جامعة تونس المنار
كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

السنة الثانية من الإجازة الأساسية في القانون الخاص

النظرية العامّة للالتزامات

(الدروس المسيرة)

عـــــدد 7

القـــوّة الملزمـــة للعقـــد : مراجعـــة العقـــد

الأستاذ المشرف: منير العياري

المراجع

- قصودي الدردوري, الشرط الجزائي ,رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص,كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس, 1997_1998 .

-نذير بن عمو ,تعليق على قرار عدد42624 صادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 28 أفريل 1994, المجلة القانونية التونسية 1996 .

-Bag Bag M . De la possible réception de la notion de clause pénale par le code des obligations et des contrats ,R.T.D.,1998

-Fathia Nemchi ,commentaire de l'arrêt des chambres réunies du 28-04 -1975 ,R.T.D. 1976 2ème partie.

-Mazeaud D. ,La Notion de clause pénale , L.G.D.J. ,Paris , 1992

-Michel Roux , la clause pénale ,Thèse pour le doctorat d'état en droit ,1980 .

الفصل 238 ـ إذا وقعت الحوالة لشخصين على مدين واحد تقدم الأسبق تاريخا على الآخر. فإن وقعت لهما في يوم واحد وتعذر تعيين الساعة قسم المال بين الغريمين كل على نسبة دينه.

الفصل 239 ـ للمحال له حق الرجوع على المحيل بقدر المال الذي دفعه حسبما تقتضيه قواعد الوكالة إن لم يكن مدينا للمحيل.

المقالة الخامسة

فيما يترتب على الالتزامات

الباب الأول

فيما يترتب على الالتزامات مطلقا

الفصل 240 ـ لا يلزم العقد إلا العاقدين ولا ينجر منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصور التي نص عليها القانون.

الفصل 241 ـ الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو ينتج من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد والقانون لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة منابائهم.

فإن امتنعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء عليهم من دين مورثهم وحينئذ لا يسع أرباب الدين إلا تتبع مخلف المدين.

الفصل 242 ـ ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضائهما أو في الصور المقررة في القانون.

الفصل 243 ـ يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته.

الفصل 244 ـ لا يسوغ لعاقد أن يشترط عدم إلزامه بما ينتج من خطئه الفاحش أو تعمده.

الفصل 245 ـ المدين مسؤول بما يصدر من نائبه وغيره ممن استعان بهم على إجراء الالتزام كما لو صدرت ذلك منه وله عليهم الرجوع حيث يجب قانونا.

الفصل 246 ـ ليس لأحد أن يقوم بحق ناتج من الالتزام ما لم يثبت أنه قد وفى من جهته أو عرض أن يوفي بما أوجبه عليه ذلك الالتزام بمقتضى شروطه أو بمقتضى القانون والعرف.

الفصل 247 ـ إذا كان الالتزام من الطرفين فلأحدهما أن يمتنع من إتمام ما عليه حتى يتمم الآخر ما يقابل ذلك من العقد إلا إذا اقتضى العقد أو العرف تعجيل أحد الطرفين بما عليه.

وإذا كان على أحد أن يوفي بما عليه لعدة أشخاص فله أن يمتنع من أداء ما عليه لأحدهم حتى يتمموا جميعا ما وجب عليهم.

قرار تعقيبى مدنى عدد 7919

مؤرخ فى 28 أفريل 1975

صدر برئاسة الرئيس الأول السيد محمود العنابى

المبدأ :

- الشرط التغريمى لم يرد به نص خاص فى القانون وانما يعود فى حقيقته الى التزام بتعويض الضرر بمبلغ معين يتفق عليه الطرفان مسبقا وهو بهذه الصفة خاضع للقواعد العامة للالتزامات القاضية بأن ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون بين المتعاقدين حسب الفصل 242 وان الحكم المطعون فيه باستناده على الفصل 278 قد قام على غير اساس قانونى فليس للمحكمة ان تتدخل فيه بالزيادة او النقصان اذ انه لا يهم النظام العام ولا يمس بالاخلاق الحميدة

نصه :

الحمد لله

قرار تعقيبى

أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة بجلستها المنعقدة بحجرة الشورى يوم 28 أفريل 1975 متركبة من الرئيس الاول السيد محمود العنابى ورؤساء الدوائر السادة محمود شمام وعبد العزيز البحيرى ومحمد الناجم الورتتانى وابراهيم عبد الباقى واقدم مستشار لكل دائرة السادة عليه ابن الشيخ ومحمد المحجوب واحمد الصافى الحسانى ومحمود بن عثمان وبحضور وكيل الدولة العام السيد محمد بن سلامة ومساعدة الكاتب السيد الهادى المتهنى القرار الاتى :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب الذى قدمه فى 21 اكتوبر 1970 الاستاذ الطيب بنمامى المحامى لدى محكمة التعقيب نيابة عن عبد العزيز ضد بوبكر - طعنا - فى الحكم المدنى عدد 1545 الصادر من محكمة الاستيناف بصفاقس فى 23 23 أفريل 1970 بنقض الحكم الابتدائى واعتبار ثمن اشغال بناء المحل المبين بعريضة الدعوى هو جملة الثمن المتفق عليه بين المتداعيين بعقد المقاولة المؤرخ فى 19 جوان 1956 وقدره 2071،632 وباستحقاق المستأنف المعقب الان تعويضا عن تأخير بناء مسكنه قدره 1200،000 واجراء المقاصة الحكمية والقضاء نتيجة لذلك بالزام المستأنف عليه باداء 934،د111 للمستأنف مع خمسين دينارا غرامة اتعاب محاماة معدلة والمصاريف للدرجتين وعدم سماع الدعوى فيما زاد على ذلك وحفظ حقه بالنسبة لقيمة النقص فى البناء الذى يدعيه .

وبعد الاطلاع على مذكرة الطعن ومحضر الاعلام بها وعلى الحكم المطعون فيه وكافة الاجراءات .

وبعد الاطلاع على تقرير السيد وكيل الدولة العام لدى هذه المحكمة وسماع ملحوظاته بالجلسة

وبعد الاطلاع على القرار التعقيبى عدد 5620 الصادر فى 20 جوان 1968 والقاضى بالنقض وبارجاع القضية لمحكمة الاستيناف بصفاقس لاعادة النظر فيها مجددا بهيأة أخرى .

وبعد المفاوضة القانونية .

من ناحية الشكل

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغه القانونية فهو ممكن القبول شكلا .

ومن جهة الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية التى انبنى عليها القرار المطعون فيه قيام الطاعن بهذه القضية فى 19 أوت 1964 مدعيا انه كان فى مايه 1956 اتفق مع المعقب ضده بصفته مقاول بناء على بناء محل سكنى معين فى ظرف خمسة وسبعين يوما من التاريخ المذكور ثم اكمل باتفاق اضافى بتاريخ أول سبتمبر 1959 بمقتضاه عين اجل اخر لاتمام البناء ينتهى بموفى يوم 15 نوفمبر 1959 مع التزامه باداء دينارين اثنين عن كل يوم تأخير عن هذا التاريخ الاخير ومع ذلك فقد مضى الاجل المذكور ولم يوف بما التزم به فقام عليه بنازلة مدنية رسمت تحت عدد 406 تمت بالحكم فى 24 ديسمبر 1962 بجبر المدعى عليه على اتمام ما

(2)

تبقى من البناء وتغيير ما كان منه مخالفا لكراس الشروط والمثال وحفظ جميع الحقوق فيما زاد على ذلك وقد نفذ هذا الحكم فى 15 افريل 1964 وبذلك يكون المدعى عليه قد تأخر عن الوفاء بالتزامه من يوم 15 نوفمبر 1959 الذى هو الاجل الاخير مدة طويلة وقد كان المقاول تسلم من الطاعن مبلغ 735،د1753 بضاعة ونقدا من جهة ثمن المقاولة الذى هو 2071 دينارا وبعد اجراء المقاصة يبقى مطلوبا للطاعن بالفرق الزائد عن الثمن المذكور وطلب التصريح باعتبار المطلوب اصبح مماطلا من تاريخ انقضاء الاجل المتفق عليه ثم الحكم بالزامه باداء الغرامة المشترطة واجراء المقاصة فيما يسفر عنه الحساب وبتسليم المحل مع المصاريف القانونية ومنها مصاريف التنفيذ ـ

