**المقدمـــــــــــــــــــــــــــة**

لضمان نفاذ المعاملات بين الأفراد تم ايجاد مؤسسة العقد التي أكستها أغلب التشريعات الصبغة الإلزامية ورتبت عن الإخلال بها العديد من الآثار القانونية أهمها المسؤولية العقدية التي تهدف الى معالجة الوضع المترتب عن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو تأخره فيه، ذلك أن ارادة الأطراف التي في الأصل ما انعقدت الا لتنتج آثارها قد تتغير والمدين الذي ظهر له العقد في البداية مجديا قد يتغير موقفه فيريد التفصي من العلاقة القائمة بينه وبين دائنه. وفي صورة اخلال المدين بإلتزامه عادة ما يتم تسوية النزاع بينه وبين الدائن وديا، ولكن في صورة تعذر ذلك يتم اللجوء للقضاء لتحديد مدى وجود الضرر وكيفية تقديره وتقديرالأرباح التي فاتت الدائن، الذي بدوره يستعين بالخبراء مما يمدد فترة التقاضي مع كثرة المصاريف.

ولتجاوز كل هذه الصعوبات أقرت أغلب التشريعات امكانية

اتفاق الأطراف مسبقا على مقدار التعويض لجبر الضرر الناتج عن اخلال المدين بالتزامه ويسمى ذلك بالشرط الجزائي او الشرط التغريمي.

ويمكن تعريف الشرط التغريمي لغة، الشرط من شرط شرطا عليه في بيع ونحوه وألزمه شيئا فيه.

أما نعت التغريمي فهو يعني الغرم، والغرامة هو ما يلزم أداؤه من المال على كره[[1]](#footnote-1)

أما الفقه فقد عرفه بكونه الإتفاق على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه[[2]](#footnote-2) .

كما يعرفه محمد المالقي بأنه عبارة عن مبلغ من المال يتفق عليه المتعاقدان حين التعاقد كشرط لزومي لتعويض الخسارة المتوقعة عن عدم الوفاء أو التأخير عن الوفاء[[3]](#footnote-3).

ولقد اهتم الفقه الفرنسي بالشرط التغريمي حيث عرفه Délébecque Philipe

 بالشرط الذي يقدر بمقتضاه الطرفان جزافا ومسبقا مبلغ التعويض الذي يجب على المدين دفعه في صورة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للعقد أوالتأخير فيه.

 أما Denis Mazeaud فقد عرفه بأنه عقد يضمن تنفيذ الإلتزام الأصلي، وفي صورة الإخلال بهذا الإلتزام ، يمثل الشرط التغريمي جزاءا لعدم التنفيذ غير المشروع للإلتزام وآلية للقصاص الخاص ذي صبغة تعاقدية[[4]](#footnote-4) .

أما التعريف التشريعي للشرط التغريمي، فيعرفه القانون الفرنسي في الفصل1226 من المجلة المدنية الفرنسية" الشرط الذي يؤمن تنفيذ العقد. والذي يلتزم بمقتضاه شخص بشئ معين في صورة عدم تنفيذه للإلتزام ". فهو بمثابة الإتفاق الذي يلتزم بمقتضاه المدين بدفع مبلغ مالي بعوان "تعويض في صورة عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي".

وما تجدر الإشارة اليه ان القانون الفرنسي يتبنى التعريف التقليدي للشرط التغريمي ، أي التعويض للضرر الحاصل جراء عدم التنفيذ.

فالشرط التغريمي يلعب دورين مختلفين إذ يمثل وسيلة حث وتشجيع على تنفيذ الإلتزام. فهو آلية ضغط ترمي الى معاقبة المدين على تصرفه اللاشرعي. وهو أيضا تعويضا للضرر الحاصل من جراء عدم التنفيذ[[5]](#footnote-5),

أما المشرع التونسي، فإن مجلة الإلتزامات والعقود الصادرة سنة1906 قد تخلت في صياغتها النهائية عن تنظيم أحكام الشرط التغريمي. ولقد برر المشرع سبب تخليه عن تنظيم الشرط التغريمي لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية التي حرمت الربا .

ولقد نظم المشرع التونسي الشرط التغريمي في مناسبتين. كانت الأولى سنة1897، اذ خصص له سبعة فصول. مقرا صحته صلب الفصل218"يمكن للأطراف أن يتفقوا فيما بينهم في العقد على مبلغ الغرامة التي تستحق بموجب عدم التنفيذ. وهذا الشرط يسمى بالشرط الجزائي".كما نظم آثاره فأعطاه طابعا إلزاميا. وفسح المجال للقاضي لإعمال سلطته لتعديل الشرط التغريمي بالتخفيض من قيمته في صورة التنفيذ الجزئي للإلتزام، وذلك طبقا لمقتضيات الفصل223 من نفس المشروع.

والثانية كانت بمناسبة المشروع الأولي للمجلة سنة1899(صنتيلانا) فقد نظمه صلب الباب الثاني تحت عنوان" بعض الوسائل التي يحصل بها الوفاء بالإلتزام". وتناوله في القسم الأول تحت تسمية شرط الوعيد ونظمه في 12فصلا من333الى344 وخصه بنظام قانوني متكامل. حيث نص بالفصل 333على أنه" يجوز للمتعاقدين أن يعينوا في العقد مقدار التعويض الذي يجب عند عدم الوفاء بالعقد أو عند التأخير فيه. وهذا الشرط يسمى "شرط الوعيد"، ثم تناول في الفصول اللاحقة شروط العمل به. كما أكساه صبغة تعويضية بالفصل338"اذا توصل الدائن بدينه ولم يبق لنفسه القيام بشئ سقط حقه في طلب ما بفصل الوعيد اذا توصل بما في هذا الفصل ولم يبق له الحق في طلب خسائر أخرى الا اذا كان هناك تدليس من المدين".

كما منح للقاضي سلطة تعديله بالحط من قيمته في صورة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي[[6]](#footnote-6). وكذلك في صورة الشطط والإجحاف. وأبرز طابعه التبعي بالفصل344وصورة عدم لزومه في الفصل343.

إن تخلي المشرع التونسي عن تنظيم الشرط التغريمئ ضمن مجلة الإلتزامات والعقود بحجة مخالفته للشريعة الإسلامية، يبقى غير مقنع. حيث لاتعد الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد لمجلة الإلتزامات والعقود. وان التخلي عنه لأن الله حرم الربا فيه خلط بين الربا والشرط التغريمي.

لقد أثارت الطبيعة القانونية للشرط التغريمي جدلا فقهيا. حيث اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعته. فهناك من اعتبره عقوبة خاصة ولا يكون الا كذلك والا فقد جدواه ونجاعته التي تميزه عن التعويض القضائي طبقا للقواعد العامة[[7]](#footnote-7).

في حين اعتبره آخرون، هو تقدير اتفاقي مسبق، للتعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه. ولا يمكن أن يكون عقوبة خاصة، لأن العقوبات الشخصية لا تجوز الا بترخيص من القانون، وعلى المشرع أن ينظم ممارستها من قبل المتعاقدين وأن يسهر على ضمان الحقوق ضد التجاوزات المحتملة وضد كل أنواع التعسف. لذا يجب التميز بين الشرط التغريمي، والشرط الجزائي. حيث يقصد من الأول الشرط الذي يجب أن يكون مقداره مساويا لقيمة الأضرار الناجمة عن عدم الوفاء أو التأخير. وبين الشرط العقابي الذي يهدف الى ضمان الوفاء بالعقد والذي يعتبر غير جائز على عكس الشرط التغريمي.[[8]](#footnote-8)

 ولقد أقر الفقه وفقه القضاء الطبيعة التعويضية للشرط التغريمي.[[9]](#footnote-9)

كما يختلف الشرط التغريمي عن عدة مفاهيم، فالشرط التغريمي اتفاقا تابعا للإلتزام الأصلي. تلحق به مختلف الأوصاف التي تلحق بالإلتزام الأصلي. فهو يبطل ببطلانه ويزول بزواله. كما أنه معلق على شرط واقف وهو عدم تنفيذ المدين لإلتزامه، أو تأخره فيه.[[10]](#footnote-10)

اما الربا فهو اقراض اموال لمدة معينة. ترجع لصاحبها بعد فترة اضعافا مضاعفة.

أيضا يختلف الشرط التغريمي عن الغرامة التهديدية.

حيث ذكرها المشرع هذه الأخيرة في مجلة الديوانة، في الباب السادس "المخالفات والجنح والعقوبات تحت القسم الثاني "العقوبات التكميلية والإدارية الفرع الثاني "الغرامة التهديدية حيث جاء الفصل 401 من مجلة الديوانة: "علاوة على الخطية المترتبة عن الإمتناع عن تقديم الوثائق طبق الشروط المنصوص عليها بالفصلين62و107 من هذه المجلة فإن المحكمة تقضي بإلزام المخالف بتقديم الوثائق المطلوبة التي لم يتم تقديمها مع إجباره على أداء مبلغ مالي لا يقل عن خمسين دينارا ولا يزيد عن مائة دينار عن كل يوم تأخير.

يبدأ أجل إحتساب هذا المبلغ من تاريخ إمضاء الطرفين على محضر الإمتناع عن تنفيذ الحكم، أو من تاريخ إبلاغ مضمون المحضر بالطرق القانونية.

يتوقف احتساب هذه الغرامة من تاريخ تحرير محضر تسلم الوثائق المطلوبة".

 وهي مبلغ مالي متساوي القيمة ويحسب يوميا يسلطه القضاء على المخالف الذي امتنع عن التنفيذ .ولقد سلط القضاء مثالا عن هذا غرامة يومية بقيمة 50دينار عن مصنع قلد علامة دياري ووضعها فوق منتجات "الهريسة" فشكت صاحبة العلامة "كسكسي دياري" بحكم انها سجلت علامتها لدى الملكية الفكرية ورغم اختلاف المنتوجات(الهريسة عن الكسكسي) فقد اتجه القضاء بتسليط الغرامة التهديدية لغاية بيع جميع المنتوجات المصنعة سابقا وعدم احداثها من جديد.

أيضا يختلف الشرط التغريمي عن التعويض حيث لا يمكن ان يقر التعويض مسبقا وانما عندما يوجد ضرر وعلاقة سببية وجب التعويض وهو يمكن أن يكون مادي أو معنوي.

أما الفائدة النظرية من البحث في الشرط التغريمي فهي تفرقته عن بعض المفاهيم القريبة منه، في حين تكمن الفائدة العملية في البحث في امكانية تعديله، وبالتالي فإن لا يمكن البحث في الشرط التغريمي دون طرح جانب هل يمكن تعديل الشرط التغريمي وعلى أي أساس؟

لطالما رفض القضاء امكانية التعديل(الجزء الأول )لكن بات من الضروري الإتجاه في تكريس التعديل بشروط الى أن يتدخل المشرع لتوضيح الموقف(الجزء الثاني).

**الجزء الأول: رفض القضاء امكانية تعديل الشرط التغريمي.**

رفض القضاء كل امكانية لتعديل الشرط التغريمي. واتخذ من هذا الإتجاه موقفا واضحا وهو الرفض المبدئي للتعديل(الفرع الأول) مما عرضه للنقد(الفرع الثاني).

