

أحكام الشرط التغريمي في القانون التونسي

فرج القصير *

عملاً بمبدأ سلطان الإرادة الذي يكرسه الفصل 242 من م.أ.ع. يمكن للمتعاقدين أن يتفقا على إلزام المدين بأداء مبلغ معين من المال إلى الدائن في صورة عدم تنفيذه لالتزامه الأصلي.

يسمى هذا الاتفاق الفرعي شرطاً تغريمياً أو شرطاً جزائياً⁽¹⁾ وهو كثير الاستعمال في العديد من العقود الداخلية والعقود الدولية، مثل عقود البيع والإيجار المالي والمقاولات والقروض⁽²⁾.

ولكن رغم ما يكتسبه هذا الاتفاق من أهمية في ميدان المعاملات المالية فإنه لا يوجد نظام خاص به في التشريع التونسي، وذلك على عكس

* أستاذ مساعد بكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة.

(1) يستعمل فقه القضاء التونسي مصطلحي "الشرط التغريمي" و"الشرط الجزائي" في نفس المعنى (أنظر مثلاً - تعقيبي مدني عدد 42624 الصادر في 28 أبريل 1994 : المجلة القانونية التونسية 1996 ص 227 وما بعدها). ولكن المصطلح الأكثر استعمالاً في الأحكام والقرارات هو الأول رغم أن الثاني أقرب إلى اللفظ الفرنسي "La clause pénale" الذي يعتبر اللفظ العربي مجرد ترجمة له.

(2) أنظر أطروحتنا :

La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux, thèse, Lausanne 1985, P.37 et s.

ما هو موجود في العديد من القوانين الأجنبية مثل القانون الفرنسي^(١) وأغلب الأنظمة القانونية للدول العربية.^(٢)

في القانون التونسي، فقه القضاء هو الذي أعلن مشروعية الشرط التقريري وبين أن هذا الشرط يخضع، ككل اتفاق، للنظام العام للالتزامات.

تؤكد محكمة التعقيب، في قرارها عدد 5820 الصادر في 20 جوان 1968، على "أن الشرط التقريري لم يرد به نص خاص في القانون وإنما يعود في حقيقته إلى التزام بتعويض الضرر بمبلغ معين يتفق عليه المتعاقدون وبهذه الصفة تتسحب عليه القواعد العامة للالتزامات والعقود".^(٣) وبعد بعض سنوات أيدت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب هذا القرار موضحة أنه "قد جرى عمل المتعاقدين في نطاق حرية الاتفاقات أن يضبطوا علاقاتهم فيما يتوقعونه من ضرر عند عدم الوفاء بالالتزام أو تأخير الوفاء به ويعينوا له مقدارا ماليا مسبقا يتفقون عليه صراحة بالعقد وأن مثل هذا الشرط يسمى شرطا تعريفيًا لم ينص عليه القانون صراحة،

(٣) يخصص التشريع الفرنسي لتنظيم الشرط التقريري الفصول 1152 و 1226 إلى 1233 من

المجلة المدنية.

(٤) ينظم التشريع المطبوع الشرط الجزائي في الفصول 223 إلى 225 من المجلة المدنية، ونجد

نفس الأحكام في الفصول 224 إلى 226 من المجلة المدنية السورية وفي الفصول 183 إلى

185 من المجلة المدنية الجزائرية وفي الفصول 344 و 350 و 351 من المجلة المدنية

البينية وفي الفصل 170 من المجلة المدنية العراقية.

(٥) نشرية م.ت. 1968 ص 52 وما بعدها.

ففي هذه الصورة ينظر اليه على اساس القواعد العامة المتعلقة بالالتزامات⁽⁶⁾.

يتضح من هذين القرارين ان الشرط التغريمي اتفاق يحدد المتعاقدان بموجبه مسبقا المبلغ الجملي الذي يلتزم المدين بادائه للدائن كتعويض عن الضرر المتوقع في صورة الاخلال بالالتزام الاصلي.

يقع تحديد هذا المبلغ مسبقا وجزائيا أي ان تقدير الضرر المتوقع يتم بصفة اجمالية وقبل حصول الضرر اما في تاريخ العقد او في وقت لاحق، لكن لا يجب ان يتم بعد حصول الضرر لان في هذه الحالة يصبح الاتفاق سلحا ويخضع لاحكام الفصول 1458 وما بعده من م.ا.ع.

بهذا المفهوم تكون وظيفة الشرط التغريمي في القانون التونسي تعويضية بالاساس. ولكن هذا لا يمنع ان يلعب هذا الشرط دورا ثانويا ممثلا في الضغط على المدين لدفعه الى تنفيذ التزامه الاصلي. اذا ان الشرط التغريمي يبين للمدين المبلغ الذي يجب عليه اداؤه للدائن في صورة عدم تنفيذه لالتزامه الاصلي. فاذا كان هذا البيان كافيا لدفع المدين الى التنفيذ خوفا من اداء مبلغ التعويض الاتفاقي، فهذا امر اجابي. ولكن لا يمكن ان نقول على هذا الاساس ان الشرط التغريمي يضمن للدائن تنفيذ المدين لالتزامه الاصلي، لان الذي يلزم المدين بتعويض الضرر هو القانون والشرط التغريمي يقوم فقط بتقدير هذا التعويض، فعلى عكس ما كان عليه الامر في القانون الروماني اين كان الشرط التغريمي يضمن تنفيذ

(6) قرار الدوائر المجتمعة م.ت عدد 7919 الصادر في 28 افريل 1975 : نشرية م.ت.

1975 ص 224 وما بعدها.

بعض الالتزامات التي كان القانون لا يضمن تنفيذها،⁽⁷⁾ فإن هذا الشرط في الوقت الحاضر لا يضمن تنفيذ الالتزام لأن كل الالتزامات الصحيحة يكسبها القانون قوة الزامية تجعل المدين مسؤولاً عن نتائج عدم تنفيذها.⁽⁸⁾

وهكذا فإن الشرط التغريمي في القانون التونسي هو مجرد وسيلة لتقدير التعويض. فهو تقدير اتفاقي للتعويض يتم قبل حصول الضرر، بينما الأصل هو أن يكون القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض بعد حصول الضرر.