وبعد اجراء الابحاث قضت محكمة الدرجة الاولى تحت عدد 2580 فى 20 جوان 1966 باستحقاق المدعى تعويضا عن تأخير اتمام بناء مسكنه قدره 1165،084 وبتعيين أجرة بناء المسكن المنور بـ 3500،000 وباتصال المدعى عليه من ذلك بـ 1734،996 وباجرة المقاصة الحكمية واعتبار المدعى عامر الذمة للمدعى عليه بستمائة دينار بقية ثمن التسليم النهائى وجبره على تسليم المسكن الى مالكه وعدم سماع دعوى الطرفين فيما زاد على ذلك . فاستأنف الطاعن هذا الحكم وقضت محكمة الاستيناف تحت عدد 1164 فى 20 أفريل 1967 بتقرير الحكم الابتدائى باعتبار ان الغرامة المطلوبة خاضعة لتقدير المحكمة ولا تخضع لاتفاق الطرفين تطبيقا للفصل 278 من مجلة الالتزامات والعقود فتعقبه الطاعن ولاحظت محكمة التعقيب ان عقد المقاولة نص صراحة على قبول المطعون فيه البناء الاصلى بثمن جملى قدره 2071،632 وا الشرط التغريمى لم يرد به نص خاص فى القانون وانما هو يعود فى حقيقته الى الالتزام بتعويض الضرر بمبلغ معين يتفق عليه المتعاقدان وبهذه الصفة تنسحب عليه القواعد العامة للالتزامات والعقود وقد اقتضى الفصل 242 من المجلة المدنية ان ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون بين المتعاقدين وانه يترتب على ذلك ان محكمة الاستيناف لما استندت للفصل 278 مدنى لتقدير الغرم كان قضاؤها غير قائم على اساس من القانون وقضت بناء على ذلك تحت عدد 5620 فى 20 جوان 1968 بالنقض والاحالة ـ وبعد اتمام الاجراءات من جديد لدى محكمة الاحالة قضت هذه بالقرار السالف الذكر مصرة على خضوع الشرط المشار اليه لاجتهاد المحكمة حسب الفصل 278 المشار اليه وهذا القرار هو محل الطعن الان .

وحيث انتقده الطاعن فى خصوص المطاعن التالية :

أولا : الخطأ فى تطبيق القانون من حيث المبدأ الذى أقره الحكم المطعون فيه القاضى بان لمحكمة الموضوع الحق فى تعديل الشرط التغريمى بمقولة ان الطرفين اتفقا مسبقا على تعيين غرامة يومية فى مقابل الضرر المتوقع عن التأخير فى الوفاء وقد اقتضى الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود ان (ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض الا برضائهما او فى الصور المقررة بالقانون) . وان شراح القانون ذهبوا الى ان مثل هذا الاتفاق يسمى بالشرط التغريمى المتفق فيه مسبقا على تعيين مقدار الخسارة الحاصلة بسبب التأخير فى الوفاء وانه بذلك الوصف لا يقع نقضه او تعديله الا برضاهما وقد اثبت الحكم المطعون فيه حصول هذا الشرط التغريمى بالتأخير فى الوفاء مدة معينة فى جانب المدعى عليه (المعقب ضده) ورغم ذلك عمد الحكم الى تعديل مقدار الغرامة المتفق عليها استنادا منه على الفصل 278 مدنى فى حين ان هذا الفصل لا ينطبق على صورة قضية الحال .

ثانيا : ان الحكم المطعون فيه حدد مدة المماطلة وقدر لها تعويضا عن تلك المدة والحال ان المعقب ضده لم يتمم البناء طبق الاتفاق وقد اعتبر ذلك الحكم ان ما بقى من البناء شيء تافه يمكن تداركه عند التسليم مع ان ما بقى من البناء تساوى قيمته ربع القيمة الجملية المتفق عليها للمحل فكان تقدير المحكمة غير صحيح .

ثالثا : تجاوز السلطة لان الحكم المطعون فيه عمد الى تعديل الغرامة المحكوم بها بعنوان اتعاب محاماة فى حين ان هذه الغرامة لم تكن ضمن الفروع الواقع استئنافها من طرف الطاعن ولا وقع الطعن فيها ايضا من طرف الخصم وبذلك كان على حكام الموضوع عدم تعديلها خصوصا ان ذلك الحكم وقف وقفة متناقضة عند تعليل هذا التعديل اذ صرح فى بعض حيثياته بان المطلوب (المعقب عليه) لم يثبت من جهته ان صاحب المحل ارتكب اى تأخير او انه عطل عليه دفع المال وبذلك فلا مسؤولية

عليه ثم يعمد الحكم الى تعديل الغرامة وينقص من الايام المستحقة بموجبها الغرامة اليومية ويعدل غرامة اتعاب المحاماة معللا ذلك بان المحكمة ترى تعديل المبلغ بما يتفق والضرر الواقع حقيقة وحسب ظروف واحوال الطرفين .

وحيث لاحظت النيابة العمومية بملحوظاتها المؤرخة فى جانفى 1972 ان محكمة الاحالة خالفت المبدأ الذى طبقته محكمة التعقيب بقرارها الذى نقضت به الحكم الاستينافى الاول مبينة ان الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود هو المنطبق على الشرط التغريمى مما يصير المطعن الاول قابلا للنظر فيه من طرف هذه المحكمة بدوائرها المجتمعة .

عن المطعن الاول – (الراجع بالنظر للدوائر المجتمعة المأخوذ من الخطأ فى تطبيق القانون) .

حيث ان هذا المطعن يعيد نفس السبب القانونى الذى كان تقرر من اجله نقض الحكم الاستينافى عدد 1164 بموجب القرار التعقيبى عدد 5820 فى 20 جوان 1968 اذ جاء بالحكم عدد 1164 المشار اليه ان المنطبق هو الفصل 278 من مجلة الالتزامات والعقود القاضى بان التعويض يقدر بحساب اجتهاد المحكمة على اساس ما نقص من مال الدائن وما فاته من الربح بسبب عدم الوفاء وان من حق المحكمة ان تجتهد فى الشرط التغريمى مخالفة بذلك ما اتفق عليه طرفا العقد .

وحيث نقض هذا الحكم بقرار محكمة التعقيب الصادر فى 20 جوان 1967 تحت عدد 5820 الذى جاء فيه ان الشرط التغريمى لم يرد به نص خاص فى القانون وانما يعود فى حقيقته الى التزام بتعويض الضرر بمبلغ معين يتفق عليه الطرفان مسبقا وهو بهذه الصفة خاضع للقواعد العامة للالتزامات القاضية بان ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون بين المتعاقدين حسب الفصل 242 وان الحكم الذى استند على الفصل 278 كان قائما على غير اساس قانونى . لكن محكمة الاحالة بعد ان اعادت النظر اصرت على الرأى المنقوض مستندة الى ما جرى عليه فقه القضاء العالمى من امكانية الاجتهاد فى تعديل الشرط التغريمى الفاحش .

وحيث ان الطعن المسلط اليوم على حكمها هذا يعيد نفس السبب القانونى الذى تقرر من اجله نقض الحكم الاستينافى الاول بالقرار التعقيبى عدد 5820 الصادر فى 20 جوان 1968 .

وحيث بات هذا الخلاف منحصرا فى مسألة قانونية قالت فيها محكمة التعقيب كلمتها وخالفتها محكمة الاحالة بان حكمت بما يخالف هذا الرأى فاعيد الطعن فيه بنفس المطعن الذى انبنى عليه النقض السابق .

وحيث تدعو هذه الحالة الى اعادة النظر من طرف محكمة التعقيب متركبة من دوائرها المجتمعة عملا بالفصل 191 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

وحيث انه بالتأمل مما يقتضيه القانون فى مادة التعويض عن عدم الوفاء به يتضح ان هذا الموضوع نص عليه بالباب الثالث من المقالة الخامسة من مجلة الالتزامات والعقود المتعلق بعدم الوفاء بالتزامات وما يترتب على ذلك واعطى للدائن حق طلب التعويض على طريق المحكمة تطبيقا للفصل 278 من هذه المجلة وان محكمة الموضوع تجتهد فى كل قضية بما يناسب ظروفها من تقدير الخسارة وتمنح الدائن تعويضا عما نقص من ماله حقيقة وعما فاته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد ومن جهة أخرى فقد جرى عمل المتعاقدين فى نطاق حرية الاتفاقات ان يضبطوا علاقتهم فيما يتوقعونه من ضرر عند عدم الوفاء بالالتزام او تأخير الوفاء به ويعينوا له مقدارا ماليا مسبقا يتفقون عليه صراحة بالعقد وان مثل هذا الاتفاق يسمى شرطا تغريميا ولم ينص عليه القانون صراحة ففى هذه الصورة ينظر اليه على اساس القواعد العامة المتعلقة بالالتزامات وما يترتب عليها مطلقا حسبما نص عليها بالفصل 242 من الباب الاول من المقالة الخامسة من المجلة المشار اليها بحيث يكون للمتعاقدين الحق فى وضع الشروط التى يرونها لضبط العلائق بينهم وليس لهذا الحق قيد ما دام لم يخرج عن احكام الفصل 242 المشار اليه القاضى بان ما ينعقد على الوجه الصحيح بين المتعاقدين يكون قانونا بينهم ولا ينقضى الا برضاهم او فى الصور المقررة فى القانون .