**الفرع الأول: الرفض المبدئي لتعديل الشرط التغريمي.**

لقد كان سند فقه القضاء في رفض تعديل الشرط التغريمي مبدأ القوة الملزمة للعقد(الفقرة الأولى). مبررا ذلك بالمحافظة على استقرار المعاملات(الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: القوة الملزمة للعقد**

لقد رفضت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة تعديل الشرط التغريمي وذلك استنادا الى أحكام الفصل242من مجلة الإلتزامات والعقود المكرس لمبدأ القوة الملزمة للعقد . وهو مبدأ مؤسس(أ) في القانون التونسي وله آثاره(ب).

1. **أساس المبدأ**

لقد وقع التنصيص على هذا المبدأ لأول مرة في القانون التونسي صلب مشروع "صنتيلانا" الفصل 199. ثم أدرج في النص النهائي لمجلة الإلتزامات والعقود لسنة1906 صلب الفصل 242 .

وحيث يفهم من هذا الفصل أن العقد إذا نشأ صحيحا يكون شريعة الطرفين المتعاقدين. يلزمون به ويخضعون له .كما يخضعون للقانون.

ولقد وقع تكريس هذه القاعدة في القانون التونسي ، فالعقد ينشأ بإتفاق بين ارادتين حرتين متساويتين. وهذا الإتفاق يجعل العقد قانونيا وشرعيا بين الطرفين.

ولقد وردت أول صياغة لمبدأ القوة الملزمة للعقد في موسوعة جستنيان منسوبة للفقيهUlpien وانتقلت هذه الصياغة الرومانية الى القانون المدني الفرنسي عن طريق الفقيه Domatصلب الفصل1134 من المجلة المدنية الفرنسية[[11]](#footnote-11).

ويعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد أحد النتائج الطبيعية لمبدأ سلطان الإرادة . الذي يعتبر الإرادة أساس العقد. ويعد هذا المبدأ وليد الفلسفة التحررية التي ميزت القرن الثامن عشر على الصعيد السياسي، والقرن التاسع عشر على الصعيد الإقتصادي.[[12]](#footnote-12)

أما من الناحية السياسية، فإن أساس هذه النظرية حرية الفرد. هذه الحرية التي لا تقيدها أية سلطة خارجية بإستثناء ما يرتضيه الفرد لنفسه. فلا يقبل أن يلتزم الفرد الا بعقد نابع عن ارادته الحرة الواعية. وتنيجة لذلك يلزم العقد عاقده لأنه بالضرورة عادل[[13]](#footnote-13)

ولقد اعتبر الفلاسفة أن الإرادة حالة فطرية في الإنسان. الذي لا يلزم الا بإرادته الحرة الواعية. وكل تجاوز للإرادة هو تجاوز لحقوق طبيعية للإنسان. فلقد اعتبر "كانط" أن الإنسان عندما يقرر شيئا تجاه انسان آخر فإنه من الممكن ان يلحق به بعض الظلم. لكن أي ظلم يبقى غير وارد فيما يقرره الإنسان لنفسه. ومن هذه العبارات استمد الفقيه Fouilléقولته المعروفة من يقول تعاقدي يقول عادل « qui dit contractuel dit juste ».

لقد أدى تطابق الفلسفة السياسية المؤسسة على الفردانية مع النظرية التحررية في الميدان الإقتصادي إلى تدعيم مبدأ سلطان الإرادة. ولقد تأثر المشرع بهذا المبدأ. ويتجلى ذلك خاصة من خلال تكريسه في العديد من فصول مجلة الإلتزامات والعقود. ويتفرع عن مبدأ سلطان الإرادة مبدآن أساسيان مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ القوة الملزمة للعقد.

وتعني الحرية التعاقدية أن الفرد حر في أن يتعاقد أو يمتنع عن ذلك. وإذا تعاقد أن يحدد بكل حرية مضمون العقد[[14]](#footnote-14).

ويكون العقد صحيحا بمجرد التقاء إرادتين دون حاجة لأي شكلية أخرى. بعد أن يتكون العقد ينشأ صحيحا. و يكتسب قوة ملزمة .فالإرادة إذا هي سلطة في القانون لها قوة الإنشاء مثلها مثل القانون[[15]](#footnote-15)

ويعني مبدأ القوة الملزمة للعقد، أن العقد يلزم الأطراف كما يلزمهم القانون. ولقد كرس المشرع هذا المبدأ صلب الفصل242من مجلة الإلتزامات والعقود. ولقد لاقي هذا النص تطبيقا واسعا من طرف فقه القضاء. فلقد طبقه بصرامة وجعله مبررا للحيلولة دون تعديل العقود بصفة عامة، وتعديل الشرط التغريمي بصفة خاصة ويترتب عن هذا المبدأ عدة آثار(ب).

1. **آثار المبدأ:**

لا يقتصر مبدأ القوة الملزمة للعقد على الأطراف المتعاقدة فحسب(1) بل ينسحب كذلك على القاضي(2).

1. **تجاه الأطراف:**

يفترض هذا المبدأ بالنسبة للأطراف ضرورة الوفاء بالإلتزام وأيضا عدم إمكانية نقضه بصفة أحادية دون رضاء طرفيه أو بترخيص من القانون.

ويعني واجب الوفاء بالإلتزام الإستجابة إلى العقد الذي يربطه بمعاقده بمثل ما هو ملزم بالإستجابة للقانون . كما يجب أن يتم الوفاء بالإلتزام بأمانة.

ولقد نص المشرع على هذا الواجب بالفصل243(م.إ.ع) . الذي ورد به"يجب الوفاء بالإلتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الإلتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته".

ولقد كرس المشرع الفرنسي نفس الواجب صلب الفقرة الأخيرة من الفصل 1134(م.م.ف).

إضافة الى واجب الوفاء بالالتزام بأمانة وضع المشرع واجبين آخرين على كاهل الأطراف المتعاقدة، واجب النزاهة وواجب التعاون.

ويقصد بواجب النزاهة أن يتم تنفيذ الإلتزام بإخلاص. وبصفة تمكن من تحقيق الهدف الذي يرمي إليه العقد. وهو الأمر الذي يستوجب تجنب كل تغرير وغش أثناء تنفيذ العقد.

أما واجب التعاون فهو تيسير تنفيذ العقد. يقول Démogue توضيحا لهذا الواجب "إن المتعاقدين يشكلون مجتمعا صغيرا يلتزم فيه كل فرد بالعمل لتحقيق هدف المجموعة ويتمثل هذا الهدف في جملة الأهداف الخاصة التي يرمى إليها كل فرد من أفراد هاته المجموعة مثلما هو الأمر في الشركة المدنية أو التجارية[[16]](#footnote-16) .

أما فيما يتعلق بعدم إمكانية نقض العقد بصفة أحادية، يعني ذلك أن العقد لا ينقض الا برضاء طرفيه أو في الصور المقررة في القانون. ويعد ذلك نتيجة منطقية للمبدأ القائل بأن" العقد شريعة الطرفين", وأن ما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة.[[17]](#footnote-17)

ولقد طبقت محكمة التعقيب هذا المبدأ في قرارها الصادر في 17نوفمبر1981[[18]](#footnote-18) وكرست نفس الموقف في قرارها الصادر عن دوائرها المجتمعة في 18/02/1983 حيث اعتبرت "أن عقد التسويغ يبقى ساري النفاذ عاملا بين الطرفين منتجا لكل آثاره التعاقدية والقانونية ما لم تطرأ عليه ما ينهي مفعوله أو يفسخه لا بالتراضي ولا بالتقاضي[[19]](#footnote-19).

فالقوة الملزمة للعقد نافذة تجاه طرفي العقد. حيث لا يمكن أن يغير احدهم بنوده بمفرده الا اذا اتفقا معا على التغير. فهو يلزمهما كما يلزم القاضي(2).

1. **تجاه القاضي:**

لا ينحصر مبدأ القوة الملزمة للعقد تجاه الأطراف فحسب، بل ينسحب كذلك على القاضي. ويترتب عن ذلك نتيجتان تتمثل الأولى أنه في حالة وضوح عبارات العقد فإن القاضي لا يمكنه أن يرفض تطبيقه أو أن يغير من شروطه بدعوى أنه مخالف للعدالة والإنصاف.

أما الثانية في حالة غموض عبارات العقد فإن القاضي يفسره كما يفسر القانون الغامض. فمن واجب القاضي أن يفرض إحترام العقد، ويتقيد بمقتضياته فلا يمكنه أن يعدل أو يغير الإلتزامات الناشئة عنه ،حتى وإن كان بحجة منافاتها لمبادئ العدالة والإنصاف، فحتى وإن سمح له بتفسير فصول العقد في صورة الغموض فليس بإمكانه أن يتعدى هذا التفسير إلى التعديل[[20]](#footnote-20).

حيث اعتبرت أنه لايحق للمحكمة تأسيسا على أحكام الفصل242(م.ا.ع)أن تعدل مقدار الشرط التغريمي.

وانطلاقا من الفصل 242 مجلة الإلتزامات والعقود فالشرط التغريمي الذي انعقد صحيحا بين الأطراف، يتمتع بقوة ملزمة تجاه الأطراف، وكذلك تجاه القاضي. فلا يمكنه إلغاءه او تعديله الا بإتفاق الأطراف. فهو يمثل شريعة الطرفين. يقوم مقام القانون بينهما، وذلك حفاظا على استقرار المعاملات بين الأطراف(الفقرة الثانية).

**الفقرة الثانية: مبرر المحافظة على استقرار المعاملات**

يعتبر العقد توافق ارادتين أو أكثر على احداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاءه [[21]](#footnote-21). وهو المحاولة الصعبة لأحكام سيطرة الإرادة البشرية على الأحداث وذلك بإحتوائها مسبقا[[22]](#footnote-22).

فالتعاقد هو بمثابة التنبؤ[[23]](#footnote-23) فهو كالجسر الممتد نحو المستقبل[[24]](#footnote-24)

 هكذا عرف الفقهاء العقد الذي يمكن أن يكون أيضا أداة اجتماعية. غايتها تحقيق حاجيات الأفراد. وأيضا أداة اقتصادية يتمثل دورها في تحقيق تبادل الخيرات. وهو أيضا أداة قانونية تمكن المتعاقدين من احتواء المستقبل وتمنحهم الإستقرار والثقة اللازمة لإزدهار المعاملات. فاحترام الزامية العقد الى جانب كونه نابع من احترام الإرادة التي أنشأته، يجد تبريرا له من الناحية الإقتصادية.

ذلك أنه اذا ما استحال على الأفراد الإعتماد على الإلتزامات التعاقدية لضمان حسن سير معاملاتهم، فإنه قد يصعب عليهم ايجاد البديل. فالعقد هو نوع من الضمان المتبادل بين المتعاقدين لا ضد التغيرات التي قد تطرأ على ارادتهم ومزاجهم فقط بل ضد التغيرات الخارجية مثل التقلب الإقتصادي[[25]](#footnote-25).

