد أحد أنواع معالجات قانون الأحكام العام (Common Law Remedies) للإخلال بالعقد, ويهدف الى تقدير مبلغ التعويض على نحو مسبق لتفادي إنخفاض قيمة التعويض لاحقاً (Undercompensation) عند حدوث الإخلال بالعقد. ويرى جانب من الفقه الانكليزي[١٠] بأنه يشترط في التعويضات عموماً لكي تحمل في طياتها سمة جبر الضرر (Damages are Compensatory) أن تستوفي ثلاثة شروط: الأول ضرر أو خسارة يتعرض لها المدعي (Loss to Claimant), فالمعيار المهم في تحديد التعويض هو مقدار الخسارة التي يتعرض لها المدعي, وليس مقدار الربح أو الكسب الذي يحققه المدعى عليه (Gain to the Defendant). ثانياً: يشتمل الضرر أو الخسارة على أي أذى (Harm) يصيب المدعي في جسمه أو ماله ويسيىء إلى وضعه الإقتصادي (Economic Position) عموماً. ثالثاً: كما أن الشرط الثالث الذي يتحكم بمبدأ جبر الضرر (Compensatory Principle) هو ضرورة أن تترتب على الإخلال بالعقد آثار سلبية. أما إذا لم تترتب على الإخلال آثار سلبية تلحق بالمركز القانوني للمدعي فإنه لا يستحق التعويض في هذه الحالة. فالغاية من التعويض, وكما قلنا, هي جبر الضرر الذي يلحق بالمدعي وليس حصول الطرف المتضرر (Aggrieved Party) على منافع مجانية (Gratuitous Benefits) . أما التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً (Liquidated Damages) الذي يتحدد بمقتضى هذا الشرط فهو عبارة عن مبلغ من النقود ينص عليه الشرط التعاقدي ويدفع الى الطرف المتضرر عند قيام الطرف الآخر بالإخلال بالعقد[١١]. وعرف جانب من الفقه الإنكليزي[١٢] شرط التعويض الإتفاقي أو المحدد مسبقاً (Liquidated Damages Clause) أيضاً بأنه بند تعاقدي يستعمل لتحديد مقدار التعويض الذي ينبغي على الطرف المخل بالعقد دفعه الى الطرف الآخر المتضرر في حالة الإخلال بالعقد. وغالباً ما يتمخض هذا المبلغ عن محاولة صادقة (Genuine Attempt) لتقدير مقدار التعويض الواجب دفعه جبراً للأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد. كما

280- Ewan Mckendrick. Contract Law Text Cases and Materials. Fifth Edition. Oxford University Press. 2012. P.913.

281- Sir Guenter Treitel. op. Cit . P.٩٢٧.

282- Ewan Mckendrick. Sixth Edition. op. Cit . P.٤٣٨.

283-Catherine Elliott & Frances Quinn. Contract law. Tenth Edition. Longman. Pearson Education Limited. 2015. P.٣٨٢.

عُرف[١٣] أيضاً بأنه بند تعاقدي يدرج في العقد يمكن بمقتضاه للطرف المتضرر من الإخلال التعاقدي الحصول على المبلغ المحدد والمنصوص عليه في العقد, حتى وإن كان أقل من قيمة الضرر الحقيقي أو الخسارة الحقيقية (Actual damage or Loss) المترتبة على الإخلال بالعقد. وعُرف[١٤] بأنه بند تعاقدي يمكن بمقتضاه للطرفين المتعاقدين الإتفاق على تحديد مقدار التعويض مقدماً لجبر الأضرار الناجمة في حالة الإخلال بالعقد. ويساهم هذا الشرط في إزالة عدم اليقين الذي يكتنف مقدار التعويض, إذ يساعد أطراف العقد في معرفة مدى مسؤوليتهم مسبقاً وكيفية الحساب الأولي لمقدار التعويض. في الوقت الذي عرف فيه جانب من الفقه الانكليزي[١٥] الشرط الجزائي (Penalty Clause) بأنه بند تعاقدي يدرج في العقد ينص على مبلغ محدد (Particular Sum) يدفع الى أحد الطرفين اذا ما أخل الطرف الآخر بالعقد, ولا يعد تقديراً مسبقاً صادقاً وحقيقياً ومسبق لقيمة أو مقدار التعويض (Not a Genuine Pre-estimate of Damages for the Loss) عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد. وعُرف[١٦] أيضاً بأنه البند الذي يتضمن مبلغاً محدداً لا يعد تقديراً مسبقاً صادقاً وحقيقياً يعكس حجم الضرر أو الخسارة, ويهدف الى معاقبة الطرف المخل بالتزاماته التعاقدية, ضماناً لتنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً ولا يكون نافذاً. كما عُرف[١٧] بأنه بند تعاقدي يتضمن مبلغاً نقدياً محدداً يتفق عليه الطرفان. وغالباً ما يكون المبلغ المتفق عليه مفرطاً مبالغاً فيه (Extravagant) ومنافٍ للضمير الحي (Unconscionable) ويزيد كثيراً عن قيمة الضرر أو الخسارة الحقيقية ولا يتناسب معها إطلاقاً, أو قد يقل عنها في بعض الأحيان. وعُرف[١٨] بأنه بند يتضمن مبلغاً نقدياً يدفع في حالة الإخلال بالعقد, ودون الأخذ بنظر الإعتبار

---

[284]- Rojer Halson. op. Cit . P.513.

[285]- Neil Andrews. Contract Law. Second Edition. Cambridge University Press.2015 . p.٥99.

[286]- Catherine Elliott & Frances Quinn. op. Cit . P.٣٨٢.

[287]- John Wilman. Brown: GCSE Law. Ninth Edition. Thomson Sweet & Maxwell. 2005. P.169.

ينظر أيضاً وبنفس المعنى أدموند س ملكا. شرح القانون الإنجليزي في ثمانية أجزاء. الطبعة الأولى. مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية. ١٩٥٤. . ص١٢٠.

[288]- Jack Beatson. Andrew Burrows and John Cartwright. Anson's Law of Contract. 29th Edition. Oxford University Press. 2010. P.٥٦٧.

[289]- Neil Andrews. op. Cit . p.٦١٠.

قيمة الضرر أو الخسارة الحقيقية, وما إذا كانت أكثر أو أقل من المبلغ المتفق عليه أو المنصوص عليه (Stipulated Sum) في البند. أما بالنسبة إلى القانون المقارن والمتمثل في هذه الدراسة بالقانونين اللبناني, وهو قانون الموجبات والعقود لعام ١٩٣٢ والقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ فقد أخذ هذان القانونان بالتعويض النقدي. فنصت المادة (٢٥٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام ١٩٣٢ على أنه (إذا لم ينفذ الموجب بأداء العين تماماً وكمالاً حق للدائن أن يأخذ عوضاً يقوم مقام تنفيذ الموجب عيناً لعدم حصوله على الأفضل. وإذا جعل العوض مقابلاً للتخلف النهائي عن التنفيذ جزئياً كان أو كلياً سمي بدل التعويض. أما اذا كان التنفيذ عيناً لا يزال ممكناً إذ أن المديون لم يكن إلا متأخراً عن إتمام موجباته فالعوض الذي يعطى للدائن يسمى بدل التأخير). كما نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي على أنه (يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض). ويتبين من هذين النصين بأن التعويض قد يكون عينياً أو بمقابل, والذي يكون إما تعويضاً غير نقدي أو يكون نقدياً. وطالما أن التعويض الإتفاقي هو أحد أنواع التعويض النقدي فقد عرف جانب من الفقه[١٩] التعويض النقدي بأنه التعويض الذي يمكن تقويمه بالنقد, ويكون إما مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة, أو مقسطاً أو بإيراد مرتب مدى الحياة. وعرف[٢٠] أيضاً بأنه مبلغ نقدي يمنحه القاضي للمضرور كمقابل للضرر الذي أصابه. وعرفه فقهاء آخرون[٢١] بأنه مبلغ من النقود يعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب. وقد عرف نفس هؤلاء الفقهاء التعويض عموماً سواء أكان عينياً أم بمقابل بأنه مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب. ويتبين من هذه التعاريف أن التعويض هو الوسيلة التي يتبعها القضاء لجبر الضرر إما عن طريق تخفيفه أو محو آثاره نهائياً. ويتأثر بالضرر تأثراً كاملاً فيدور معه وجوداً وعدماً, ولا تأثير لجسامة الخطأ عليه. وهو بذلك يختلف عن العقوبة التي ترمي الى الردع

---

[٢٩٠]- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام. العقد–العمل غير المشروع–الاثراء بلا سبب–القانون. منشأة المعارف بالإسكندرية.٢٠٠٤. ص٨١٨.

[٢٩١]- د.عدنان إبراهيم السرحان ود.نوري حمد خاطر. شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات. دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان. ٢٠٠٩. ص٤٧٠.

[٢٩٢]- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام . وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد، ١٩٨٠ ، ص٢٤٤.

سواء أكان عاماً أم خاصاً, وتتأثر بجسامة الخطأ. أما بالنسبة الى شرط التعويض الإتفاقي في القانونين اللبناني والعراقي فقد أخذ به هذان القانونان, فنص الشطر الأول من المادة (٢٦٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ٩/٣/ ١٩٣٢ على أن (للمتعاقدين أن يعينوا مقدماً في العقد أو في صك لاحق قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المديون عن عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه). كما نصت الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة أحكام ١٦٨ و٢٥٦ و٢٥٧ و٢٥٨). إلا أن هذين القانونين مزجا, وخلافاً للقانون الإنكليزي, بين شرط التعويض الإتفاقي وبين الشرط (البند) الجزائي, وعداهما لفظين مترادفين يحملا بين طياتهما فكرتي جبر الضرر والجزاء في وقت واحد[٢٢]. فقد أطلق عليه القانون اللبناني والفقه اللبناني "البند الجزائي" أو "التعيين الإتفاقي للتعويض". فنصت المادة (٢٦٧) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن (البند الجزائي صحيح معمول به وإن كان موازياً في الواقع لبند منافٍ للتبعة. وإنما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون). وعرفه جانب من الفقه اللبناني[٢٣] بأنه إتفاق بين الفرقاء سلفاً, سواء في العقد ذاته أو بموجب وثيقة مستقلة على تحديد قيمة التعويض المتوجب للفريق الذي لم يُنَفَذ الموجب العائد له أو الذي حصل التأخير في تنفيذه. وعرفه جانب من فقه القانون المدني العراقي[٢٤] بأنه شرط يدرج عادة ضمن شروط العقد الأصلي ليقوم إستحقاق التعويض على أساسه, وذلك في إتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه. ففي الوقت الذي يعد فيه تعويضاً إتفاقياً للدائن عما يصيبه من ضرر, فهو فهو جزاء يفرض على المدين لإخلاله بالتزامه التعاقدي. وعرف في فقه القانون المدني العراقي[٢٥] أيضاً بأنه شرط يدرجه المتعاقدان عند إبرام العقد أو يتفقا عليه لاحقاً قبل

---

[٢٩٣]- د.حسن علي الذنون. شرح القانون المدني أحكام الإلتزام. الطبعة الثانية. العاتك لصناعة الكتاب القاهرة. ٢٠٠٧. ص٥١.

[٢٩٤]- د.مصطفى العوجي. القانون المدني الجزء الأول العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية. منشورات الحلبي الحقوقية بيروت. ٢٠٢٢. ص٥٧٧.

[٢٩٥]- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. القانون المدني العراقي وأحكام الإلتزام. الجزء الثاني. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد. ١٩٨٠. ص٦٠.

[٢٩٦]- د.حسن علي الذنون. مصدر سابق. ص٥١.

إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدي, وذلك لتحديد مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما إذا أخل الطرف الآخر بتنفيذ التزامه بعدم تنفيذه أو تأخر في التنفيذ. كما عرف[٢٦] بأنه شرط يسمح للمتعاقدين تقدير التعويض مسبقاً بالنص عليه في العقد أو في إتفاق لاحق يعد مكملاً للعقد الأصلي. ويتبين من هذه التعاريف بأن شرط التعويض الإتفاقي هو بند تعاقدي يتفق بمقتضاه المتعاقدان مقدماً على تقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه الى الدائن اذا أخل بتنفيذ التزامه[٢٧], سواء أكان الإخلال إمتناعاً عن تنفيذ الالتزام أم تأخراً في تنفيذه. وغالباً ما يكون التقدير أكبر من الضرر الفعلي الذي يصيب الدائن, فيكون وسيلة لحمل المدين على التنفيذ[٢٨].

المطلب الثاني

خصائص شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي في القوانين الانكليزي واللبناني والعراقي

يتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي القوانين الإنكليزي واللبناني والعراقي بالسمات والخصائص الآتية:

أولاً: يعد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً وسيلة لجبر الضرر الذي يلحق بالمدعي, وليس عقوبة تفرض على المدعى عليه المخل بالتزامه التعاقدي[٢٩]. وذلك لأن الإخلال بالعقد ليس جريمة جنائية (Criminal Offence) وليس للتعويض غرض عقابي (Punitive Purpose) [٣٠].

٢٩٧- د.منذر الفضل. الوسيط في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء. منشورات آراس. أربيل. ٢٠٠٦. ص٤٧١.

٢٩٨- د.فتحي عبد الرحيم عبد الله. شرح النظرية العامة للإلتزام. الكتاب الأول. مصادر الإلتزام. منشأة المعارف بالإسكندرية. ٢٠٠١. ص٩٩.

٢٩٩- د.درع حماد. النظرية العامة للالتزامات. القسم الثاني. أحكام الالتزام. مكتبة السنهوري. بيروت.٢٠١٦ . ص٤٩.

٣٠٠- Ewan Mckendrick. Sixth Edition. op. Cit . P.٤٠٣.

301- Richard Stone. The modern law of contract. Ninth Edition. Routledge, Taylor&Francis group.London. 2011. P.٤٥٠.

ثانياً: لا يعد الشرط الجزائي في القانون الانكليزي تقديراً مسبقاً صادقاً وحقيقياً ومسبق لقيمة أو مقدار التعويض (Not a Genuine Pre-estimate of Damages for the Loss) عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد, على الرغم من كونه بنداً تعاقدياً يدرج في العقد ينص على مبلغ محدد (Particular Sum) يدفع الى أحد الطرفين اذا ما أخل الطرف الآخر بالعقد[٣١].

ثالثاً: يعد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً وسيلة المعالجة العرفية أو القضائية وليست الإنصافية. فهو معالجة تضمنها قانون الأحكام العام العرفي (Common Law Remedy), كما هو الحال بالنسبة الى الشرط الجزائي. خلافاً للمعالجات الإنصافية التي تتضمن التنفيذ العيني (Specific Performance) والأوامر القضائية (Injunctions)[٣٢].

رابعاً: يتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً بطبيعته النقدية فضلاً عن طبيعته التعاقدية, إذ يتم التعبير عنه بتعابير نقدية (Monetary Terms) تتحدد بمبلغ من النقود, فيعرف التعويض الذي يتضمنه بالتعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً (Liquidated Damages) [٣٣], كذلك الحال بالنسبة الى الشرط الجزائي. أما التعويض غير المحدد أو القضائي فيتولى القضاء تحديده (Unliquidated Damages) [٣٤].

خامساً: يتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً (Liquidated Damages Clause) في القانون الانكليزي بأنه تقدير مسبق لمبلغ نقدي متفق عليه ومقدر سلفاً (Pre-estimated Sum) لجبر الأضرار والخسائر التي يمكن أن يتعرض لها المتضرر من الإخلال بالعقد[٣٥].

سادساً: أما الشرط الجزائي فيتضمن مبلغاً محدداً مسبقاً يهدف الى معاقبة الطرف المخل بالتزاماته التعاقدية, ضماناً لتنفيذ العقد والالتزامات الناشئة عنه تنفيذاً صحيحاً[٣٦].

302- Jill Poole. Casebook on Contract Law. Thirteenth Edition. Oxford University Press.2016. P.٤٥٦.

303- Paul Richards. Fourth Edition. op. Cit . P.3٠١.

304- Richard Stone. op. Cit. P.٤8١.

305- Paul Richards. Fourth Edition. op. Cit . P.3٠١.

306- Ewan Mckendrick. Sixth Edition. op. Cit . P.٤٣٨.

سابعاً: يتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً بالسمة الإستثنائية لكونه يمثل خروجاً عن المبدأ العام في المسؤولية العقدية, والذي يستلزم إثبات الأركان الثلاثة للمسؤولية وهي الإخلال بالعقد والضرر وعلاقة السببية (Causal Link or Causation) بينهما[٣٧]. إذ تقضي المحاكم الإنكليزية بالتعويض الإتفاقي لمصلحة المدعي من دون أن تلزمه بإثبات الضرر الحقيقي أو الخسارة الحقيقية (Actual damage or Loss) التي تعرض لها إستثناءً من المبدأ العام. حتى وإن كان مقدار الضرر الحقيقي أو الفعلي أكثر أو أقل من المبلغ المحدد مسبقاً في الشرط. مما يعني إستبعاد القواعد المعمول بها في المحاكم الإنكليزية لتقدير قيمة التعويضات غير المحددة (Unliquidated Damages) وغير المنصوص عليها في العقد[٣٨]. كما يعد خروجاً عن مبدأ بعد الضرر أو الضرر البعيد (Remoteness of Damages or Damage is too Remote) الذي بمقتضاه لا يحصل المدعي على التعويض سوى عن الأضرار التي ليست ببعيدة عن الإخلال أو التي تكون قريبة من الإخلال بالعقد, أي الأضرار المباشرة التي تترتب مباشرة على الإخلال بالعقد[٣٩]. أما الأضرار البعيدة أو غير المباشرة فلا يعوض عنها[٤٠]. إذ يمكن للأطراف المتعاقدة إستبعاد هذا المبدأ أو الإلتفاف عليه عند الإتفاق على التعويض[٤١], فيحصل المدعي على التعويض المحدد أو المنصوص عليه بمقتضى شرط التعويض الإتفاقي دون الإلتفات الى مدى بعد الضرر أو قربه من الإخلال بالعقد.

ثامناً: ويتسم الشرط الجزائي في القانون الانكليزي بسمة المبالغة (Extravagance), فهو بند تعاقدي يتضمن مبلغاً نقدياً محدداً يتفق عليه الطرفان مسبقاً. وغالباً ما يكون المبلغ المتفق عليه مفرطاً مبالغاً فيه (Extravagant) ومنافٍ للضمير الحي (Unconscionable) ويزيد كثيراً عن

307- John Wilman. op. Cit. P.169.

308- Ewan Mckendrick. Contract Law Text Cases and Materials. Fifth Edition. op. Cit. P.٨١٢.

309- Catherine Elliott & Frances Quinn. op. Cit . P.٣٦٧.

310- Ewan Mckendrick. Sixth Edition. op. Cit . P.٤٢٣.

311- Paul Richards. Fourth Edition. op. Cit . P.٣٠١.

312- Neil Andrews. op. Cit . p.٦٠٣.

قيمة الضرر الحقيقي ولا يتناسب معها إطلاقاً[٤٢]. كما يتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً بسمة المبالغة في تقدير التعويض أيضاً إذا ما قورن بالتعويض القضائي. إذ غالباً ما يمنح الطرف المتضرر حقوقاً أو مبالغ مفرطة أو مبالغ فيها, وأكثر سخاءً من التعويض القضائي أو غير المحدد[٤٣].

تاسعاً: ويتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي أيضاً بسمة التبصير, فهو وسيلة تبصيرية مفيدة تمكن الطرفين المتعاقدين وقت إبرام العقد من معرفة مدى مسؤوليتهما (The Extent of their Prospective Liability), والأثر المترتب عليه والمتمثل بمقدار التعويض[٤٤]. كما أنه وسيلة معقولة للتبصر والتوقع المسبق لمقدار الضرر الذي سينتج عن الاخلال بالعقد[٤٥].

عاشراً: كما يتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي أيضاً بسمة اليقين (Certainty) وإزالة الغموض, فيمكن الطرف المتضرر من تجنب الصعوبات التي تكتنف إثبات الضرر وتحديد مقدار التعويض المترتب عليه, فضلاً عن تجنب نفقات إثبات الضرر[٤٦].

أحد عشر: ويتسم شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي بسمة الحث والترغيب والتشجيع على تنفيذ الإلتزام التعاقدي, فيكون حافزاً أو دافعاً مؤثراً نحو تنفيذ الإلتزام (Incentive to Performance).

إثنا عشر: يتسم شرط التعويض الإتفاقي أو الشرط (البند) الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي بالسمة الإتفاقية[٤٧], فهو إتفاق بين الطرفين المتعاقدين على تقدير التعويض. لذا ينبغي أن يكون

313- Jack Beatson. Andrew Burrows and John Cartwright. op. Cit . P.٥٦٧.

314- Neil Andrews. op. Cit . p.٦٠٢.

315- Neil Andrews. ibid. p.٦٠١.

316- Pamela Tepper. The Law of Contract and the Uniform Commercial Code. DELMAR. Cengage learning. 2012. P.٢٣٧.

317- Neil Andrews. ibid. p.٦٠١.

٣١٨- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج٢ . مصدر سابق. ص٦٢.

مستوفياً لجميع أركان العقد. ويتم الإتفاق بين الفرقاء سلفاً على تحديد قيمة التعويض المتوجب على الفريق المخل بموجبه, سواء في العقد نفسه أو في وثيقة مستقلة[٤٨].

ثلاثة عشر: يتسم شرط التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي بسمة مزدوجة[٤٩], لأن القصد من ورائه قصد مزدوج: فهو تعويض يستحقه الدائن عما يصيبه من ضرر, كما أنه جزاء يفرض على المدين لعدم تنفيذه التزامه, أو لإخلاله بتنفيذ التزام ترتب في ذمته, أو لتأخيره في تنفيذه. فإذا تبين أن البند الجزائي جرى وضعه لغرض إكراه المدين لإرغامه على تنفيذ موجباته فإنه يتسم بسمة الجزاء, وينبغي على المحكمة تخفيض قيمته إستناداً على الفقرة الثانية من المادة (٢٦٦) من قانون الموجبات والعقود. إذا تبين لها أنها باهظة أو فاحشة ولا تتناسيب مع الضرر الحقيقي الذي تعرض له الدائن نتيجة الإخلال بالعقد[٥٠].

أربعة عشر: كما يتسم شرط التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي بسمة التهديد دون أن ينطوي على معنى العقوبة[٥١], وذلك لأن المبلغ الذي يتضمنه يتم تقديره عادة بأكثر من الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي أو التأخر في تنفيذه. فالبند الجزائي الفاحش إنما يوازي أو يماثل غرامة إكراهية للتأثير على إرادة المدين, تضطره تحت تأثير وطأة المبلغ الضخم الذي يتضمنه الإمتثال للعقد[٥٢].

خمسة عشر: ويتسم شرط التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي بالسمة التبعية[٥٣]. فهو ليس إتفاق أصلي قائم بذاته بل تابع لإتفاق على التزام آخر بقصد الحث

---

[٣١٩]– د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص٥٧٧.

[٣٢٠]– د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج٢ . المصدر نفسه. ص٦٠.

[٣٢١]– د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص٥٩٠.

[٣٢٢]– د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج٢ . المصدر نفسه. ص٦٠.

[٣٢٣]– د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص٥٨٧.

[٣٢٤]– د.حسن علي الذنون. مصدر سابق. ص٥٤.

على تنفيذه. فهو شرط لا ينشأ عنه التزام أصلي بالتعويض, ولكن التزام تبعي بتقدير التعويض[٥٤]. كما أن البند الجزائي يزول ويبطل تبعاً لإبطال العقد الأصلي[٥٥].