يعتمد فقه القضاء التونسي هذا المبدأ بالنسبة لوظيفة وطبيعة الشرط التغريمي بصفة واضحة ومستقرة.⁽⁹⁾

نجد أيضاً نفس المبدأ في الفقرة الأولى من الفصل 1229 من المجلة المدنية الفرنسية التي تؤكد على أن الشرط التغريمي هو تعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي.⁽¹⁰⁾

(7) كان القانون الروماني في بدايته لا يضمن تنفيذ الاشتراط لمصلحة الغير، فكان المتعاقدان يضيفان شرطاً تغريماً لهذا المقد لضمان تنفيذه (أنظر أطروحتنا ص 22 وما بعدها).

(8) ينص الفصل 242 من م.أ.ع. على أن "ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون بين المتعاقدين؛ وجاء بالفصل 277 من نفس المجلة أن "عدم الوفاء بالعقد أو المماطلة فيه يوجبان القيام بالخسارة..."

(9) أنظر :

- تعقيبي مدني عدد 5820 صادر في 20 جوان 1968 (نشرية م.ت. 1968 ص 52).
- تعقيبي مدني عدد 7919 صادر في 28 أبريل 1975 (نشرية م.ت. 1975 ص 224).
- تعقيبي مدني عدد 42624 صادر في 28 أبريل 1994 (المجلة التونسية للقانون 1996 ص 231).

(10) هذا هو النص الأصلي للفقرة الأولى من الفصل 1229 من المجلة المدنية الفرنسية :

ولكن رغم وضوح هذا النص نجد بعض شراح القانون يؤكدون على وجود وظيفة أخرى لهذا الشرط تتمثل في ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي، ويؤسسون رأيهم على نص الفصل 1226 من المجلة المذكورة، وبالتالي فهم يعتبرون أن مبلغ الشرط التغريمي هو في آن واحد تعويض عن الضرر وعقوبة تهديدية هدفها ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي.⁽¹¹⁾

هذا الرأي لا يتماشى في اعتقادنا مع حقيقة التشريع الفرنسي الذي أراد بالفصل 1226 تعريف الشرط التغريمي مؤكدا على شرعية هذا الشرط الذي يتمثل في إلزام المدين بشيء معين لضمان تنفيذ الاتفاق. ولا يمكن بطبيعة الحال أن نفهم من كلمة "ضمان" هنا إكساء الاتفاق الأصلي طابع الإلزام أو تمكين الدائن من التعويض الاتفاقي سواء كان عدم التنفيذ منسوبا للمدين أو لسبب اجنبي عنه، بل يستعمل الفصل 1226 كلمة "ضمان" للتأكيد على أن ما يلتزم به المدين هو شيء يحل محل الالتزام الأصلي في صورة عدم تنفيذ هذا الالتزام، أي أن المدين يضمن للدائن أداء معين في صورة عدم تنفيذه للالتزامه الأصلي.⁽¹²⁾ وطبيعة هذا الأداء المعين بينها

« La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ».

(11) أنظر :

- Ch. Maruani, la clause pénale, thèse, Paris 1936.
- D. Mazeaud, la notion de clause pénale, thèse, Paris XII 1990
- (12) Selon Messieurs H. et L. Mazeaud, « les articles 1226 à 1233 définissent la clause pénale et en déterminent les effets : « La clause pénale, porte l'article 1226, est celle par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose au cas d'inexécution ». Certes (ajoutent les auteurs précités), cette définition, comme on l'a très justement remarqué, est inexacte; c'était à Rome que la stipulatio poenae servait à assurer l'exécution des promesses qui n'étaient pas obligatoires jure civil; dans notre droit, toutes les conventions valables sont obligatoires par elles seules, et leur exécution est assurée par la loi en dehors de toute clause pénale; celle-ci ne

الفصل 1229 الذي يؤكد على أن المدين يلتزم بمبلغ من المال يمثل تعويضا للضرر. (13)

لكن عندما ننظر في موقف فقه القضاء الفرنسي من هذه المسألة نجد أنه يتخلله بعض التردد، إلا أن موقفه الغالب يؤيد فكرة الطبيعة التعويضية لا غير للشرط التغريمي. (14)

صحيح أن هذا الاختيار ليس عاما في القانون المقارن إذ يوجد العديد من الأنظمة القانونية التي تكتسي الشرط الجزائي وظيفة مزدوجة فتجعل منه وسيلة تعويضية وتهديدية في آن واحد، وذلك بتمكين المتعاقدين من الاتفاق على مبلغ يتكون من التعويض عن الضرر المتوقع ومن عقوبة تهديدية.

fait que renforcer ou, plus exactement, préciser la sanction de l'obligation (traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle, t.3, n°2627).

(13) يؤكد الفصل 1229 في فقرته الأولى على أن مبلغ الشرط التغريمي هو تعويض عن الضرر، وفي فقرته الثانية على أن الدائن لا يمكنه الجمع بين الانتفاع بالتعويض والتعويض معا :

Selon l'article 1229 du c.c.fr.

« La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard »

(14) تسمح محكمة التعقيب الفرنسية لقاضي الموضوع بعدم تنفيذ الشرط التغريمي على المدين

الذي يثبت عدم حصول ضرر للدائن (D.1992, p.365 ; v. com. 16 juillet 1991).

وعندما يعدل القاضي التعويض الاتفاقي يعتمد قيمة الضرر الحقيقي لمعرفة هل هناك شطط

أم لا من التقدير الاتفاقي (D. 1980, I.R., 12 ; v. com. 18 décembre 1978)

فمثلا في القانون السويسري الذي يعتمد هذا النظام، نجد الفصل 161 من مجلة الالتزامات السويسرية يؤكد على ان العقوبة يقع تنفيذها حتى اذا لم يلحق الدائن أي ضرر.⁽¹⁵⁾ وهذا يفيد ان الهدف من تنفيذ الشرط الجزائي ليس التعويض فحسب بل هو ايضا عقاب المدين.