ولذلك كي يتسنى للعقد أداء ما أنيط به من مهام جسام، لا بد أن يتوفر له قدر من القوة والثبات، حتى يكون في مقدوره كفالة الإستقرار والطمأنينة في المعاملات التي يجريها الأشخاص في المجتمع.

ويرى الفقهاء الداعون الى ضرورة المحافظة على ثبات العلاقة العقدية ، إن استمرار العلاقات التجارية في دنيا الأعمال يحتم الإبقاء على شروط العقود المبرمة بعيدة عن كل تغير يقلب التوقعات والمخططات.

ويؤكدون على أنه في إعطاء القاضي سلطة تعديل العقود، يعد بمثابة تمكينه من تقييم التزمات الطرفين. وتقدير الإختلال الحاصل بينهما، وفي هذا تجاوز لمهمة القاضي ألا وهي التثبت من صحة العقود. سواء من الناحية الشكلية أو من ناحية توفر أركانها الأساسية، إلى مهمة أكبر وهي مراقبة وتقييم القيمة الإقتصادية للعقد، ومدى توازن الإلتزامات بين الأطراف. مما يؤدي الى تحكم القاضي وذلك بإسم العدالة والإنصاف. ويحد ذلك من مبدأ الحرية التعاقدية. ويفتح الباب واسعا أمام سيل من المنازعات والقضايا. وهو ما يهدد استقرار المعاملات. وفتح المجال أمام مراجعة العقود ويمكن أن يثير البلبلة بمجرد وجوده حسب

Carbonnier  وممكن أن تكون المراجعة مصدرا للنزاعات. لذلك فإستقرار المعاملات، يحتم الإبقاء على الشروط المضمنة بالعقود بعيدة عن كل تغير.فإمكانية تعديل العقد والحط من التزام المدين من المحتمل إن يترتب عنها صعوبات للدائن. قد تجعله بدوره غير قادر على تنفيذ الإلتزامات المحمولة عليه بموجب عقود أخرى. مما قد يؤدي الى مراجعة ثانية وثالثة دون أن يتمكن القاضي من توقيف التيار أو التحكم فيه[[26]](#footnote-26).

كما يعتبر بعض الفقهاء أن في المس بمبدأ القوة الملزمة للعقد خطر جسيم على الإقتصاد ككل. ذلك أن المراجعة تفتح الباب لمراجعة أخرى[[27]](#footnote-27).

 فضرورة الائتمان واستقرار المعاملات في المجتمع تستلزم أن يوفي العاقد بما وعد به. فإذا زالت الثقة زال الإستقرار في نطاق المعاملات.

فاستلزام احترام القوة الملزمة للعقد أمر تقتضيه المصلحة الإجتماعية. ويعتبر مبرر المحافظة على استقرار المعاملات الإقتصادية والتجارية من أهم المبررات المعتمدة لرفض نظرية الظروف الطارئة، سواء في القانون التونسي أو فقه القضاء الفرنسي.

فالقانون التونسي يفتقر إلى قاعدة عامة تكرس نظرية الظروف الطارئة رغم وجود أثر ملحوظ لها في الفقه الإسلامي[[28]](#footnote-28) (ولقد اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 20/11/1979أنه "لا يمكن الأخذ بعين الإعتبار الظروف الطارئة ولو أدت إلى ارتفاع الأسعار وانخرام في التوازن بين الطرفين". ولقد أكدت نفس الموقف في القرار الصادر في 19/10/1981.

ويعد موقف القانون التونسي مختلفا عن أغلب التشاريع المقارنة التي اعترفت بحق القاضي في رد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول في صورة حدوث ظروف طارئة.

كذلك في فقه القضاء الفرنسي وحرصا على ضمان استقرار العقود وحفاضا على مصداقية المعاملات فلقد اعتبر الأستاذ Flour (Jacque Flour et Luc Aubert : « note DC1943-11-135/voir aussi JFlour et Jean Luc Aubert , op cit, n407 P33..

إن السبب الرئيسي لإصرار فقه القضاء بفرنسا على عدم قبول نظرية الظروف الطارئة ليس سوى الخوف من انعكاساتها الوخيمة على الإقتصاد.

إعتمدت محكمة التعقيب نفس المبرر لتتصدى في عدة قرارات إلى كل الدعوات المنادية بضرورة فسح المجال أمام القاضي لفرض رقابته على الشرط التغريمي وذلك ايمانا منها بأن ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون وبأن امكانية المراجعة من شأنها أن تفتح الباب على مصراعيه لتدفق سيل من النزاعات القضائية كانت المحاكم في غنى عنها لذلك يجب أن يتمتع الشرط التغريمي بقدر كاف من الثبات يمكنه من الحفاظ على حقوق الدائن ذلك أن علم المدين بعدم إمكانية تعديل الشرط التغريمي يجعله أحرص على تنفيذ التزامه وبالتالي المحافظة على استقرار المعاملات واستمرارها.

رغم أهمية المبررات التي اعتمدها فقه القضاء التونسي لرفض تعديل الشرط التغريمي، الا أن هذا الموقف يستحق النقد نظرا لما خلفه من انعكاسات سلبية(الفرع الثاني).

**الفرع الثاني: نقد موقف فقه القضاء الرافض لتعديل الشرط التغريمي.**

لقد تعرض موقف فقه القضاء المقر لمبدأ ثبات الشرط التغريمي الى العديد من النقد.

 حيث اعتبر هذا الإتجاه يكرس حلا غير عادل بالنسبة للمدين لعدم جدية مبررات الرفض(الفقرة الثانية) كما نظر في تكيف الشرط التغريمي( الفقرة الأولى).

**الفقرة الأولى: تكيف الشرط التغريمي**

لقد رأى البعض أن فقه القضاء أعطى للشرط التغريمي مفهوم العقوبة الخاصة[[29]](#footnote-29). وذلك من خلال اقرار مبدأ ثباته وامكانية جمع الدائن بين الشرط التغريمي والتعويض.

 ويعد ذلك إلغاء لكل طبيعة تعويضية للشرط التغريمي[[30]](#footnote-30).

أما المشرع الفرنسي فقد تخلى عن امكانية الجمع بين الإثنين وذلك للطابع المشط للشرط التغريمي.

كما أعطت محكمة التعقيب بصفة ضمنية طابع العقوبة الخاصة للشرط التغريمي، من خلال اقرار مبدأ ثباته، وبالتالي ألغت كل طبيعة تعويضية للشرط التغريمي. وهو حل قابل للنقد ذلك أن العقوبة الخاصة تعد غير مشروعة. ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة لا يمكنه سن العقوبات الخاصة. وعملا بمبدأ شرعية العقوبات لا يمكن أن يقع توقيع العقوبة الا اذا نص القانون على ذلك صراحة.

كما أن مهمة القصاص هي مهمة موكولة إلى الدولة، التي احتكرت القضاء كمرفق عام لنفسها. وقطعت مع فكرة العدالة الخاصة التي كانت سائدة في العصور السابقة.

وهذا النقد يجد تبريره في المخاطر التي يمكن أن تحدث لو برر مثل هذا القصاص وما قد يؤدي إليه من فوضى اجتماعية واقتصادية.

ولقد تأثر قضاة الأصل بهذا الإتجاه ويتجلى ذلك من خلال العديد من القرارات معتمدة على أن ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون بين المتعاقدين[[31]](#footnote-31).

ولقد اعتبر البعض بأن فقه القضاء قد حاد بالشرط التغريمي عن الهدف الذي ظهر من أجله. وهو حث المتعاقدين على التنفيذ. وتعويض الأضرار الفعلية الناجمة عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

وكان من المفروض على المحكمة ابطال الشرط. نظرا لعدم مشروعيته، لأن ارادة الأطراف لا يمكنها سن عقوبة خاصة.

ولقد واصلت محاكم الأصل تمسكها بقرار الدوائر المجتمعة. المقر لمبدأ ثبات الشرط التغريمي. مغلبة بذلك اعتبارات الإرادة على مقتضيات التوازن العقدي الذي تفتقده بعض العقود بفعل وجود شروط تغريمية مجحفة.

وحيث رفضت محكمة الإستئناف بتونس في 25/12/1996 في قرارها عدد5469 تعديل الشرط التغريمي موضوع العقد رغم اجحافه. وقضت بلزومه. وبذلك يكون الدائن قد تحصل على تنفيذ الإلتزام عينا: أي تسلم العقار المتفق عليه وعلى الشرط التغريمي. مما يجعل من هذا الأخير وسيلة للإثراء غير العادل. لذا يلاحظ أن مبرر رفض التعديل احتراما لسلطان الإرادة، بات غير جدي(الفقرة الثانية)

**الفقرة الثانية: عدم جدية مبررات الرفض**

إن تمسك فقه القضاء بمبدأ سلطان الإرادة لرفض تعديل الشرط التغريمي بات غير ذي معنى. لما حدث من تطور لنظرية سلطان الإرادة[[32]](#footnote-32) بتراجعها لثبات عدم تحقيق توازن الالتزامات بين الأطراف المتعاقدة(أ). لذا فإن رفض التعديل بحجة الحفاظ على استقرار المعاملات، نكون قد حافظنا على استقرار ظاهري يغطي اختلالا عميقا(ب).

1. **تراجع مبدأ سلطان الإرادة**

إن تطور النظرية العقدية صاحبه تراجع لمبدأ سلطان الإرادة [[33]](#footnote-33). والذي أثبت عدم تحقيقه للتوازن الإقتصادي بين الأطراف المتعاقدة.

ذلك أن المساواة التي ارتكز عليها الفلاسفة، والقول بأن السلطان المطلق للإرادة هي مجرد أوهام. أكده الواقع الإقتصادي، وبروز عقود الإذعان بشكل ملفت .

هذا الواقع المتميز بظهور تكتلات صناعية وتجارية ومؤسسات ضخمة، تحتكر السلع أو الخدمة أفرزته تطور الحياة الإقتصادية.

حيث أصبحت حاجيات الفرد الأساسية تعتمد في معاملاتها عقود تعرف بعقود الإذعان. وتتميز هذه العقود بعدم توازن القوى. فالطرف الأقوى هو الذي يملي شروطه، في حين يكتفي الطرف المقابل بالإذعان. وغالبا ما تتضمن هذه العقود شروط تغريمية مجحفة.

لقد أدى هذا الوضع إلى إثقال كاهل المدين بشروط مجحفة ومرهقة أدت بأغلبهم إلى الإفلاس وإنهيار مؤسساتهم. فالحرية التعاقدية التي تضمن مبدئيا العدالة العقدية أضحت فخا للمتعاقد الضعيف اقتصاديا[[34]](#footnote-34).

وهي أيضا باتت وهما. نظرا لتباين القوى بين الأطراف، الذي غالبا ما يكونون متفاوتون من الناحية المالية والإجتماعية والفكرية.

 هذا التفاوت بين المتعاقدين، أدى إلى استئثار الطرف القوي في العقد بالمنفعة الخاصة. مما يجعل العقد يصبح مرآة لإرادة أقوى الطرفين. وأداة إثراء واستغلال الطرف الضعيف في العقد وحاجته الأكيدة للتعاقد.