ستة عشر: ويتسم هذا الشرط في القانونين اللبناني والعراقي بأنه إتفاق مسبق على الإخلال بالموجب أو الالتزام التعاقدي وليس إتفاق لاحق على الإخلال, على الرغم من أنه قد يأتي في وثيقة لاحقة وليس في العقد نفسه[٥٦]. إلا أنه ينبغي أن يسبق الإخلال في جميع الأحوال. إذ يحدد بمقتضاه الطرفان المتعاقدان مسبقاً مقدار التعويض. فهو يسبق الإخلال بتنفيذ العقد ويدرج ضمن شروط العقد الأصلي, أو في إتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي, ولكن قبل حدوث الإخلال بالإلتزام التعاقدي.

سبعة عشر: لا يعد شرط التعويض الإتفاقي أو الشرط (البند) الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي, وخلافاً لموقف القانون الإنكليزي, خروجاً عن قواعد المسؤولية العقدية وإستثناءً منها ولكن تطبيقاً لها. فالتعويض الإتفاقي أو البند الجزائي لا يستحق على المدين إذا ثبت ان الدائن لم يلحقه أي ضرر نتيجة إخلال المدين بالتزامه سواء أكان ذلك بعدم تنفيذه لإلتزامه التعاقدي أم التأخر في تنفيذه أو حتى التنفيذ المعيب أو الجزئي[٥٧]. فينبغي توفر شروط إستحقاق التعويض وهي: أ- خطأ من جانب المدين يتمثل بعدم تنفيذ التزامه التعاقدي أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه تنفيذاً معيباً أو جزئياً, فلا يستحق التعويض الإتفاقي إلا إذا كان الإخلال بالعقد ناشئاً عن خطأ صادر عن المدين بالإلتزام[٥٨]. ب-ضرر يتمثل بالأذى أو الخسارة المالية وهو شرط ضروري لإستحقاق التعويض, لأن الغرض الأساسي من الشرط هو جبر الضرر بإزالته. وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز اللبنانية في أحكامها, إذ ألغت في أحد أحكامها البند الجزائي لعدم ثبوت ضرر أصاب من أدعى به من الفرقاء في العقد[٥٩]. وسوف نتطرق الى حيثيات هذا الحكم لاحقاً في هذه الدراسة. وخلافاً للقواعد العامة فإن

٣٢٥- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج٢ . مصدر سابق. ص٦٠.

٣٢٦- بدوي حنا. مجموعة قضايا الموجبات والعقود. الجزء السادس العقد. منشورات زين الحقوقية بيروت. ٢٠٢٠ . ص١٨١.

٣٢٧- د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص٥٧٧.

٣٢٨- د.منذر الفضل. مصدر سابق. ص٤٧٣.

٣٢٩- د.حسن علي الذنون. مصدر سابق. ص٥٨.

٣٣٠- د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص٥٨٣.

عبء الإثبات يقع على المدين إثبات أن الدائن لم يلحقه ضرر. فإذا انعدم الضرر الذي يدعيه المتعاقد فلا مبرر حينئذ للشرط الجزائي[٦٠]. إن إتفاق المتعاقدين على مقدار التعويض الإتفاقي لا يلغي ركن الضرر من المسؤولية العقدية[٦١], والذي ينبغي أن يكون مساوياً لما قدره المتعاقدان من تعويض بمقتضى الشرط. وبخلاف ذلك فإن القاضي يتمتع بسلطة في زيادته أو إنقاصه. ج-علاقة السببية بين الخطأ والضرر , وهي أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي أو التأخر في تنفيذه, أو تنفيذه تنفيذاً معيباً أو جزئياً[٦٢]. فإذا إنتفت علاقة السببية لقيام السبب الأجنبي, فإن ذلك يعني إنتفاء ركن من أركان المسؤولية العقدية وبالتالي إنتفاء التعويض[٦٣]. فلا يستحق الدائن التعويض الإتفاقي إذا كان الضرر ضرراً غير مباشر, أو ضرراً مباشراً غير متوقع ولم يرتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً.

ثمانية عشر: وأخيراً يتسم شرط التعويض الإتفاقي أو الشرط (البند) الجزائي في القانونين اللبناني والعراقي بالسمة الرضائية وليس الشكلية كقاعدة عامة. فهذا الشرط يعد تعبيراً عن إرادة الفريقين المتعاقدين في العقد[٦٤], وليس من الضروري أن يستوفي شكلاً معيناً. إلا أنه ينبغي إستثناءً أن يستوفي الشكلية اللازمة اذا ورد في عقد ناقل لملكية عقار. فإذا لم يستوف هذا العقد الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون لإنعقاد العقد العقاري بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري[٦٥], فلا يعد العقد منعقداً إستناداً الى المادة (٣٩٣) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي نصت على أن (بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على عقار لا يكون لها مفعول حتى بين المتعاقدين, إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري). والفقرة الثانية من المادة (١١٢٦) من القانون المدني العراقي التي نصت

٣٣١- د.حسن علي الذنون. المصدر نفسه. ص٥٨.

٣٣٢- د.منذر الفضل. مصدر سابق. ص٤٧٣.

٣٣٣- د.محمد حسام محمود لطفي. النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام. القاهرة. ٢٠٠٢. ص٢١٠.

٣٣٤- د.حسام الدين كامل الأهواني. النظرية العامة للإلتزام. الجزء الأول. المجلد الأول. المصادر الإرادية للإلتزام. الطبعة الثالثة. بدون مكان طبع. ٢٠٠٠. ص٦٢٨.

٣٣٥- د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص٥٨١.

٣٣٦- د.عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. الجزء الثاني في أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. ١٩٦٥. ص٣٥.

على أن (العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً). وقد تبنت محكمة التمييز اللبنانية هذا الإتجاه أيضاً, وجاء في حكم لها[٦٦] بأنه (على السبب الرابع, مخالفة المادة ١١ من القرار ١٨٨ والمادة ٣٩٣ م.و.ع والمادة ٢٠٤ من القرار رقم ٣٣٣٩ والمادة ٨٣٥ م.و.ع , حيث أن المستدعي يأخذ على القرار المطعون فيه أنه خالف هذه المواد عندما قرر إخلاءه بناءً على طلب مقدم من مشتر لعقار لم يسجل حقه العيني الناتج عن البيع في السجل العقاري ولا يتمتع بالتالي بصفة المالك.....لذلك تقرر بالأكثرية قبول التمييز شكلاً وفي الأساس ابرام القرار المطعون فيه). فيؤدي بطلان العقد الى بطلان الشرط الجزائي الذي يتضمنه[٦٧]. وكذلك الحال, وكما أشرنا سابقاً في القانون اللبناني, فإن إبطال العقد الأصلي يستتبع إبطال البند الجزائي وزواله تبعاً للعقد الأصلي[٦٨].

المطلب الثالث

المقارنة بين شرط التعويض الإتفاقي والشرط الجزائي في القانون الانكليزي

ميز قانون الأحكام العام (Common Law) بين شرط التعويض الإتفاقي (Liquidated Damages Clauses) وبين الشرط الجزائي (Penalty Clause) وعدهما شرطين ذي طبيعتين مختلفتين, خلافاً للقانونين اللبناني والعراقي اللذين عدا شرط التعويض الإتفاقي والشرط (البند) الجزائي لفظين مترادفين يعبرا عن شرط واحد في حقيقة الأمر. ولغرض المقارنة بين شرط التعويض الإتفاقي وبين الشرط الجزائي في القانون الإنكليزي فإنه ينبغي عليها دراسة أوجه الشبه والإختلاف بينهما وكما يأتي:

أولاً: أوجه الشبه: يتشابه كل من شرط التعويض الإتفاقي والشرط الجزائي في النقطتين الآتيتين:

١. من حيث الطبيعة الإتفاقية لكل منهما: يتشابه كل من شرط التعويض الإتفاقي المسبق والشرط الجزائي في أن كليهما يعد بنداً تعاقدياً يدرج في العقد, يقوم بمقتضاه أحد الطرفين

٣٣٧- الغرفة الخامسة لمحكمة التمييز المدنية اللبنانية. قرار رقم ١٠٦ في ٧/١٦/ ٢٠٠٢. (الرئيس معماري والمستشاران مولوي وعيد). نقلاً عن بدوي حنا. مجموعة قضايا الموجبات والعقود. الجزء الثاني البيع. منشورات زين الحقوقية بيروت. ٢٠٢٠ . ص٢٢٣.

٣٣٨-د.حسن علي الذنون. مصدر سابق. ص٥٣.

٣٣٩- بدوي حنا. مجموعة قضايا الموجبات والعقود. ج٦. مصدر سابق. ص١٨١.

المتعاقدين بدفع مبلغ معين في حالة إخلاله بالعقد (Particular Sum of Money to be paid on Breach of the Contract) , وأن كليهما يعد نوعاً من أنواع المعالجات الإتفاقية (Agreed remedies)[٦٩]. وبعبارة أخرى فإن كليهما يعد إتفاقاً يبرم قبل الإخلال بالعقد على الرغم من إختلاف هدفيهما[٧٠].

٢. من حيث وقت الإتفاق على الشرط وإدراجه في العقد: كما يتشابه كل من شرط التعويض الإتفاقي المسبق والشرط الجزائي في أن كليهما يدرج في العقد وقت إبرامه وليس وقت الإخلال به (Date of the Formation of the Contract, not the Date of the Breach) فكلاهما يستبق الإخلال بالعقد على الرغم من إختلاف الأهداف[٧١].

ثانياً: أوجه الإختلاف: يختلف كل من شرط التعويض الإتفاقي والشرط الجزائي في القانون الإنكليزي عن بعضهما البعض في الأوجه الآتية:

١. من حيث الهدف فإن شرط التعويض الإتفاقي المسبق, وكما أشرنا سابقاً, هو تقدير أصيل حقيقي ومسبق لمقدار التعويض (Genuine Pre-estimate of Damages) عن الضرر الذي يتعرض له أحد الطرفين المتعاقدين نتيجة إخلال الطرف الآخر بالعقد, والذي يتفق عليه الطرفان بمقتضى بند يدرج في العقد[٧٢], ويهدف الى جبر الضرر. أما الشرط الجزائي فعلى الرغم من كونه أيضاً شرط يدرج في العقد يلزم أحد الطرفين المتعاقدين بدفع مبلغ معين إذا ما أخل بالعقد, إلا أنه لا يعد تقديراً أصيلاً ومسبقاً لمقدار التعويض (Not a Genuine Pre-estimate of Damages) عن الضرر, والذي ينبغي على الطرف المخل دفعه. ولكنه يهدف الى تهديد الطرف المخل بمعاقبته أو بإنزال العقوبة عليه (Penalisation) في حالة إخلاله بالعقد[٧٣].

٢. من حيث مقدار المبلغ المنصوص عليه في العقد, فإن شرط التعويض الإتفاقي هو وسيلة لتجنب البخس في قيمة أو مقدار التعويض (Undercompensation) فيكون مبلغاً معادلاً لمقدار

340- Brian H. Bix. Contract Law. Rules, Theory and Context. Cambridge University Press. 2012. P.١٠٧.

341- Catherine Elliott & Frances Quinn. op. Cit . P.٣٦7 and 368.

342- Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. Palgrave macmillan. 2015. P.٣٧٦ .

343- Richard Stone. The modern law of contract. Ninth Edition. Routledge, Taylor&Francis group. London. 2011. P.٤٨١.

334- Catherine Elliott & Frances Quinn. op. Cit . P. 368.

الضرر المتوقع قدر الإمكان. خلافاً للشرط الجزائي الذي يعد وسيلة للمبالغة (Extravagance) في تقدير المبلغ الذي يهدد بمعاقبة كل طرف متعاقد ينوي الإخلال بالتزامه التعاقدي[٧٤].

٣. من حيث الأصل والإستثناء: فشرط التعويض الإتفاقي المسبق يعد الأصل العام للبنود التعاقدية المدرجة في العقد, لكونه أحد أبرز معالجات قانون الأحكام العام (Common Law Remedy) للأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد, خلافاً للشرط الجزائي الذي يعد إستثناءً من الأصل العام, بسبب طبيعته التحكمية أو التهديدية (Threatening) أو العقابية (Penal) أو الإضطهادية (Oppressive) ولا سيما عند إختلال القوة التفاوضية بين الطرفين إختلالاً كبيراً [٧٥].