لم يتبنى فقه القضاء التونسي هذا النظام وخير ان يكون الشرط التغريمي مجرد وسيلة تمكن المتعاقدين من تحديد مبلغ التعويض عن الضرر المتوقع من عدم تنفيذ المدين لالتزامه الاصلي.⁽¹⁶⁾

نعتقد ان هذا الموقف يستحق التأييد، لانه إذا تعذر على المدين تنفيذ الالتزام الاصلي فإن العقوبة التهديدية التي تضاف الى مبلغ التعويض لايمكن ان تؤدي الى التنفيذ.⁽¹⁷⁾ ولكنها تثري الدائن وتعاقب المدين بدون سبب، وذلك لان المبدأ هو قيام المعاملات على حسن النية، أي انه لايمكن

(15) ينص الفصل 161 من مجلة الالتزامات السويسرية في فقرته الاولى، على ما يلي :
« La peine est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage ».

(16) أنظر :

- تعقيبي مدني عدد 5820 صادر في 20 جوان 1968 : نشرة م.ت 1968 ص 52.
- تعقيبي مدني عدد 42624 صادر في 28 أفريل 1994 : المجلة القانونية التونسية 1996 ص 231.

(17) الشرط الجزائي المثقل بعقوبة تهديدية، الذي كان يضاف الى كل عقود الايجار المالي (crédit - bail) في فرنسا قبل قانون 1975، لم يجعل المدين المعسر ينفذ التزامه الاصلي رغم ان هذا التنفيذ هو أخف بكثير من تنفيذ الشرط الجزائي، الشيء الذي جعل نسبة التقاضي ترفع بسرعة في هذا الميدان وسبب تعديل القانون المنظم للشرط الجزائي (أنظر أطروحتنا، ص 139 وما بعدها).

أكثر أمس سوء النية لدى المدين المقصر بل يجب اثبات سوء نيته إذا اردنا ان نعامله على هذا الاساس. (18)

فالشروط التغريمي الذي يحتوي على عقوبة تهديدية يفترض ان عدم التنفيذ يكون عن قصد وهكذا يجعل المدين يتحمل عقوبة بدو اثبات لوجود سوء نية في جانبه، وهذا مخالف للاحكام العامة التي تفرض ان يكون تدليس المدين ثابت للحكم عليه بمبلغ زائد عن مبلغ التعويض. (19)

لذا فان الحل الوحيد الذي يوافق هذا النظام هو الذي يجعل الشرط التغريمي وسيلة لتحديد مبلغ التعويض لاغير.

وهذا الشرط الذي يقدر التعويض عن الضرر المتوقع يمكن ان تحصل منه فوائد عديدة للمتعاقدين، اهمها تجنب التقاضي فيما يتعلق بتقدير التعويض، وهذا يجنب الطرفان المساوي التي تتجر عادة من التقاضي.

وبالنسبة للمدين تتمثل الفائدة من الشرط التغريمي في اعفائه من اثبات الضرر عندما يطلب التعويض الاتفاقي وكذلك في تمكينه من طلب اذن بالدفع لالزام المدين باداء المبلغ المتفق عليه. (20)

(18) ينص الفصل 243 من م.ا.ع. على انه "يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الامانة....". ويبين الفصل 558 من نفس المجلة ان "الاصل في كل انسان الاستقامة وسلامة النية حتى يثبت خلاف ذلك".

(19) جاء بالفقرة الاولى من الفصل 278 من م.ا.ع. انه على القاضي "ان يقدر الخسيرة ويجعل فيها تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تدليسه".

(20) انظر تعقيبي عدد 16244 صادر في 23 نوفمبر 1988 : م.ق.ت. 1990 عدد 6 ص 89. تبين وقائع هذا القرار ان الدائن يمكنه الحصول على امر بالدفع فيما يتعلق بالغرامة الاتفاقية طبقاً للفصول 59 وما بعده من م.م.م.ت.

لكن هذه الفوائد يمكن ان لا تحصل كلها اذا كان هناك نزاع حول التقدير الاتفاقي في تاريخ تنفيذ الشرط التبريمي، اذا ان التعويض الاتفاقي يصبح قابلا للتعديل القضائي.

للاحاطة بنظام تنفيذ الشرط التبريمي وكيفية تعديله، سنتعرض اولا لشروط تنفيذ هذا الشرط (المبحث الاول) وثانيا للتعديل القضائي له (المبحث الثاني).

المبحث الاول - شروط تنفيذ الشرط التبريمي :

يتطلب تنفيذ الشرط التبريمي توفر العديد من الشروط التي يمكن تقسيمها الى صنفين :

- يجب اولا ان يكون العقد الاصلي والشرط التبريمي صحيحين (الفرع الاول)،

- وثانيا ان تتوفر شروط مسؤولية المدين العقدية (الفرع الثاني).

الفرع الاول - صحة العقد الاصلي والشرط التبريمي :

لتنفيذ الشرط التبريمي يجب اولا ان يكون العقد الاصلي صحيحا : الشرط التبريمي فرع من اصل، لذا فانه لا يمكن ان يكون للفرع وجود الا بوجود الاصل.

وهذه القاعدة متماشية تماما مع احكام المسؤولية العقدية، اذا ان التعويض عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي يفرض اولا صحة العقد، لانه بدون عقد لا يكون هناك التزام عقدي ولا مسؤولية عقدية ولا تعويض في هذا النطاق.

والالتزام العقدي المتبوع بشرط تغريمي يمكن ان يكون التزاما بأداء مبلغ من المال في تاريخ معين او التزاما بتسليم شيء معين او التزاما بتقديم خدمة معينة.