هنا هل يجوز التساؤل متى كان العقد غير عادل هل يمكن الإبقاء على قوته الملزمة ومنع القاضي من تعديله؟

يمكن القول أن القوة الملزمة للعقد غير مطلقة. إذ لابد من تدخل القاضي لتعديل العقد والحد من شروطه إذا ما اتضح إجحافها.

هذا الإجحاف والتعسف في الشروط ظهر نتيجة عدم قدرة القاضي على مراقبة الشروط المدرجة بالعقد.

ولقد طلبوا المدينون تدخل المحكمة للتعديل لكن دون جدوى حتى فقدوا ثقتهم في مؤسسات الدولة. لذلك كان لابد من ترجيح كفة مؤسسات الدولة( المتمثلة في المحكمة وما لها من سلطة قضائية ) عن كفة العقد.[[35]](#footnote-35)

لهذا الغرض وقع دمج العدالة والمصلحة الجماعية في مقتضيات الواجب احترامها في العلاقات العقدية.

وكي يضمن استمرار العقد يجب أن يكون العقد عادلا ، أي يمكن الطرفين من نفس الإمتيازات ويحقق نتائج متعادلة من حيث الأرباح والخسائر.

كما يجب إكساء العقد ببعد أخلاقي. ذلك أنه على فرض تمتع الفرد بحرية التعاقد، إلا أنه لا يستطيع توظيف هذه الحرية في غايات تتنافى والمبادئ الأخلاقية. ولا يمكن أن يؤدي رضا الطرف الآخر إلى غض الطرف على عدم التوازن الموجود بالعقد. فهل يمكن السماح باستغلال الحاجة للتعاقد وتشجيع الإثراء الغير عادل ؟

لا يمكن إنكار أنه من المبادئ الأخلاقية التي لا يمكن الحياد عنها، واجب تنفيذ العقد والوفاء بالعهد. لذلك يفترض في العقد وجود شئ من العدالة. هذا ما جعل المشرع يكسبه القوة الملزمة. فالعقد يكون ملزما كلما كان عادلا أو مجديا. فالعقد يستمد الزاميته بالدرجة الأولى من توافقه مع القانون، لا من توافقه مع ارادة المتعاقدين. فالعقد أداة ينظمها القانون لإتمام عمليات نافعة اجتماعيا واقتصاديا.

يفترض أن العقد المبرم برضاء الطرفين عادل ومجدي. لذلك فهو ملزم . هذه القرينة تحمي العقد من التدخلات الإعتباطية. سواء للمشرع أو القاضي، التي قد تضر باستقرار المعاملات التجارية. إلا أن هذه القرينة بسيطة وقابلة للدحض. فهي تسقط كلما وجد عدم توازن بين إلتزامات الأطراف .

 صحيح أن الفصل 242 من مجلة الإلتزامات والعقود يعتبر أن العقد "شريعة الطرفين" ويرتقي به إلى مرتبة القانون. لكن ذلك لا يكون جائزا إلا إذا كان العقد عادلا. فالفرد حر أن يبرم بمحض ارادته العقد الذي يرتضيه. ولا يمكن له أن يلتزم بما يتعارض مع مصلحته وبما يلحق به الضرر.

فالتوازن العقدي قرينة مفترضة ضمنيا بالفصل242(م.ا.ع). والحماية المطلقة للعقد تبدو مؤسسة على هذه القرينة. لذا إذا فقد العقد توازنه وجدواه الإقتصادية ، فإنه يجوز تعديله[[36]](#footnote-36) .

فإذا ما طبقنا الحماية التشريعية للعقد، نجد أن هذه الحماية لم تعد مسلطة على الإلتزامات، وانما جاءت لتدعم قوة أحد الأطراف فقط. فالعقد هنا يحمي استغلال أحد الأطراف للآخر. ولا يمكن الإبقاء عليه بإلزاميته المطلقة التي من شأنها أن تخل بمقتضيات العدالة. ويفقد العقد قيمته الإجتماعية إذا فقد ثقة المتعاقدين.

إن تدخل القاضي، لتعديل الشرط التغريمي المضمن بالعقد، يعد ضروريا. وذلك لإعادة العدالة التعاقدية. هذا التدخل لا يمثل خرقا لأحكام الفصل 242 من (م.ا.ع).إنما يعد تطبيقا له ذلك أن القاضي سيحاول احترام ارادة الطرف الضعيف وإعلاءها، إلى جانب الطرف الآخر. ليضمن المساواة بينهما. ويصبح العقد بالتالي شريعة الطرفين. لا الطرف القوي فحسب. وهكذا يمكن الوصول إلى تعديل العقد من خلال الفصل242(م.ا.ع)نفسه، لكن بفهمه فهما يتماشى مع التطور القانوني الذي تشهده مؤسسة العقد استجابة للتطور الإجتماعي في العصر الحالي.

فالقاعدة المضمنة بالفصل242 من مجلة الإلتزامات والعقود، والمكرسة لمبدأ القوة الملزمة للعقد، لا يمكن أن تتحول لبوابة تتسرب منها إلى العقد شروط أحادية الوضع. ولا يمكن والحالة تلك تحميل ذلك الفصل أكثر مما يقتضيه روحا وعبارة. والتحجير على القاضي ولوج المنطقة التعاقدية باسم القوة الملزمة، في زمن تأكدت فيه ضرورة المعالجة القضائية للشروط المجحفة، أكثر من أي زمن آخر حماية للطرف الضعيف.

ذلك أن مسلمات مبدأ القوة الملزمة للعقد مشروطة بعدالة العقد ذاته وبما تفرضه العدالة العقدية من توازن حقيقي بين الإلتزامات العقدية.

**ب-المحافظة على استقرار ظاهري**

 إن تكريس اتجاه بأن المراجعة القضائية، تسبب ارباكا في لحياة الإقتصادية لايستقيم. لأن تدخل القاضي لتعديل الشرط التغريمي سيحمي العلاقات التعاقدية ويدعمها. إذ لا يمكن تحقيق استقرار تعاقدي في اطار يتميز بالهيمنة والإستغلال. فحماية الإستقرار التعاقدي تكون بالمحافظة على توازن الإلتزامات بين المتعاقدين. ذلك أن مراجعة الشروط التغريمية المجحفة تعد تصحيحا لإرادة وصيانة لمبدأ الثقة في المعاملات. ووضع حد ما بين الحرية والفوضى. ففي أغلب الأحيان تكون الشروط التغريمية المضمنة بالعقود مجحفة، مما يؤدي الى اثقال كاهل المدنين بالديون، ودفعه في العديد من الأحيان إلى الإفلاس وانهيار مؤسساتهم. مما يشكل خطرا حقيقيا يهدد العلاقات التعاقدية . مما يجعل مراجعة العقود أحيانا الطريقة الوحيدة لتنفيذها .

إذا من الخطأ أن نزعم أننا نخدم استقرار العلاقة العقدية برفضنا إعادة التوازن، بل إننا بذلك نعمل على حماية استقرار ظاهري يغطي اختلالا عميقا يجعله غير عادل. لذلك علينا البحث عن استقرار حقيقي بإعادة التوازن للعلاقة العقدية لإصلاح الآثار المربكة وتفاديها.

إن ما يجب الإشارة إليه ، إن تعديل الشرط التغريمي هو حل استثنائي. إذ تبقى القاعدة القوة المزمة للعقد . وتدخل القاضي لا يكون الا على سبيل الإستثناء.

ويمكن أن نستنتج أن المبررات التي إعتمدتها محكمة التعقيب لتحول دون تعديل الشرط التغريمي، والمتمثلة في القوة الملزمة للعقد وضرورة المحافظة على استقرار المعاملات مبررات غير جدية وعليه فعلى القاضي أن يتخلص من تشبثه بمدرسة الشرح اللفظي ويتدخل لتعديل الشرط التغريمي، بفضل ما لديه من شعور في النزاع بإبعاد تطبيق القانون عندما يخشى أن يؤدي هذا التطبيق الى نتائج غير عادلة. ويتخذ موقفا إنسانيا عندما تكون القاعدة القانونية متحجرة [[37]](#footnote-37).

 وبما أن القاضي هو المختص بفض النزاعات الناشئة عن العلاقات العقدية. يجب أن يكون لديه حس عادل بالعدالة ، فهو إن صح التعبير بمثابة العدالة الحية[[38]](#footnote-38).

فالقاضي لم ولن يكون في تطبيق القانون مجرد كائن جامد كما أراد له منتسكيو. أو مجرد جهاز سلبي أعمى كما رسم ملامحهTournière..

ذلك أن القاضي هو الذي يعطي للنص بعده الواقعي وحيويته الإجتماعية إذ لم يعد ذلك العون التنفيذي الذي يكتفي بترجمة القانون بشكل سلبي.[[39]](#footnote-39)

فالقاضي ليس آلة للقياس، لأنه يبت في النزاعات على معرفته للقانون والمنطق. وكذلك يقضي بحدسه وحاسته. فالقاضي كما يعرفه Rousselهو مشرع الحالات الخاصة، لذلك لابد من تدخله لتعديل الشرط التغريمي ، خاصة في ظل غياب نص في القانون يمنعه من التدخل . فإذا ما قبلنا تدخله لتعديل العقد لجعله متلائما مع التغيرات الإقتصادية نستطيع أن نعدل الشرط التغريمي وذلك من خلال المبدأ العام الوارد في الفصل 550 من (م.ا.ع)من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل [[40]](#footnote-40) .ولقد أصدرت محكمة التعقيب قرارا أقرت فيه مراجعة الشرط التغريمي( الجزء الثاني : اساس مراجعة الشرط التغريمي).

**الجزء الثاني: أساس مراجعة الشرط التغريمي**

لقد أقر فقه القضاء امكانية تعديل الشرط التغريمي . لكنه تراجع بعد ذلك عن موقفه واقر ثبات الشرط التغريمي في قرار صادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب[[41]](#footnote-41) . لكنه عاد بعد ذلك ليقر إمكانية التعديل . ولقد ظهر هذا التوجه منذ القرار الصادر عن المحكمة الإبتدائية بصفاقس[[42]](#footnote-42) والذي اكد إمكانية تدخل القاضي بالزيادة أو النقصان في مبلغ الشرط التغريمي. وذلك لعدم وجود نص قانوني يمنع ذلك. كما أكد على واجب القاضي في المحافظة على توازن الإلتزامات بين الطرفين انطلاقا من الدور الإجتماعي لرسالة لقاضي، الذي يكون أساس تدخله لتعديل الشرط التغريمي، كلما كان ضروريا استنادا على عدة أسس قانونية سواء مقترحة من قبل القضاء (الفرع الأول) أومن قبل الفقه(الفرع الثاني).