٤. من حيث صدق تقدير المبلغ المنصوص عليه في الشرط: يعد البند التعاقدي شرطاً للتعويض الإتفاقي المسبق إذا ما جرى تقدير المبلغ المنصوص عليه في الشرط تقديراً مسبقاً صادقاً (Genuine Pre-estimate of the damage) للأضرار التي يحتمل أن تنشأ نتيجة الإخلال بالعقد[٧٦]. مما يسمح للتعويضات أن تكون محددة مسبقاً وتتسم بقدر من المصداقية. خلافاً للشرط الجزائي الذي لا يجري فيه تقدير المبلغ المنصوص عليه في الشرط تقديراً مسبقاً صادقاً يتناسب مع حجم الضرر المتوقع. فيكون المبلغ مفرطاً في الزيادة عن حجم الضرر المتوقع, مما يجعل الشرط مبالغاً فيه ومنافٍ للضمير الحي أحياناً (Extravagant and Unconscionable Clause)[٧٧]. وهو المبدأ الذي رسخه مجلس اللوردات في حكمه الصادر في قضية (Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd 1915. AC 79) السابق ذكرها والتي تتلخص وقائعها[78] بإبرام شركة (Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd) لعقد توريد لبيع منتجاته

345- Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit . P. 3.

346- Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. ibid. P. 5.

347- Jack Beatson. Andrew Burrows and John Cartwright. op. Cit . P.٥٦٥.

348-Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit . P.٣٧٦.

٣٤٩- لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع

https://en.wikipedia.org/wiki/Dunlop_Pneumatic_Tyre_Co_Ltd_v_New_Garage_%26_Motor_Co_Ltd

المتمثلة بإطارات السيارات لشركة أخرى تمارس البيع بالتجزئة (New Garage & Motor Co Ltd tyre retailer). وقد أقامت شركة (Dunlop) الدعوى على أساس إخلال الشركة المدعى عليها ببند تعاقدي يقضي بقيامها بإعادة بيع الإطارات بثمن يقل عن ثمن العقد. وتضمن العقد بنداً آخر يقضي بالتزام الشركة المدعى عليها بدفع مبلغ قدره خمسة جنيهات لكل إطار (£5 per Tyre) كشرط للتعويض الاتفاقي وليس كشرط جزائي. فقضت المحكمة الابتدائية بصحة ونفاذ الشرط بوصفه شرطاً للتعويض الاتفاقي. إلا أن محكمة الإستئناف نقضت الحكم وكيفت الشرط كشرط جزائي, وقضت للشركة المدعية (Dunlop) بتعويضات إسمية طفيفة (Nominal damages) فحسب. ولكن مجلس اللوردات نقض هذا الحكم الإستئنافي أيضاً وقضى في حكمه بتكييف الشرط كشرط للتعويض الإتفاقي, لأنه يعد تقديراً مسبقاً صادقاً (Genuine Pre-estimate of the damage) للأضرار التي تعرضت لها شركة (Dunlop) وليس شرطاً جزائياً. وهو شرط صحيح نافذ يمكن لشركة (Dunlop) تنفيذه ضد شركة الأخرى (New Garage).

٥. من حيث النفاذ (Enforceability): يعد شرط التعويض الإتفاقي المسبق شرطاً نافذاً قانوناً لأن الفرق بين التقدير المسبق للضرر وحجم الضرر الحقيقي يمكن التسامح فيه (Generous Margin). أما الشرط الجزائي فلا يعد نافذاً قانوناً (Unenforceable) [٧٩], لأنه يلزم أحد الطرفين بدفع مبلغ مفرط في الزيادة وبالغ التقدير (Outrageous Overpayment) . وهو ما قضت به محكمة الإستئناف (Court of Appeal) الإنكليزية في حمها الصادر في قضية (Makdessi v Cavendish Square Holdings BV [2013] EWCA Civ 1539; [2014] BLR 246, [44]) التي تتلخص وقائعها[80] بقيام المدعي (Claimant) السيد (Makdessi) بالإتفاق مع المدعى عليه (Defendant) على أن يبيعه حصته من الأسهم (Stake of Shares). وإتفقا على أن يقوم المدعى عليه بدفع مبلغ قدره (147) مليون دولاراً ثمناً لتلك الحصة, على أن يدفع

---

[٣٥٠] Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit . P.٣٧٦.

[٣٥١] لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقعين https://www.lawteacher.net/cases/makdessi-v-cavendish-square-holdings.php و
https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8a1dc924-ea88-46d6-826f-9d5ba1a41ba0

بأقساط (instalments). وقد تضمن العقد تعهداً تقييدياً أو سلبياً (Restrictive Covenants) يحظر بمقتضاه على المدعي (Claimant) السيد (Makdessi) منافسة المدعى عليه في مناطق محددة في الشرق الوسط. ونص الشرط التعاقدي على أنه إذا ما أخل السيد (Makdessi) بتعهده وقام بالمنافسة فإنه سيفقد حقه في الحصول على أقساط مبلغ شراء حصة الأسهم الذي يكون المدعى عليه مديناً بدفعه الى المدعي. وبالفعل فقد أخل السيد (Makdessi) بالتزامه بعدم المنافسة. فأراد المدعى عليه تنفيذ الشرط ضد المدعي السيد (Makdessi) والحصول على مبلغ آخر قسطين والبالغ (٤٤) مليون دولار. فاقام المدعي الدعوى وإدعى بأن الشرط هو في حقيقته شرط جزائي (Penalty Clause) يهدف الى معاقبته. الإ أن المدعى عليه دفع بعدم وجود أية صفة عقابية أو جزائية للشرط, وأنه شرط شائع الإستعمال في العقود والصفقات التجارية (Commercial Transactions), بسبب تساوي أو تعادل القوة التفاوضية للطرفين (Equal Bargaining Power). فقضت المحكمة بنفاذ الشرط. فإستأنف السيد (Makdessi) الحكم الإبتدائي. فجاء حكم محكمة الإستئناف لمصلحته وقضى بعدم نفاذ الشرط (Unenforceable Clause) لكونه يعد شرطاً جزائياً بمقتضى قانون الأحكام العام (Common Law). وقد صادقت المحكمة (Supreme Court) العليا على حكم محكمة الإستئناف, وجاء في حكمها بأن قاعدة عدم نفاذ الشرط الجزائي (Unenforceability of the penal clause) هي من القواعد الراسخة في قانون الأحكام العام, والتي لا يمكن الغاؤها أو تجاهلها في القضية المعروضة.

٦. من حيث القوة التفاوضية: إذا تساوت أو تعادلت القوة التفاوضية (Equal or Comparable Bargaining Power) بين الطرفين المتعاقدين فإن القضاء الإنكليزي يميل تكييف البند التعاقدي كشرط للتعويض الإتفاقي المسبق, والذي غالباً ما يدرج في العقود التجارية (Commercial Contracts)[٨١]. أما إذا إختلت القوة التفاوضية بين الطرفين فإن المحكمة غالباً ما تكيف البند كشرط جزائي, ولا تميل الى تكييف كشرط للتعويض الإتفاقي. فالقضاء الإنكليزي لا يبطل شرط تقدير الضرر المتفق عليه مسبقاً (Agreed Pre-estimation of Loss), إذا ما جرى الإتفاق عليه بين طرفين متعادلين في قوتهما التفاوضية[٨٢].

٧. من حيث نية الأطراف المتعاقدة (Intention of the Parties): تلعب نية الأطراف المتعاقدة دوراً كبيراً في تحديد طبيعة الشرط وما إذا كان شرطاً للتعويض الإتفاقي المسبق أم شرطاً

352- Catherine Elliott & Frances Quinn. op. Cit . P. 368.

353- Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit . P.٣٧٦.

جزائياً[٨٣]. فالتمييز بينهما هو مسألة موضوعية وليست شكلية (The Difference between them is a Question of Substance not Form) وهي تعتمد على نية الأطراف[٨٤]. فإذا ما إتجهت نية الأطراف الى تقدير المبلغ ليكون تعويضاً عن الإخلال بالعقد. فإن البند الذي ينص على ذلك المبلغ هو بالتأكيد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً. أما إذا إتجهت نية الأطراف من وراء وضع المبلغ إلى فرض غرامة (Fine) أو جزاء (Penalty) على الطرف المخل بالتزامه التعاقدي لضمان تنفيذ العقد[85], فإن البند الذي ينص على ذلك المبلغ هو شرط جزائي (Penalty Clause) [٨٦]. وعلى الرغم من أهمية تلك النية في تحديد طبيعة الشرطين إلا أنها ليست عاملاً حاسماً في ذلك[٨٧]. فإذا ما حدث غموض أو لبس بين الشرطين فللمحكمة سلطة اللجوء الى قواعد التفسير (Rules of Construction) للتعرف على النية الحقيقة للأطراف لمعرفة ما كان داخلاً في توقعهم من وقائع وقت إبرام العقد (The Events which were in the Contemplation of the Parties at the Time of Entry into the Contract) . وقد وضعت المحكمة الإنكليزية مجموعة من قواعد التفسير للتمييز بين شرط التعويض الإتفاقي المسبق والشرط الجزائي[٨٨], وذلك في حكمها الصادر في قضية (Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd 1915. AC 79) . ومن أبرز هذه القواعد: القاعدة الأولى: يعد البند شرطاً جزائياً إذا كان المبلغ المتفق عليه مبالغاً فيه (Extravagant) ومنافٍ للضمير الحي (Unconscionable) ولا يتناسب إطلاقاً مع الضرر أو الخسارة الحقيقية[٨٩]. القاعدة الثانية: هناك قرينة قضائية (Presumption) وضعتها المحكمة ومؤداها أن البند يعد شرطاً جزائياً

354- Mindy-chen Wishart. contract law. Fourth Edition. Oxford University Press, 2012. P.٥٥٧.

355- Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit . P.٣٧٤.

٣٥٦- شيشير فيفوت فيرمستون. أحكام العقد في القانون الإنجليزي ظواهر الإتفاق وقواعد الإيجاب والقبول, ترجمة هنري رياض. الطبعة الأولى. دار الجيل بيروت. ١٩٨١. ص٢٣.

357- Micheal Furmston. Fifoot & Furmston's Law of Contract. Sixteenth Edition. Oxford University Press. 2012. P.٧٨٧.

358- Robert Duxbury. Nutshells, Contract Law. Fifth Edition, Sweet& Maxwell. London. 2001. P.١١٣.

359- Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit. P.٣٧٤ and 376.

360-Paul Richards. Law of Contract. Thirteenth Edition. Pearson Education Limited. 2017. P.٦٠٣.

عندما يتم تقدير المبلغ جزافاً (Single Lump Sum) أو تقديراً جزافياً يتوقف دفعه على جملة حوادث أو وقائع متباينة الأهمية, قد تترتب على بعضها أضرار جسيمة (Serious Damage) وقد تترتب على البعض الآخر أضرار طفيفة (Trifling damage). إلا أن جانباً من الفقه[٩٠] يرى بأن هذه القاعدة قد تشكل مصيدة أو فخاً لعديمي اليقظة والتبصر (Trap for the Unwary), لأن في كل حالة يتم فيها الإخفاق في التمييز بين الإخلال الجدي والإخلال الطفيف أو التافه بالعقد (Serious and Trifling Breaches of Contract), فإن الشرط سيفسر حينئذٍ شرطاً جزائياً وليس شرطاً للتعويض الإتفاقي المسبق. ومن هنا جاءت القاعدة الثالثة التي تميل الى تفسير البند التعاقدي كشرط للتعويض الإتفاقي المسبق أكثر من كونه شرطاً جزائياً. وذلك بترجيح تفسير المبلغ المتفق عليه في العقد كتقدير مسبق أصلي أو حقيقي للضرر الناجم عن الإخلال (Genuine Pre-estimate of Damage of the Breach) في كل حالة يستحيل معها تقريباً التمييز بين الشرطين. فالغاية الأساسية هي التوصل الى التقدير الأولي الدقيق (Precise Pre-estimation) . أما القاعدة الرابعة فهي قريبة من القاعدة الأولى ومؤداها أن البند يعد شرطاً جزائياً إذا كان الإخلال لا يتوقف على دفع مبلغ من النقود. وأن المبلغ المنصوص عليه في العقد أكبر بكثير من المبلغ الذي يتوجب دفعه[٩١]. ويذكر جانب من الفقه الانكليزي مثلاً لهذه الحالة بالشرط الذي يلزم المدين ويجعله مسؤولاً عن دفع مبلغ قدره (١٠٠٠) جنيه, إذا تأخر في موعد الإستحقاق عن الوفاء بمبلغ الدين الذي قدره (٥٠) جنيهاً فحسب[٩٢].