والغرامة الاتفاقية يمكن ان تتعلق بتعويض الضرر عن عدم تنفيذ الالتزام او بتعويض الضرر عن التأخير في تنفيذ الالتزام.

وعندما تقتصر وظيفة الشرط التغريمي على تقدير التعويض عن الضرر الذي يحصل للدائن من التأخير في التنفيذ، تكون كل مدة معينة من التأخير مستوجبة لأداء الغرامة التي يحددها الشرط التغريمي : يمكن ان تكون هذه المدة يوما او اسبوعا او شهرا او غير ذلك من الوقت، كأن ينص الشرط التغريمي مثلا على ان المدين يدفع للدائن مبلغا معيناً عن كل يوم تأخير في تنفيذ التزامه.

وهذا النوع من الغرامات الاتفاقية كثير الاستعمال في بلادنا ونجده في أصناف عديدة من العقود : يستعمل الشرط التغريمي للتعويض عن التأخير في التنفيذ مثلا في عقود المقاولات⁽²¹⁾ وعقود البيع⁽²²⁾ وعقود القرض⁽²³⁾.

(21). كان يلتزم مقاول البناء بأداء دينارين عن كل يوم تأخير في اتمام البناء (تعقيبي مدني عدد 7919 صادر في 28 أفريل 1975 : نشريّة م.ت. 1975 ص 224)، أو ان يلتزم صانع الافلاك بأداء 15 د. عن كل يوم تأخير في تسليم الفلك (تعقيبي مدني عدد 16244 صادر في 23 نوفمبر 1988 : م.ق.ت. 1990 عدد 6 ص 89).

(22). كان يلتزم بائع مصعد كهربائي بأداء 10 د. عن كل يوم تأخير في تسليم المصعد وتجهيز البناية به (م. الاستئناف بتونس عدد 57407 صادر في 10 فيفري 1965 : م.ق.ت. 1965 عدد 6 ص 88) أو أن يلتزم المشتري ببناء مركب سياحي على الارض التي اشتراها وأداء 30 % من ثمن الارض الغير مبنية عن كل سنتين تأخير (تعقيبي مدني عدد 11637 صادر في 16 أكتوبر

ولكن ليكون الشرط التغريمي قابلا للتنفيذ، لا يكفي ان يكون العقد الاصيلي صحيحا، بل يجب كذلك ان يكون هذا الشرط ايضا صحيحا.⁽²⁴⁾ وهذا ما تؤكدته محكمة التعقيب على اساس الفصل 242 من م.أ.ع. الذي يجعل كل اتفاق ملزما بشرط ان يكون صحيحا.⁽²⁵⁾ فمثلا اذا كان السبب غير مشروع فان الشرط التغريمي يكون باطلا عملا باحكام الفصل 67 من م.أ.ع.

يكون الشرط التغريمي باطلا كذلك اذا كان يقدر الغرامة التي يستحقها النواب المتجولون والوكلاء التجاريون في صورة فسخ العقد من

1989 : قرارات الدوائر المجتمعة م.ت. 1992/1961 (ص 573)، أو أن يلتزم بائع عقار بأداء 100 د. عن كل يوم تأخير في تسليم العقار (تعقيبي مدني عدد 42624 صادر في 28 أفريل 1994 (المجلة القانونية التونسية 1996 ص 231) أو أن يلتزم البائع بأداء 2000/1 من ثمن العقار عن كل يوم تأخير في التسليم (م. الاستئناف بتونس عدد 6426 وعدد 7891 صادر بتاريخ 4 ماي 1994 (المجلة القانونية التونسية 1995 ص 233).

(23) كان يلتزم المقرض بأداء فائض أعلى بنقطة أو نقطتين من الفائض المعمول به بالنسبة للقرض في صورة التأخير في الخلاص، وهذه الزيادة تحسب عن كل يوم تأخير (أنظر منير بلعيد، حماية المقرض بفائض، مذكرة شهادة الدروس المغقة في القانون الخاص، موسوعة 1992).

(24) مع التنبيه إلى أن بطلان الشرط التغريمي لا يؤثر في صحة العقد الاصيلي. هذا ما يمكن استنتاجه من الفقرة الثانية من الفصل 26 من م.أ.ع. التي تنص على أن "بطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الاصل".³⁴⁴

(25) أنظر : ...

تعقيبي مدني عدد 5820 صادر في 20 جوان 1968 : نشرية م.ت. 1968 : نشرية م.ت. 1968 ص 52.

تعقيبي مدني عدد 7919 صادر في 28 أفريل 1975 : نشرية م.ت. 1976 ص 224.

طرف المؤجر: هذه القاعدة التي ينص عليها الفصل 143 من مجلة الشغل تهم النظام العام لأنها تهدف الى حماية الطرف الضعيف في العقد.

يمكن أيضا اعتبار الشرط التغريمي غير صحيح اذا كان يهدف الى تقدير التعويض عن الضرر البدني، وذلك لان القانون يضمن لمن لحقه ضرر في جسمه تعويضا كاملا عن الضرر الحقيقي الشيء الذي لا يمكن للشرط التغريمي تحقيقه نظرا لكون التعويض الاتفاقي هو بالضرورة مجرد تقدير جزافي او اجمالي للضرر المتوقع.⁽²⁶⁾

يطرح السؤال كذلك في هذا الصدد عن مدى صحة الشرط التغريمي الذي يقدر التعويض عن الضرر المتوقع من التأخير في أداء مبلغ معين من المال. سبب هذا التساؤل هو وجود تقدير قانوني لهذا التعويض : تنص الفقرة الثانية من الفصل 278 من م.ا.ع. على انه "في الالتزامات الخاصة باداء مقدار مالي معين فغرم الضرر لا يكون الا بالحكم باداء الفائض الذي عينه القانون". وهذا الفائض يعينه الفصل 1100 من نفس المجلة الذي ينص على انه "اذا لم تضبط الاطراف نسبة الفائض، فان الفائض القانوني الذي يقع تطبيقه هو التالي :

أولا : في المادة المدنية يساوي هذا الفائض 7 بالمائة :

(26) هذا المنع للشرط التغريمي هدفه حماية المتضرر. إذ ان القانون يفرض له تعويضا كاملا عن الضرر الحقيقي لاتعويضا جزافيا عن الضرر المتوقع. فالمسافر مثلا الذي تضرر بدنيا تمكنه الفصول 656 وما بعده من المجلة التجارية من حق طلب التعويض عن الضرر الحقيقي الذي لحقه من عدم تنفيذ الناقل لالتزامه العقدي بالسلامة ؛ لذا فان تقدير هذا التعويض لا يمكن ان يتم بموجب شرط تغريمي، خاصة وان الضرر البدني يشمل الضرر المادي والضرر المعنوي معا، وهذا الضرر يستحيل التكهّن به وتقديره مسبقا قبل حصوله.