**الفرع الأول: اسس مقترحة من قبل القضاء:**

وهي اساس الفصل 278 من مجلة الإلتزامات والعقود(الفقرة الأولى)

واساس العدل والإنصاف(الفقرة الثانية ) واساس (التعسف في استعمال الحق والإثراء دون سبب(الفقرة الثالثة)

**الفقرة الأولى : الفصل278 م.ا .ع.**

اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 28أفريل 1994"أن الشرط التغريمي ولئن كان خاضعا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية الإتفاقات تنفيذا لمقتضيات الفصل 242(م.ا.ع) إلا أن هذا لا يمنع محكمة الموضوع من إجراء ما لها من حق المراقبة على ذلك الشرط بالزيادة أو التنقيص فيه أو الإبقاء عليه أو إلغائه عند الإقتضاء، بحسب أحوال كل قضية على معنى الفصل 278 من مجلة الإلتزامات والعقود تحقيقا لمبدأ العدل والإنصاف بشرط التعليل."

لقد اعتبرت محكمة التعقيب في القرار السالف الذكر أن المشرع خول لقاضي الموضوع تعديل الغرامة، بما يتفق مع الخسارة الحقيقية التي أصابت الدائن، بسبب عدم تنفيذ المدين لإلتزامه وذلك طبقا لأحكام الفصل278(م.ا.ع) الذي ينص على أن" الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة وما فاته من ربح من جراء عدم الوفاء بالعهد واعتبار الأحوال الخاصة بكل نازلة موكولة لحكمة المجلس وعليه أن يقدر الخسارة ويجعل فيها تفاوتا بحسب خطإ المدين أو تدليسه..".

لم يكن الإعتماد على الفصل 278 من (م.ا.ع) لتعديل الشرط التغريمي من طرف محكمة التعقيب أمرا جديدا إذ سبق وأن اعتمدته في قرارها الصادر في 17/07/1956 وقد ورد بإحدى حيثياته أن "مجلة الإلتزامات والعقود وإن أوكلت الشرط التغريمي للأطراف فهي قد قيدت الغرم بالخسارة التي تنقص وتفوت عنه الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد. كما تعرض إليه الفصل 278(م.ا.ع) الذي أوكل للحاكم الإجتهاد في تحديد ذلك حسب أحوال كل قضية، وحسب موقف المدين المماطل خطأ أو تدليسا، وذلك احتياطيا من المشرع لتحديد الغرم بالضرر ولم يتركه لمحض إرادة الطرفين في تقديره من قبل بصفة باتة بل جعله داخلا في نطاق مراقبة المحكمة".

ولقد اعتمدت محكمة التعقيب نفس الأساس القانوني لإقرار سلطة القاضي في تعديل الشرط التغريمي في عدة قرارات أخرى[[43]](#footnote-43) . كما اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 29/01/1999 "أن الشرط التغريمي ولئن كان ثمرة اتفاق الطرفين فإنه يبقى خاضعا لأحكام الفصل278 من (م.ا.ع). لأن الهدف منه هو التعويض العادل للضرر الثابت والحقيقي.

لقد لاقى اعتماد محكمة التعقيب على الفصل278 كأساس لتعديل الشرط التغريمي تأييد البعض ومعارضة البعض الآخر. فلقد اعتبر أن المشرع خول من خلال الفصل 278(م.ا.ع) للقاضي سلطة معتبرة في تقدير الخسارة الناجمة عن الإخلال بالتزام مبينا له المعايير التي يمكن أن يستدل بها في أداء مهمته. كما ألزمه بتقدير تلك الخسارة إعتبارا وأن الفصل 278م.ا.ع يحتوي على قاعدة آمرة إذا جاء به "وعليه أن يقدر الخسارة ويجعل فيها تفاوتا بحسب خطإ المدين".

من هذا المنطلق يمكن للقاضي التدخل لتعديل الشرط التغريمي، بإعتباره تقديرا مسبقا للتعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم الوفاء أو التأخير.

في حين إنتقد البعض الآخر اعتماد محكمة التعقيب الفصل 278م.ا.ع كأساس لتعديل الشرط التغريمي بالزيادة أو تنقيص في مبلغ التعويض الإتفاقي، بما يجعله مساويا للتعويض عن الضرر الحقيقي لأنه مجرد تقدير احتمالي أو جزافي للضرر المتوقع.

وقد اعتبر من قبل البعض[[44]](#footnote-44) أنه لا يوجد في هذا الفصل ما يؤسس التعديل فهو يبين فقط كيفية التقدير باعتماد معيارين موضوعيين هما النقص الحقيقي وفوات الربح بالنسبة للدائن كما أن التعديل على أساس الفصل 278م.ا.ع.سيحيد بالشرط التغريمي عن هدفه **كأداة لضمان تنفيذ العقد** . فإمكانية مراجعته في كل الأحوال تكون مشجعة على سوء النية. ذلك أن المدين المتراخي يعلم مسبقا أنه في حماية القاضي، وأنه في أسوأ الأحوال سيتحمل تعويضا لن يتجاوز مقدار الشرط الذي ارتضاه.

لا يمكن مشاطرة فقه القضاء اعتماده الفصل 278م.ا.ع ليؤسس حق القاضي في تعديل الشرط التغريمي, فلئن كان بإمكان القاضي الإعتماد على المعايير الواردة صلب هذا الفصل، فإن الإعتماد عليه لا يستقيم قانونا مع التعديل باعتبار أن ميدانه محصور في اطار التعويض القضائي اذ يبين للقاضي كيفية التقدير باعتماد معيارين موضوعيين هما النقص الحقيقي وفوات الربح بالنسبة للدائن. هذا الفصل يطبق في الصور العادية لدائن يقوم على مدينه في التعويض عن الخسارة التي لحقته من جراء عدم الوفاء فنكون بذلك في اطار التعويض القضائي، الذي يفترض فيه انعدام اللجوء الى النطام الإتفاقي أو على الأقل التنازل عنه إن وجد.

فالفصل 278م.ا.ع يتحدث عن التقدير الذي يقع ابتداءا أي لم يسبقه تقدير آخر فإذا كان الأمر كذلك فإنه لا يجوز الإعتماد عليه لتأسيس التعديل الذي يفترض وجود تقدير سابق هو التقدير الإتفاقي.

 فالتعديل يكون بعد سبق التقدير، من قبل الأطراف. فلو كان الفصل278م.ا.ع يمكن أن يكون أساسا لتدخل القاضي لتعديل الشرط التغريمي فإنه لا مجال للقول بغياب نص، والا ما كانت محكمة التعقيب تخلت عنه والتجأت الى إعتماد **مبدأ العدل والإنصاف**(الفقرة الثانية).

**الفقرة الثانية: مبدأ العدل والإنصاف.**

لقد عرف الإنصاف بأنه جملة المبادئ المثالية والأخلاقية التي قد تحيل عليها النصوص صراحة أو ضمنيا، من خلال صياغتها المرنة التي تمنح القاضي إمكانية إعمال سلطته التقديرية والملائمة بين مقتضيات النص والظروف الواقعية المتنوعة[[45]](#footnote-45) .

وهو فض النزاع وفق ما يقتضيه الضمير ويعني ذلك إسناد الحقوق الى أصحابها وفق قواعد العدل .

وهو بالنسبة لأرسطو عدالة مثلى تصوب عدالة القانون، إذ ما أفضى في حالة مخصوصة إلى نتائج جائرة تبعا للعبارات العامة لنص لم يتوقع الإمكانيات جميعها. ويتمثل جوهر الإنصاف، في التوفيق بين المصالح المتنافرة وفق ملابسات كل حالة على حدى.

رغم الإشارة الصريحة من طرف المشرع للإنصاف صلب الفصل243م.ا.ع إذ ورد بفقرته الثانية أنه"لا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الإلتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته". ورغم أهمية الدور الذي يلعبه في تحديد محتوى العقد، فإن المحاكم قل وان اعتمدته"**وحيث أن الشرط التغريمي ولئن كان ثمرة اتفاق الطرفين فإنه ينبغي ألا يحيد عن قواعد العدل والإنصاف"[[46]](#footnote-46) .**

كما ورد في القرارالتعقيبي المدني في 20/07/2001". وحيث أن محكمة القرار المنتقد اعتبرت أن الشرط الجزائي وإن كان خاضعا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد تنفيذا لسلطان الإرادة، والفصل242م.ا.ع فإن ذلك لا يمنع محكمة الموضوع في نطاق سلطتها التقديرية وما أوتي لها من

حكمة من إجراء ما لها من حق الرقابة على ذلك الشرط، بالزيادة أو النقصان فيه أو الإبقاء عليه أو حتى إلغائه بحسب أحوال كل نازلة على معنى الفصل278م.ا.ع ذلك تحقيقا لمبدأ العدل والإنصاف .

لقد لاقى اعتماد محكمة التعقيب مبدأ العدل والإنصاف كأساس لتعديل الشرط التغريمي تأييد البعض ومعارضة البعض الآخر.

فلقد اعتبر البعض أن قرار 28/04/1994 السالف الذكر ولئن ذهب في الإتجاه الصحيح عند اعتماده على عنصر الإنصاف فإنه لم يصب حين اعتبره مبدأ قانوني. لئن الإنصاف هو استثناء للقاعدة القانونية يحد من صرامتها في بعض الأحيان. فهو خارج عن القانون ومختلف عنه في وسائله وغاياته. فيكون الأول وسيلة للتوقع ولإحتواء المستقبل. بينما من

خصائص الإنصاف أن حلوله لا يمكن توقعها مسبقا، وليس لها شكل القاعدة القانونية وليس من شأنها أن يعمم تطبيقها لتكون بمثابة القاعدة[[47]](#footnote-47) .

 إنما يلجأ إليها القاضي حين يريد تخطي الجور الذي يلحقه تنفيذ العقد بأحد أطرافه، فيكون الإنصاف بمثابة التقنية التي يتحسس بها القاضي درجة التوازن بين الإلتزامات التعاقدية ومحررا يقيس به الإجحاف في العقد والإرهاق في الإلتزام.

فالعقد يبقى محور معركة مصالح وهو يشكل علاقة صراع وهو أيضا ميدان توترات اقتصادية [[48]](#footnote-48). لذلك لابد أن يلعب الإنصاف دور الملطف للمغالاة والشطط فيتدخل بصفة استثنائية ليجعل واقعة ما تتلائم مع فكرة العدالة مع الأخذ بعين الإعتبار الطروف الشخصية.

كما يبحث عن مخرج فردي لكل واقعية فيمكن للقاضي اعتماده لرفع اجحاف الشرط التغريمي، وبذلك يكون الإنصاف وسيلة لتقرب المبادئ لبعضها والتوفيق بين المصالح المتنافرة وفق ملابسات كل قضية على حدى.

اضافة الى الفصل278(م.ا.ع) ومبدأ العدل والإنصاف التجأت محكمة التعقيب إلى جملة من الوسائل القانونية الأخرى، منها التعسف في استعمال الحق والإثراء دون سبب (الفقرة الثالثة).

**الفقرة الثالثة:التعسف في استعمال الحق والإثراء دون سبب**

لقد اعتمدت محكمة التعقيب لتعديل الشرط التغريمي، بعض الوسائل القانونية الأخرى، كالتعسف في استعمال الحق والإثراء دون سبب.

 ويبرز ذلك من خلال إحدى حيثيات قرارها الصادر في 28/04/1994والتي ورد بها أن الشرط التغريمي ولئن كان ثمرة اتفاق الطرفين فإنه ينبغي ألا يحيد عن قواعد العدل والإنصاف وأن لا ينقلب الى أداة لتكريس هيمنة الطرف القوي في العقد على جانب الضعيف لتحقيق الربح السهل والإثراء دون سبب".