٨. من حيث طول المدة الزمنية التي ينبغي على الطرف المخل دفع المبلغ المنصوص عليه في الشرط بعد الإخلال بالعقد: فإذا ما نص البند التعاقدي على قيام الطرف المخل بالتزامه بدفع مبلغ معين متفق عليه (Agreed Sum), إذا لم ينفذ الالتزام أو تأخر في تنفيذه بعد مضي مدة معينة, فإن هذا المبلغ يعد, ودون شك, تعويضاً إتفاقياً (Liquidated Damages), والشرط الذي يتضمنه شرطاً جزائياً. أما إذا نص البند على دفع مبلغ إضافي (Further Sum) في حالة تأخر المدين في دفع مبلغ التعويض المتفق عليه بعد الموعد المحدد, فإن المبلغ الإضافي يعد, ومن دون أدنى شك,

---

361-Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. ibid. P.٣٧5.

362- Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. ibid . P.٣٧٤.

363- Edwin Peel and .G. H. Treitel. Treitel on The law of contract. Twelfth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010. P.١٠٧٦.

غرامة أو جزاء يفرض على المدين[٩٣]. لأن قصر طول المدة الزمنية بين إستحقاق مبلغ التعويض الإتفاقي (Short Delay in Payment) وفرض المبلغ الإضافي لا تدل على وجود ضرر جسيم أصاب الدائن, مما يبرر فرض المبلغ الإضافي[٩٤].

المبحث الثاني

الآثار القانونية المترتبة على شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً ومقارنتها بالشرط الجزائي في القانونين الانكليزي والمقارن

إن دراسة الآثار القانونية المترتبة على شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً ومقارنتها بالشرط الجزائي تستلزم منا البحث في هذه الآثار في القانون الانكليزي ثم مقارنتها بموقف القانون المقارن المتمثل في هذه الدراسة بالقانونين اللبناني والعراقي وكما يأتي:

المطلب الأول

الآثار القانونية المترتبة على شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً ومقارنتها بالشرط الجزائي في القانون الانكليزي

يعد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً شرطاً صحيحاً نافذاً (Valid and Enforceable Clause) بمجرد إدراجه في العقد, خلافاً للشرط الجزائي الذي يعد شرطاً غير صحيح وغير نافذ(Invalid and unenforceable Clause) عند إدراجه في العقد[٩٥]. وتترتب على ذلك بعض الآثار القانونية لكل واحد منهما. وسوف نناقش هذه الآثار في الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول

الآثار القانونية المترتبة على شرط التعويض الإتفاقي أو المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي

---

[٣٦٤]- د. مجيد حميد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهرين، ٢٠٠١، ص٢٠٦.

[365]- Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth Edition, Clarendon Press, Oxford, 2005, P.392.

[366]- Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. op. Cit. P.373 and ٣٧٧.

يترتب على شرط التعويض الإتفاقي في القانون الانكليزي أثرين مهمين, الأول هو في حالة زيادة قيمة الضرر الحقيقي على قيمة التعويض المتفق عليه أو قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي. والثاني هو زيادة قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي على قيمة الضرر الحقيقي. وسوف نبحث في هذين الأثرين وكما يأتي:

أولاً: حالة زيادة قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي: ففي هذه الحالة إذا ما زادت قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي, فإن الشرط يعد صحيحاً نافذاً ويُلزم الطرف المتضرر من الاخلال بالعقد بقبول القيمة المحددة في شرط التعويض الاتفاقي حتى وإن كانت أقل من قيمة الضرر الحقيقي[٩٦]. ولا يحق له في هذه الحالة إقامة دعوى التعويض القضائي بمقتضى قانون الأحكام العام للحصول على بقيمة المبلغ لكي يعادل قيمة الضرر الحقيقي. وهو ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Cellulose Acetate Silk Co Ltd v Widnes Foundry Ltd [1933] AC 20) التي تتلخص وقائعها[97] بإبرام عقد بناء مصنع (Contract of the Construction of a factory), وقد أدرج في العقد بند يقضي بالتعويض عن التأخير في بناء المصنع وبقيمة عشرين جنيهاً للأسبوع الواحد (£20 Per Week) . وعلى أساس هذا الشرط فإنه ينبغي على المدعى عليه أن يدفع مبلغاً قدره عشرين جنيهاً للأسبوع الواحد كتعويض إتفاقي عن كل أسبوع يتاخر فيه عن إكمال البناء. وكان من المقرر أن يستمر بناء المصنع لمدة ثمانية عشر أسبوعاً كحد أقصى. إلا أن إكمال البناء لم يكتمل إلا بعد مضي ثمانية وأربعين أسبوعاً. أي بعد ثلاثين أسبوعاً (Thirty-week Delay) من الموعد المقرر أو المتفق عليه. وقد بلغت قيمة أضرار وخسائر المدعي (£5,850) جنيهاً نتيجة ذلك التأخير. فأقام المدعي الدعوى وطالب بقيمة الأضرار الحقيقية, فدفع المدعى عليه بعدم حق المدعي بالحصول على التعويض الكامل عن الأضرار الحقيقية والبالغ (£5,850) جنيهاً. فصدر حكم المحكمة لمصلحة المدعى عليه,

---

367- Neil Andrews. op. Cit . p.٦٠٩.

[٩٦]- لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع https://www.lawteacher.net/cases/cellulose-acetate-v-widnes-foundry.php

وقضت في حكمها بالمبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي والبالغ (£600) عن التأخير لمدة ثلاثين أسبوعاً من الموعد المقرر أو المتفق عليه. كما صادق مجلس اللوردات (House of Lords) على هذا الحكم, وذكر اللورد (Atkin) بأن البند المدرج في العقد هو شرط للتعويض الاتفاقي وليس شرطاً جزائياً. وقد إتجهت نية الطرفين الى الإتفاق على هذا المبلغ, على الرغم من أنه بخس تعويض الطرف المتضرر (Under-compensation of the Innocent Party) عندما حدد مقدار أو قيمة التعويض بالحد الأدنى, علماً أن قيمة الضرر الحقيقي أكبر من هذا المبلغ المتفق عليه بكثير.

ثانياً: حالة زيادة قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي على قيمة الضرر الحقيقي: وإذا زادت قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي على قيمة الضرر الحقيقي, فإن الشرط يعد صحيحاً نافذاً أيضاً, ويحق في هذه الحالة للطرف المخل بالعقد إسترداد قيمة المبلغ الذي يزيد عن قيمة الضرر الحقيقي[٩٨]. وهو ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Clydebank Engineering and Shipbuilding Company Ltd v Don Jose Ramos Yzquierdo y Castenada 1905.AC6) التي تتلخص وقائعها[99] بإبرام عقد مركب لصناعة وبيع أربعة زوارق طوربيد (Torpedo Vessels) للحكومة الإسبانية. وقد تضمن العقد بنداً يقضي بمنح الطرف المتضرر مبلغاً قدره خمسمائة جنيه عن كل أسبوع تأخير (£500 Per Week) في تسليم الزوارق. كما تضمن العقد عبارة تنص على أن البند المدرج في العقد هو شرط جزائي عن عدم إكتمال العمل في الموعد المحدد (Penalty Clause for Non-completion to Time) . فقضت المحكمة في حكمها بأن ذلك البند لا يعد شرطاً جزائياً ولكنه شرط صحيح للتعويض الإتفاقي (valid Liquidated Damages Clause) , على الرغم من إستعمال الطرفين الكتعاقدين لمصطلح "الشرط الجزائي". وجاء في حكمها بأنه يحق للطرف المخل بالتزامه التعاقدي والمتمثل بالطرف المصنع لتلك الزوارق أو المقاول (Contractor) إسترداد قيمة المبلغ الزائد المحدد في شرط التعويض الإتفاقي والذي يزيد عن قيمة الضرر الحقيقي. وقد صادق مجلس اللوردات على هذا الحكم. إلا أن مجلس اللوردات

---

[369]-Rojer Halson. op. Cit . P.513.

[370]- لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع

https://www.isurv.com/directory_record/3943/clydebank_engineering_and_shipbuilding_company_ltd_v_don_jose_ramos_yzquierdo_y_castenada

رفض حجة الجهة المصنعة والبائعة للزوارق التي طالبت بإعفائها من التعويضات تماماً, لأن التاخير في التسليم كان في مصلحة الحكومة الإسبانية, فلو سلمت الزوارق في الموعد المحدد لكانت قد دمرت في المواجهات البحرية العنيفة التي حصلت قبل أثناء مدة التأخر في التسليم[١٠٠].

الفرع الثاني

الآثار القانونية المترتبة على الشرط الجزائي في القانون الانكليزي

وبالمقابل يترتب على الشرط الجزائي في القانون الانكليزي نفس الأثرين وهما: الأول هو في حالة زيادة قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي. والثاني هو زيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي على قيمة الضرر الحقيقي. وسوف نبحث في هذين الأثرين وكما يأتي:

أولاً: حالة زيادة قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي: حتى وإن زادت قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي, فإن الشرط الجزائي يعد شرطاً غير صحيح وغير نافذ (Invalid and Unenforceable Clause). فيحق للطرف المتضرر أن يثبت للمحكمة بأن البند التعاقدي هو في حقيقته شرط جزائي, لتقضي بعدم صحته وعدم نفاذه, فلا يترتب عليه أي اثر كشرط جزائي. وفي هذه الحالة يحق للطرف المدعي المتضرر ان يرفع دعوى التعويض القضائي (Unliquidated damages) للحصول على تعويض كامل يتناسب مع قيمة الضرر الحقيقي الذي تعرض له[١٠١]. فتقضي له المحكمة بالتعويضات القضائية بدلاً عن التعويضات الإتفاقية[١٠٢]. للحصول على التعويضات المقررة في قانون الأحكام العام عن الأضرار التي تزيد عن قيمة المبلغ المحدد في الشرط الباطل. وهو ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية **Wall v** (**Rederiaktiebolaget Luggade** 1915. 3KB 66) التي تتلخص وقائعها[103] بإبرام

371- Rojer Halson. op. Cit . P.513.

372- Rojer Halson. ibid . P.514.

373- Neil Andrews. op. Cit . p.٦١٠.

٣٧٤- لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع https://www.lawteacher.net/cases/remedies-cases-1.php

عقد إيجار سفينة (Charterparty) بين مالك السفينة (shipowner) و ومستأجر السفينة (Charterer). وتضمن العقد شرطاً جزائياً يقضي بدفع مبلغ قدره (1.125 £) جنيه للطرف المخل بالتزامه. وقد تضرر المستأجر نتيجة إخلال مالك السفينة بالتزامه التعاقدي وبلغت قيمة الأضرار التي تعرض لها (3.000 £) جنيهاً. فقضت المحكمة في حكمها ببطلان البند بوصفه شرطاً جزائياً شكلاً وموضوعاً, لأنه نص على دفع مبلغ محدد في حالة الإخلال بالعقد, ودون الأخذ بنظر الإعتبار قيمة الضرر الحقيقي, سواء اكان أقل أم أكثر من قيمة المبلغ المنصوص عليه أو المحدد في الشرط (Stipulated Sum) . كما أعطت المحكمة الحق للطرف المتضرر أن يتجاهل الشرط الباطل ويقاضي الطرف المخل بالعقد للحصول على التعويضات القضائية على أساس مبادىء قانون الأحكام العام (Common Law Principles) .

ثانياً: حالة زيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي على قيمة الضرر الحقيقي: أما إذا زادت قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي على قيمة الضرر الحقيقي, فإن الشرط في هذه الحالة يعد شرطاً صحيحاً نافذاً. فالمبدأ العام السائد في قانون الأحكام العام الانكليزي أنه إذا كان المبلغ المحدد في الشرط لا يعد تقديراً مسبقاً صحيحاً يعكس حجم الضرر أو الخسارة, فيعد الشرط حينئذٍ شرطاً جزائياً ولا يكون صحيحاً نافذاً. لأنه يهدف الى معاقبة الطرف المخل بالتزاماته التعاقدية[104], ضماناً لتنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً[١٠٥]. وقد جرت العادة لدى المحاكم الانكليزية على عدم إبطال الشرط الجزائي, إذا زادت قيمة المبلغ الذي يحتويه على قيمة الضرر الحقيقي, ولكنه يعد شرطاً صحيحاً نافذاً يقتصر تنفيذه على الخسارة الحقيقية الفعلية التي تعرض لها الطرف الذي يحتمي بهذا الشرط ولا يتجاوزها. وهو ما قضت به محكمة الإستئناف في حكمها الصادر في قضية (Jobson v Johnson 1989. 1 All ER 621) التي تتلخص وقائعها[106] بإمتلاك المدعي لنسبة (44.9%) من أسهم رأس مال (Share capital) ملعب كرة القدم, ثم تعاقد مع المدعى عليه لبيعه تلك الأسهم بمبلغ (٤٠٠٠٠) ألف جنيه, فضلاً عن أقساط إضافية إجمالية بلغت (311,698) ألف جنيه. ونص شرط في العقد على أنه في حالة

---

[٣٧٥]- أدموند س ملكا. مصدر سابق . ص١٢٠.

[376]- John Wilman. op. Cit . P.169.

[٣٧٧]- لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع

https://www.lawteacher.net/cases/jobson-v-johnson.php

عدم دفع الأقساط, فإن الأسهم سوف تعاد إلى المدعي بقيمة (٤٠٠٠٠) ألف جنيه, إلا أن المدعى عليه توقف عن الدفع فقاضاه المدعي لغرض نقل الأسهم. فدفع المدعى عليه بأن الشرط المدرج في العقد هو شرط جزائي (Penalty clause) , وأقام دعوى مقابلة (Counter–claim) يطلب فيها الإحتفاظ بالأسهم وعدم نقلها الى المدعي. فقضى قاضي الموضوع في حكمه بأن الشرط الذي ينص على نقل الأسهم هو شرط جزائي ويعد صحيحاً نافذاً. فلم ينجح المدعى عليه في دعواه المقابلة وإستأنف الحكم لدى محكمة الإستئناف. وكان هناك تساؤلان مطروحان أمام تلك المحكمة: الأول هو ما إذا كان الشرط المدرج في العقد يعد شرطاً جزائياً أم لا. والثاني هو ما إذا كان بإمكان المدعى عليه أن يقيم الدعوى المقابلة للحصول على معونة قضائية (Relief) تدرأ عنه فقدان الأسهم (Forfeiture of the shares). فقضت محكمة الإستئناف في حكمها بأن الشرط المدرج في العقد هو شرط جزائي يهدف الى معاقبة المدعى عليه لعدم قيامه بالدفع. ولم يكن مقياساً حقيقياً صادقاً لتحديد خسارة المدعي (Genuine measurement of the plaintiff's loss). كما قضت محكمة الإستئناف برد الدعوى المقابلة (Counter–claim) للمدعى عليه[١٠٧]. وأهم ما تضمنه حكم محكمة الإستئناف هو إصدار أمر بالتنفيذ العيني إلى الحد الذي لا تتجاوز فيه قيمة الشرط مقدار الخسارة التي تعرض لها المدعي (Plaintiff's loss).

المطلب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على شرط (بند) التعويض الإتفاقي في القانونين اللبناني والعراقي

أما بالنسبة الى القانونين اللبناني والعراقي والمتمثلين بقانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ٩/٣/ ١٩٣٢ والقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ فإن الشرط (البند) الجزائي يعد صحيحاً نافذاً نهائياً وملزماً للمتعاقدين إذا توفرت شروطه وهي: أ–صدور خطأ من المدين يتمثل في عدم تنفيذ التزامه التعاقدي أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه تنفيذاً معيباً أو جزئياً, وجميعها صور للإخلال بالإلتزام التعاقدي. ب–الضرر الذي يصيب الدائن وهو الأذى أو الخسارة المالية التي يتعرض لها. ج–قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر. أي أن الضرر

378- Finola O'Farrell QC. Challenging and defending liquidated damages. An article published in the website: https://sas-pace.sas.ac.uk/189/1/OFarrellFinolaIssue056.pdf

يكون نتيجة طبيعية لإخلال المدين بالتزامه التعاقدي[١٠٨]. وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (٢٦٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي نصت على أنه (قد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب. فلا يحق له أن يطالب بالأصل والغرامة معاً, إلا إذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل إكراه المديون على الإيفاء ويحق للقاضي أن يخفض غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة). والشطر الأول من الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر). وينبغي على القاضي الحكم بالشرط (البند) الجزائي. وليس له أن يقوم بتعديل المبلغ المحدد فيه وفقاً لمقدار الضرر الذي أصاب الدائن المتضرر, لأن تحديد المبلغ تم بتراضي الطرفين اللذين يدركان مضمونه[١٠٩], وما يعبر عنه من تقدير مسبق لمقدار الضرر الذي يمكن أن يصيب الطرف الذي المتضرر من الإخلال بالإلتزام التعاقدي[١١٠]. إلا أنه يحق للقاضي تعديل المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي في بعض الحالات التي نص عليها القانون والتي تسمح بتعديل مقدار المبلغ المحدد في الشرط تخفيضاً أو زيادة[١١١]. وسوف نتناول بالدراسة هاتين الحالتين وما تنطويان عليه من حالات فرعية في القانونين اللبناني والعراقي وكما يأتي:

الفرع الأول

تخفيض قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي

أجاز القانونان اللبناني والعراقي للقاضي أن يقوم بتخفيض أو إنقاص قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي في حالتين هما:

---

[٣٧٩]- د.منذر الفضل. مصدر سابق. ص٤٧٣.

[٣٨٠]- د.أحمد سلمان شهيب السعداوي ود.جواد كاظم جواد سميسم. مصادر الإلتزام دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي. الطبعة الثانية. منشورات زين الحقوقية. بيروت لبنان. ٢٠١٧ . ص٧٢.

[٣٨١]- د.مصطفى العوجي. القانون المدني الجزء الأول العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية. منشورات الحلبي الحقوقية بيروت. ٢٠٢٢. ص٥٧٨.

[٣٨٢]- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج٢ . مصدر سابق. ص٦٥.

أولاً: تخفيض قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند الجزائي) اذا كان تقديره باهظاً أو فاحشاً ومبالغاً فيه كثيراً. فعلى الرغم من أن القاضي ليس بإمكانه مبدئياً أو كأصل عام أن يخل بتوافق الطرفين المتعاقدين على أساس مبدأ حرية التعاقد, وما يتفرع عنه من حرية الأطراف في تضمين عقودهم ما يشاءون من شروط[١١٢]. إلا أن البند الجزائي الفاحش الذي يماثل في حقيقته الغرامة الإكراهية يؤثر في إرادة المدين ويسلبها تحت وطأة أو جسامة المبلغ الضخم الذي يتضمنه الشرط أو البند, فيمكن للقاضي حينئذٍ تخفيضه بما يعادل مقدار الضرر الحقيقي[١١٣]. وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (٢٦٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي نصت على أنه (يحق للقاضي أن يخفض غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة). وكذلك الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة). فالأصل أن الشرط (البند) الجزائي الذي حدده طرفا العقد كتعويض عن الأضرار التي تلحق بالدائن نتيجة عدم التنفيذ ملزم لهما[١١٤]. ولا يحق للقاضي تعديله اذا كان باهظاً, أو إلغائه في حالة عدم تحقق الأضرار نتيجة الإخلال بتنفيذ الموجب أو الإلتزام. ولا يمكن الإستناد الى فداحة المبلغ المحدد في الشرط (البند) أو بعدم تناسبه من الضرر الحقيقي الذي تعرض له الدائن, إلا اذا تبين للقاضي أنه وضع كغرامة إكراهية على سبيل إكراه المدين لحمله على تنفيذ موجباته, فيجوز له حينئذٍ تخفيض قيمته عملاً بأحكام الفقرة الثانية من المادة (٢٦٦) السالفة الذكر, اذا بدا له أنها باهظة أو فاحشة ولا تتناسب مع الضرر الحقيقي الذي تعرض له الدائن نتيجة الإخلال بتنفيذ الموجب أو الالتزام[١١٥]. كذلك يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي على الرغم من الإتفاق عليه, وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي المذكورة آنفاً, إذا كان مبالغاً فيه الى حد بعيد. ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف ذلك حماية للدائن من تعسف المدين[١١٦]. وقد الغت محكمة التمييز اللبنانية في حكم لها البند الجزائي

---

[٣٨٣]-د.درع حماد. النظرية العامة للالتزامات. ج٢ . ص٥٨.

[٣٨٤]-د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص٥٨٧.

[٣٨٥]- د.أنور سلطان. الموجز في مصادر الإلتزام. منشأة المعارف بالإسكندرية. ١٩٩٦. ص٨٤.

[٣٨٦]- د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص٥٩٠.

[٣٨٧]-- د.منذر الفضل. مصدر سابق. ص٤٨٠.

لعدم ثبوت تحقق ضرر أصاب من أدعى به من الفرقاء, وذلك بعد أن كيفت البند بأنه يمثل جزاءً مدنياً أو غرامة اكراهية وضعت في العقد دعماً لإلتزام الفرقاء للقيام بموجباتهم وليس على سبيل تحديد بدل عطل وضرر معين جرى تقديره مسبقاً من قبلهم. وجاء في حكم المحكمة[١١٧] بأنه (وحيث أنه يقتضي بالتالي عدم التوقف عند البند المذكور لكونه يشكل جزاءً مدنياً لا أساس قانونياً له, والنظر في طلب المستأنف عليه المقدم بداية فيما اذا كان من مبرر قانوني وواقعي لإجابة طلبه إعتبار الثمن المدفوع بمثابة عطل وضرر عن إلغاء العقد. وحيث أن التعويض عن العطل والضرر يفترض وقوع الضرر بصورة أكيدة وثابتة ومحددة المعالم كي يصح التعويض عنه. وحيث لا يتبين من وقائع الدعوى أن المستأنف عليه تضرر من إلغاء العقد بتاريخ إعلانه لهذا الإلغاء, وقوله أنه كان يرتب ميزانيته على أساس ما يقبضه مردود إذ لم يقدم أي إثبات يفيد أنه كان يعول فقط على أقساط الشاري لشراء مواد البناء وأنه حصل توقف أو تأخير عن ذلك بسبب توقف الشاري عن الدفع مما ألحق به ضرراً. وحيث طالما أنه لم يقم إثبات على أن ضرراً محدداً لحق بالمستأنف عليه عند إعلانه الغاء العقد, فيكون طلبه اعتبار ما ورد في البند الحادي عشر من العقد بمثابة بدل عطل وضرر مردوداً). كما أعطى حكم آخر للقضاء اللبناني سلطة للقاضي في وصف البند الجزائي بالغرامة الإكراهية إذا ما وجده باهظاً أو فاحشاً ومبالغاً فيه كثيراً ومن ثم تخفيضه. وجاء في الحكم[١١٨] أنه (تقرر المحكمة بالأكثرية إلغاء العقد على مسؤولية المدعية ورد دعواها قبول دعوى المدعى عليها....ورد سائر المطالب والأسباب الزائدة والمخالفة. حكماً وجاهياً قابلاً للإستئناف أعطي وأفهم علناً في بعبدا في ١٩٨٨/٧/٢٨ . حيث أنني أؤيد الحكم بكل ما ورد فيه بإستثناء ما يتعلق بالبند الجزائي, وحيث أن الحكم قضى بإلغاء البند الجزائي تبعاً لإلغاء العقد, وحيث أنني أرى أن البند المذكور لا يلغى بإلغاء العقد لعلة النكول عن التنفيذ بل يعمل به ويطبق في الحال وذلك للأسباب الآتية: –إن البند الجزائي يشكل عقداً مستقلاً عن العقد الأصلي. –يعود للقاضي تكريساً للعدالة وتهرباً من جور البند الجزائي سلطة وصف هذا البند بالغرامة الإكراهية إذا وجده فاحشاً وبالنتيجة له الحق في تخفيضه (المادة ٢٦٦ فقرة ٢ موجبات). –تكريساً للعدالة أيضاً لا يحكم بالبند

---

[٣٨٨]- تمييز لبناني. قرار رقم ٩٢/١١ في ٣/١٩/ ١٩٩٢ (الرئيس مصطفى العوجي المستشاران ريمون معلوف ومصطفى نور الدين). مجلة العدل . مجلة نقابة المحامين بيروت. مجلة حقوقية تصدر كل ثلاثة أشهر. العدد الأول. ١٩٩٢ . صفحة ٦٣ وما يليها.

[٣٨٩]- الغرفة الإبتدائية الأولى في جبل لبنان. قرار رقم ١٨٥ في ٧/٢٨/ ١٩٨٨. دعوى أبو علفة الشمعة. (الرئيس زين والعضوان أبي نادر وخوري). نقلاً عن بدوي حنا. مجموعة قضايا الموجبات والعقود. الجزء السادس العقد. منشورات زين الحقوقية بيروت. ٢٠٢٠ . ص١٧٣-١٨٢.

الجزائي عند إنتفاء الضرر بل يحكم به عند قيام هذا الضرر بإعتبار أن مصدر البند الجزائي قيام الضرر لا إرادة المتعاقدين التي تنحصر فقط في تقدير التعويض بموجب البند الجزائي فالإرادة مصدر لتقدير التعويض لا لخلق الضرر على ما يستنتج من الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ المذكورة. –إن البند الجزائي يزول ويبطل تبعاً لإبطال العقد الأصلي, فهو تابع للعقد الأصلي في حالة الإبطال لا في حالة الإلغاء. لهذه الأسباب إقتضى تدوين المخالفة القاضي المخالف أبي نادر).

ثانياً: تنفيذ المدين لموجبه أو التزامه الأصلي تنفيذاً جزئياً. فإذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ الموجب الأصلي أو الإلتزام الأصلي قبل الدائن تنفيذاً جزئياً, فإنه يحق للقاضي أن يقوم بتعديل الشرط (البند) الجزائي بتخفيضه أو إنقاصه إنسجاماً مع مقتضيات العدالة, وإستثناءً من الأصل العام الذي لا يجيز للقاضي تعديله زيادة أو إنقاصاً إحتراماً لمبدأ حرية التعاقد[١١٩]. إلا أن هذا التخفيض هو في الحقيقة أمر جوازي للقاضي, فيجوز له أن لا يخفض مبلغ التعويض اذا ثبت له أن الجزء المنفذ من الموجب أو الالتزام تافه[١٢٠], بحيث لم يحصل الدائن على المنفعة المرجوة من التنفيذ الجزئي[١٢١]. ولكن يبقى الأصل أنه يحق للقاضي إنقاص التعويض الإتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للموجب وبما يعادل القسم المنفذ[١٢٢], لأن الغاية من الشرط هي لمواجهة حالة عدم التنفيذ الكامل للموجب أو الالتزام[١٢٣].

الفرع الثاني

زيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي

كما أجاز القانونان اللبناني والعراقي للقاضي أن يقوم بزيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي إذا كان هذا المبلغ يقل عن قيمة أو مقدار الضرر الحقيقي الذي تعرض له الدائن في حالتين هما:

---

[٣٩٠]– د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص٥٨٨.

[١٢٠]- د.عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للإلتزامات. الجزء الثاني أحكام الالتزام. الذاكرة للنشر والتوزيع بغداد. ٢٠١٢. ص١١٧.

[٣٩٢]- د.منذر الفضل. مصدر سابق. ص٤٨٠.

[٣٩٣]–د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص٥٧٨.

[٣٩٤]-د.درع حماد. النظرية العامة للالتزامات. ج٢ . ص٥٩.

أولاً: زيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي اذا كان الإخلال بالإلتزام التعاقدي يعزى الى غش أو خطأ جسيم إرتكبه المدين, وكان مقدار الضرر يفوق قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي. وكما ذكرنا سابقاً فإنه متى ما إتفق الطرفان على قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي, فإن الشرط يصير صحيحاً نافذاً معمولاً به, للقاضي تعديله زيادة أو إنقاصاً إحتراماً لمبدأ حرية التعاقد, وإلا فقد الشرط الجزائي معناه[124]. إلا اذا كان تنفيذ الموجب أو الالتزام التعاقدي يعزى الى غش أو خطأ جسيم إرتكبه المدين أو خداع أقدم عليه, مما يجعل الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط (البند) الجزائي[١٢٥]. فيجوز للقاضي في هذه الحالة زيادة مبلغ التعويض عما هو متفق عليه في العقد, وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية الناجمة عن الخطأ المتمثل بالغش أو الخطأ الجسيم أو الخداع[١٢٦]. وذلك إستناداً على المادة (٢٦٧) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي نصت على أن (البند الجزائي صحيح معمول به وإن كان موازياً في الواقع لبند منافٍ للتبعة. وإنما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون). والفقرة الثالثة من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد إرتكب غشاً أو خطأً جسيماً). فالأصل أنه اذا كان مقدار المبلغ المحدد في الشرط الجزائي يقل عن مقدار الضرر الحقيقي, فإنه ليس بوسع القاضي أن يقوم بزيادة ذلك المبلغ, لأن الشرط (البند) الجزائي في هذه الحالة يعد في حقيقته شرطاً للتخفيف من المسؤولية العقدية وهو أمر جائز, إلا اذا كان إخلال المتعاقد بتنفيذ موجبه أو التزامه ناجماً عن غش أو خطأ جسيم إرتكبه, فإن الشرط الجزائي يعد باطلاً ويحق للقاضي تقدير التعويض بما ينسجم مع مقدار الضرر الحقيقي الذي أصاب الدائن[١٢٧].

ثانياً: زيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند الجزائي) اذا بلغت من التفاهة حداً لا تعد معها تعويضاً جدياً عن الضرر الحقيقي, بل كانت وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية. فالأصل العام أن الشرط (البند) الجزائي يكون ملزماً مبدئياً لطرفي العقد مهما كانت قيمته زهيدة

---

[٣٩٨]- د.رمضان أبو السعود. أحكام الإلتزام. دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية. ١٩٩٨. ص١١١.

[٣٩٦]- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج٢ . مصدر سابق. ص٦٦.

[٣٩٧]- د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص٥٨٥.

[٣٩٨]- د.درع حماد. النظرية العامة للالتزامات. ج٢ . ص٦٠.

الى حد أنها تعد نافية للمسؤولية[١٢٨]. وهذا أمر جائز في إطار المسؤولية العقدية التي يمكن الإتفاق على التخفيف أو الإعفاء منها, مالم يكن تحديد ذلك المبلغ الزهيد أو التافه وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية[١٢٩], والتي تعد أحكامها من النظام العام بحيث لا يجوز الإتفاق على التخفيف أو الإعفاء منها, ويعد باطلاً كل إتفاق يقضي بالإعفاء أو التخفيف من أحكام هذه المسؤولية[١٣٠]. وذلك بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (يقع باطلاً كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل الغير المشروع). فينبغي على القاضي إبطال الشرط وتجاهل التقدير أو التحديد الإتفاقي لمقدار المبلغ الذي تضمنه الشرط والحكم للدائن بأكثر مما ورد فيه[١٣١].

---

[٣٩٩]-د.مصطفى العوجي. القانون المدني. ج١. مصدر سابق. ص٥٨٥.

[٤٠٠]- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. ج٢ . مصدر سابق. ص٦٦.

[٤٠١]- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام . وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد، ١٩٨٠ ، ص٢٥١.

[٤٠٢]- د.درع حماد. النظرية العامة للالتزامات. ج٢ . ص٥٩.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية وكما يأتي:

أولاً: النتائج: وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

١. يعد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً بنداً تعاقدياً يستعمل لتحديد مقدار التعويضات التي ينبغي أن تدفع الى الطرف المتضرر من الإخلال بالعقد, ويمثل تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد.
٢. أما الشرط الجزائي فهو أيضاً بند تعاقدي يستعمل لتحديد مبلغ معين يدفع الى الطرف غير المخل بالعقد. وهو لا يمثل تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً عن الأضرار أو الخسائر الناجمة عن الإخلال بالعقد, ولكنه يهدد فحسب بإنزال العقوبة بالطرف المخل بالعقد. ويتسم بسمتي فداحة التقدير ومنافاة الضمير الحي.
٣. يتشابه كل من شرط التعويض الإتفاقي والشرط الجزائي في القانون الانكليزي من حيث الطبيعة الإتفاقية لكل منهما, ومن حيث وقت الإتفاق على الشرط وإدراجه في العقد, ونية الأطراف المتعاقدة.
٤. ويختلف كل من الشرطين عن بعضهما البعض في القانون الانكليزي من حيث الهدف ومقدار المبلغ المنصوص عليه في العقد, ومدى مصداقية تقدير المبلغ المنصوص عليه في الشرط, ومن حيث النفاذ والقوة التفاوضية.
٥. يعد شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً في القانون الانكليزي شرطاً صحيحاً نافذاً بمجرد إدراجه في العقد, خلافاً للشرط الجزائي الذي يعد شرطاً غير صحيح وغير نافذ عند إدراجه في العقد وكأصل عام.
٦. في حالة زيادة قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي في القانون الانكليزي, فإن الشرط يعد صحيحاً نافذاً ويُلزم الطرف المتضرر من الاخلال بالعقد بقبول القيمة المحددة في شرط التعويض الاتفاقي حتى وإن كانت أقل من قيمة الضرر الحقيقي.

٧. في حالة زيادة قيمة المبلغ المحدد في شرط التعويض الاتفاقي على قيمة الضرر الحقيقي في القانون الانكليزي, فإن الشرط يعد صحيحاً نافذاً أيضاً, ويحق في هذه الحالة للطرف المخل بالعقد إسترداد قيمة المبلغ الذي يزيد عن قيمة الضرر الحقيقي.

٨. في حالة زيادة قيمة الضرر الحقيقي على قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي في القانون الانكليزي, فإن الشرط الجزائي يعد شرطاً غير صحيح وغير نافذ, ويحق للطرف المتضرر أن يقيم دعوى التعويض القضائي للحصول على تعويض كامل يتناسب مع قيمة الضرر الحقيقي الذي تعرض له.

٩. أما في حالة زيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي على قيمة الضرر الحقيقي في القانون الانكليزي, فإن الشرط في هذه الحالة يعد شرطاً صحيحاً نافذاً. يقتصر تنفيذه على الخسارة الحقيقية الفعلية التي تعرض لها الطرف الذي يحتمي بهذا الشرط ولا يتجاوزها.

١٠. تبنى القانونان اللبناني والعراقي شرط التعويض الاتفاقي, إلا أنهما مزجا, وخلافاً للقانون الإنكليزي, بينه وبين الشرط (البند) الجزائي, وعداهما لفظين مترادفين يحملا بين طياتهما فكرتي جبر الضرر والجزاء في وقت واحد. وهو إتفاق بين الفرقاء سلفاً, سواء في العقد ذاته أو بموجب وثيقة مستقلة على تحديد قيمة التعويض المتوجب للفريق الذي لم يُنَفَذ الموجب العائد له أو الذي حصل التأخير في تنفيذه.

١١. أجاز القانونان اللبناني والعراقي للقاضي أن يقوم بتخفيض أو إنقاص قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي في حالتين هما: إذا كان تقدير ذلك المبلغ باهظاً أو فاحشاً. وإذا قام المدين بتنفيذ موجبه أو التزامه الأصلي تنفيذاً جزئياً.

١٢. كما أجاز القانونان اللبناني والعراقي للقاضي أن يقوم بزيادة قيمة المبلغ المحدد في الشرط الجزائي إذا كان هذا المبلغ يقل عن قيمة أو مقدار الضرر الحقيقي الذي تعرض له الدائن في حالتين هما: اذا كان الإخلال بالإلتزام التعاقدي يعزى الى غش أو خطأ جسيم إرتكبه المدين, وكان مقدار الضرر يفوق قيمة المبلغ المحدد في الشرط (البند) الجزائي, وإذا بلغت قيمة مبلغ الشرط (البند الجزائي) من التفاهة حداً لا تعد معها تعويضاً جدياً عن الضرر الحقيقي, بل كانت وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية.

ثانياً: التوصيات: بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة، فأننا نقترح التوصيات الآتية:

١. نقترح على المشرعين اللبناني والعراقي تبني ضابط تعادل أو إختلال القوة التفاوضية لطرفي العقد, لغرض التمييز بوضوح وبدقة بين شرط التعويض الاتفاقي والشرط (البند) الجزائي وعدم عدهما لفظين مترادفين أو وجهين لعملة واحدة, وذلك لإختلاف الوظائف والأغراض أو الأهداف التي يسعى كل واحد منهما الى تحقيقه أسوة بالقانون الانكليزي. وعليه فإننا نقترح عليهما النص الآتي: (في حالة الشك أو اللبس اللذين يكتنفان طبيعة الشرط. فإذا كانت القوة التفاوضية متساوية بين الأطراف فإنه يرجح أن يكون البند التعاقدي شرطاً للتعويض الإتفاقي المسبق. أما إذا تفاوتت القوة التفاوضية كان البند شرطاً جزائياً. وكلما إزداد التفاوت رجحت كفة الشرط الجزائي).

٢. ونوصي المشرعين اللبناني والعراقي الإفادة من ضابط مدى مصداقية التقدير المسبق للمبلغ الوارد في الشرط للتمييز وبوضوح بين شرط التعويض الإتفاقي المحدد مسبقاً والشرط الجزائي وعدم الخلط بينهما وعدهما شرط واحد ذي تسميتين مترادفتين, وذلك لغرض الإفادة من الوظائف المحددة لكل واحد منهما. وعليه فإننا نقترح عليهما النص الآتي: (يعد البند التعاقدي شرطاً للتعويض الاتفاقي, إذا تضمن تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً للأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد. أما إذا لم يتضمن البند تقديراً مسبقاً حقيقياً وصادقاً لتلك الأضرار, ولكن مجرد تهديد بإنزال العقوبة بالطرف المخل بالعقد فيكون شرطاً جزائياً فحسب.

٣. كما نقترح على المشرعين اللبناني والعراقي الإفادة من قواعد التفسير التي وضعتها المحكمة الانكليزية للتمييز بين شرط التعويض الإتفاقي المسبق والشرط الجزائي, وذلك في حكمها الصادر في قضية (Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd 1915. AC 79) . إذ يمكن الإفادة من قاعدتي التفسير الأولى والثانية للتمييز بين الشرطين. وعليه فإننا نقترح عليهما النص الآتي: (يعد البند التعاقدي شرطاً جزائياً إذا جرى تقدير المبلغ الذي يتضمنه تقديراً جزافياً يتوقف دفعه على جملة حوادث أو وقائع متباينة الأهمية, قد تترتب على بعضها أضرار جسيمة وقد تترتب على البعض الآخر أضرار طفيفة. وإذا كان المبلغ المتفق عليه مبالغاً فيه ومنافٍ للضمير الحي ولا يتناسب إطلاقاً مع الضرر أو الخسارة الحقيقية).

٤. كما نوصي أخيراً المشرعين اللبناني والعراقي الإفادة من القاعدة الثالثة من قواعد التفسير التي وضعتها المحكمة الانكليزية للتمييز وبدقة بين شرط التعويض الاتفاقي والشرط الجزائي, وترجيح تفسير البند التعاقدي كشرط للتعويض الاتفاقي في كل حالة يصعب فيها أو يستحيل معها تقريباً

التمييز بين الشرطين. وعليه فإننا نقترح عليهما النص الآتي: (في حالة صعوبة التمييز أو إستحالته بين شرط التعويض الاتفاقي والشرط الجزائي لعدم فداحة تقدير المبلغ المتفق عليه أو المبالغة في تقديره, فإنه يفسر كشرط للتعويض الاتفاقي وليس شرطاً جزائياً).

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية.

أ. الكتب القانونية.

١. د.أحمد سلمان شهيب السعداوي ود.جواد كاظم جواد سميسم. مصادر الإلتزام دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي. الطبعة الثانية. منشورات زين الحقوقية. بيروت.٢٠١٧ .

٢. أدموند س ملكا. شرح القانون الإنجليزي في ثمانية أجزاء. الطبعة الأولى. مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية. ١٩٥٤.

٣. د.أنور سلطان. الموجز في مصادر الإلتزام. منشأة المعارف بالإسكندرية. ١٩٩٦.

٤. د.حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت.٢٠١٢.

٥. د.حسن علي الذنون. شرح القانون المدني أحكام الإلتزام. الطبعة الثانية. العاتك لصناعة الكتاب القاهرة. ٢٠٠٧.

٦. د.حسام الدين كامل الأهواني. النظرية العامة للإلتزام. الجزء الأول. المجلد الأول. المصادر الإرادية للإلتزام. الطبعة الثالثة. بدون مكان طبع. ٢٠٠٠.

٧. د.درع حماد. النظرية العامة للالتزامات. القسم الثاني. أحكام الالتزام. مكتبة السنهوري. بيروت.٢٠١٦.

٨. د.رمضان أبو السعود. أحكام الإلتزام. دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية. ١٩٩٨.

٩. شيشير فيفوت فيرمستون. أحكام العقد في القانون الإنجليزي ظواهر الإتفاق وقواعد الإيجاب والقبول, ترجمة هنري رياض. الطبعة الأولى. دار الجيل بيروت. ١٩٨١.

١٠. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام. العقد–العمل غير المشروع–الاثراء بلا سبب–القانون. منشأة المعارف بالإسكندرية.٢٠٠٤.

١١. د.عبد السلام الترمانيني. القانون المقارن المناهج القانونية الكبرى المعاصرة. مطبوعات جامعة الكويت. الطبعة الثانية. ١٩٨٢.

١٢. د.عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. الجزء الثاني في أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. ١٩٦٥.

١٣. د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام . وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد، ١٩٨٠.
١٤. د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير. القانون المدني العراقي وأحكام الإلتزام. الجزء الثاني. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد. ١٩٨٠.
١٥. د.عدنان إبراهيم السرحان ود.نوري حمد خاطر. شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات. دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان. ٢٠٠٩.
١٦. د.عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للالتزامات. الجزء الاول. أحكام الالتزام. الطبعة الاولى. الذاكرة للنشر والتوزيع. بغداد. ٢٠١٢.
١٧. د.فتحي عبد الرحيم عبد الله. شرح النظرية العامة للإلتزام. الكتاب الأول. مصادر الإلتزام. منشأة المعارف بالإسكندرية. ٢٠٠١.
١٨. د.مجيد حميد العنبكي. مبادئ العقد في القانون الانكليزي. جامعة النهرين. ٢٠٠١ .
١٩. د.محمد حسام محمود لطفي. النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام. القاهرة. ٢٠٠٢.
٢٠. د.مصطفى العوجي. القانون المدني الجزء الأول العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية. منشورات الحلبي الحقوقية بيروت. ٢٠٢٢.
٢١. د.منذر الفضل. الوسيط في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء. منشورات آراس. أربيل. ٢٠٠٦.

ب–القوانين.

- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام ١٩٣٢.

ج– مجموعات أحكام القضاء

١. بدوي حنا. مجموعة قضايا الموجبات والعقود. الجزء الثاني البيع. منشورات زين الحقوقية بيروت. ٢٠٢٠ .
٢. بدوي حنا. مجموعة قضايا الموجبات والعقود. الجزء السادس العقد. منشورات زين الحقوقية بيروت. ٢٠٢٠.
٣. مجلة العدل. مجلة نقابة المحامين اللبنانية. مجلة حقوقية تصدر كل ثلاثة أشهر. العدد الأول. بيروت. ١٩٩٢ .

ثانياً: المصادر باللغة الإنكليزية.

First: Books.

1. Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth Edition. Clarendon Press. Oxford. 2005.
2. Brian H. Bix. Contract Law. Rules, Theory and Context. Cambridge University Press. 2012.
3. Catherine Elliott & Frances Quinn. Contract law. Tenth Edition. Longman. Pearson Education Limited. 2015.
4. Cathy J. Okrent . Torts and personal injury law, Fifth Edition, DELMAR, 2010.
5. Edwin Peel and .G. H. Treitel. Treitel on The law of contract, Twelfth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010.
6. Ewan Mckendrick. Contract Law. Sixth Edition. Palgrave Macmillan. 2005.
7. Ewan Mckendrick. Contract Law. Eleventh Edition. Palgrave macmillan. 2015.
8. Ewan Mckendrick. Contract Law Text Cases and Materials. Fifth Edition. Oxford University Press. 2012.
9. Jack Beatson. Andrew Burrows and John Cartwright. Anson's Law of Contract. 29th Edition. Oxford University Press. 2010.
10. Jill Poole. Casebook on Contract Law. Thirteenth Edition. Oxford University Press.2016.
11. John Cartwright. Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer. Second Edition. Hart Publishing Ltd, 2013.
12. John Wilman. Brown: GCSE Law. Ninth Edition. Thomson Sweet & Maxwell, 2005.

13. Michael Furmston. Cheshire. Fifoot & Furmston's Law of Contract. Sixteenth Edition. Oxford University Press. 2012.
14. Mindy-chen Wishart. contract law. Fourth Edition. Oxford University Press, 2012.
15. Neil Andrews, Contract Law, Second Edition, Cambridge University Press.2015 .
16. Pamela Tepper, the law of contract and the uniform commercial code,DELMAR, Cengage learning, 2012
17. Paul Richards. Law of Contract. Thirteenth Edition. Pearson Education Limited.2017.
18. Paul Richards. Law of Contract. Fourth Edition. Financial Times, Pitman Publishing, 1999.
19. Richard Stone. The Modern Law of Contract. Ninth Edition. Routledge, Taylor&Francis group. 2011.
20. Robert Duxbury, Nutshells contract Law. Fifth Edition, Sweet and Maxwell. 2001.
21. Rojer Halson. Contract Law. Second Edition. Pearson Education Limited. 2013.
22. Sir Guenter Treitel. The Law of Contract. Eleventh Edition. Sweet & Maxwell. Thomson Reuters. 2003.

Second: Laws

- The English Common Law.

Third: Internet websites

1- https://en.wikipedia.org/wiki/Dunlop_Pneumatic_Tyre_Co_Ltd_v_New_Garage_%26_Motor_Co_Ltd

2- https://www.lawteacher.net/cases/makdessi-v-cavendish-square-holdings.php

3- https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8a1dc924-ea88-46d6-826f-9d5ba1a41ba0

4- https://www.lawteacher.net/cases/cellulose-acetate-v-widnes-foundry.php

5- https://www.isurv.com/directory_record/3943/clydebank_engineering_and_shipbuilding_company_ltd_v_don_jose_ramos_yzquierdo_y_castenada

6- https://www.lawteacher.net/cases/remedies-cases-1.php

7- https://www.lawteacher.net/cases/jobson-v-johnson.php

https://sas-pace.sas.ac.uk/189/1/OFarrellFinolaIssue056.pdf