ثانيا : في المادة التجارية تساوي نسبة الفائض القانوني النسبة القصوى للاعتمادات البنكية المقررة من طرف البنك المركزي مع إضافة نصف نقطة".

يستفاد من هذين النصين أن التقدير القانوني للتعويض لا يقيد إلا حرية القاضي، فهو لا يقيد حرية المتعاقدين : فالتعويض عن الضرر الذي يقدره القاضي "لا يكون إلا بالحكم بأداء الفائض الذي "يعينه الفصل 1100 من م.أ.ع.، لكن المتعاقدين يمكنهما الاتفاق على فائض مختلف لأن الفصل المذكور يبين أن الفائض القانوني لا يقع العمل به إذا اتفق الطرفان على فائض آخر.⁽²⁷⁾

هناك تساؤل آخر يمكن أن يطرح أيضا في نطاق موضوع صحة الشرط التغريمي وهو المتمثل في مدى امكانية الجمع بين الشرط التغريمي والشرط الفسخي في عقد واحد. وسبب هذا التساؤل هو أن الشرط الفسخي يجعل العقد يفسخ بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه.⁽²⁸⁾ وأن الشرط التغريمي يلزم أيضا هذا الأخير بأداء مبلغ من المال بعد زوال العقد. ولكن هذا لا يمنع الجمع بين هذين الشرطين لأن فسخ العقد لا ينفي امكانية قيام المسؤولية العقدية، وبالتالي فإنه يجوز تقدير التعويض عن الضرر المتوقع

⁽²⁷⁾ هذا يفيد أن القواعد التي يحتويها الفصل 1100 والفقرة الثانية من الفصل 278 هي مجرد قواعد مكملة يقع تطبيقها فقط في صورة عدم اتفاق المتعاقدين على تقدير الغرامة التعويضية عن الضرر الذي يحصل للدائن من جراء التأخير في أداء مبلغ من المال في الاجل.

⁽²⁸⁾ ينص الفصل 274 من م.أ.ع. على أنه "إذا اشترط العاقدان أن عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب فسخ العقد فإن العقد يفسخ بمجرد وقوع ذلك".

في شرط تعريفي والاتفاق اوضحا في شرط آخر على فسخ العقد بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه. (٢٨)

لكن سواء تضمن العقد شرطا فسخيا أم لا، فإن تنفيذ الشرط التعريفي يستوجب دائما توفر شروط مسؤولية المدين العقدية.

الفرع الثاني - توفر شروط المسؤولية العقدية :

يستوجب قيام المسؤولية العقدية وجود خطأ في جانب المدين وحصول ضرر للدائن وتوفر علاقة سببية بين خطأ المدين وضرر الدائن. (٢٩)

والاصل هو ان يكون الدائن ملزما بإثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية ليحصل على التعويض.

ولكن ما يميز الشرط التعريفي هو اتفاق المتعاقدين على ان عدم تنفيذ المدين لالتزامه الاصلي يسمح للدائن بطلب الحصول على الغرامة الاتفاقية. وبذلك يصبح الدائن ملزما فقط بإثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه الاصلي.

(29) تؤكد الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب أن "مجرد الاتفاق بالعقد على تحديد مبلغ الغرامة الواجب على المدين دفعها عند تأخيرها على الوفاء لا يعتبر تنازلا ضمينا عن حق الدائن في المطالبة بالفسخ إذا قامت شروطه (ت.م. عدد 11637 صادر في 16 أكتوبر 1989 : قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1992/1961 ص 573).

هذا بالإضافة لما جاء بالفصل 277 من م.أ.ع. الذي ينص على أن "... للدائن الحق أن يفضي المدين على الوفاء إن كان ممكنا وإلا فسخ العقد مع أداء ما تسبب عن ذلك من الخسارة". جاء بالفصل 277 من م.أ.ع. أن "عدم الوفاء بالعقد أو المعاطلة فيه يوجبان القيام بالخسارة..." يفيد هذا النص أن القيام بالخسارة يتطلب عدم الوفاء بالعقد وخسارة ناتجة عن ذلك وهو ما يعبر عنه بالخطأ والضرر والعلاقة السببية. (30)

وينتج من هذا الأمر إعفاء الدائن من إثبات الضرر والعلاقة السببية، لأن الشرط التغريمي يفترض أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي ينتج الضرر المتوقع الذي اتفق الطرفان على تقديره.⁽³¹⁾

ورغم أن فقه القضاء لم ينص صراحة على هذا الإعفاء إلا أن الأحكام والقرارات التي تلزم المدين بتنفيذ الشرط التغريمي تدل بصفة ضمنية أن الدائن لا يثبت إلا عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي.⁽³²⁾

من خصوصيات الشرط التغريمي إذن انتفاع الدائن بقرينة تفترض حصول الضرر المتوقع نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه. وهكذا ينقلب عبء إثبات الضرر والعلاقة السببية على المدين الذي يصبح مطالبا بإثبات

(31) هذا الإعفاء هو نتيجة للاتفاق الحاصل منذ نشأ الشرط التغريمي على أن المدين يكون ملزماً بأداء التعويض الاتفاقي بمجرد عدم تنفيذه لالتزامه الأصلي. ويعتبر هذا الإعفاء فائدة من فوائد الشرط التغريمي بالنسبة للدائن.