 برغم ادراج مبدأ التعسف في استعمال الحق في باب المعونن في الإلتزامات الناشئة عن الجنح وما ينزل منزلتها فإن الفقه قد اتفق على توسيع نطاق هذا المبدأ معتبرا إياه مبدأ قانونيا عاما يطبق على حد السواء في الميدان التعاقدي .

ومبدأ التعسف في استعمال الحق هو وسيلة لإرجاع التوازن بين الذمم المالية يقي من إطلاق الحقوق الشخصية ولإنطباق هذا المبدأ اشترط المشرع صلب الفصل 103(م.ا.ع) بعض الشروط كضرورة توفر قصد الإضرار بالغير ووجود ضرر فادح والذي لإزالته يشترط الا تلحق بصاحب الحق أية خسارة .

هذه الشروط جعلت من قبول مبدأ التعسف في استعمال الحق لتأسيس تدخل القاضي لمراجعة الشرط التغريمي أمرا صعبا لأنه من العسير أن يثبت المدين أن الدائن قد قصد أن يوقع به ضررا وأن يتسبب له في خسارة ذلك أن اثبات سوء نية الدائن هو إثبات صعب بإعتباره يتسلط على أمر باطني، الأمر الذي يؤول الى صعوبة احتمال قبول هذا المبدأ لتعديل الشرط التغريمي اذ ان صعوبة اثبات نية الإضرار يفرغ مبدأ التعسف في استعمال الحق من كل معنى[[49]](#footnote-49) .

 كما أنه لا يمكن مشاطرة محكمة التعقيب اعتمادها مبدأ الإثراء دون سبب كأساس لتعديل الشرط التغريمي. فلكي يقع تطبيق مبدأ الإثراء دون سبب يجب توفر بعض الشروط أهمها أن يكون الإثراء غير مسبب.

 لكن الشرط التغريمي له سبب مشروع يبرر وجوده، وهو العقد الأصلي والذي وقع الإخلال به.

 أيضا عند رفع دعوى الإثراء دون سبب يجب أن يكون الطرف المفتقر قد أصابه الإفتقار فعلا، في حين أن المدين المطالب بتخفيض الشرط التغريمي يسعى الى تجنب الإفتقار الذي سيصيبه إن هو نفذ الشرط كما وقع الإتفاق عليه.

وتعد هذه الوسائل القانونية من بين الوسائل التي اقترحها الفقه الفرنسي لمحاربة الشروط التغريمية المجحفة[[50]](#footnote-50) .

ذلك أنه حتى سنة 1975 لم يكن بوسع القاضي حماية المدين حسن النية من دفع شرط تغريمي مجحف، إذ كان القانون الفرنسي يمنع تعديل الشرط التغريمي وذلك احتراما لمبدأ سلطان الإرادة إذ كان الفصل1152م.م.ف [[51]](#footnote-51). يقر مبدأ ثبات الشرط التغريمي ولا يسمح بتعديله ولقد طبق فقه القضاء الفرنسي هذا المبدأ بصرامة. ولقد كرست محكمة التعقيب هذا الموقف في قرارها الصادر في 02/11/1967 حيث ورد به "أن الإتفاق المبرم بشكل صحيح والمتضمن أن من يخل بإلتزامه يدفع مبلغا على سبيل التعويض يكون بمثابة القانون لمن أبرمه ولا يكون للطرف الآخر أن يطلب الزيادة أو التنقيص.

 إضافة الى إقراره مبدأ ثبات الشرط التغريمي بموجب الفصل 1152م.م.ف. أقر المشرع الفرنسي إمكانية تخفيض الشرط التغريمي بصفة استثنائية في صورة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي، وذلك بموجب الفصل1231 من نفس المجلة[[52]](#footnote-52) . الا أن هذ الفصل لم يحقق الحماية المرجوة للمدين بإعتباره فصلا مكملا لإرادة الأطراف يمكن استبعاد تطبيقه بموجب اتفاق مسبق بين الأطراف.

ولقد اعتبر أن الشرط التغريمي المجحف يعد تعسفا في استعمال الحق وتحايلا على القانون. لأن التطبيق الصارم من طرف المحاكم الفرنسية للفص 1152م.م.ف قد يؤدي الى خرق أحكام الفصل 1229 من نفس المجلة. الذي يعتبر الشرط التغريمي تعويضا عن الأضرار التي لحقته من جراء عدم وفاء المدين بإلتزامه أو تأخره في تنفيذه.

فإذا تجاوزت قيمة الشرط مقدار الأضرار التي لحقت الدائن، يكون الشرط التغريمي بذلك قد حاد عن وظيفته الأساسية وهي التعويض .

إضافة إلى الاسس التي اعتمدها القضاء لتعديل الشرط التغريمي اقترح الفقه بعض الاسس الأخرى

**الفرع الثاني : الأسس المقترحة من طرف الفقه :**

 اقترح بعض الفقهاء اعتماد الفصل243 من م.إ.ع ( الفقرة الاولى). كما اقترح الفصل 531 م .ا. ع (الفقرة الثانية )وأيضا اقترح السبب( الفقرة الثالثة) كأساس لتعديل الشرط التغريمي. كما يمكن اقتراح اعتماد النظام العام الإقتصادي (فقرة رابعة).

**الفقرة الأولى: اعتماد الفصل243م.ا.ع.**

 لقد اعتبر بعض الفقهاء أن محكمة العقيب كان بامكانها أن تدعم موقفها بالاعتماد على احكام الفصل 243 (م. ا .ع). الذي يمثل أساسا ملائما لتعديل الشرط التغريمي. والذي يفرض على المتعاقدين تنفيذ الاتفاق مع تمام الامانة، والاخذ بعين الاعتبار ما يترتب عن الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الانصاف حسب طبيعته. فبإمكان القاضي الالتجاء اليه. فيتدخل في حالات استثنائية عندما يكون هناك تعسفا واضحا. يقع استنتاجه من وقائع كل قضية على حدى، وعلى مقتضيات العدل و الانصاف .

الا ان فقه القضاء قد تغافل في مادة الشرط التغريمي عن هذا الفصل. و تمسك بالفصل 242( م. ا. ع). و طبقه بصفة حرفيه، في حين إن الأول يتمم الثاني. إذ لا شك أن "العقد شريعة الطرفين"، إلا أن تطبيق هذا المبدأ بحذافيره قد يؤدي إلى أوضاع غير عادلة. وهنا يأتي دور الفصل 243 (م .ا. ع )للتخفيف من اطلاق مبدأ القوة الملزمة للعقد .

ذلك أن مبدأ حسن النية في المعاملات، يمكن اعتباره من المبادئ القانونية التي ادخلت مرونة على الروابط العقدية، وللتخفيف من مبدأ عدم المساس بالعقود( مبدأ سلطان الإرادة ) والذي يؤدي لتقديس القوة الملزمة للعقد. لذلك فعلى القاضي أن يعالج الشرط التغريمي المجحف بواسطة هذا المبدأ. الذي ينطوي على اعتبارات أخلاقية متصلة بقيم العدالة . الا أن المحاكم ولئن قبلت في بعض الأحيان تعديل الشرط التغريمي، فإنها لم تستند في ذلك إلى أحكام الفصل 243(م.ا.ع) وهو الذي كان من الأجدر إعتماده. لكن صدر قرار عن محكمة التعقيب [[53]](#footnote-53) اتخذت الفصل243(م.ا.ع) أساسا لتدخلها في عقود الإذعان، التي تحتوي شروط تعسفية كالشرط التغريمي. اذ اعتبرت أن "العقد موضوع الدعوى وهو عقد بين باعث عقاري ومستهلك عادي هو من العقود الخاصة، التي تتطلب درجة من الثقة وحسن النية. ويستوجب أن تمتنع المعقب ضدها عن القيام بأي عمل من شأنه التنقيص مما يتمتع به الطرف المقابل من المنفعة. لأن ذلك معناه في الواقع أنها تأخذ بيدها اليسرى ما أعطته باليمنى. وهو ما لا يجوز قانونا. اضافة الى أن هذا المبدأ يتعزز بما تفرضه المصلحة العامة من قيام الأطراف بواجباتها التعاقدية، ومن حماية الطرف الذي يتعاقد مع الباعث العقاري، بإعتباره الطرف الضعيف الذي لا يشارك في وضع الشروط التي يتضمنها عقد الوعد بالبيع النهائي أي أن هذه العقود هي بمثابة عقود إذعان، ينخرط فيها من يريد التحصيل على مسكن دون أن تتاح له فرصة مناقشة تلك الشروط أو تعديلها". والملاحظ أن هذا القرار **لم يعدل مبلغ الشرط التغريمي وإنما فرض تطبيقه على الطرف القوي الباعث العقاري لتأخره** في تسليم المبيع .

 يجب أن نشير أن هناك خلافا فقهيا حول اعتبار المبدأ الوارد بالفقرة الأولى من الفصل243(م.ا.ع) كقاعدة من قواعد تفسير العقود وتأويلها أو ربطه بميدان تنفيذ العقود.

حول هذا الإشكال نجد قسما كبيرا من الفقهاء الفرنسين يعتبرون الفصل1134( م.م.ف) فقرة ثالثة (الفصل243 فقرة اولى م.ا.ع)كقاعدة من قواعد التنفيذ ويستشهدون بذلك بموقف الفقهينRau et Aubry اللذان يعتبران أن تنفيذ العقود يجب أن تكون بحسن نية أي أن يكون مطابقا لإرادة المتعاقدين وللغرض الذي أبرمت من أجله.

**الفقرة الثانية: اعتماد الفصل 531 من مجلة الإلتزامات والعقود.**

اعتبر البعض[[54]](#footnote-54) أنه كان أحرى بمحكمة التعقيب اعتماد الفصل 531 من مجلة التزمات والعقود، كأساس لإقرار سلطة القاضي في تعديل الشرط التغريمي عوضا عن الفصل 278(م.ا.ع). فالفصل 531(م.ا.ع) يربط تحقيق الشرط التغريمي لأثره القانوني بمعقوليته، والإجحاف يتنافى مع المعقولية. ويبقى قائما حتى يذهب ويزيل ما به من شطط .فيعود الى درجة المعقول . **فاعتماد قيمة المعقولية** الواردة بالفصل 531(م.ا.ع) تمكن من تطويع هذا المفهوم المرن والإنطلاق منه لتعديل الإلتزامات المجحفة .

ولقد وظف التشريع الألماني هذا المفهوم في الفصل 9 من قانون 1976 الذي عرف **الحيف**  غير المعقول بالبند المخالف للأسس الجوهرية للقانون.

إن باعتماد المحكمة على الفصلين 243و531(م.ا.ع) تتمكن من مراقبة الشرط التغريمي المجحف وانقاذ عدالة العقد المختل، مستنيرا في ذلك بأنموذج يتمثل في أنموذج الإلتزام المعقول، الذي يؤدي الى تحقيق العدالة. وليس الى العدالة المجردة، التي يتوصل اليها عن طريق الإعمال الصارم للقواعد القانونية. فالإلتزام يجب أن يكون معقولا والمعقولية هي نمط نموذجي ينحو تجاه العقلانية والملائمة ويقصد بها احلال التوازن الحقيقي بين المصالح الإقتصادية والإجتماعية في زمن ومكان معينين وبين التصرف الذي يراد الحكم عليه.