وحيث ان هذا النوع من الشرط لا يهم النظام العام ولا يخل بالاخلاق الحميدة ولم يخالف القانون فصار واجب الاتباع وليس للمحكمة ان تتدخل بالزيادة او التخفيض فى المبلغ المتفق عليه .

وحيث يتجلى من ذلك ان تقدير التعويض بعقد المقاولة بالكيفية التى اتفق عليها الطاعن مع المطعون ضده هو تقدير جائز قانونا وان محكمة الاحالة اثبتت بقرارها حصول التأخير فى الوفاء ٠

وحيث ان القرار التعقيبى عدد 5820 الصادر فى 20 جوان 1968 الذى خالفته محكمة الاحالة هو قرار واضح جلى مؤسس على النصوص القانونية الواجب تطبيقها وترى الدوائر ان لا شيء يدعو الى تغيير المبدأ الذى قرره ٠

وحيث يترتب على كل ما تقدم ان محكمة الاحالة لما استندت للفصل 278 المشار اليه لتقدير التعويض كان قضاؤها غير قائم على اساس من القانون وتكون قد قضت فى مسألة قانونية بخلاف ما قررته محكمة التعقيب وكان الطعن فيه مبنيا على نفس السبب القانونى الذى كان تقرر النقض من اجله سابقا وبذلك بات المطعن مقبولا ويتعين معه نقض الحكم المطعون فيه ٠

ولذا قررت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة قبول مطاب التعقيب شكلا وموضوعا ونقض الحكم المطعون فيه فى خصوص المسألة القانونية واحالة القضية على محكمة الاستيناف بصفاقس لاعادة النظر على ضوء ذلك المبدأ متركبة من قضاة غير القضاة الاولين كاحالة بقية المطاعن على دائرة التعقيب العادية للنظر فيها ٠

واثر تصريح بهذا القرار مباشرة اجتمعت الدائرة العادية متركبة من رئيسها الاول السيد محمود العنابى والمستشارين السيدين محمد المحجوب واحمد الصافى الحسانى بمحضر وكيل الدولة العام السيد محمد بن سلامة والكاتب السيد الهادى المتهنى ونظرت فى بقية المطاعن التى لم يشملها نظر الدوائر المجتمعة كما يلى :

-1 6- عن المطعن المأخوذ من تجاوز السلطة بسبب ان الحكم المطعون فيه عدل غرامة اتعاب المحاماة مع ان الطرف المطلوب لم يطعن فيها بشيء ٠

حيث ان الغرامة المطلوبة بعنوان اتعاب المحاماة طلبها الطاعن لاول مرة امام محكمة الاحالة مبررا طلبها بانها تعويض عن المصاريف والاتعاب التى تكبدها ابتدائيا واستينافيا اولا ثم تعقيبيا ثم استينافيا ٠

وحيث انه لا يجوز قانونا ان نقدم فى الاستيناف طلبات جديدة غير الطلبات الاصلية الا ما استجد من اجر او فوائض او كراء او بقايا ونحوها من الملحقات المتعلقة بالدعوى الاصلية والتى استحقت بعد صدور الحكم او بغرم ضرر تفاقم امره بعد صدور الحكم او بطلب الضمانات المستوجبة بعد الحكم عملا بالفصل 147 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ٠

وحيث ان اتعاب المحاماة موضوع الطعن لم يقع طلبها لدى محكمة اول درجة وليست من بين الامور المنصوص عليها بالفصل 147 المشار اليه فتناولها بالنظر من محكمة الاحالة لاول مرة هو تجاوز لسلطتها فيما يخص مرجع نظرها الحكمى وهو امر يهم النظام العام تثيره محكمة التعقيب من تلقاء نفسها وبذلك يكون حكمها معرضا للنقض ٠

فلهذه الاسباب وبدون لزوم للتعرض لبقية المطاعن قررت محكمة التعقيب نقض الحكم المطعون فيه لذلك المطعن واحالة القضية على محكمة الاستيناف بصفاقس للنظر فيها بقيد ان تكون متركبة من حكام اخرين واعفاء الطاعن من الخطية وارجاع المال المؤمن اليه وحرر فى تاريخه ٠

راجع حول هذا القرار - تعليق الاستاذة فتحية النمشي -
المجلّة القانونية التونسية 1976 الجزء II ص 169 وما بعدها (باللغة الفرنسية)

قرار تعقيبي مدني عـ42624ـدد

صادر بتاريخ : 28 أفريل 1994

(غيـــر منشـــور)

الحمد لله وحده

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الإطّلاع على مطلب التّعقيب المقيد تحت عـ42624ـدد

بتاريخ : 10 مارس 1994

والمقدّم من الأستاذ : نجيب الفقي

المحامي لدى التّعقيب نيابة عن : عامر ذياب مقره نهج الاسكندر ديماس صفاقس

ضدّ الصادق بن الفيتوري المبروكي مقره منطقة الرقاب ولاية سيدي بوزيد

طعنا في الحكم الصادر في المادة المدنية من محكمة الاستئناف بصفاقس في القضية عـ17985ـدد بتاريخ : 1993/10/7 .

والقاضي : «بقبول الاستئناف الأصلي والعرض شكلا وفي الأصل بتعديل الحكم الابتدائي المطعون فيه وذلك بالترفيع في غرامة التأخير عن عدم تسليم المبيع في الأجل المتّفق عليه إلى ما قدره خمسة آلاف وسبعمائة دينارا (000ر5700) واقرار الحكم المذكور فيما زاد على ذلك من مقتضياته وأجراء العمل به وتخطئة المستأنف بالمال المؤمّن وحمل المصاريف القانونية عليه وتغريمه لفائدة المستأنف عليه بمائة وخمسين دينارا لقاء الأتعاب وإشراف المحاماة».

وبعد الإطلاع على مستندات الطعن وعلى محضر تبليغها والتأمّل من الأوراق والاجراءات المنصوص عليها بالفصل 179 وما بعده من م.م.م.ت.

وبعد الاطّلاع على ملحوظات السيّد المدّعي العام لدى محكمة التّعقيب الرّامية إلى قبول التعقيب شكلا ورفضه أصلا والحجز .

وبعد المفاوضة القانونيّة :

من جهة الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغه القانونية لذا فهو مقبول شكلا .

من جهة الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية الثابتة بالحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المعقب ضده بدعوى لدى المحكمة الابتدائية بصفاقس تضمنّت أنه بموجب حجة

عادلة محررة على يد العدلين خليفة الفقي وعبد الله القرقوري بتاريخ 5 مارس 1991 انتقل للمدعي جميع العقار المتمثل في قطعة عـ2دد مكرر وعـ3دد مكرر من الطابق الأرضي والقطعتين عـ7دد و عـ5دد من الطّابق الأوّل وكذلك القطعتين عـ11دد وعـ12دد من الطّابق الثاني من العمارة الكائنة بركن بنهجي الحبيب ثامر وألكساندردوماس بصفاقس . وقد تأخّر تسليم المبيع إلى موفّى شهر جوان 1991 بالنسبة للشقتين الكائنتين الأولى منها بالطّابق الأول والثانية بالطّابق الثاني وأشهد البائع الحاج عامر ذياب المعقب الآن ، أنه عند التّأخير في التّسليم يتحمّل غرامة يومية بعنوان معينات أشغال الشقّتين قدرها مائة دينار وبما أنّ الشقتين آنفتي الذّكر لم يقع تسليمهما للمدعي إلاّ بتاريخ 27 أوت 1991 حسبما جاء برقيم عدل التّنفيذ رشيد الفقي عـ5051دد وأنّ الشّرط التغريمي متّفق عليه بين الطّرفين ومحدد من حيث القيمة اليومية وأنّ مدّة التّسليم بلغت 57 يوما فيكون مبلغ الغرم يساوي (5.007د.000) وهو المبلغ الذي طلب المدعي الحكم بالزام خصمه بأن يؤديه له مع الفائض القانوني.

وحيث لم يجب المطلوب في الأصل عن الدّعوى رغم بلوغ الاستدعاء إليه طبق القانون . وبعد استيفاء الاجراءات قضت محكمة البداية لصالح الدّعوى مع تعديل الشّرط التغريمي والنزول به إلى 600 دينارا فقط اعتمادا منها على أنّ المجلة المدنية وإن أوكلت للطرفين الشّرط التّغريمي فهي قد قيّدت الغرم بالخسارة الحقيقيّة التي تنقص من مال الدائن وتفوت منه الرّبح من عدم الوفاء بالعقد وأنّ الفصل 278 أوكل للحاكم الاجتهاد في تحرير ذلك الغرم حسب أطوار كلّ قضية وحسب موقف المدين المماطل خطأ وتدليسا وأنّ رغبة المشرّع كانت واضحة في تحديد الغرم بالضّرر ولم يتركه لمحض إرادة الطّرفين في تقديره بصفة نهائيّة بل جعله داخلا في نطاق مراقبة المحكمة .

فاستأنف المحكوم ضده – المطلوب في الأصل – واستأنف معه المدعي عرضيا وبعد تبادل التّقارير قضت محكمة الطّور الثاني بالحكم المضمن نصه بالطالع استنادا إلى ما يلي :

– إنّ الشّرط التّغريمي لم يرد به نصّ خاصّ في القانون التونسي وإنّما يعود في حقيقته إلى الالتزام بتعويض الضّرر بمبلغ معيّن يتّفق عليه المتعاقدون بهاتة الصّفة تنسحب عليه القواعد العامّة للالتزامات والعقود .

– أقرّت محكمة التّعقيب التّونسية في قرارها عـ5820دد المؤرّخ في 6/20/ 1968 هذا المبدأ «الشّرط التّغريمي يقتضي الالتزام بتعويض الضّرر بمبلغ مالي يتّفق عليه المتعاقدان وليس حينئذ للقاضي تعديله» وقد اقتضى الفصل 242 من م.إ.ع. أنّ ما انعقد على الوجه الصّحيح يقوم مقام القانون بين المتعاقدين .

فتعقب المحكوم ضده بواسطة محاميه طالبا النّقض ناعيا على الحكم المطعون فيه :

أولا : ضعف التّعليل

بمقولة أنّ محكمة الحكم المطعون فيه لم تتحرّ بما فيه الكفاية عند تعليل قرارها واكتفت بإثارة مسائل مبدئيّة دون بيان مدى انطباقها على وقائع قضيّة الحال كما أنّ المحكمة لم توضّح طبيعة الضّرر الحاصل للمعقب ضدّه ولم تبيّن مدى ملاءمة قيمة الغرامة المتّفق عليها مع قيمة الضّرر الحاصل للمعقّب ضده وفي ذلك ضعف في التّعليل .

ثانيا : خرق القانون

قولا بأنّه تجدر الملاحظة إلى أنّ م.إ.ع. لا تشتمل على أيّ بند خاصّ يعرّف الشّرط الجزائي ويحدّد طبيعته القانونيّة ونظام تطبيقه وقد بقى بذلك المجال رحبا أمام فقه القضاء لتحديد مجال انطباق هذا الشّرط الجزائي وقضيّة الحال تبيّن بشكل واضح أهميّة دور القاضي في تعريف الشّرط الجزائي وتحديد نظام انطباقه فمحكمة البداية أقرّت بأحقّية المعقب ضده في المطالبة بالغرامة عن التّأخير في التّسليم وعدّلت هذه الغرامة حسب أهمّية الضّرر الحاصل للدّائن في حين أنّ محكمة الاستئناف صاحبة القرار المطعون فيه قد اعتبرت أنّ أحكام الفصل 242 من م.إ.ع. هي المنطبقة ودورها يتلخّص في المصادقة على ما تمّ الاتّفاق عليه بين الطّرفين دون زيادة أو نقصان وأمام هذين الاتّجاهين المتناقضين فإنّ المنحى الّذي انتحته محكمة صفاقس الابتدائيّة يتلاءم أكثر مع مبدإ حسن النيّة في تنفيذ العقود ومع التطوّر الّذي حصل فقها وقضاء داخل بلادنا وخارجها . وفي هذا الاتّجاه أكّد الفقيه جوسران أنّ «العقد أخذ يخرج أكثر فأكثر من العمل المشترك للأطراف ولم يعد اتفاقا منعقدا في ظلّ الحرّية منجزا بفعل الإرادة المتساوية الحرّة وأصبح موجّها سواء من السّلط العموميّة أو من أحد الأطراف الذي يفرض صيغته وشروطه على الأطراف الأخرى» وقد عرّفت محكمة التّعقيب في قرارها المؤرّخ في 1975/4/23 الشّرط الجزائي بأنّه «الالتزام بجبر الضّرر بواسطة مقدار مالي متّفق عليه بين الأطراف». وهكذا نلاحظ أنّ هذه المحكمة قد ركّزت على دور الشّرط الجزائي في جبر الضّرر وأهملت دوره كعقوبة واعتمادا على أحكام الفصل 278 من م.إ.ع. فإنّ التّعويضات لا تدفع إلاّ إذا حصلت للدّائن أضرار وقد نصّ الفصل على أنّ الخسارة هي عبارة عمّا نقص من مال الدائن حقيقة وعما فاته من الرّبح من جراء عدم الوفاء بالعقد وتطبيقا لأحكام هذا الفصل فإنّه يتعيّن على محكمة الأصل الأخذ بعين الاعتبار للأحوال الخاصّة بكلّ نازلة موكولة للمحكمة الّتي عليها أن تقدّر الخسارة حسب خطأ المدين واستشهد المحامي

بالفصل 44 من المجلّة المدنية المصريّة وبأغلب التّشريعات الأروبية ومن المجلة المدنية السّويسريّة . وأضاف أن الاحتكام للفصل 242 مناقض لحسن النية والإنصاف وهو ما يبيّن من خلال القرار المعقب إذ أنّ الغرامة المحكوم بها مشطة جدا وهي تشكّل نوعا من العقوبة مختلفة تماما عن قيمة الضّرر والحال أنّ محكمة التّعقيب دأبت على التّأكيد على الطابع التّعويضي للغرامة لا على طابع العقوبة وكان بذلك على محكمة الاستئناف أنّ تنتبه إلى الانحراف الواقع بالشّرط الجزائي عن هدفه وأن تبطله باعتباره غير مشروع لأنّ سلطان الإرادة لا يمكنه سنّ العقوبات الخاصة وقد كرّس القانون الإنقليزي هذا الاتّجاه وفرّق بين الشّرط الّذي موضوعه معاقبة المعاقد وهو باطل وبين الشّرط الّذي يتناول الضرر بالتقييم عن حسن نية وهو صحيح . على أنّ الاتّجاه الّذي اتبعته محكمة الاستئناف المطعون في قرارها هو اتجاه يكرس التحيّل على القانون والتّعسّف في استعمال الحق والإثراء بدون سبب وقد كرّست محكمة التّعقيب هذا المفهوم لطبيعة الشّرط الجزائي في قرارها الصّادر بتاريخ 17/17/ 1956 تحت عـ10149ـدد «أن مجلّة الالتزامات والعقود وإن أوكلت الشّرط التّغريمي للأطراف فهي قيدت الغرم بالخسارة الّتي تنقص من مال الدّائن حقيقة وتفوت عند الرّبح من جراء عدم الوفاء بالعقد كما تعرّض إليه الفصل 278 من م.إ.ع. الذي أوكل للحاكم الاجتهاد في تحديد ذلك حسب أحوال كل قضية وحسب موقف المدين المماطل خطأ أو تدليسا وفي ذلك احتياط من المشرّع لتحديد الغرم بالضّرر ولم يتركه لمحض إرادة الطّرفين في تقديره من قبل بصفة باتة بل جعله داخلا في نطاق مراقبة المحكمة» . هذا من ناحية ، ومن أخرى فإنّه ولئن نص الفصل 242 من م.إ.ع. على أنّ العقد شريعة الطرفين فإنّه اشترط أن يكون موضوع التّعاقد صحيحا وهذه الصحة لا تقتصر على موضوع التّعاقد بل تشمل كذلك نطاقه وتطبيقه ضرورة أنّ العقد يؤلف وحدة لا تتجزّأ وأنّ اعتماد عقد البيع على مبلغ مجحف لتغريم المعاقد المماطل فيه مخالفة للأخلاق الحميدة والنّظام العام الاقتصادي فيحيد هذا الشّرط التّغريمي بذلك عن هدفه الأساسي وهو التعويض ليصبح مصدرا غير مشروع لتحقيق الرّبح السّهل.

ثالثا : هضم حقوق الدّفاع

ذلك أنّ الطّاعن كان أثار في الطّور الاستئنافي دفوعات أساسيّة بين فيه كيف أنّ المعقب ضده هو الذي تسبّب في حصول التأخّر في تسليم العقارات رضائيّا بعد أن اتّفق معه على ذلك وقد أجّله إلى نهاية شهر جويلية 1991 لما بيّن حقيقة استعداده في تسليم المفاتيح إذ سرعان ما بادر بذلك ما أن بلغه التّنبيه من المعقب ضده فبمجرّد بلوغ التّنبيه إليه في 1991/8/2 أرسل المفاتيح بواسطة عدل منفّذ في 7/8/ 1991 وهو ما يؤكّد حقيقة العلاقة القائمة بين الطّرفين وما رتبت سوء نيّة المعقب ضده الّذي أراد التشفّي واستغلال موقفه كدائن بالتّنكيل بالطّاعن والتعسّف في

استعمال حقّه والإثراء بدون موجب إلاّ أنّ المحكمة لم تتعرّض إلى هذه الدّفوعات وأهملتها تماما وهضمت بذلك حقوق الدّفاع .

المحكمة

عن المستدين الأول والثالث :

حيث تبيّن من الإطّلاع على أوراق الملفّ أنّ المعقب الآن كان منع أمام محكمة الدّرجة الثانية بتولّيه عرض المفاتيح على خصمه بواسطة عدل التّنفيذ بتاريخ 7/8/ 1991 لكنّه لم يقبلها وطلب الإذن له بإحضار بيّنته لردّ الدّعوى وإثبات حسن نيّته ونفي المماطلة في جانبه إلاّ أنّ محكمة الحكم المطعون فيه أهملت الردّ عن هذا الدّفع الجوهري رغم ما له من تأثير على وجه الفصل علما بأنّ المعقب مهدّد بغرامة يومية قدرها مائة دينارا وهذه الغرامة قابلة للنّقصان أو الانتفاء وبحسب تحديد مدّة التّأخير زيادة ونقصا وضبطها ضبطا مدقّقا . وعلى هذا الأساس فإنّ محكمة الموضوع لما رفضت الإستجابة لطلب المعقب دون تغيير تذكر يكون بذلك قد أورثت قضاءها قصورا في التّسبيب وهضمت حقوق الدّفاع ممّا يعرض قضاءها للنّقض من هاته النّاحية .

عن المستند الثاني :

حيث إنه لاجدال في أنّ الشرط التّغريمي أو الجزائي لم يرد به نصّ خاصّ بمجلّة الالتزامات والعقود التونسيّة ولم يحدّد المشرّع طبيعته ولا تنظيمه إلاّ أنّ فقه القضاء أقرّ صراحة صحّته ومبدأ ثبوته ضمن القرار التّعقيبي المدني عـ10149ـدد المؤرّخ في 1956/7/17 ومثله القرار عـ407 57ـدد الصادر بتاريخ 1965/2/10 المنشور بمجلّة القضاء والتّشريع شهر جوان 1965 ص 88 وكذلك القرار عـ5820ـدد المؤرّخ في 1968/6/20 نشرية محكمة التّعقيب لسنة 1969 ص 52 وقرار الدّوائر المجتمعة عـ7919 ـدد المؤرّخ في 1975/4/28 نشريّة سنة 1975 ص 224 والقرار عـ16244ـدد المؤرّخ في 1988/11/23 مجلّة القضاء والتّشريع عـ6ـدد لشهر جوان 1990 . وبالعودة إلى القانون المقارن نجد أنّ أغلب التّشاريع العربيّة منها والغربية قد أفردت الشّرط الجزائي بنصوص خاصّة ومنها القانون المدني المصري الفصلان 223 و224 والقانون العراقي واللّيبي والجزائري واللّبناني والقانون الفرنسي الفصلان 1152 و 1231 الواقع تنقيحهما بتاريخ 1975/7/9 ، والفصل 163 من القانون المدني السّويسري و 340 من القانون الألماني و 1384 من القانون الإيطالي .

وبالرّجوع إلى موضوع قضيّة الحال يتبيّن أنّ محكمة البداية قد تولّت تعديل الشّرط التّغريمي ونزلت به إلى الحدّ الّذي رأته يتماشى مع الخسارة الحقيقيّة الّتي

أصابت المدّعي من جرّاء عدم وفاء مدينه بالتزامه بعدم تسليمه المبيع في الأجل المتّفق عليه تطبيقا لمقتضيات الفصل 278 من م.إ.ع. ومارست هكذا حقّها في مراقبة الشّرط الجزائي وتعديله في حدود سلطتها التّقديريّة إلاّ أن محكمة الدّرجة الثانية لم تجارها فيما ذهبت إليه ورأت أنّ لا حقّ لمحكمة الموضوع في مراقبة ذلك الشّرط وبالتّالي ليس لها تعديله عملا بأحكام الفصل 242 من المجلّة المدنيّة واستنادا إلى القرار التّعقيبي المدني عـ5820ـدد المشار إليه الّذي نصّ صراحة على «أن الشّرط التّغريمي يقتضي الإلتزام بتعويض الضّرر بمبلغ مالي يتّفق عليه المتعاقدان وليس حينئذ للقاضي تعديله». فهل أنّ لمحكمة الأصل الحقّ فعلا في ممارسة الرّقابة على الشّرط الجزائي أم أنّ دورها مقتصر فقط على تزكيته والقضاء به بصورة آلية حتى في صورة التّنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي أو تعذّر ذلك مطلقا بسبب القوّة القاهرة أو الأمر الطّارئ أو كان ذلك الشّرط منافيا للنّظام العامّ والأخلاق الحميدة ومتعارضا مع مبدإ العدل والإنصاف ؟

وحيث أنّه بالاستئناس بالقانون المقارن يتّضح أنّ المشرّع الفرنسي حجّر على قضاة الأصل صلب الفصلين 1152 و 1231 من المجلّة المدنيّة تعديل الشّرط التّغريمي وكذلك فعلت محكمة التّعقيب الفرنسيّة تنفيذا لمبدإ سلطان الإرادة وحرّية التّعاقد إلاّ أنّ هذا لم يمنع بعض محاكم الموضوع من ممارسة ما لها من حقّ الرّقابة فعدّلت ما كان منها مجحفا وتافها إلاّ أنّها اصطدمت بموقف محكمة التّعقيب المتصلّب إذ لم تساير ها في المنحى الّذي سلكته وسحبت منها حقّ سلطة رقابة الشّرط الجزائي . وبتطوّر الأوضاع الاقتصاديّة والاجتماعيّة وظهور عقود جديدة طغى فيها الجانب القويّ في التّعاقد على الجانب الضّعيف ومنها عقود الاذعان ونظرا لاستفحال مبدإ سلطان الإرادة وحرّية التّعاقد وعملا بمحاولات القضاء المتعدّدة في تعديل ذلك الشّرط ارتأى المشرّع الفرنسي تنقيح الفصلين المشار إليهما بتاريخ 1975/7/9 وأقرّ أخيرا صراحة بسلطة القضاء في إجراء ما له من حقّ المراقبة على الشّرط التّغريمي ملتحقا هكذا بأغلب التّشريعات الأروبيّة الأخرى ومنها القانون المدني الألماني والسّويسري والإيطالي وتوصل بذلك إلى التّوفيق بين مبدأين هامّين مبدإ سلطان الإرادة ومبدإ العدل والإنصاف. وبالعودة إلى فقه القضاء في تونس يتّضح أنّه غير مستقرّ في خصوص هذا الموضوع إذ رأت بعض محاكم الأصل أنّ تقدير الضّرر هو من سلطة القاضي ولا تخضع لاتّفاق الطّرفين تطبيقا للفصل 278 م.إ.ع. وقد سايرت محكمة التّعقيب هذا الاتّجاه بموجب قرارها عـ10149ـدد المشار إليه الّذي تضمن صراحة : «إنّ مجلّة الإلتزامات والعقود وإن أوكلت للطّرفين الشّرط التغريمي فهي قد قيّدت الغرم بالخسارة الّتي تنقص من مال الدّائن حقيقة وتفوت عند الرّبح من جرّاء عدم الوفاء بالعقود كما تعرّض إليه الفصل 278 الّذي أوكل للحاكم الاجتهاد في تحرير ذلك حسب أحوال كلّ قضيّة وحسب موقف المدين المماطل خطأ أو تدليسا

وفي ذلك من المشرّع احتياط لتحديد الغرم بالضّرر ولم يتركه لمحضّ إرادة الطّرفين في تقديره من قبل بصفة باتّة بل جعله داخلا في نطاق مراقبة المحكمة (القرار عـ 11372دد المؤرّخ في 1972 نشريّة 1977 ص 72). ثمّ أنّها عدلت عن هذا الاتّجاه بسلبها من حكّام الأصل لكلّ سلطة في مراقبة الشّرط الجزائي بإصدارها أوّلا القرار التّعقيبي عـ5820دد المذكور الّذي تضمّن ما يلي «الشّرط التّغريمي يقتضي الإلتزام بتعويض الضّرر بمبلغ مالي يتّفق عليه المتعاقدان وليس حينئذ للقاضي تعديله» (نشريّة 1969 ص 52) . وثانيا قرارها عـ7919دد الصّادر عن دوائرها المجتمعة بتاريخ 1975/4/28 الواقع الإشارة إليه الّذي نصّ على أنّ «هذا النّوع من الشّرط لا يهمّ النّظام العامّ ولا يخلّ بالأخلاق الحميدة ولا يخالف القانون فصار واجب الإتباع وليس للمحكمة أن تتدخّل بالزّيادة أو التّنقيص في المبلغ المتّفق عليه...».

وحيث اقتضى الفصل 278 من م.إ.ع. أنّ «الخسارة عبارة عما نقص من مال الدّائن حقيقة وعمّا فاته من الرّبح من جرّاء عدم الوفاء بالعقد واعتبار الأحوال الخاصّة بكلّ نازلة موكولة لحكمة المجلس وعليه أن يقدّر الخسارة ويجعل فيها تفاوتا بحسب خطإ المدين أو تدليسه ....» .

وحيث يفهم من النّصّ القانوني أعلاه أنّ المشرّع خوّل لقاضي الموضوع تعديل الغرامة بما يتماشي مع الخسارة الحقيقيّة الّتي أصابت الدّائن بسبب عدم تنفيذ التزام مدينه وفق الإتّفاق .

وحيث أنّه ومن ناحية أخرى فإنّه ورغم انتفاء القواعد الضابطة للشّرط التّغريمي فإنّ على القاضي المتعهّد بالخصومة استنباط الحلول عند غياب النّص وفق القواعد الخاصّة المنصوص عليها بمجلّة الإلتزامات والعقود .

وحيث يخلص ممّا سبق أنّ الشّرط التّغريمي ولئن كان ثمرة اتفاق الطّرفين فإنّه ينبغي أن لا يحيد عن قواعد العدل والإنصاف وأن لا ينقلب أداة لتكريس هيمنة الطّرف الأقوى في العقد على الجانب الضّعيف فيه ولتحقيق الرّبح السّهل والإثراء بدون سبب وعلى القاضي استعمال ماله من حقّ المراقبة على ذلك الشّرط وإرجاع الأمور إلى نصابها على أن يكون موفقا هكذا بين إرادة الطّرفين من جهة ومبدإ العدل والإنصاف ومسايرا لتطوّر العصر والتحاقا بركب التّشريعات العربية والغربيّة الّتي كرّست مبدأ سلطة القضاء في رقابة الشّرط الجزائي . وتأسيسا على ما تقدّم فإنّه «**ولئن كان الشّرط الجزائي خاضعا لمبدإ سلطان الإرادة وحرّية التّعاقد تنفيذا لمقتضيات الفصل 242 من مجلة الإلتزامات والعقود . إلاّ أنّ هذا لا يمنع محكمة الموضوع في نطاق سلطتها التّقديريّة من إجراء ما**

لها من حقّ المراقبة على ذلك الشّرط بالزّيادة أو التّنقيص فيه أو الإبقاء عليه وإلغائه عند الإقتضاء بحسب أحوال كلّ قضيّة على معنى الفصل 278 من نفس المجلّة تحقيقا لمبادئ العدل والإنصاف بشرط التّعليل».

وحيث أنّ محكمة الحكم المطعون فيه لما قضت بالكيفية الواقع الإلماع إليها تكون بذلك قد خرقت مقتضيات الفصل 278 من م.إ.ع. وأساءت فهم أحكام الفصل 242 وتطبيقه مما يجعل قضاءها مستهدفا النّقض .

ولهـــذه الأسبـــاب

قرّرت المحكمة قبول مطلب التّعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضيّة على محكمة الاستئناف بصفاقس للنّظر فيها مجدّدا بهيئة أخرى واعفاء الطّاعن من الخطيّة .

ووقع صدوره بحجرة الشورى بتاريخ يوم الخميس 28 أفريل 1994 عن الدائرة المدنيّة الثالثة عشرة المركبة من رئيسها السيد علي الشناوي ومستشاريها السيدين صالح المطوي وخالد المحجوبي وحضور المدعي العام السيد حمدة الشواشي ومساعدة كاتب الجلسة السيد يوسف بوقصّة ./.

وحرّر في تاريخه

تعليق
الشّرط الجزائي بعد ثلاثين سنة : صحوة البركان

1 ـ قد يجد أعداء القاعدة القضائية في مثل هذا القرار ما يكفي لدعم انتقاداتهم المؤسسة خصوصا على الصفة المفاجئة لهذا النوع من القواعد القانونية وعلى عدم امكان علم المواطن بها علمه بالقاعدة التشريعة(1) فهذا القرار بقي أكثر من عامين مجهولا إلاّ من البعض رغم كونه يتناول مسألة طالما انتظر أهل القانون تغيير موقف محكمة التعقيب بشأنها وهي تلك المتعلقة بمراجعة الشرط الجزائي. وقد تميزت وقائعه ببساطة قصوى اذ اتفق شخصان بتاريخ 5 مارس 1991 على بيع ستّ شقق تقع بمدينة صفاقس وأجّلا تسليم شقتين منهما إلى موفى شهر جوان من نفس السنة. وقد نصّ العقد الرابط بينهما على شرط جزائي يتحمل بموجبه البائع غرامة قدّرت بمائة دينار عن كلّ يوم تأخير. وبالفعل فإن تسليم الشقتين المذكورتين تأخّر سبعة وخمسين يوما. وهو ما دفع بالمشتري إلى القيام أمام المحكمة الابتدائية بصفاقس طالبا إلزام البائع بدفع مبلغ خمسة آلاف وسبعمائة دينارا عن مدة التأخير تطبيقا للشرط الجزائي. فقضت تلك المحكمة لصالح الدعوى لكن مع تعديل مقدار الغرامة والنزول بها الى ستّمائة دينارا مستندة إلى أحكام الفصل 278 م.ا.ع. معتبرة أنّ المشرع لم يرد ترك تقدير غرم الضرر لإرادة الأطراف بل جعله خاضعا لرقابة المحكمة. فاستأنف المحكوم ضده ذلك الحكم كما استأنفه المدعي بدوره عرضيا. فقضت محكم الاستئناف بصفاقس بتعديل الحكم المطعون فيه بالترفيع في غرامة التأخير الى خمسة آلاف وسبعمائة دينارا مبرّرة موقفها بما استقر عليه فقه القضاء حول ثبات الشرط التغريمي ونفي كل امكانية لتدخل القاضي لتعديله أو إلغائه.

وإذ كان ذلك الحكم مخالفا لما كان البائع يصبو اليه فقد قام بطلب تعقيبه ناسبا له هضم حقوق الدفاع، ضعف التعليل وخرق القانون ناعيا عليه بالخصوص عدم رده على الدفع المتعلق بكون المشتري هو الذي تسبب في التأخير في التسليم من ناحية، ومن ناحية أخرى أنّ المحكمة المطعون في حكمها لم تنتبه الى الانحراف الواقع بالشرط الجزائي عن هدفه الذي هو التعويض وتحوّله الى وسيلة لمعاقبة المعاقد، فكان عليها حينئذ أن تعدّله بالنظر الى شروط الفصل 278 م.ا.ج. بأن تجعل التعويض ملائما للضرر الحاصل فعلا.

---

(1) انظر حول هذه المسألة بالخصوص :
Cappelletti (M.), Des juges législateurs ? in La pouvoir des juges, traduction par David (R.), préface de Favoreu (L.), éd, Economica, 1990, pp. 76 et s.

2 ـ لقد كان المطعن المتعلق بهضم حقوق الدفاع كافيا لنقض القرار المطعون فيه دونما التفات الى المطاعن الاخرى ذلك أن عدم الردّ على الدفوعات يشكل عيبا شكليًا تنتفي معه الاستجابة الى واجب التعليل المفروض بالفصل 123 رابعا من م.م.م.ت. ذلك أنها غير مؤهلة بحكم طبيعة اختصاصها للخوض في تقييم الدفع الذي لم تقع الاجابة عنه(2). على أن محكمة التعقيب في هذا القرار، ومثلما اعتادته احيانا(3)، تجاوزت اختصاصها في هذا الشأن. إذ عوض ان تكتفي بما ورد في الرد على المستندين الاول والثالث بالقول بأن "محكمة الحكم المطعون فيه اهملت الرد على هذا الدفع الجوهري" أضافت لتبرّر تأثيره على وجه الفصل في القضية ما لاحظته بأن "المعقب مهدد بغرامة يومية قدرها مائة دينارا وهذه الغرامة قابلة للنقصان أو الانتفاء بحسب تحديد مدّة التأخير زيادة ونقصا وضبطها ضبطا مدققا، وهي بذلك تمهّد للموقف الذي اعتزمت اتخاذه بشأن ثبات الشرط الجزائي.

ولعلّ ما يلفت الانتباه في هذا الخصوص ان محكمة التعقيب تولّت بنفسها صياغة المشكل القانوني الذي طرحته على نفسها ـ وهي لعمري طريقة لم نعهدها في فقه قضائها السابق ـ إذ تساءلت في آخر الحيثية الثانية "هل أن لمحكمة الأصل الحق فعلا في ممارسة الرقابة على الشرط الجزائي أم أن دورها مقتصر فقط على تزكيته والقضاء به بصورة آلية حتى في صورة التنفيذ الجزئي للالتزام الاصلي او تعذر ذلك مطلقا بسبب القوة القاهرة او الامر الطارئ أو كان ذلك الشرط منافيا للنظام العام والأخلاق الحميدة ومتعارضا مع مبدإ العدل والانصاف؟" على أن قارئ هذا القرار سيلاحظ حتما أن السؤال كان أوسع من الاجابة التي لم تتناول صورة التنفيذ الجزئي للالتزام الاصلي، ولم يعالج، والامر بديهي،(4) مآل الشرط في صورة تعذر تنفيذ

---

(2) انظر حول هذه المسألة :
Voulet, Le défaut de réponse à conclusions, J.C.P. 1968, I, 1912, Faye.(E.), La Cour de cassation, traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile, Paris, 1903, n.87.

(3) حول هذا النوع من تجاوز الاختصاص انظر اطروحتنا : *Ben Ammou (N.), Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, Tunis, 1996.* عدد 609 وما بعده، ص 278 وما بعدها

(4) يبدو التساؤل حول مآل الشرط في صورة القوة القاهرة غير ذي موضوع طالما أن الفصل 82 م.ا.ع. نص بوضوح أنه "لا يلزم المدين تعويض الخسارة اذا أثبت سببا غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو أخره عنه كالقوة القاهرة والأمر الطارئ وماطلة الدائن"، اللهم إلاّ إذا اشترط المتعاقدون عدم الإعفاء حتى في هذه الصورة (محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، 1. العقد، مطبعة الوفاء تونس 1993، عدد 373.) وحينئذ فإن الأمر يخرج من ميدان الشرط التغريمي الى ميدان الشروط المتعلقة بالمسؤولية وتسمى هنا شروط الضمان Clauses de garantie، انظر مثلا :
Malaurie (Ph.) et Aynes (L.), Droit civil, les obligations, Cujas, 1996, n.828.

العقد بسبب القوة القاهرة او الأمر الطارئ. وبذلك فإن المشكل المطروح فعلا تمثل في معرفة ما إذا كان على القاضي الالتزام بمنطوق الشرط الجزائي أم ان له سلطة في مراقبته بمراجعته تخفيضا أو ترفيعا أو حتّى إلغاء ؟

3. لقد اقتضت الاجابة عن هذا السؤال من محكمة التعقيب تأكيد مبدإ صحة الشرط الجزائي وفق ما استقر عليه فقه قضائها السابق(I). لكن، وفي نفس الوقت، كان السؤال الذي طرحته هي بنفسها حول موقف القاضي من الشّرط التغريمي كافيا للإعلان عن تحوّل، ستكشف الايام عن مداه، مقتضاه إقرار رقابة قضائيّة على هذا الشرط(II).

I ـ تاكيد مبدإ صحة الشرط الجزائي

4. لم يأت القرار موضوع التعليق بجديد حول مبدإ صحة الشرط الجزائي ولكن تذكيره بفقه القضاء السابق يؤكد اعتناقه للأسس التي اعتمدها في هذا المجال(أ). ولعلّ الإضافة تمثلت بالخصوص في التفرقة التي ذكرّ بها محامي الطاعن بين الشرط الذي موضوعه التعويض والشرط الذي موضوعه معاقبة المعاقد، والتي يبدو ان محكمة التعقيب تبنتها مضيقة بذلك ميدان صحّة الشرط الجزائي(ب).

أ ـ أسس المبدأ

5. تؤكد محكمة التعقيب في الحيثية الأولى أنه "لا جدال في أن الشرط التغريمي أو الجزائي لم يرد به نصّ خاص بمجلة الالتزامات والعقود التونسية، ولم يحدّد المشرع طبيعته ولا تنظيمه إلا أن فقه القضاء أقر صراحة صحته ومبدأ ثبوته". وتكمن أهمية هذه الحيثية في أنها تذكّر بالفراغ التشريعي المتعلق بالشرط الجزائي من ناحية(1) وبدور فقه القضاء في معالجة ذلك من ناحية أخرى(2).

1)ـ 6. إنّ الاطلاع على التشريعات الأوروبية التي أشار اليها القرار والتي استلهم منها محرّروا مجلة الالتزامات والعقود أغلب الحلول المعتمدة تجعل الفراغ التشريعي المذكور مثيرا للتساؤلات حول أسبابه. فالقانون الفرنسي(5) مثله في ذلك مثل القانون الألماني(6) والقانون الإيطالي(7) قد تولى تنظيم الشرط الجزائي. ويزداد

(5) *Françon (D.), La clause pénale en droit français, Droit et pratique du commerce International (D.P.C.I.) 1982, p.481 et s ; Mazeaud (D.), La notion de clause pénale, préface de Chabas.(F.), L.G.D.J. 1992.*

(6) *Strauch (M.) et Naumann (C.W.), La clause pénale en droit allemand, D.P.C.I., 1982, p.499 et s.*

(7) *Schiavoni (G.), La clause pénale en droit italien, D.P.C.I., 1982, p. 411 et s.*

الباحث حيرة عندما يكتشف أن اللائحة الابتدائية في تنظيم قانون مدني وتجاري(8) المعروفة باسم "مشروع صانتيلانا" كانت خصّصت لذلك النوع من الشرط ثلاثة عشر فصلا(9) ضمن باب ثالث من المقالة الخامسة تحت عنوان "في بعض الوسائل لحصول الوفاء بالعقود". ولربّما كانت أسباب تخلي المشرع في الصيغة النهائية لمجلة الالتزامات والعقود عن هذا الشرط راجعة الى ما لاحظه مقرر لجنة اعداد هذه المجلة بهامش الفصل 333 من اللائحة من أن "الشرط الجزائي مخالف لروح الفقه الإسلامي لأنه يتضمّن امكانية تقرير ربح غير مسبب"(10).

7. ومع علمنا أنه لا مجال هنا لإثارة النقاش حول صحة هذا المزعم من عدمها، ومدى قبول القانون الوضعي لأحكام تخالف الفقه الإسلامي فإنّ الاعتماد على مثل هذا المبرر لإقصاء الشرط التغريمي يبدو لنا فاقدا لكل سند طالما اقتنعنا أنه ولئن استمد القانون الوضعي البعض من احكامه من الفقه الإسلامي فإنه لا مجال للخلط بين النظامين. وعلى كل حال فإنّ الاعتماد على الفقه الاسلامي لنبذ مؤسسة أو حل معيّنين يشكل حائلا دون تطوير القانون كلما وقع تأكيد التعارض دون التحقق من وجوده، ودون البحث في إمكانية تجاوزه لتطوير الأحكام بتطور الازمان(11).

2) ـ 8. ويبدو فقه القضاء من هذه الناحية متميّزا بقدر كبير من الواقعية، إذ خلافا لعادته في اللجوء بصفة تكاد تكون تلقائية الى الفقه الإسلامي(12)، فضّل الاعتماد على معطيات معاصرة فأسس صحة الشرط الجزائي على المبادئ العامة المنظمة للتعاقد والتي مدارها الفلسفة الليبرالية. ورغم أن قرار 28 أفريل 1994 تميّز بتقنية جيّدة في التعليل كنا قد أشرنا الى ضرورة اعتمادها ـ من حيث التذكير تذكيرا دقيقا بفقه القضاء المعتمد كسابقه(13)ـ إلاّ أنّه يبدو، بإشارته إليه إشارة عابرة وحشره ضمن زمرة قرارات متفاوتة الأهميّة، مهمّشا لقرار الدوائر المجتمعة الصادر في 9 أفريل 1975(14) الذي جاء به أنه "جرى عمل المتعاقدين في نطاق حريّة الاتفاقات ا

(8) *لائحة ابتدائية في تنظيم قانون مدني وتجاري للمملكة التونسية، طبع مطبعة الدولة التونسية الرسمية سنة 1316، 1899 ص 85 وما بعدها.*

(9) *الفصول 333 إلى 344 من اللائحة.*

(10) *Travaux de la commission de codification des lois tunisiennes, Fasc. I, "Code civil et commercial", Avant-propos discuté et adopté au rapport de M.D. Santillana, Tunis, Imprimerie générale J. Picard et Cie, 1899, p. 145 ; art. 333.*

(11) *راجع اطروحتنا سابقة الذكر، ص 417 وما بعدها وخصوصا ص 433 وما بعدها.*

(12) *نفس المرجع ص 417 وما بعدها.*

(13) *نفس المرجع ص 499 وما بعدها.*

(14) *مدني، دوائر مجتمعة عدد 71919 مؤرخ في 28 أفريل 1975، المجلة القانونية التونسية 1976، II، تعليق فتيحة النمشي.*

يضبطوا علاقتهم فيما يتوقعونه من ضرر عند عدم الوفاء بالالتزام أو تأخير الوفاء به ويعينوا له مقدارا ماليا مسبّقا يتفقون عليه صراحة بالعقد، وأنّ مثل هذا الاتفاق يسمّى شرطا تغريميا ولم ينصّ عليه القانون صراحة، ففي مثل هذه الصورة ينظر اليه على أساس القواعد العامة المتعلقة بالالتزامات وما يترتّب عليها مطلقا حسبما نص عليه الفصل 242 (م.ا.ع.)..." .

ورغم أن قرار 28 أفريل 1994 اعتمد هذا النص باشارته الى ان الشرط الجزائي خاضع لمبدإ سلطان الارادة وحرية الاتفاقات تنفيذا لمقتضيات فصل 242، فإنه لا يرقى إلى مستوى دقة الصناعة الفنية القانونية التي تميّز بها قرار الدوائر المجتمعة الذي، خلافا لقرار الدائرة الثالثة عشرة، لم يذكر صراحة مبدأ سلطان الإرادة بل ركز على مبدئيه المعتبرين كنتيجة له وهما من ناحية مبدأ الحرية التعاقدية من حيث المضمون ومقتضاه أن الاطراف يملكون كامل الحرية في تضمين عقودهم ما طاب لهم من الشروط(15) ومن ناحية أخرى مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي كرسه الفصل 242 م.ا.ع. وهكذا فإن هذا القرار شكل مثالا للخلق القضائي عندما سمّى الشرط الجزائي واقرّ مبدأ صحته انطلاقا من ملاحظة وجوده وجدواه في علاقات الأطراف. وقد تميّز في هذا الشأن بقيمة ثابتة تجعل منه المرجع الرئيسي فيما يتعلق بتأسيس الشرط الجزائي، دون أن ينال تدخل قرار الدائرة الثالثة عشرة من تلك القيمة بل أكّدها، رغم أنه بدا مضيقا في ميدان صحة ذلك الشرط.

ب ـ نطاق المبدإ

9. إنّ تحديد نطاق مبدإ صحة الشرط الجزائي تبرره التفرقة التي اعتمدها القرار موضوع التعليق بين الشرط ذي الطابع التعويضي والشرط الجزائي التهديدي(1) والتي تثير التساول حول الجدوى منها(2).

1) ـ 10. ميّز محامي الطاعن بين الشرط الذي "موضوعه معاقبة المعاقد، وهو باطل وبين الشرط الذي يتناول الضرر بالتقييم عن حسن نية وهو صحيح" ودعم موقفه بالرجوع إلى فقه قضاء محكمة التعقيب التي دأبت حسب قوله على التأكيد على "الطابع التعويضي للغرامة لا على طابع العقوبة".

ومع أنّ قرار الدائرة الثالثة عشرة لم يكرس هذه التفرقة بصريح اللفظ إلا أن البناء العام الذي جاء فيه من حيث نبذ هيمنة الطرف الأقوى على الطرف الضعيف في

(15) *Ghestin (J.), Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, La formation, 2ème éd. par Ghestin (J.), L.G.D.J. 1988, n. 39, p. 18.*

(16) *Ghestin, op. cit., n. 41, p. 29.*

العقد، والاعتماد على قواعد العدل والإنصاف لمنع تحقيق الربح السهل والإثراء بدون سبب ثم وخصوصا الاستناد الى الفصل 278 م.ا.ع. والإشارة إلى امكانية "إلغاء" هذا الشرط عند الاقتضاء لا تدع مجالا للشك في تبنّي هذا القرار لنظرة أحادية للشرط الجزائي تحصره في الغاية التعويضية دون غيرها.

وفي الواقع لا يظهر من قرار 28 أفريل 1994 إن كان فعلا قد سار على نهج فقه القضاء السابق من حيث التأكيد على الطابع التعويضي للشرط الجزائي. وعلى فرض أن الامر كذلك، فإنه يبدو من الصعب الجزم بأن فقه القضاء السابق قد اتخذ موقفا واضحا بخصوص نبذ الشرط الجزائي العقابي. إذ لا يمكن التوصل إلى ذلك الحل إلا عن طريق الاستنتاج. ففقه القضاء المشار اليه وخصوصا قرار 28 أفريل 1975 الصادر عن الدوائر المجتمعة(17) اهتم بالخصوص بتركيز نظام تعويضي اتفاقي خاضع الى الفصل 242 م.ا.ع. إلى جانب النظام التعويضي القانوني او القضائي والذي تنظمه أحكام الفصل 278 م.ا.ع. ولم يحسم أمر ما إذا كان الشرط الجزائي هادفا الى عقاب المعاقد. فكما أنه لم يقرّره فهو ايضا لم يمنعه. لكن، وعلى فرض مجاراة الرأي القائل بانحصار الشرط الجزائي في الغاية التعويضية، فإن الجدوى من هذه النظرة الأحادية تبدو لنا ضعيفة.

2) ـ 11. لا جدال في أنّ الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي تحقق فوائد عملية هامة تتمثل بالخصوص في درء غرر التعويض القضائي وما يتطلبه من جهد وما يضيعه من وقت لما يستوجبه من اختبارات واختبارات مضادة.(18) فالاتفاق سلفا على ضبط مقدار التعويض جزافا يبدو من الوسائل الأنجع لبلوغ غاية التعويض على أنّ الاقتصار على هذا النوع من الشرط الجزائي يبدو مع ذلك ذا فائدة محدودة طالما أنّ باب التعويض القضائي يبقى مفتوحا بقطع النظر عما يشترطه الأطراف في ذلك المجال.

حينئذ، ودون إقصاء الوظيفة التعويضية لهذا الشرط فإنه لا بدّ، الى جانب ذلك، من التركيز على وظيفته العقابية، أو بالأحرى التهديدية(19). والمقصود بهذه الوظيفة أنّ الاطراف يشترطون هذا الشرط لتأمين الوفاء بالعقد. ذلك أنه على الرغم من كون الطريقة العادية للوفاء بالعقود هي التنفيذ التلقائي، إلا أنّ المدين قد

(17) *وقبله القرار الذي مهّد له، وهو القرار التعقيبي المدني عدد 5820 المؤرخ في 20 جوان 1968 نشرية 1968، ص 52.*

(18) *انظر في هذا المعنى : Faruani (Ch.), La clause pénale, Thèse, Paris, 1937, Imprimerie de Tunis, p. 106.*

(19) *Comminatoire*