(32) أنظر :

- م. الاستئناف تونس عدد 57407 صادر في 10 فيفري 1965 : م.ق.ت. 1965 عدد 6 ص 88.

- تعقيبي مدني عدد 5820 صادر في 20 جوان 1968 : نشرية م.ت. 1968 ص 52.

- تعقيبي مدني 7919 صادر في 28 أفريل 1975 : نشرية م.ت. 1975 ص 224.

- تعقيبي مدني عدد 16244 صادر في 23 نوفمبر 1988 : م.ق.ت. 1990 عدد 6 ص 89.

- تعقيبي مدني عدد 11637 صادر في 16 أكتوبر 1989 : قرارات الدوائر المجتمعة

لمحكمة التعقيب 1992/1961 ص 573.

- تعقيبي مدني عدد 42624 صادر في 28 أفريل 1994 : المجلة القانونية التونسية

1996 ص 231.

- م. الاستئناف تونس عدد 6426 وعدد 7891 بتاريخ 4 ماي 1994 : المجلة القانونية

التونسية 1995 ص 233.

عدم حصول الضرر المتوقع او باثبات عدم توفر علاقة سببية بين خطئه
والضرر الحاصل للدائن ليرتفع من التفصي من المسؤولية العقدية التي
تستوجب تنفيذ الشرط التفريمي.

لكن اذا كانت طبيعة الشرط التفريمي تجعل الدائن ينتفع بقريته تعفيه
من اثبات الضرر والعلاقة السببية، فان اثباته لعدم تنفيذ المدين للالتزامه
الاصلي يبقى شرطا ضروريا لتنفيذ هذا الاتفاق المحدد للتعويض.

واثبات عدم التنفيذ يتطلب اثبات العقد والالتزام الاصلي او لا ثم اثبات
عدم وفاء المدين بوعده ثانيا.

وصعوبة اثبات عدم تنفيذ المدين للالتزامه تختلف باختلاف طبيعة الالتزام
الاصلي الذي يمكن ان يكون التزاما ببذل عناية او التزاما بتحقيق نتيجة.

فعندما يلتزم المدين ببذل عناية يضطر الدائن الى اثبات خطأ المدين
لاثبات عدم تنفيذ هذا الاخر للالتزامه، أي يجب على الدائن ان يثبت ان
المدين قصر او لم يبذل العناية الكافية او المطلوبة في تنفيذه للالتزام.
واثبات هذا الامر ليس هينا، ولكن في الواقع نكاد لانجد أي استعمال يذكر
للشرط التفريمي في هذا الميدان. فهذا الشرط يستعمل عادة فقط لتحديد
التعويض عن الاخلال بالالتزامات بتحقيق نتيجة، كالاتزام بعمل في اجل
معين. وعدم التنفيذ هنا يتمثل في التأخير الذي يمكن اثباته إما بإنذار المدين
أو بالاكثفاء بإثبات فوات اجل التنفيذ المتفق عليه في العقد.⁽³³⁾ واذا تمثل

(33) انظر الفصل 268 وما بعده من م.ا.ع.

عدم التنفيذ في ضرر حصل لشيء التزم المدين بسلامته، فإن عدم التنفيذ يمكن اثباته بواسطة اختبار يقع القيام به باذن من القاضي.

وعلى عكس عدم تنفيذ الالتزام ببذل عناية الذي يثبت خطأ المدين، فإن عدم تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة لا يثبت خطأ المدين، بل هو مجرد قرينة على وجود الخطأ في جانب هذا الأخير.

ويمكن للمدين التفصي من المسؤولية ومنع تنفيذ الشرط التغريمي اذا اثبت ان عدم التنفيذ غير منسوب له بل هو منسوب لقوة قاهرة او لفعل الدائن. هذا ما يبينه الفصل 282 من م.أ.ع. الذي ينص على انه "لا يلزم المدين بتعويض الخسارة اذا اثبت سببا غير منسوب اليه منعه من الوفاء او أخره عنه كالقوة القاهرة والامر الطارئ ومماثلة الدائن".

وهكذا فانه تماشيا مع الاحكام العامة للمسؤولية العقدية، يجب على الدائن الذي يطلب تنفيذ الشرط التغريمي اثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه الاصلي.

لكن طلب تنفيذ الشرط التغريمي يمكن ان يؤدي الى تعديله من طرف القاضي اذا كان الشرط يستوجب هذا التعديل.

المبحث الثاني - تعديل القاضي للشرط التغريمي :

الفائدة الاساسية التي يمكن للمتعاقدین جنيتها من الشرط التغريمي تتمثل في تجنب مساوئ التقاضي فيما يتعلق بتقدير التعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه الاصلي.

ولكن مهما كانت أهمية هذه الفائدة فإنها يجب ان لا تتسببنا الخطر الذي يمكن ان تشكله هذه العدالة الخاصة اذا منعنا القاضي من كل تدخل في مآقرره المتعاقدان بموجب الشرط التغريمي : يتمثل هذا الخطر إما في الزام المدين باداء مبلغ مشط او زهيد بالمقارنة مع مبلغ الضرر الحقيقي او في مخالفة الاحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها نظام المسؤولية العقدية. في مثل هذه الحالات يتدخل القاضي لتعديل الشرط التغريمي اما على اساس مبدا العدالة والانصاف (الفرع الاول) او على اساس المبادئ العامة للمسؤولية العقدية (الفرع الثاني).