لئن نص الفصل531 من مجلة الإلتزامات والعقود على جزاء عدم معقولية البند وهو البطلان، فإن البعض يرى[[55]](#footnote-55). أن قيمة المعقولية لا تقتضي في القانون التونسي ابطال البند المجحف من أول وهلة وتمر حتما بإمكانية تعديله بمراجعته الى الحد المعقول أن أمكن ذلك والا فإن المحكمة تقضي ببطلانه.

لقد سبق وان وقع إعتماد هذا الأساس القانوني من طرف بعض المحاكم التونسية[[56]](#footnote-56).

حيث لم تذكر المحكمة في تعليلها للحكم الذي قضت فيه بتعديل الشرط التغريمي صراحة الفصل 531(م.ا.ع). الا أنها إعتمدت على القيمة المعقولة. فالشرط التغريمي المضمن بالعقد بلغ مائة واربعة آلاف دينار، في حين أن الفلك الذي تم التعاقد لصنعه يقدر بعشرة آلاف دينار. فما كان من المحكمة الا أن عدلت الشرط بتخفيضه الى عشرة آلاف دينار وهي قيمة معقولة. معتبرة أن: "من واجب قاضي الموضوع تعديل الغرامة اليومية الناتجة عن التأخير، كلما تراءى له أن تقديرها فيه إجحاف وحيف. وأن الضرر الذي حصل لم يكن بالمقدار الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه وأن تقديرها للتعويض عن هذا الضرر كان مبالغا فيه. كما يحدث أن يكون المدين مرغما على التعاقد حتى لا تضيع عنه فرص العمل . وقد يحدث أيضا أن يعتقد المدين أنه قادر على الوفاء بإلتزامه، وفي هاته الحالات وجب على المجلس استعمال حكمته في تقدير الخسارة خاصة إذا تجاوز المقدار المتفق عليه قيمة الإلتزام المقابل".

**الفقرة الثالثة: اعتماد على ركن السبب في العقد.**

 لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بإمكانية الإعتماد على المفهوم الموضوعي للسبب للتصدي للشرط التغريمي المجحف، معتبرين أن هذا النوع من الشروط غير مشروع، نظرا لما ينجر عنه من إختلال في توازن العقد. مما يجعل أداء أحد الأطراف ليس له مقابلا. فيكون غير مسبب، بإعتبار أن السبب عنصر إقتصادي محض، يفترض قيام توازن كمي بين القيم الإقتصادية المتبادلة بين أطراف العقد. وبناء على ما تقدم فإن **الشرط التغريمي المجحف هو شرط فاقد للسبب جزئيا.**

كما اعتبر آخرون أن الشرط التغريمي مسبب، لكن **سببه غير مشروع** بإعتباره يسن عقوبات خاصة ، غير أن هذا الأساس لم يسلم من النقد.

إذ ذهب البعض الى القول أنه **لا يوجد في القانون المدني الإنعدام الجزئي للسبب فإما أن يكون موجودا أو منعدما بصفة كلية.**

إضافة الى أن هذا التصور صعب الإحتمال في القانون التونسي لأنه سيؤدي الى تكريس الغبن مما يخالف صراحة الفصل60و61 من (م.ا.ع).

بذلك فإن السبب في القانون التونسي لا يمكن أن يكون أداة تضمن العدالة العقدية ولقد سبق لمحكمة التعقيب الفرنسية [[57]](#footnote-57) أن رفضت في قرارها الصادر في 21أكتوبر1971 إعتماد هذا الأساس.

 **الفقرة الرابعة: الإعتماد على النظام العام الإقتصادي لتعديل الشرط التغريمي.**

لقد بات من الضروري اليوم أن يسمح للقاضي بالتدخل لتعديل الشرط التغريمي متى كان فيه حيف وشطط.

حيث أن التعاقد بين الأطراف وان كان مؤطر بمبدأ سلطان الإرادة وما يقتضيه القانون . فإن هذه الإرادة لا يمكن لها أن تكون مطلقة وحرة تقر ما تشاء .

حيث يجب أن تتأطر فيما يقتضيه القانون والأخلاق الحميدة والنظام العام.

ومفهوم النظام العام اتسع ليشمل النظام العام الإقتصادي والإجتماعي .

وحيث يفرض النظام العام الإقتصادي الحفاظ على المؤسسة الإقتصادية ومواطن الشغل سواء كانت تمارس في اطار شخص طبيعي(تاجر) او شخص معنوي (شركة) فعلى القاضي التدخل متى رأى أن دفع الشرط التغريمي من قبل المدين فيه حيف وتجاوز لمقدار أصل التعاقد، ان يعدل المقدار ويرجعه للنصاب بحيث لا يقع ضرر للمدين بإفلاسه ولا ضرر للدائن .

**خاتمــــــــــــــــــة**

نظرا للأهمية التي يكتسيها الشرط التغريمي، ولإستعماله المتزايد والمكثف في مختلف العقود. اهتمت أغلب التشريعات سواء العربية أو الغربية بتنظيمه. وخصه بنظام قانوني متكامل وأقرت إمكانية تعديله من طرف القاضي وذلك منعا للإستعمال التعسفي للشرط التغريمي.

على خلاف المشرع التونسي الذي نظم الشرط التغريمي في مناسبتين.

كانت الأولى في المشروع التمهيدي لمجلة الإلتزمات والعقود لسنة1897.

أما الثانية فكانت في المشروع الأولي الصادر في 1899 لكنه عدل عن تنظيمه في النص النهائي لمجلة الإلتزامات والعقود، رغم هذا التخلي فإن فقه القضاء لم ير في سكوت المشرع عن تنظيم هذه المؤسسة إلغاءا لها وأقر صحته وشرعيته في عدة قرارات وذلك استنادا الى القواعد العامة وخاصة الفصل242(م.ا.ع) كما اقر ثباته أو عدم إمكانية تعديله من طرف القاضي.

لم يكن الشرط التغريمي في بداية ظهوره يطرح اشكالات إذ كان وسيلة ناجعة تجنب النزاعات القضائية أمام المحاكم وتخفيض عددها .

لكن مع تطور الأوضاع الإقتصادية والإجتماعية ظهرت قوى اقتصادية جديدة تسعى لفرض هيمنتها عن طريق احتكار سلعة أو خدمة تعد من الحاجيات الأساسية للمستهلك.

أصبحت هذه القوى تملي شروطها الخاصة، وليس بإمكان الطرف المقابل سوى قبول هذه الشروط أو رفضها دون إمكانية مناقشتها أو تغييرها .

كما أصبحت تدرج في عقودها شروطا تغريمية مجحفة. وقد أدى هذا الوضع الى إثقال كاهل المدين بالديون ودفعه في غالب الأحيان الى الإفلاس وانهيار مؤسساته. فأصبح بالتالي الشرط التغريمي وسيلة للإستغلال والهيمنة والإثراء على حساب الغير. ولم يعد وسيلة للتعويض ولحث المدين على التنفيذ وتجنب النزاعات أمام المحاكم، بل أصبح مصدرا للعديد من النزاعات القضائية.

أمام هذا الوضع المتردي أصبح من واجب القاضي، أن لايقف موقف الحارس للشرط التغريمي، بإعتبار أن المبادئ التي ارتكز عليها لرفض تعديل الشرط التغريمي قد ولت. فمع تغير وتطور الظروف الإقتصادية والإجتماعية، تراجع مبدأ سلطان الإرادة. فالعقد لم يعد نتيجة التقاء ارادتين حرتين ومتساويتين، وإنما نتيجة لإرادة الطرف القوي . كما أن الحرية التعاقدية أصبحت حرية وهمية. فالفرد لم يعد حرا في التعاقد وإنما أصبح مجبرا، خاصة في ظل سياسة الإحتكار التي تمارسها هذه القوى الإقتصادية ، والتي أصبحت تملي شروطها الخاصة دون قيد أو رقابة.

في ظل غياب تنظيم تشريعي لمؤسسة الشرط التغريمي بقي فقه القضاء لمدة طويلة متمسكا بقرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب الصادر في 28/04/1975 والمقر لمبدأ ثبات الشرط التغريمي . وظلت المحاكم لفترة طويلة تطبق هذا المبدأ بصرامة، رافضة المساس بالشرط التغريمي رغم اجحافه.

ولقد تعرض موقف فقه القضاء الى العديد من النقد ولذلك نظرا للإنعكاسات السلبية التي خلفها التطبيق الصارم لهذا المبدأ . مما دفعه الى تغيير موقفه وذلك بالتوجه تدريجيا نحو تكريس إمكانية تعديل الشرط التغريمي.

لقد ظهرت بوادر هذا التغيير منذ الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في28/02/1989 [[58]](#footnote-58) .

ولقد تدعم هذا التوجه الجديد خاصة من خلال القرار عدد 42624 الصادر عن الدائرة المدنية الثالثة عشر في 28/04/1994.

إن ما يعاب على فقه القضاء التونسي أنه رغم إقراره بإمكانية تعديل الشرط التغريمي ، إلا أنه لم يحدد معاييره وشروطه وطرقه وإنما جعله خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي. مما قد يؤدي الى تعسف القضاة خاصة في ظل غياب الرقابة القضائية . فمحكمة التعقيب لا تمارس رقابتها الا عن طريق التعليل. وهي رقابة ضئيلة فكان أحرى به أن ينسج على منوال اغلب التشاريع المقارنة سواء العربية او الغربية التي خصت الشرط التغريمي بنظام قانوني متكامل. اذ ليس المهم ان تقر رقابة قضائية على الشرط التغريمي بل الأهم هو أن تنظيم هذه الرقابة وذلك لمنع الفوضى والتعسف وبالإعتماد على كل من القانون والفقه وفقه القضاء المقارن سيتم تحديد نظام تعديل الشرط التغريمي.

التخطيط

الصفحة

المقدمة...................................................................6

الجزء الأول: رفض القضاء امكانية تعديل الشرط التغريمي....7

الفرع الأول: الرفض المبدئي لتعديل الشرط التغريمي

الفقرة الأولى: القوة الملزمة للعقد

أ\_أساس المبدأ

ب\_أثار المبدأ............................................................9

1\_اتجاه الأطراف

2\_ تجاه القاضي ......................................................10

الفقرة الثانية:مبرر المحافظة على استقرار المعاملات .........11

الفرع الثاني:نقد فقه القضاء الرافض لتعديل الشرط التغريمي 14

الفقرة الأولى|:تكيف الشرط التغريمي

الفقرة الثانية: عدم جدية مبررات الرفض.........................16

أ\_تراجع مبدأ سلطان الإرادة

ب\_المحافظة على استقرار ظاهري..............................19

الجزء الثاني: أساس مراجعة الشرط التغريمي..................22

الفرع الأول: أسس مقترحة من قبل القضاء

الفقرة الأولى: أساس الفصل278(م.ا.ع)

الفقرة الثانية: أساس العدل والإنصاف............................25

الفقرة الثالثة: أساس التعسف في استعمال الحق والإثراء دون سبب....................................................................26

الفرع الثاني: الأسس المقترحة من قبل الفقه:.....................28

الفقرة الأولى:إعتماد الفصل243(م.ا.ع)..........................30

الفقرة الثانية: إعتماد الفصل531(م.ا.ع).

الفقرة الثالثة: إعتماد السبب..........................................32

الفقرة الرابعة:الإعتماد على النظام العام الإقتصادي لتعديل الشرط التغريمي.

الخاتمة.................................................................33

المراجع

المراجع العامة:

محمد الزين: "النظرية العامة للإلتزمات" مطبعة الوفاء1993

عبد الرزاق السنهوري:"الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني نظرية الإلتزام " دار احياء التراث العربي بيروت طبعة1998.

المراجع الخاصة:

محمد المالقي: "محاضرات في شرح القانون المدني التونسي"، مركز الدراسات والبحوث والنشر طبعة1980.

محمد حسن:" الوجيز في نظرية الإلتزام ومصادر الإلتزامات وأحكماها في القانون المدني الجزائري". نشر المؤسسة الوطنية للكتاب1983.

الأطروحات والمذكرات:

أنيس بوكثير: "القاضي والإنصاف" رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء1998.

أمال غويل:"نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني التونسي"، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة قانون خاص كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس.

الدردوري القمودي:" الشرط الجزائي مذكرة لنيل شهادة الدراسات معمقة" ،قانون خاص جامعة تونس كلية الحقوق والعلوم السياسية 1998.

سامي الجربي:"تفسير العقد"، كلية الحقوق والعلو السياسية1997

عبد الوهاب الجويني:" القاضي وتنفيذ العقد، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة قانون خاص كلية الحقوق والعلوم السياسية.

شفيقة الحجلاوي:"الشرط التغريمي" رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء1999.

المقالات

نذير بن عمو:"صحوة البركان تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد42624صادر في 28افريل1994، المجلة القانونية التونسية لسنة1996،ص231وما بعدها.

عصام الأحمر:"الإستقالة والشرط التغريمي في عقود الشغل من خلال القرار التعقيبي عدد8571"مجلة القضاء والتشريع فيفري2004.

فرج القصير:"الشرط الجزائي في القانون التونسي" مجلة القضاء والتشريع مارس1998.

1. انظر المعجم الوسيط ، أمواج للطباعة والنشر بيروت لبنان. [↑](#footnote-ref-1)
2. (عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجزء IIنظرية الإلتزام" دار احياء التراث العربي"بيروت،طبعة 1998،ص851 وما بعدها). [↑](#footnote-ref-2)
3. (محمد المالقي:" محاضرات في شرح القانون المدني التونسي"، المطبعة الرسمية،1991،ص286.) [↑](#footnote-ref-3)
4. (Denis Mazeaud : » La notion de le clause pénale »Thèse .Paris1992, LGDJ.P. [↑](#footnote-ref-4)
5. Francois Chabas ; »Les obligations( téorie générale  EJA1991» P780,781 edit Montchrestien.ا [↑](#footnote-ref-5)
6. الفصل341من مشروع1899 [↑](#footnote-ref-6)
7. انطر محمد بقبق « de la possible réception de la notion de clause pénale par le code des obligations et des contrats » Revue tunisienne de droit

1998 ; P42 et s.

(محمد الزين النظرية العامة للإلتزامات العقد الطبعة الثانية1997،ص311وما بعدها.) [↑](#footnote-ref-7)
8. [↑](#footnote-ref-8)
9. (قرار تعقيبي مدني عدد 5820 مؤرخ في 20/06/1968 نشرية محكمة التعقيب1968ص52). [↑](#footnote-ref-9)
10. عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص864). [↑](#footnote-ref-10)
11. l’article 1134 ccf : »les conventions légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait ne peuvent être révoqué que de leur consentement mutuel au pour les causes que la loi autorise ».) [↑](#footnote-ref-11)
12. تونس،1997ص42 محمد الزين: "النظرية العامة للإلتزامات ، العقد"، الطبعة الثانية [↑](#footnote-ref-12)
13. jacque ghestin/ » traite de droit civil la formation de contrat »,3éd,LGDJ1996,P27. [↑](#footnote-ref-13)
14. أنظر Jean Carbonnier : « Les obligations » tome4,12 d 1985, P46 [↑](#footnote-ref-14)
15. مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس1990. أمال غويل:" نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني [↑](#footnote-ref-15)
16. Démogue : «  Obligations  » T6,n°3et s cité par Moh. ZINE. Op ;cit, p260 [↑](#footnote-ref-16)
17. Démogue : « Des modifications aux contrats par volonté unilatéral », Rev.Trim.Dr.Civ.1907 P245.B.Houim : « la rupture unilatéral des contrats synallagmatique » These paris, 1973, Ph Simler : »l’article1134 du code civil et la résiliation unilatérale des contrats à duré détérminée »J.C.P1971, : [↑](#footnote-ref-17)
18. (قرار تعقيبي مدني عدد 4252 مؤرخ في 17/11/1981 نشرية محكمة التعقيب1985ة عدد7 ص102. [↑](#footnote-ref-18)
19. قرار تعقيبي مدني عدد775نشرية محكمة التعقيب1985الجزء الأول) [↑](#footnote-ref-19)
20. هذا ما أقرته محكمة التعقيب (قرار تعقيبي مدني عدد7919 صادر عن الدوائر المجتمعة في 28/04/1975). [↑](#footnote-ref-20)
21. عبد الرزاق السنهوري:الوسيط في شرح القانون المدني" الجزء الأول مصادر الإلتزام، ص138) [↑](#footnote-ref-21)
22. Maurice Houriou »Principe de droit public » Paris,2éme édition.Sirey1916,P106)

la regle morale dans les obligations civiles »LGDJ1949 [↑](#footnote-ref-22)
23. [↑](#footnote-ref-23)
24. Jean Carbonnier : Les obligations »T4,12éme édit.1985. » [↑](#footnote-ref-24)
25. انظر أمال غويل: المرجع السابق، ص30) [↑](#footnote-ref-25)
26. (أنظر محمد الزين: المرجع السابق،ص253 ومابعده) [↑](#footnote-ref-26)
27. Jaque Flour et Luc Aubert : »Les obligations, l’acte Juridique »4eme éditions, par Jean Luc Aubert, Armand, Paris 1990. [↑](#footnote-ref-27)
28. انظر عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني1 ص633عدد416. [↑](#footnote-ref-28)
29. Mohamed Bag Bag : »De la possible réception de la notion de clause pénale par le code des obligations »,Revue Tunisienne de droit 1998 ;P49. [↑](#footnote-ref-29)
30. المشرع التونسي في المشروع التمهيدي لمجلة الإلتزامات لسنة1897 في الفصل333 أعطى طبيعة تعويضية للشرط التغريمي. [↑](#footnote-ref-30)
31. (حكم ابتدائي عدد511مؤرخ في 13/02/1982 صادر عن المحكمة الإبتدائية تونس، غير منشور(الوقائع: ابرام شخص عقد شراء شقة اشترط فيه كل يوم تأخير عن التسليم 1/200من الثمن الجملي(1.338768,5) وقد كان المبلغ 7الاف دينار يوميا [↑](#footnote-ref-31)
32. يراجع محمد الزين: النظرية العامة للإلتزامات، ص46 [↑](#footnote-ref-32)
33. [↑](#footnote-ref-33)
34. (انظر مرجع سابق. Jacque Flour et Luc Aubert : « note DC1943-11-135/voir aussi JFlour et Jean Luc Aubert , op cit, n407 P59. [↑](#footnote-ref-34)
35. « L’internention du juge dans le contrat »thèse de Lagrange, Montpellier1936 P60 [↑](#footnote-ref-35)
36. أمال غويل: نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بتونس1990،ص27) [↑](#footnote-ref-36)
37. عبد الوهاب الجويني: المرجع السابق،ص37. [↑](#footnote-ref-37)
38. De Lagrange : »le juge est la justice vivante »op.cit ;P13 [↑](#footnote-ref-38)
39. محمد الطاهر حمدي: "الوظيفة القضائية في القانون المدني التونسي" مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة جامعة تونس. III 1992ص200.) [↑](#footnote-ref-39)
40. (Ben Slima Hassine : « La clause pénale et le pouvoir modérateur du juge »R.J.L, février1998,P36) [↑](#footnote-ref-40)
41. قرار تعقيبي مدني عدد 7919 مؤرخ في 28/04/1975). [↑](#footnote-ref-41)
42. (قرار عدد 18627 مؤرخ في 8/11/1983 غير منشور)أ [↑](#footnote-ref-42)
43. (قرار تعقيبي مدني عدد10632مؤرخ في 20/07/2001). [↑](#footnote-ref-43)
44. الأستاذ نذير بن عمو: في مقال صحوة البركان) [↑](#footnote-ref-44)
45. أنيس بوكثير: "القاضي والإنصاف" رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء1998ص2.

**(**قرار تعقيبي مدني صادر عن الدائرة13في28/04/1994. [↑](#footnote-ref-45)
46. [↑](#footnote-ref-46)
47. (الأستاذ نذير بن عمو المرجع السابق ص 250) [↑](#footnote-ref-47)
48. (Jan Carbonnier ; « Flexible droit »P167 [↑](#footnote-ref-48)
49. زين العابدين جعيط: مبدأ الإثراء دون سبب في القانون التونسي والقوانين الأخرى، مجلة القضاء والتشريع أفريل 1961.) [↑](#footnote-ref-49)
50. Ben Amou NadhirM » La bus de droit ; Mémoire D.E.A P99) [↑](#footnote-ref-50)
51. L’article 1152 dispose que : « L’orsque la convention porte que celui qui manquera de l’exécuter paiera une somme à titre des dommages et interet, il ne peut étre alloué à l’autre partie une somme plus forte ni moindre. » [↑](#footnote-ref-51)
52. (L’article dispose que : » La peine peut être modifier par le juge lorsque l’obligation principale a été exécuté en partie » [↑](#footnote-ref-52)
53. (قرار تعقيبي مدني عدد 31607مؤرخ في 20جوان1994 نشرية محكمة التعقيب1994 القسم المدني ،ص456) [↑](#footnote-ref-53)
54. (سامي الجربي: "تفسير العقد" اطروحة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1996-1997،ص564 .) [↑](#footnote-ref-54)
55. (سامي الجربي : مرجع سابق ص 576) [↑](#footnote-ref-55)
56. مثال قرار صادر عن المحكمة الإبتدائية بصفاقس(قرار عدد18627مؤرخ في 8جانفي1993 غير منشور). [↑](#footnote-ref-56)
57. (Cass. Com 21/10/1971 Bultin civil.1974 ,P207) . [↑](#footnote-ref-57)
58. حكم مدني عدد 66703 صادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في 28/02/1989) [↑](#footnote-ref-58)