الفرع الاول - التعديل القضائي للشرط التغريمي على أساس مبدأ العدالة والانصاف :

تبين محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 28 أفريل 1994 "أن الشرط التغريمي ولئن كان ثمرة اتفاق الطرفين فإنه ينبغي ان لا يحيد عن قواعد العدل والانصاف وان لا ينقلب اداة لتكريس هيمنة الطرف الاقوى في العقد على الجانب الضعيف فيه لتحقيق الربح السهل والاثراء بدون سبب وعلى القاضي استعمال ماله من حق المراقبة على ذلك الشرط وارجاع الامور الى نصابها على ان يكون موفقا هكذا بين ارادة الطرفين من جهة ومبدا العدل والانصاف ومسايرا لتطور العصر والتحاقا بتركيب التشريعات العربية والغربية التي كرست مبدا سلطة القضاء في رقابة الشرط الجزائي؛ وتأسيسا على ما تقدم فانه ولئن كان الشرط الجزائي خاضعا لمبدا سلطان الارادة وحرية التعاقد تنفيذا لمقتضيات الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود.

إلا أن هذا لا يمنع محكمة الموضوع في نطاق سلطتها التقديرية من اجراء ما لها من حق المراقبة على ذلك الشرط بالزيادة أو التقيص فيه أو الإبقاء عليه عند الاقتضاء أو الغائه بحسب احوال كل قضية على معنى الفصل 278 من نفس المجلة تحقيقا لمبادئ العدل والإنصاف بشرط التعليل".⁽³⁴⁾

بهذا القرار المبدئي تكون محكمة التعقيب قد غيرت موقفها السابق المتمثل في منع القاضي من تعديل الشرط التغريمي عملا بمقتضيات مبدأ سلطان الإرادة الذي يكرسه الفصل 242 من م.أ.ع.⁽³⁵⁾

تكمن إذن أهمية قرار 1994 في تمكين القاضي من سلطة تجعل مبدأ سلطان الإرادة مقيدا بمبدأ العدالة والإنصاف، بمعنى أن هذا القرار يفرض مراقبة القاضي لاتفاق الطرفين تحقيقا لمبدأ العدالة والإنصاف. كان بإمكان محكمة التعقيب أن تدعم موقفها هذا بالاعتماد على الفصل 243 من م.أ.ع الذي يفرض على المتعاقدين تنفيذ الاتفاق "مع تمام الأمانة" والخذ بعين الاعتبار "ما يترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته".

وعند ما تؤكد محكمة التعقيب في هذا القرار على أن تعديل القاضي للتعويض الاتفاقي هدفه منع الطرف القوي في العقد من فرض حلول غير

⁽³⁴⁾ المجلة القانونية التونسية 1996 ص 239.

⁽³⁵⁾ قبل قرار 1994 كان موقف فقه القضاء من هذه المسألة مؤسسا على قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 7919 الصادر بتاريخ 28 أبريل 1975 ؛ كان هذا القرار يمنع القاضي من تعديل الشرط التغريمي عملا بأحكام الفصل 242 من م.أ.ع. (نشرية م.ت. 1975 ص 224).

منصفة وغير عادلة بالنسبة للطرف الضعيف تكون قد عرضت صورة من صور النتائج الغير عادلة لمبدأ سلطان الارادة، اذ ان الشرط التغريمي تقدير انهما وتوقعاتهما أو اذا تغيرت الظروف بشكل يجعل تنفيذ الاتفاق يتطلب تعديله بما يحقق العدالة والانصاف بين الاطراف.

نأمل ان يكون قرار 28 أبريل 1994 قد وضع حدا بصفة نهائية لفترة دامت أكثر من اللازم كانت محكمة التعقيب تعتبر خلالها ان الفصل 242 من م.ا.ع. يجعل من الشرط التغريمي اتفاقا لا يمكن تعديله ولا تغييره إلا بموافقة الطرفين المتعاقدين.⁽³⁶⁾

لم يكن هذا المقف مقبولا لان الشرط التغريمي اتفاق يحدد المتعاقدان بموجبه تعويض ضرر لم يحصل بعد، لذا فانه يمكن ان تكون توقعات المتعاقدين مخطئة أو أن تطرا تغيرات غير متوقعة أو ان يكون الشرط في الواقع حكم القوي على الضعيف.

كل هذه الاحتمالات تفرض ان يكون للقاضي حق تعديل الشرط التغريمي ليتمكن من تخفيض التعويض الاتفاقي عندما يكون مفرطا أو مغاليا في تقديره ومن الترفيع في هذا التعويض عندما يكون زهيدا أو منخفضا بصفة غير مقبولة.

لكن اذا كنا نساند قرار 1994 في منحه لقاضي الموضوع سلطة تقديرية تمكنه من تعديل الشرط التغريمي على اساس مبدأ العدالة

(36) أنظرو القرار السابق الذكر.

والانصاف، فاننا لانستطيع تأييد هذا القرار عندما يشير الى الفصل 278 من م.أ.ع. على انه المعيار الذي يجب على قاضي الموضوع اعتماده لتعديل الشرط التفريمي بالزيادة او التقيص في مبلغه، وذلك لان اعتماد هذا المعيار يمكن القاضي من التخفيض او الزيادة في مبلغ التعويض الاتفاقي بما يجعله مساويا لمبلغ التعويض عن الضرر الحقيقي حسب تقدير القاضي على اساس الفصل 278 من م.أ.ع.

فاذا كان اتجاه محكمة التعقيب ذاهبا نحو تمكين القاضي من الحكم في كل الحالات بالتخفيض أو الزيادة في مبلغ التعويض الاتفاقي عملا باحكام الفصل 278 من م.أ.ع.، فان هذا الاتجاه سيفقد الشرط التفريمي كل فائدة لان تقدير التعويض سيصبح قضائيا نظرا لكون التقدير الاتفاقي لايمكن ان يكون مساويا للتعويض عن الضرر الحقيقي لانه مجرد تقدير اجمالي او جزافي للضرر المتوقع.

• لذا يجب أن يقتصر تدخل القاضي هنا على تعديل الغرامة الاتفاقية المشطة أو الزهيدة تحقيقا لمبدأ العدالة والانصاف.⁽³⁷⁾ لكن لتقدير الشطط أو التفاهة لابد من مقارنة الغرامة الاتفاقية مع قيمة الضرر الحقيقي؛ فاذا كان الفرق هام وغير مقبول، نظرا لوضعية الطرفين والاهمية التي يكتسبها تنفيذ الالتزام بالنسبة للدائن وغير ذلك من المسائل الذاتية التي تؤخذ بعين الاعتبار لتحقيق العدالة والانصاف، يقوم القاضي بتعديل الشرط التفريمي.

⁽³⁷⁾ هذا ما أقره القانون الفرنسي المؤرخ في 9 جويلية 1975، الذي نقح احكام الشرط التفريمي التي ينص عليها الفصلان 1152 و 1231 من المجلة المدنية.

أما إذا تمثل الفرق بين قيمة الضرر الحقيقي ومبلغ الشرط التفريمي في نسبة معقولة لاتجعل الغرامة الاتفاقية مشطة ولازهيدة، فانه يجب على القاضي أن لايتدخل في اتفاق الطرفين لان الغرامة الاتفاقية تقدير جزافي أو إجمالي للضرر المتوقع وبهذا تكون بالضرورة مختلفة بعض الشيء عن قيمة الضرر الحقيقي.

بمثل هذا الموقف يستطيع القاضي أن يشجع على استعمال الشرط التفريمي المحدد التعويض عن الضرر المتوقع ويجعل الشرط التفريمي التعسفي يتراجع ويضمحل.

لكن تعديل القاضي للشرط التفريمي لا يتم دائما على اساس مبدأ العدالة والانصاف؛ بل يمكن في بعض الاحيان ان يتدخل القاضي لتعديل الشرط التفريمي تحقيقا للعدل وذلك عملا بالاحكام والمبادئ العامة للمسؤولية العقدية.

الفرع الثاني - التعديل القضائي للشرط التفريمي على أساس المبادئ العامة للمسؤولية العقدية :

من الأحكام والمبادئ الثابتة في ميدان المسؤولية العقدية امكانية حصول الدائن على مبلغ من المال يفوق قيمة الضرر عندما يثبت تدليس المدين أي خطأه العمدية.⁽³⁸⁾

(38) تنص الفقرة الاولى من الفصل 278 من م.أ.ع. على أنه على القاضي "أن يقدر الخسارة ويجعل فيها تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تدليسه".

فإذا كان التعويض مقدراً بموجب شرط تعريفي يكون من حق القاضي الحكم على المدين بأداء مبلغ إضافي للدائن عندما يثبت لديه أن المدين تعمّد عدم التنفيذ. وهذه الزيادة هي عقوبة خاصة يقدرها القاضي بالاعتماد على خطورة الخطأ ونتائجه.

وإذا نتج عن عدم التنفيذ، الذي تسبب فيه تدليس المدين، ضرر لم يتوقعه الاطراف فان المدين يلزم بتعويض كامل الضرر الحقيقي.⁽⁴⁰⁾

والهدف في هذه الحالات من الحكم على المدين بأداء مبلغ إضافي لمبلغ الشرط التقريري هو أولاً عقاب المدين بما يناسب خطأه العمدي وثانياً تمكين الدائن من مبلغ زائد يعوض ضرره المعنوي أو الغير متوقع.

ويمكن كذلك ان يقوم القاضي بالتخفيض من مبلغ التعويض الاتفاقي عملاً بأحكام المسؤولية العقدية وذلك في حالتين : حالة توزيع المسؤولية العقدية بين الدائن والمدين وحالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي مع كون التعويض الاتفاقي يتعلق بالضرر المتوقع من عدم التنفيذ الكلي للالتزام.

فالبنسبة للحالة الاولى اذا ثبت أن خطأ الدائن قد ساهم في عدم تنفيذ الالتزام واحداث الضرر مع وجود خطأ في جانب المدين، فان القاضي بإمكانه الحكم بتوزيع المسؤولية بين الدائن والمدين مما يجعله يعدل الشرط التقريري بالتخفيض من مبلغه بما يتماشى مع نسبة مسؤولية الدائن. ويكون

(40) انظر الفقرة الاولى والفقرة الاخيرة من الفصل 278 من م.أ.ع.

ذلك على أساس الفصل 182 من م.أ.ع. الذي يمكن المدين من التفصي من المسؤولية عن الضرر الذي حدث بسبب خطأ الدائن.⁽⁴¹⁾

أما بالنسبة للحالة الثانية فتعديل القاضي للشرط التغمي يتم على أساس مبدأ منع الدائن من الجمع بين الانتفاع بالتففي العيني للالتزام والانتفاع بالتعويض عن عدم تففي هذا الالتزام.⁽⁴²⁾ فالمدين الذي نفذ جزءا من الالتزام الاصلي يمكنه ان يطلب من القاضي التخفيض من مبلغ الشرط التغمي المتعلق بالضرر المتوقع حدوثه عند عدم التففي الكلي للالتزام.

لكن التخفيض من مبلغ التعويض الاتفاقي يجب أن يتم في هذه الحالة بنسبة المنفعة التي حصلت للدائن من التففي الجزئي للالتزام، لان ضرر الدائن ينقص بنسبة ما حصل له من منفعة من التففي الجزئي وليس بنسبة التففي الجزئي للالتزام، لهذا يجب ان تكون نسبة ما حصل للدائن من منفعة هي اساس التخفيض من مبلغ الشرط التغمي عندما يثبت المدين أنه نفذ جزءا من التزامه الاصلي.

(41) أنظر كذلك الفصول 284 وما بعده من م.أ.ع.

(42) يمكن استنتاج هذا المبدأ من العديد من النصوص القانونية التي تنظم المسؤولية العقدية وخاصة من الفصل 277 من م.أ.ع. الذي يبين أنه في ما عدى التعويض عن التأخير، فإن التعويض لا يكون إلا اذا انتفى التففي للالتزام.

وفي القانون الفرنسي نجد الفصل 1229 من م. المدنية ينص صراحة على منع الجمع بين التففي للشرط التغمي والتففي للالتزام الاصلي :

« La cause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ».