جامعة 08 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق تخصص قانون خاص (قانون أعمال)

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

سلطة القاضي في تعديل العقد المدني

من إعداد الطلبة:

- معايزية سارة
- لحماري وئام

تحت إشراف:

الدكتورة: مقلاتي مونة

تشكيل لجنة المناقشة		
د. عيساوي نبيلة	جامعة 08 ماي 1945 قالمة	رئيسا
أ.د. مقلاتي مونة	جامعة 08 ماي 1945 قالمة	مشرفا
أ. فرنان فاروق	جامعة 08 ماي 1945 قالمة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2023 – 2024

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر والتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي وفقنا لإتمام هذه المذكرة، ونود أن نعبر عن عميق امتناننا لكل من ساهم في إنجاز هذا العمل.

نتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذتنا المشرفة [**مقلاتي مونة**] على دعمها المستمر، وإرشاداتها القيمة التي كان لها الأثر الكبير في توجيهينا نحو الطريق الصحيح طوال فترة إعداد هذه المذكرة. لقد كان لخبرتها وعلمها الواسع دور كبير في تخطي العديد من الصعوبات التي واجهتنا.

كما نود أن نشكر أعضاء لجنة المناقشة [عيساوي نبيلة، فرنان فاروق] على قبولهم مناقشة هذا العمل، وعلى ملاحظاتهم البناءة التي ساهمت في تحسين جودة المذكرة.

نسأل الله أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به الجميع.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الإهداء

الحمد لله حبا وشكرا وامتنانا على البدء والختام

{من قال انا لها نالها}

وأنا لها إن أبت رغما عنها أتيت بها

ها انا اليوم اتوج لحظاتي الأخيرة في تلك الطريق الذي كان يحصل في باطنه العثرات و الاشواك ورغما عنها ظلت قدمي تخطو بكل صبر وطموح وكم من أيام مرت شعرت بثقلها ومرارتها لكن لم تعقني بل كانت ذكرى تمر لتنير أحلام قلبي.

ها انا اليوم اهدي تخرجي الى "**أبي**" الذي في كل مرة قابلتني الدنيا بمواقفها الموحشة وجها لوجه كنت اختبئ في ظهر ابي وعندما كان يداهمني اليأس كنت احاربه بأبي.... الى من دعمني بلا حدود واعطاني بدون مقابل داعمي الأول في مسيرتي الى فخري وسندي وقوتي في هذه الحياة بعد الله سبحانه وتعالى .... **اليك أبي الحبيب.**

الى من جعل الله الجنة تحت قدميها واحتضنني قلبها قبل يديها وسهلت لي الشدائد بدعائها الى القلب الحنون والشمعة التي كانت في الليالي المظلمات الى من ارشدتني ورافقتني في كل مشاوير حياتي ولا تزال تفعل .... اليك **أمي الحبيبة.**

ثمرة ايامي أهديها إليكم وإلى **أختي لجين** حفظها الله ورعاها ووفقها وجعلها في أعلى المراتب

إلى من مدت يديها في أوقات الضعف، وكانت موضع إتكاء الى صديقة المواقف لا السنين شريكة الدرب الطويل الى شريكتي في هذا العمل الى أختي التي لم تلدها أمي... **وئام**

الى صديقاتي **أمينة وسام نجلاء نورو وسليمة** من كانوا داعمين لي بالأوقات الصعبة اهديكم فرحة تخرجي

ما سلكنا الغايات الا بتيسيره وما بلغنا النهايات إلا بتوفيقه وما حققنا الغايات إلا بفضله فالحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية.

سارة

الإهداء

من قال أنا لها نالها "

وأنا لها إن أبت رغما عنها أتيت بها.

بعد مسيرة دراسية دامت سنوات حملت في طياتها الكثير من الصعوبات والمشقة والتعب.

ها أنا اليوم أقف على عتبة تخرجي أقطف ثمار تعبي وارفع قبعتي بكل فخر.

فاللهم لك الحمد قبل أن ترضى ولك الحمد إذا رضيت ،ولك الحمد بعد الرضى لإنك وفقتني على إتمام هذا العمل وتحقيق حلمي.

وبكل حب أهدي ثمرة نجاحي وتخرجي:

إلى كل من سعت وتعبت وكافحت وصبرت وضحت وشقت دربي نحو النور والنجاح.

إلى من أوصاني الرحمن بها برا وإحسانا إلى من كان دعائها سر قوتي ووهج حياتي.

أمي الغالية

إلى من علمني أن الدنيا كفاح وسلاحها العلم والمعرفة إلى الذي لم يبخل عني بأي شيء

إلى من سعى لأجل راحتي ونجاحي.

أبي العزيز.

إلى من دمهم يجري في عروقي وقرة عيني وبوجودهم في الحياة أكتسب القوة والمحبة لا حدود لهما

أختي وسام، وإخواني أسامة ،وليد

إلى تاج رأسنا أطال الله في عمرها جدتي.

إلى ضلعي الثابت الذي لا يميل إلى من وقف بجانبي في كل الصعاب

زوجي ياسر.

إلى رفيقة دربي ومشواري الدراسي تقاسمنا كل شيء جميل وكل شيء أليم إلى صديقة المواقف لا السنين أختي في الله (سارة معايزية)

وئام

مقدمة

مقدمة:

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، ويسعى إلى تلبية حاجياته مع أفراد مجتمعه من خلال تبادل السلع والخدمات، فكل فرد يساهم في المجتمع بما يملكه من مهارات وخبرات، ويستفيد في المقابل بخبرات الأخرين.

ولضمان سلاسة هذا التبادل وإستقراره، ظهرت الحاجة إلى تنظيم العلاقات بين الأفراد من خلال عقود تحدد حقوقهم وإلتزاماتهم التي تعرف بالعقود المدنية التي تعد من أهم المعاملات القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد وتساهم في تحقيق الإستقرار والأمان في المجتمع، والعقد يعتبر أهم مصادر الإلتزام، حيث عرفته المادة 54 من القانون المدني الجزائري" على أنه إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" فالأصل هو إلتقاء إرادة طرفين على إحداث أثر قانوني وذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، وهو الأساس الذي يستند عليه في مرحلة إنشائه وتنفيذه والذي يقضي بأن" العقد شريعة المتعاقدين" التي تبناها المشرع في المادة 106 ق.م.ج بنصها العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون".

ومعنى ذلك أن الأطراف يلتزمان إلا بما قررته لهما إرادتهما وتنفيذ إلتزاماتهم وفق لما جرى عليه الإتفاق في العقد، بشرط الا يكون مخالف للنظام العام والأداب العامة.

ولقد إزدهر مبدأ سلطان الإرادة في القرنين 17 و18 حيث أعطى الحرية للأطراف الحرية في التعاقد كما جعل لإرادة المتعاقدين الحرية في تحديد شكل العقد ومضمونه، وكذا في تعديل العقد بعد إبرامه، لكن سرعان ما تراجع هذا المبدأ بسبب تغيير الظروف الاقتصادية والإجتماعية في المجتمعات الحديثة بفعل التطور العلمي والتكنولوجي وظهور العولمة، وكذا الإنتشار الواسع للعلاقات التعاقدية التبادلية، كما أن التطبيق الصارم لهذا المبدأ في صورته التقليدية ترتبت عنه الكثير من النتائج السلبية أهمها: إستغلال القوي للضعيف بسبب فرضية المساواة بين أطراف العقد التي نتج عنها العديد من مظاهر إختلال التوازن العقدي مما جعل الهوة تزداد إتساعا بين أطراف العلاقة التعاقدية، فيكون فيها الطرف الضعيف تحت رحمة الطرف القوي، فتدخلت التشريعات لمحاولة الحد من مبدأ سلطان الإرادة فكانت على شكل إستثناءات على القاعدة العامة في مجال العقود المدنية.

هذه المستجدات كانت دافعا قوي لإعادة النظر في أسس مبدأ سلطان الإرادة وقواعده ولا سيما القوة الملزمة للعقد، وبدأت تظهر أفكار جديدة من أهمها فكرة التوازن العقدي مما دفع بالأطراف والمشرع

والقاضي إلى البحث عن وسائل وآليات بديلة، تضمن حماية مصالح المتعاقدين، وفي نفس الوقت تحافظ على إستمرارية العقد وتضمن توازنه الإقتصادي.

وتتمثل هذه الوسيلة في " التعديل" كمفهوم قانوني يراد به إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عدة عناصر من العقد أو بند من بنوده، وذلك بالإنقاص أو الزيادة بغية المحافظة عليه.

كما نصت المادة 106 سابقة الذكر على حق المشرع في التدخل لتعديل العقد بقولها:" أو للأسباب التي يقررها القانون" إذ يتدخل المشرع في حالات معينة لتعديل العقد رغم إرادة المتعاقدين وخلافا لما إتفق عليه أي بقوة القانون، فتحل إرادة المشرع محل إرادة الأطراف تكريسا للعدالة العقدية وهو ما يعرف "بالتعديل التشريعي" ومن الأمثلة على ذلك تدخل المشرع الجزائري بتقنين بعض المجالات كحماية فئة المستهلكين، وذلك بوضع حد أقصى لأسعار بعض السلع ووضع حد أقصى لأجرة الأماكن، وفرض إمتداد عقد الإيجار بعد إنتهاء مدته بهدف حماية المستأجر، وهذه النصوص تشكل مساس بالحرية التعاقدية لأنها تهدف إلى حماية المتعاقد الضعيف من المتعاقد القوي، بإسم النظام الحمائي، وغالبا ما يكون التعديل التشريعي في أوقات الأزمات والتقلبات الإقتصادية إستجابة لمقتضيات الصالح العام وحماية للمصالح العليا للدولة.

كما أجاز المشرع إستثناءا للقاضي التدخل لتعديل العقد إذا إختل توازنه الإقتصادي، وهو ما يعرف "بالتعديل القضائي" الذي يجريه القاضي بمناسبة نزاع مطروح أماه بطلب من أحد طرفي العقد وهو الطرف المضرور هذا التصرف يقوم به القاضي بناءا على سلطته التقديرية لا يكون إلا بتفويض صريح من المشرع.

فالقاضي يتدخل لتعديل العقد متى وجد نفسه أمام حالة من حالات إختلال التوازن العقدي إما في مرحلة إبرام العقد حيث يكون أحد أطراف العقد مضطرا فيستغل الطرف الآخر ذلك ويبرم العقد في ظل شروط مجحفة، أو يكون أحد أطراف العقد محتكرا لسلعة أساسية أو خدمة ضرورية فيعرض شروطه، ويذعن لها الطرف الآخر كما هي دون مناقشتها، أو يمتنع عن التعاقد أصلا.

كما يجوز للقاضي التدخل في مرحلة تنفيذ العقد إذا ما حدثت ظروف طارئة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام عقد أو دفعها عند وقوعها، تسبب خسارة فادحة للمدين إذا ما نفذ العقد أو تضمن العقد شرطا جزائيا فيه مغالاة وغبنا لأحد أطراف العقد، أو إذا كانت حالة المدين لا تسمح له بالوفاء في الفترة التي حل فيها أجل الوفاء.

أهمية الموضوع

تكمن أهمية معالجة هذا الموضوع في:

أن سلطة القاضي في تعديل العقد يندرج ضمن الموضوعات العامة في القانون المدني الجزائري بإعتباره من أدق موضوعات هذا القانون التي آثارت الكثير من التساؤلات أو أكثرها صعوبة كونها تعتبر إستثناءا عن القاعدة العامة.

وتتسم سلطة القاضي في تعديل العقد بخطورة غير عادية بإعتبارها خروجا عن أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد وهو مبدأ **العقد شريعة المتعاقدين** وهي أداة في يد القاضي قد تعيد للعقد توازنه وتحقق بذلك العدالة التعاقدية، ولكنها في نفس الوقت قد تهدد إستقرار المعاملات وتعصف بمبدأ الأمن " التعاقدي" وهو ما يولد لدينا الدافع إلى البحث في حدود هذه السلطة.

أسباب إختيار الموضوع

هي أسباب عديدة نلخصها في النقاط التالية:

بالنسبة للأسباب الذاتية: تتمثل في الميول الذاتي للدراسات المتعلقة بالقانون المدني ومحاولة الإسهام مع من سبقونا في دراسة هنا الموضوع، وذلك ببيان الدور الإيجابي للقاضي في تعديل العقد في مرحلتي إنشاء العقد وتنفذه.

أما الأسباب الموضوعية: فتكمن في كون الموضوع ذو صلة كبيرة بالواقع الإجتماعي ومحط إهتمام الكثير من الأفراد الذين تربطهم معاملات مدنية فتدخل القاضي في تعديل العقود يساهم في تقديم حلول بديلة للنزاعات التي قد تنشأ بين الأطرف، مما يقلل الحاجة إلى اللجوء إلى الإجراءات القضائية الطويلة والمعقدة.

أهداف الدراسة:

دراسة هذا الموضوع ترمي إلى تحقيق جملة من الأهداف المتمثلة فيما يلي:

-دراسة التفاصيل المتعلقة بسلطة القاضي في تعديل العقد، وذلك من خلال بيان دوره الإيجابي وتوضيح حدود السلطة التي يتمتع بها في سبيل تحقيق التوازن العقدي والقضاء على كافة مظاهر الغبن والإستغلال ومساعدة الأفراد في الحد من بطلان أو فسخ العقود حرصا على إستمرارية وإستقرار المعاملات.

-التأصيل لمختلف المفاهيم والمبادئ المتداولة في المذكرة (سلطة التقديرية، العقد شريعة المتعاقدين، نظرية الظروف الطارئة، الشرط الجزائي).

-توضيح دور القاضي في تعديل العقود للأطراف المتعاقدة ليكونوا على دراية بحقوقهم وواجباتهم، وبإمكانات التعديل القضائي عند إبرام العقود.

صعوبات الدراسة:

من الصعوبات التي إعترتنا في إعداد هذه المذكرة:

عدم توفر مراجع خاصة كافية ودقيقة تبحث في هذا الموضوع بشكل شامل وبذلك إعتمدنا بشكل أساسي على المراجع القانونية العامة.

-إختلاف الأراء الفقهية والقانونية.

-موضوع سلطة القاضي في التعديل متشعب ويصعب حصر جميع جوانبه في مذكرة التخرج.

الدراسات السابقة:

-عبيدة نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري: مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2016

حيث هذه الدراسة تناولت السلطة التقديرية للقاضي على وجه الإجمال دون أي تخصص لتطبيقات متعلقة بسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية.

-محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2012.

حيث تناولت هذه الدراسة سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ونحن إنصبت دراستنا على سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري فقط.

-عيساوي رجاء، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2022.

حيث أن هذه الدراسة تناولت جزئية من جزئيات الموضوع ولم تشمل جميع الجوانب التي تدخل في سلطة القاضي في تعديل العقد وأهم ما يميز دراستنا أنها اشتملت على كل مراحل تدخل القاضي في تعديل العقد المدني الجزائري.

بالرجوع إلى دور العدالة العقدية فإنه لا يمكن أن تكون أكثر فعالية إلا عند إعطاء القاضي إمكانية إحداث التوازن العقدي، لأن التوازن العقدي يدخل في مهمة القاضي المدني الذي يمكنه الوصول إلى الحل الأكثر مطابقة لمصالح المتعاقدين، وإيجاد حلول ملائمة للنزاعات الناتجة عن العقود بهدف تفادي زوال الروابط العقدية وإعادة توازن الواجبات والحقوق المتبادلة مما يذهب بنا إلى طرح الإشكالية التالية:

الإشكالية:

إلى أي مدى تتحدد سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي في مرحلتي التكوين والتنفيذ؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية المحورية جملة من التساؤلات الفرعية والتي تتمثل في الاتي:

- ما هي الحالات التي يمكن فيها القاضي تعديل العقد بسبب الغبن؟
- ما مفهوم عقد الإذعان؟
- ما هي الشروط التي يجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة؟
- ما هي الشروط الواجب توافرها لصحة الشرط الجزائي؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية والأسئلة الفرعية إعتمدنا على المنهج الوصفي بغرض التعريف بكل نظرية لتسهيل وتيسير فهمها، وكذلك المنهج التحليلي بحيث يمكننا من تحليل بعض النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع.

ومن أجل بلوغ الغاية التي نسمو إليها من خلال هذه الدراسة قمنا بالاعتماد على خطة ثنائية تتكون من فصلين حيث تطرقنا في (الفصل الأول) من بحثنا بدراسة سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التكوين، وبذلك لنوجه بحثنا في (الفصل الثاني) نحو دراسة سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ.

الفصل الأول:

سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التكوين

تتميز سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد بطبيعة وقائية تتمثل في حماية مسبقة للطرف الضعيف في العقد، وذلك لإعادة التوازن للعقد المختل ومراعاة مصلحة الأطراف.

وهذا لا يكون إلا استنادًا وخروجًا عن القاعدة العامة لأن إرادة الأطراف هي التي تحدد مستقبل الروابط القانونية التعاقدية تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة حيث أنه طبقا للقوة الملزمة للعقد فإنه لا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق الأطراف أي أنه لا يجوز للقاضي تعديل العقد أو إلغائه.

وهذا ما يستنتج من نص المادة 106 قانون مدني جزائري التي تنص على أن «العقد شريعة المتعاقدين» "فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون." [1]

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقد، إما لوجود تفاوت فادح بين التزامات طرفي العقد بوقوع أحد الأطراف في غبن نتيجة استغلاله من المتعاقد الآخر (المبحث الأول) وإما لتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية مرهقة للطرف المذعن (المبحث الثاني).

(1) المادة 106 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 جريدة رسمية، عدد 31 الصادرة في 13 ماي 2007.

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال.

يعد التراضي ركنا جوهريا وأساسيا في العقد، وينبغي أن يكون التراضي صحيحا خال من العيوب في الإرادة التي تنشأ بين الأطراف.

ونجد كثيرا من الأحيان علاقات تعاقدية مشوبة بأحد العيوب مثل الغبن والاستغلال مما يؤدي إلى إختلال في التوازن العقدي الذي تتطرق إليه المشرع الجزائري وعالجه في المادة 90 من القانون المدني الجزائري الذي بدوره تناول فيه الغبن والاستغلال كأحد أهم المظاهر التي تؤدي إلى إخلال التوازن العقدي ومنح السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد وحماية الطرف المغبون والطرف المستغل.

المطلب الأول: التدخل الحمائي للقاضي للطرف المغبون

نظرًا لأن العقد يتم بالإرادة المشتركة للطرفين فإنه ينتج أثاره القانونية في المستقبل بين الأطراف المتعاقدة ف بالتالي تتحقق المساواة ومع ذلك يحدث في بعض الأحيان عدم التوازن في العقد نتيجة أسباب مختلفة مما يؤدي إلى تفاوت في الالتزامات بين الأطراف ويعرف هذا بالغبن، في هذه الحالات يجوز للقاضي التدخل لتعديل العقد بناءًا على طلب من الطرف الضعيف الذي لديه مصلحة في ذلك.

بناءًا على ذلك سنتطرف من خلال هذا المطلب إلى مفهوم الغبن (الفرع الأول) وتدخل القاضي لرفع الغبن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الغبن.

عندما تتطابق إرادة الطرفين، يتم إنشاء العقد المدني ويصبح نافذًا قانونيا بالنسبة لهم، فهذا يعتبر تعبيرًا عن الرضا، وبالتالي فإن صحة العقد تكمن فيه، ولكن يحدث وأن يشوب ركن الرضا عيوب وهي خمسة حسب القانون المدني الجزائري، بحيث هذه العيوب تجعل الرضا فاسد قابل للإبطال. لأنها تؤثر على صحة العقد قانونيا.

ومن هنا نستنتج أن الرضا غير كاف لإنشاء عقد صحيح ويجب أن يكون خالي من أي عيوب في الإرادة.

ومن أبرزها نجد الغبن الذي تناوله المشرع الجزائري في المادتين 90 و91 من القانون المدني الجزائري.

ولدراسته يجب التطرق إلى تعريف اللغوي للغبن (أولا)، التعريف الفقهي (ثانيا) وبيان عناصره (ثالثا)، ثم حالاته (رابعا).

أولا: التعريف اللغوي للغبن:

الغبن بالتسكين في البيع والشراء هو النقص يقال غبنه أي نقصه ويعني كذلك الخديعة، ورد في "لسان العرب" الغبن بالتسكين في الغبن، والغبن بالتحريك في الرأي. وغُبِنْتَ رأيك أي نسيته وضيعته غبن فيه غبنا نسيه وأغفله وجهله... والغَبُن ضعف الرأي يقال في رأيه غُبن وغَبِن رأيه بالكسر إذ انُقضِه فهو غبين، أي ضعيف الرأي والغبن في البيع والشراء الوكس غَبَنَهُ يَغْبُنُه غبنا هذه الأكثر، أي خدعه وقد غبن فهو مغبون.[1]

ورد في القاموس المحيط "غبن الشيء" وفيه يخرج غبنًا وغنبًا نسي أو أغفله أو غلطَ فيه ورأيه بالنَصب غبانة وغبنًا محركة ضعف فهو غبن ومغبونُ، وغبنه في البيع يغبُنهُ غُبنًا ويحرك أو بالتسكين في البيع وبالتحريك في الرأي خدعه وقد غبن فهو مغبونُ والاسمُ الغيبنية.[2]

ثانيا: التعريف الفقهي للغبن.

هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه, والخلاصة من هذا التعريف هو أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية أما في عقود التبرع وعقود المعاوضة الاحتمالية لا يتصور الغبن.[3]

والغبن أن يكون أحد البدلين في عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر وقت انعقاد العقد. [4]

ويقصد به أيضا هو إختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة التفاوت بين ما أخذه كل عاقد فيه وما يعطيه

الغبن يمكن تعريفه كظاهرة مادية للإستغلال وهي عبارة عن عدم تحقيق التوازن في إلتزامات الطرفين في العقد حيث يحدث إنحراف بين ما يتم تقديمه من قبل إحدى الأطراف وما يتم إستحقاقه من قبل الطرف الآخر. [5]

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، الجزء 13، 1999، ص309.

(2) الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة لطباعة والنشر، 2005، ص1219.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد1، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام الطبعة الثالثة الجديدة ، دار النهضة ،مصر، 2011 ، ص291.

(4) قرناش العالية، **أثر الغبن في البيع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**، مجلة الحكمة للدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر، المجلد 5، العدد 2، 2018،الجزائر ص175.

(5) ربيعة ناصيري، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري**، مجلة القانون العقاري والبيئة، جامعة طاهري محمد بشار، المجلد 9، العدد 1، الجزائر، 2021، ص119.

ولا يتحقق الغبن إلا عند إنشاء العقد فينظر إلى تعادل الأداءات في هذا الوقت، فإذا بيع المنقول الذي يقدر بضعف قيمته فإنه يتضمن غبنا للبائع، وإذا بيع بثلاثة أضعاف فهو يتضمن غبنا للمشتري.[1]

ولم يتناول المشرع الجزائري تحديدا تعريف الغبن، بل أشار إليه في المادة 90 المتعلقة بالإستغلال.

ثالثا: عناصر الغبن

1. العنصر المادي:

العنصر المادي في الغبن يقوم على الاختلال الفاحش في التعادل أي ان يصل هذا الاختلال الى حد يجاوز المألوف، فالاختلال لا ينظر فيه الى القيمة المادية لشيء بل الى القيمة الشخصية , فإذا كانت الفداحة في التفاوت واختلال التوازن تقوم على المعيار المادي فلا يمكن ان نقول هذا المعيار ثابت بل على العكس متغير وهذا تبعا لظروف كل حالة , وتعتبر مسألة تحقق التفاوت في الالتزامات، مسألة واقع يعود تقديرها للقاضي على ضوء كل من المتعاقدين وما يحيط بكل تصرف من ملابسات دون ان يكون قراره خاضعا لرقابة المحكمة , اما عبء الاثبات يقع على عاتق المتقاعد الذي تعرض للغبن الذي عليه ان يثبت ان التفاوت في الالتزامات فاحش, لأنه لا يعتد بالتفاوت المألوف بل يعتد بالتفاوت الفاحش.

وقد يقع الاختلال الفاحش والتفاوت في الالتزامات في جميع التعاملات, ولكن يتحقق بصورة خاصة في عقود المعاوضة, حيث يظهر الاختلال في التعادل بين الاداءات المتقابلة، لكن قد يقع في عقود الغرر والعقود الاحتمالية [2]

فالغبن مسألة مادية تتعلق بحدوث اختلال كبير بين القيم المتبادلة في العقد، يتم تقييم هذا الاختلال استنادًا إلى معيار موضوعي بحت، بحيث يمكن القول بوجود غبن في العقد بمجرد التحقق من عدم التوازن بين ما قدمه أحد الطرفين للطرف الآخر وما تلقاه منه، لا يهم إذا كان هذا الغبن ناتجًا عن استغلال أحد الطرفين للآخر أو كان نتيجة للمساومة حول العقد دون نية استغلال. [3]

---

(1) محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، كتاب الاول، دار الكتاب الحديث،الجزائر ، 2003، ص212.

(2) إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول اركان العقد، البحث الأول احكام العقد ،الطبعة الثانية منشورات حلبي الحقوقية 1997 ص 225 226.

(3) عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ، (نظرية الالتزام بوجه عام)، المجلد الأول العقد، الطبعة الثالثة دار النهضة العربية، القاهرة ، 2011 ص197.

2. العنصر المعنوي:

يقوم العنصر المعنوي في الغبن على فكرة الاستغلال، حيث يستغل أحد المتعاقدين ضعف أو حاجة الطرف الآخر، سواء بسبب حاجته أو طيشه أو ضعفه أو نقص خبرته أو عدم إدراكه. هذا الاستغلال يؤدي إلى رضوخ المغبون لعقد لم يكن ليقبله لو كان حراً في اختياره، مما يجعل هذا الاستغلال غير مشروع ويؤثر على توجيه إرادته، يتضح من ذلك أن إرادة المستغل تكون غير مشروعة لأنها تستهدف استغلال الطرف المغبون ودفعه إلى التعاقد بشكل غير عادل، وقد تنشأ ظروف خارجة عن نطاق العقد تؤثر على الشخص المغبون، مما يجعله عرضة للاستغلال بسبب ما يعانيه من تلك الظروف، فتكون إرادة المغبون معيبة بسبب التضليل الناتج عن طيش أو هوى أو حاجة أو قلة خبرة أو ضعف إدراك، وقد يؤدي به ذلك إلى الدخول في عقد غير منصف، يعتمد المعيار في هذه الحالات على الجانب النفسي، كما هو الحال في جميع عيوب الإرادة.

ينتشر الاستغلال بشكل كبير في الحياة العملية، ويمكن تقديم العديد من الأمثلة عليه. نكتفي بذكر مثال واحد لتوضيح العنصر النفسي في الغبن: فقد تتزوج امرأة غنية في منتصف العمر من رجل أصغر منها بكثير بسبب ميل وهوى، فيستغل الزوج زوجته بابتزاز أموالها من خلال عقود يفرضها عليها. [1]

رابعا: حالات الغبن:

1. الغبن في بيع العقار:

حسب ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 358 قانون مدني فإنه إذا بيع العقار بغبن يزيد على 5/1 أي الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس 5/4، ثمن المثل ويجب تقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم بحساب قيمة العقار وقت البيع، وتسقط دعوى تكملة الثمن بثلاث سنوات من يوم انعقاد العقد

وبالنسبة لعديمي الأهلية من يوم انقطاع سبب العجز مع عدم إمكانية جواز الطعن في بيع تم بالمزاد العلني. [2]

فالمشرع راع العقار بحماية خاصة في التنصيص على مقدار 5/1 الخمس والغاية هنا هي حماية الطرف المغبون وهو البائع في البيوع العقارية لهذا النوع من العقود من أثار مالية مرهقة. [3]

---

(1) إلياس ناصيف ، مرجع سابق ص 228.

(2) المادة 358 من القانون المدني سالف الذكر.

(3) درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014، ص121/120.

2. الغبن في عقود المقايضة:

تسري على المقايضة نفس أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المقايضين بائعًا ومشتريًا لشيء الذي قَايض عليه، وعليه فإن دعوى الغبن مقررة لفائدة كل من المقايضين باعتبار أن المقايضة تطبيق لأحكام البيع. [1]

3. الغبن في عقود القسمة الرضائية:

يسمح المشرع الجزائري للشخص المتعرض للغبن في القسمة التي تمت بالتراضي وتجاوزت نصيب الخمس بإثارة دعوى الغبن شريطة أن يتم إحتساب القيمة وقت القسمة وفقا للمادة 732-1 ق م ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة واحدة التالية للقسمة ويحق للمدعى عليه وقف سير الدعوى إذا أكمل للمدعي نقدًا أو عينا ما نقص من حصته.[2]

الفرع الثاني: تدخل القاضي لرفع الغبن:

سبق أن أشرنا إلى أن الغبن يتمثل في عدم التوازن بين الحقوق والإلتزامات المتبادلة في العقد، ويعد ذلك عيبا من عيوب الرضا.

وفي حال حدوث الغبن وتفاقمه لدرجة تخل بتوازن العقد، يمنح المشرع الجزائري للقاضي صلاحية تقديرية لرفع الغبن، بما يعطي الطرف المتضرر حقوقه المشروعة، ولرفع الدعوى بخصوص الغبن يجب توافر مجموعة من الشروط (أولا) إذ توفرت هذه الأخيرة جاز للمغبون رفع دعوى يطالب منها برفع الغبن (ثانيا).

أولا: الشروط الواجب توافرها للطعن بالغبن في العقار.

1. **أن يكون العقد بيعا لعقار:** يجب أن يرد البيع على عقار أو حق عيني عقاري، ولا يمكن الطعن بالغبن في حق عيني وارد على منقول سواء كان مادي أو معنوي، كما يدخل ضمن مفهوم العقار في حساب الغبن العقار بالتخصيص، وإذ اشتمل عقد البيع على عقار ومنقول بثمن واحد فإن دعوى الغبن لا تسري إلا مع العقار.[3]

---

(1) المادة 415 من القانون المدني سالف الذكر.

(2) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة ،الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2007، ص135.

(3) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص71.

2. أن يكون في البيع غبن يزيد على خمس قيمته:

يشرط القانون أن يزيد الغبن على الخمس5/1 مما يعني لا يجوز الطعن بالغبن في بيع العقار إذا بيع العقار بأقل من أربعة أخماس من قيمته الحقيقية والعبرة في تقدير الثمن تكون بالنظر إلى قيمة العقار وقت البيع لا وقت التسليم أو رفع الدعوى.[1]

مثال:

كيفية تعيين مقدار الغبن

بيع مسكن ب 150 مليون سنتيم قيمته وقت البيع 210 مليون سنتيم

مقدار الغبن = القيمة الحقيقية – الثمن

مقدار الغبن $= 150 - 210$

مقدار الغبن $= 60$ مليون سنتيم

3. أن لا يكون البيع تم بالمزاد العلني:

تقتضي المادة 360 ق.م.ج أن يكون قبول دعوى الغبن مشروطا بأن يتم بيع العقار بطريقة رضائية، وبالتالي لا يجوز الطعن في بيع يتم بالمزاد العلني وفقا لأحكام القانون ويعود السبب وراء ذلك إلى أن البيع الذي يتم بالمزاد العلني يخضع لإجراءات رسمية تهدف إلى الحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار، وبالتالي لا يوجد مبرر للطعن فيه بوجه الغبن بعد ذلك.[2]

ثانيا: جزاء الطعن بالغبن في العقار:

في حال توفر الشروط المذكورة أعلاه يحق للبائع رفع دعوى ضد المشتري للمطالبة بتكملة الثمن في إزالة الغبن، وهذا وفقا للمادة 358 التي ذكرت سابقا في عبارة "فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل" وإذا لم يقم المشتري بالموافقة عليه، فللبائع الحق في طلب فسخ العقد وإعادة حالة الأمور إلى ما كانت عليه قبل التقاعد.[3]

(1) محمود جمال زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة الأزهر، القاهرة، 1978، ص45.

(2) محمد حسنين، مرجع سابق، ص72.

(3) محمد وحيد سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، (دراسة مقارنة) بالفقه إسلامي و المدونات العربية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص194.

مثال:

إذا كانت القيمة الحقيقة لسكن تقدر بمبلغ 2.5 مليون دج تم بيعه بمبلغ 1.97 مليون دج هل يحق للبائع رفع دعوى الغبن لتكملة الثمن؟

- تقدير مقدار الغبن.

1. تقدير الخمس 5/1

- مقدار الخمس = القيمة الحقيقية $\times \frac{1}{5}$
- مقدار الخمس = 0.5 مليون

2. تقدير مقدار الفرق.

مقدار الغبن = القيمة الحقيقية – الثمن

مقدار الغبن = $2.5 - 1.97$

مقدار الغبن = 0.53 نقارن بين قيمة الخمس ومقدار الغبن

مقدار الغبن أكبر من قيمة الخمس فيحق للبائع رفع دعوى الغبن

- المبلغ الواجب تكملته من طرف المشتري:

1) تقدير مقدار أربعة أخماس:

قيمة أربعة أخماس= 4/5 × القيمة

قيمة أربعة أخماس= 4/5 × 2.5

قيمة أربعة أخماس=2 مليون

2) تعيين الثمن الواجب تكملته من طرف المشتري:

المبلغ الواجب تكملته=2−1.97

المبلغ الواجب تكملته=0.03 مليون دج.

المطلب الثاني: تدخل القاضي لحماية الطرف المستغل.

إن تساوي الالتزامات بين الأطراف هو أساس العدل فإذا كانت الالتزامات متفاوتة وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد، إلا أن أستغل فيه ضعف نفسي من طرف المتعاقد الأخر جاز للقاضي أن يعدل العقد أو يبطله بناء على طلب الطرف المغبون.

ومن خلال هذا يجب التطرق إلى مفهوم الإستغلال (الفرع الأول) ثم تدخل القاضي لرفع الإستغلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الإستغلال:

قبل التطرق إلى موضوع الإستغلال يجب علينا في الأول تحديد تعريفه(أولا) ثم عناصره (ثانيا) والشروط التي يجب أن تتوفر لكي نكون أمام إستغلال (ثالثا) وأخيرا التمييز بيه وبين الغبن (رابعا).

أولا: تعريف الإستغلال:

1) الإستغلال لغة:

ورد في لسان العرب الغل والغلة والغلل والغليل كله شدة العطش وحرارته، ويقال: أغل إبله. أي أساء سقيها والغل بكسر الغين الغش والعداوة والحقد.[1]

2) الاستغلال اصطلاحا:

يعرف على أنه إستغلال أحد المتعاقدين للآخر حالة ضعفه في أمر معين بحيث يحجب عنه الضعف ملكة الموازنة والتبصر فينتهز المتعاقد معه هذه الفرصة، ويجره إلى إبرام تصرف ينتج عنه غبن بسبب هذا الاستغلال.[2]

وتناول المشرع الجزائري الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة حيث نصت المادة 90 ق.م.ج على ما يلي: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد».[3]

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص499.

(2) فاطمة دريسي، **خصوصية عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مخبر القانون العقاري والبيئي، جامعة مستغانم، المجلد 12، العدد 2،الجزائر 2021، ص618.

(3) المادة 90 من القانون المدني سالف الذكر.

وهو حالة نفسية لطرف أول في العقد هدفها إستغلال الطرف الآخر لطيشه أو عدم خبرته للحصول على مزايا تزيد عن المنفعة التي من المفترض أن تؤول إليه فيتحقق ما أراده.[1]

ويشير أيضا إلى إستغلال أحد الأطراف المتعاقدة لوضع الضعف الذي يعاني منه الطرف الآخر بهدف الحصول على مزايا تفوق الفوائد التي يحصل عليها الطرف الآخر أو لتفاوت المزايا منه بشكل غير متوازن.[2]

ومن الصور الشائعة له هو أن تستغل زوجة في مقتبل العمر دلالها على زوجها الشيخ وما يؤدي من هذا الدلال في نفسه من هوى جامح لإرضائها وتحمله بذلك إلى أن يهبها ماله.[3]

نستخلص من التعاريف السابقة أن الإستغلال يقوم على ميزة وهي إستغلال الجانب النفسي في المتقاعد رغبة منه في الحصول على منفعة مغبنة.

ثانيا: عناصر الإستغلال:

نص المشرع الجزائري في المادة 90 ق.م.ج "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.[4]

من خلال المادة يمكن حصر عناصر الإستغلال في عنصرين أساسيين هما العنصر المادي والعنصر المعنوي.

1) **العنصر المادي للإستغلال:**

يتمثل هذا العنصر في التفاوت بين إلتزامات المتعاقدين حيث يكون ما يعطيه أحد الطرفين للآخر لا يتناسب على الإطلاق، ويتفاوت تفاوتا كثيرا مع ما يأخذه منه فإذا كانت إلتزامات أحد العاقدين لا تتناسب

(1) محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص104.

(2) بوكرزازة أحمد، **الغبن والاستغلال وأثرهما القانوني**، مجلة المعيار،جامعة الاخوة منتوري قسنطينة مجلد 15، عدد 62، الجزائر،2021 ص954.

(3) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص213.

(4) المادة 90 من القانون المدني سالف الذكر.

مع ما حصل عليه، ويظهر أن العاقد المغبون قد إستغل فيه الطيش البين ليبرم العقد جاز للقاضي بناءًا على طلب العاقد الذي تعرض للغبن الفاحش أن يطلب إبطال العقد.[1]

ويتم تحديد قيمة الأداء وفقا للقيمة الشخصية التي تحقق للمتعاقد شخصيا بصرف النظر عن قيمته الذاتية في السوق فقد يجلب الأداء للمتعاقد فائدة تفوق قيمته المقررة في السوق. [2]

ويتبين هذا التفاوت عند مقارنة قيمة الأداء بقيمة الأداء المقابل ويعتد المشرع بالتفاوت الكثير في النسبة وإكتفى بوصف التفاوت بدون تقدير حساب له، كما هو الحال في حالات الغبن.[3]

أما بالنسبة للتفاوت اليسير الذي نجده في كل المعاملات هو أمر عادي في التبادلات العقدية وإكتفى بوصف التفاوت دون تعين مقدار حسابي، فالقاضي هو الذي يتولى تعيين التفاوت الكثير في النسبة. [4]

2) **العنصر المعنوي أو النفسي:**

ويتحقق هذا العنصر إذا كان أحد العاقدين يستغل في الآخر طيشا بينا أو هوى جامح، وبمعنى آخر أن تتجه النية إلى إستغلال الحالة التي عليها الطرف الآخر من ضعف. [5]

وقد حصر المشرع الجزائري الضعف النفسي في حالتين هما الطيش البين والهوى الجامح وقد ذكرهما على وجه الحصر في المادة 90 التي تنص على..." وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن استغل المتعاقد الآخر فيه طيشا بينا أو هوى جامح".

أ) **الطيش البين:** هو حالة نفسية تعتري الشخص تجعله يتخذ قرارات بدون تفكير وإدراك كافي ويتصف الطائش بالتسرع دون تقدير العواقب الناجمة عن تصرفاته وتشبه هذه الحالة إلى حد كبير لحالة السفيه، ويكمن الفرق بينهما في نقص أهلية السفيه على عكس الشخص الذي يعتريه الطيش[6] ومن

(1) ياسين محمد الجبوري، المنوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق، مجلد 1، نظرية العقد، القسم 2، مراتب إنعقاد العقد، دار وائل، عمان، الأردن، 2002، ص75.

(2) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام بالعقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص113.

(3) علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة 3، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص219.

(4) بوصري محمد بلقاسم، **الإكراه والاستغلال**، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد 7، العدد الثاني، الجزائر 2002، ص305.

(5) ياسين محمد جبوري، مرجع سابق، ص70.

(6) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص130.

أمثلة ذلك طيش شاب يرث أموالا طائلة ويلقي به الطيش بين أيدي المرابين والمستغلين الذين يأخذون أمواله عن طريق عقود مجحفة مستغلين طيشه البين[1].

ب) **الهوى الجامح:** يقصد به شدة التعلق بشخص معين أو شيء معين[2]وهو يعبر عن الرغبة الشديدة التي تنشأ في نفس الشخص مما يؤثر على سلامة قراراته، حيث يندفع المتعاقد المغبون نحو تحقيق رغباته دون تفكير بغض النظر عن الثمن الذي يدفعه حيث يفقد المتعاقد الحرية في التصرف مما يؤدي إلى تشويه رضاه.[3]

ويجب أن تفوق نسبة هذا الميول الحد المعقول بحيث لا يستطيع المغبون دفعها أو تحملها.[4]

ومن أمثلة ذلك إدمان المخدرات أو لعب القمار أو التمادي في الدعارة ويشرط أن يكون هذا الهوى الجامح هو الذي دفع المغبون إلى التعاقد فيقع عبء إثبات الهوى على عاتق الطرف المغبون.

ولم يرتب القانون على هذا العيب قابلية العقد للإبطال في كل الأحوال، بل أجاز إبقاء العقد مع انقاص في إلتزامات أطراف المغبون حتى تتعادل.[5]

ثالثا: شروط الاستغلال:

من خلال المادة 90 من القانون المدني الجزائري يتضح لنا بأن شروط الإستغلال تتمثل في الشروط التالية:

1- الشرط الأول: عدم التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد وما يلتزم به:

أول ما جاءت به المادة هو هذا الشرط حيث نصت على أنه "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر."

بالتالي عدم التعادل الذي نصت عليه المادة 90 يعني أن يكون هناك اختلال وتفاوت بين التزامات المتعاقدين، بحيث يكون التزام أحدهما أقل من التزام الآخر.

---

(1) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص100.

(2) دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004، ص30.

(3) علي فيلالي، مرجع سابق، ص223.

(4) بوصري محمد بالقاسم، مرجع سابق، ص305.

(5) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1998، ص68. ص68.

فلا يقوم الاستغلال دون وجود تفاوت واضح وغير عادل بين التزامات الأطراف، ولا يكفي ان يكون هذا التفاوت بسيطا، بل يجب ان يكون فادح على قدر من الجسامة [1]

والعبرة في تقدير قيمة الشيء ليس بقيمته الحقيقية إنما بقيمته الشخصية للمتعاقد، فالقاضي عند تقدير التفاوت بين الالتزامات لا يلزم وفق معيار مادي محدد، وإنما يجب عليه أن يضع في اعتباره قيمة الشيء كما يقدرها المشتري.[2]

2- الشرط الثاني: إستغلال ضعف معين في المتعاقد المغبون:

لقد نصت المادة 90 على هذا الشرط كذلك حيث تقول «وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى" وبالتالي تبين لنا أن التفاوت بين الالتزامات كان نتيجة استغلال أحد المتعاقدين الآخر لسبب ما فيه من طيش أو هوى أدى به إلى إبرام التصرف بحيث لولاهما لما أبرم التصرف.

وقد حددت المادة 90 من القانون المدني الجزائري الوسيلتين اللذين تحقق بهما الشرط الثاني للاستغلال وهما: الطيش والهوى الجامح.[3]

3- الشرط الثالث: توفر الضعف في إرادة المغبون

يجب أن يعاني المغبون من ضعف في إرادته، وأن يستغل الطرف الآخر هذا الضعف عند التعاقد، يتجلى هذا الضعف في حالات محددة ذكرها المشرع، مثل الطيش البين، الهوى الجامح، نقص الخبرة، أو الحاجة الملحة لإبرام العقد، ولا يشترط توافر جميع هذه الحالات معاً، بل يكفي توافر إحداها عند إبرام العقد، وتقدير هذه الحالات يختلف من شخص لآخر حسب طبيعته، ويتم تقييمها من قبل قاضي الموضوع دون أن تخضع لرقابة المحكمة.

---

(1) مرام سعيد راضي الخاروف، تدخل القاضي في العقود المدنية ضمن التشريعات الفلسطينية، دراسة مقارنة،أطروحة لإستكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستر في القانون،جامعة النجاح الوطنية،كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين،2020، ص49.

(2) خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص66-67.

(3)مرجع نفسه، ص67-68.

4- الشرط الرابع: ان يكون الاستغلال هو الدافع للتعاقد

يجب أن تتوفر لدى الطرف الغابن نية استغلال الطرف المغبون، وأن يكون على علم بحالات ضعف المغبون أو كان بإمكانه العلم بها، يعود تقدير ذلك لقاضي الموضوع. (1)

رابعا: التمييز بين الغبن والاستغلال:

الغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه، فهو يعتبر المظهر المادي للاستغلال وبهذا هو يتميز عنه بأمرين أساسيين:

- أن لا يكون في التبرعات، لأن العاقد فيها يعطي ولا يأخذ.
- أنه يقاس بمعيار مادي فينظر فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة بحسب سعر السوق، أما الإستغلال هو حالة نفسية لا يعتبر الغبن إلا مظهرا ماديا له.(2)

فالمشرع الجزائري أخذ فكرة الغبن من المشرع الفرنسي، ومع ذلك فقد أخطأ في عدم أخذ القاعدة العامة، فالمعيار في الإستغلال هو نفسي وليس مادي كما هو الحال في الغبن، والفرق الرئيسي هو أنه يتعين على المدعي في قضية الغبن أن يثبت عدم المساواة المبيع والثمن، بينما تعتمد قضية الإستغلال على الحالة النفسية حيث يجب على المدعي أن يثبت أنه كان تحت وطأة الطيش أو الهوى أو غيرها من هذه الحالات. (3)

الفرع الثاني: تدخل القاضي لرفع الإستغلال:

في حالة تحقق الاستغلال يمكن للمتعاقد المغبون وفقا للمادة 90 ق.م.ج أن يطلب بإبطال العقد أو إنقاص التزاماته إلى الحد الذي يرفع عليه الإستغلال وهو ما يبرر تدخل القاضي لرفع الغبن الاستغلالي (أولا) طبقا لمعايير معنية (ثانيا).

أولا: حالات تدخل القاضي لرفع الغبن الاستغلالي:

1/ دعوى إبطال العقد:

إذا نجح المتعاقد المغبون في إثبات الغبن بشروطه فله الحق في طلب إبطال العقد بسبب تعيب إرادته، ويمكن للقاضي أن يجيب على طلبه ويبطل العقد إذا ثبتت لديه أركان البطلان، خاصة إذا

(1) مرام سعيد راضي الخاروف، مرجع سابق ص50.

(2) محمد بوكماش، مرجع سابق، ص97.

(3) بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1. المصادر الإرادية للعقد والإرادة المنفردة، دار الهومة، الجزائر، ص466. 467.

كان هناك استغلال للضعف المعروف وعلى الرغم من توافر الأركان السابقة. يحق للقاضي أن يقرر عدم الإبطال بل يمكنه أن يقتصر على إنقاص إلتزام المتعاقد.[1]

إذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد، فإنه يجوز للطرف الآخر في المعاوضات دون التبرعات، أن يتقي إبطال العقد إذا عرض ما يراه القاضي كافي لرفع الغبن وهذا ما تنص عليه الفقرة 3 من المادة 90 "يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".[2]

وتتميز دعوى الإبطال بخاصيتين الأولى: أن مدتها سنة واحدة من تاريخ العقد، وتسقط بالتقادم على عكس الدعاوى الأخرى السابقة التي تمتد مدتها لثلاث سنوات من تاريخ زوال عيب الإرادة أو 15 سنة من تاريخ العقد.

والثانية: أنه يجوز توقيها أي توقي الإبطال قبل الحكم فيها إذا عرض الطرف المستغل ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.[3]

2/ دعوى الإنقاص:

أقر المشرع إلى جانب إبطال العقد وسيلة أخرى لرفع الغبن تتمثل في الإنقاص من التزامات المتعاقد المغبون ولا يمكن للقاضي أن يقضي بإبطال العقد إلا بتقدم المغبون كما لأن هذا يخالف مبدأ التقاضي، ولا يسع القاضي إلا أن ينقص من التزامات المغبون إذا تحقق وجود الاستغلال.[4]

ولا يجوز أيضا للقاضي أن يرفع التزامات المستفيد من الاستغلال لكي يتعادل مع التزامات المغبون لأن القانون لم يخول له هذه السلطة إذ أن نص الفقرة الأولى من المادة 90 لم يذكر سوى إنقاص التزامات المغبون فلا يسمح برفع التزامات الطرف المستغل إلا إذا عرض ذلك من تلقاء نفسه.[5]

ثانيا: معايير سلطة القاضي التقديرية لرفع الغبن:

من ممارسة القاضي سلطته التقديرية، ينبغي أن يراعي المعايير التالية فيما يتعلق بعيب الاستغلال:

---

(1) رضا عبد الحليم عبد المجيد الباري، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للإلتزام (العقد– الإرادة المنفردة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص152.

(2) محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر, 2002، ص109.

(3) علي فيلالي، مرجع سابق، ص228.

(4) مرجع نفسه، ص 288.

(5) محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص110.

1) **معيار الملائمة في إعمال الجزاء:**

يتم تطبيق هذه الفكرة متى رفع المتعاقد الذي تعرض للغبن دعوى إبطال العقد، حيث يجتمع غالبية الفقه على أن القاضي لا يلتزم بالاستجابة لطلب الإبطال وأن من سلطته العدول عن الإبطال والاكتفاء بالتعديل حيث تنص المادة 90 من ق.م.ج على أنه "يجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد وأن ينقص التزامات هذا المتعاقد." وقد وسع المشرع الجزائري من سلطة التعديل التي تتمتع بها القاضي عندما أجاز في الفقرة 3 من نفس المادة للطرف المستغل أن يتوقى بعرض زيادة في إلتزامه إن رأى القاضي هذه الزيادة مناسبة وكافية لرفع الغبن.[1]

2) **معيار التقيد بالطلب القضائي:**

يتم تحديد النشاط القضائي التقديري بناء على ما يطلبه الطرف المغبون، ويكون مقيدا بمبدأ الطلب القضائي الذي يشكل الإطار العام لسلطته التقديرية بالإضافة إلى ذلك، يكون محصورًا بخياره في تحديد الجزاء الملائم وفقًا لمبدأ الملائمة على سبيل المثال إذا طلب المتعاقد المغبون تخفيض الالتزامات يقتصر نشاط القاضي التقديري على هذا الطلب ولا يمتد إلى طلب الإبطال وتحقيقا لإعادة التوازن أو التناسب بين الأداءات المتبادلة يتم النظر في طلب الانقاص دون اللجوء إلى طلب البطلان.[2]

3) **معيار توقي الإبطال بإعادة التوازن للأداءات المختلة:**

القاضي يعرض ما يراه مناسبا لرفع الاستغلال عن المتعاقد المغبون من خلال تقديره لزيادة الأداءات بهدف التحول من الإختلال الفادح إلى التوازن دون الحاجة لتساوي الأداءات تماما ويضل مقيدا بطلبات والدفوع من الأطراف دون تجاوز لنطاق الخصومة.[3]

(1) نورة سعداني، **سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، المجلد 1 العدد 22، الجزائر، 2015، ص31.

(2) محمد بوكماش، مرجع سابق، ص124.

(3) مرجع نفسه، ص124.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان

نظم المشرع ظاهرة الشروط التعسفية بموجب القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التعاقدية التعسفية[1] حيث اعتبرها صورة من صور الممارسات الغير نزيهة وقد عرف المشرع الشرط التعسفي في المادة 3 الفقرة 5 من هذا القانون "لكل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

حيث تعتبر عقود الإذعان من بين العقود التي تضمنت هذه الشروط التعسفية حيث يقوم صاحب المركز القوي بوضع بنود التعاقد مسبقا أو مقدما وبشكل لا يسمح للطرف الضعيف بمناقشتها فيقتصر دور هذا الأخير إما على قبول الصفقة كلها وإما رفضها دون أي حق في تعديلها وهذا ما دفع بالمشرع في مختلف الدول إلى منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في هذا العقد وفتح المجال لتنفيذ قوانين استثنائية وبناءا على ما تقدم نتناول في هذا المبحث مفهوم عقد الإذعان (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى تدخل القاضي لحماية الطرف المذعن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان:

لا مجال للحديث عن الشرط التعسفي ما لم يكن العقد قد تم بطريق الإذعان، إذ يعتبر هذا العقد المجال الخصب للشروط التعسفية، لذا يجدر التطرق لتعريف عقد الإذعان وذلك في (الفرع الأول)، ثم التطرق للطبيعة القانونية وذلك في(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان:

(لم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، وكذا فإن التشريعات لم تحدد له تعريفا).

أولا: الإذعان لغة:

الإذعان هو الإسراع مع الطاعة،[2] والخضوع والانقياد والاقرار، من ذعن يذعن ذعنا, نقول اذعن لي بحقي: أي طاوعني لما كنت ألتمسه منه وصار يسرع إليه.[3] وذلك لقوله تعالى:"وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلحَق ُ يَأتُوٓاْ إِلَيهِ مُذعِنِينَ"، [4]أي مسرعين في الطاعة.

(1) القانون 04-02، المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010.

(2) القاموس الجديد للطلاب، معجم – عربي مدرسي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 1997، ص 317.

(3) ابن منظور محمد بن كرم، لسان العرب، المجلد العاشر، الجزء 13، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص172.

(4) سورة النور، الآية: 49.

ثانيا: الإذعان اصطلاحا

وكان سالي وبمناسبة إصدار كتابه الذي حمل عنوان "الإعلان عن الإرادة عام 1929" يجمع كل الفقهاء على أنه أول من سلط الضوء على هذا النوع من العقود تحت مسمى "عقود الانضمام" حيث يرى "عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد". [1] وهو المصطلح الذي سرعان ما اعتنقه كل الفرنسيين، بعدما أدركوا أن من يقبل التعاقد في مثل هذه العقود إنما ينضم لعقد دون إمكانية مناقشته.

لم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، وقد اختلفت التعاريف بإختلاف المعيار المؤسس عليه الإذعان ويظهر هذا التباين بشكل ملحوظ بين الفقه الفرنسي والعربي فقد عرفه عبد المنعم فرج الصدة بأنه: "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر، ولا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"[2].

عرفه علي فيلالي بقوله: "هو عقد يملي فيه المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي"[3].

أما لعشب محفوظ بن حامد فيعرفه كالآتي: "عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الإحتكار القانوني أو الفعلي، شروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة"[4].

(1) لعشب محفوظ بن حامد، "عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1990، ص23.

(2) مرجع نفسه، ص 24

(3) علي فيلالي، مرجع سابق، ص80.

(4) لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص31.

عرفه خليل أحمد حسن قدادة بأنه: "العقد الذي لا يملك فيه أحد المتعاقدين الحرية الكاملة بما يتمتع به الطرف الآخر بحكم وضعه الفعلي أو القانوني، بوضع شروط العقد في جملتها، إلا حرية قبول العقد برمته أو رفضه برمته"[1].

فيما عرفه جاك غستان بأنه: "انضمام لعقد نموذج يحرره أحد الطرفين بصورة أحادية الجانب وينظم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله".[2]

أما الأستاذ الدكتور السنهوري فلم يتطرق إلا للقبول في عقد الإذعان بقوله: "قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ وأن يدع ، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لإذعانه عنه فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه سميت هذه بعقود الإذعان"[3].

ما يمكن ملاحظته على هذه التعريفات أنهم لم يتحدثوا من قريب ولا من بعيد على ضرورة وجود احتكار للسلع والخدمات ليقوم عقد الإذعان بل أوجدوا معيارا آخر مفاده التحرير المسبق والمنفرد للعقد.

ثالثا: خصائص عقد الإذعان:

تكون العقود عقود إذعان، عندما يقتصر أحد الطرفين على قبول ما يعرض عليه من شروط، ولا يجوز له مناقشة ما تتضمنه، كالتعاقد مع شركة التأمين مثلا، فيتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص التالية:

1/ تعلق العقد بسلع أو المرفق التي تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين التي لا يمكن لكل شخص الاستغناء عنها، كما هو بالنسبة للماء والكهرباء والنقل وغيرها من السلع والخدمات التي لا يمكن لكل شخص توفيرها بنفسه[4] وبذلك تكون محل احتكار من طرف شخص معين.[5]

---

(1) خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص27.

(2) جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منظور القاضي، المجلد 1، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص97.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام ،الجزء الأول، الطبعة الثانية ،دار النهضة العربية، القاهرة ، 1964، ص244.

(4) دريد محمود علي, النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام , القسم الأول ,الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت ,2012، ، ص86.

(5) الشريف بحماوي، **سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية**، (دراسة مقارنة)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة1، العدد الثاني، 2011، ص101.

2/ أن يكون الموجب محتكرا احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل مسيطر سيطرة تجعل المنافسة على السلع والمرافق المحتكرة محدودة النطاق[1] حيث ينفرد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروط دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديلها، وذلك نتيجة للتفوق الاقتصادي كعارضها.

وهذه الخاصية كغيرها من الخصائص الأخرى التي تفترض عدم المساواة الاقتصادية والاجتماعية بين المتعاقدين.

ويقول عبد المنعم فرج الصده: "إذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه لأنه موجه للجمهور إذ هو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الالتزام بالشروط التي يحددها هذا العقد وإذا كان يتمتع باحتكار فعلي فلا يحق له أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع وإلا كان متعسفا في هذا الرفض وتترتب مسؤوليته.[2]

بمعنى إذا كان الموجب قد رفض التعاقد ووجد عدم تناسب بين ما يعود عليه من نفع من الرفض وما يلحق الطرف الآخر من ضرر من جراء هذا الرفض وقعت عليه المسؤولية وهذا الإحتكار موجود فعلا دائما، فمثل: المفروض في العامل أنه حر في اختيار الشركة التي يرغب في العمل بها، غير أنه قد توجد ظروف الواقع تؤدي به إلى التوجه إلى شركة معينة بذاتها، وهذا الاحتكار يضيق ويتسع مجاله وفقا لنظام السياسي الذي يتبعه البلد.

والإحتكار نوعان:

أ) **الإحتكار القانوني:** وتنشأ مثل هذه الاحتكارات بمقتضى قانون، كأن يتعاقد شخص خاص مع الدولة لتسيير مرفق النقل، أو كالحق الذي يمنح لصاحب براءة الاختراع بأن يحتكر إختراعه ويستأثر بإستثماره أو أن يتولى تقديم الخدمة أو السلعة مرفق اقتصادي عام مباشرة أو عن طريق عقود التزام المرافق العامة، وذلك كشركات التلفزيون والمياه والكهرباء.[3]

فالشركات ومؤسسات التزويد بهذه الخدمات تتمتع بإمتياز قانوني يضعها موضع المحتكر لها، مما يجعلها تفرض ما تراه مناسبا من شروط دون مناقشة من المتعاقد معهم، وفي هذه الحالة (الإحتكار

(1) لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص58.

(2) دريد محمود علي، مرجع سابق ص86-87.

(3) بوبكر قارص، **دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان**، مجلة طبنة للدراسات العلمية والأكاديمية، جامعة سطيف 2، مجلد 4 العدد 3، الجزائر، 2021، ص442.

القانوني) فإنه لا يجوز للموجب (الشركة المحتكرة) أن ترفض المتعاقد مع أي شخص يتقدم إليها، لأن الإيجاب هنا موجه للجمهور أو لعموم الناس، إلا إذا كان الرفض مستندا إلى أسباب مشروعة [1]، ومثال ذلك أن تتمتع شركة سونلغاز عن ربط منزل مواطن بالكهرباء بسبب عشوائية طريقة البناء أو تواجد المنزل في مكان غير مهيئ بطريقة ملائمة.

ب) الإحتكار الفعلي:

وهو الإحتكار الذي ينشئ نتيجة ظروف معينة خارجة عن سلطان القانون حيث لا يتدخل في إنشائها ومن صوره منه أن يتمكن صاحب مشروع معين في الوصول إلى وضعية الهيمنة في السوق نتيجة سيطرته على المواد الأولية، أو حسن تدبيره وتسييره أو أن يتواجد مشروع وحيد في منطقة منعزلة مما سيجعله بصورة فعلية في تلك الوضعية الإحتكارية.[2]

أن يصدر الإيجاب إلى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة، وغير قابل للنقاش والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة فبهذا الإجابات ونهائي لا يمكن لمحتكر السلعة أو الخدمة التحلل من الإيجاب عن طريق تصرف سلبي هو الامتناع عن التعاقد، وإلا وقعت عليه مسؤولية بناءا على التعسف في استعمال الحق إن كان محتكرا فعليا.[3]

في هذه الحالة نجد أن النص القانوني لا يمنح إمتياز لشركة معينة لتقديم حزمة أو بيع سلعة بصفة حصرية، وإنما يستمد الإحتكار من واقع السوق الذي جعلت شركة بعينها أو مجموعة قليلة من الشركات أو الأشخاص تستأثر بتجارة سلعة أو خدمة، بمعنى أن المنافسة منعدمة أو أنها موجودة في نطاق ضيق [4]، فهي لا تتيح للشخص الراغب في إقتناء السلعة أو الإستفادة من الخدمة في مجال التفاوض أو المساومة حول سعرها أو كيفيات الحصول عليها وغيرها من البنود التعاقدية التي توضع بطريقة مسبة من طرف الشخص المحتكر، وبالتالي يعتبر هذا المعيار فضفاض ذلك أنه يختلف من حالة إلى أخرى الأمر الذي اعتمدته محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 248 لسنة 1969 حيث قضت

(1) بوشارب إيمان، إعادة التوازن العقدي في عقود الإستهلاك، أطروحه لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية ،قسم الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2021 ، ص 319.

(2) مرجع نفسه، ص320.

(3) يمينة بليمان، **عقود الإذعان وحماية المستهلك**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، المجلد 30، العدد 2، الجزائر، ديسمبر 2019، ص105.

(4) بوبكر قارص، مرجع سابق، ص444.

في الفقرة 2 بأنه:" لكي يعتبر العقد إذعان يجب أن يتضمن احتكارا قانونيا أو فعليا، وفي القليل سيطرة على السلطة أو المرافق تجعل المناقشة فيها محدودة النطاق.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان:

في الفترة الذي ظهر فيها الإذعان في المجال العقدي، ظهرت معه الحاجة لتحديد طبيعة ما عرف آنذاك بعقود الإذعان أو عقود الانضمام لدى فقهاء فرنسا من أجل إخضاعها لنظام معين ووضعها في إطارها المناسب من الناحية القانونية وهو الأمر الذي نشأت عنه نقاشات عدة بين الفقهاء انتهت بانقسامهم لمذهبين، أصر المذهب الأول على أن عقود الإذعان هي مركز منظم، فيما قرر المذهب الثاني أن عقود الإذعان هي عقود بالمعنى الحقيقي.

أولا: الفريق الذي أنكر صفة العقد على عقود الإذعان (مركز منظم)

وعلى رأسهم الأستاذ سالييي، وقلة من فقهاء القانون العام أمثال "ليون ديجي هوريو" حيث حاولوا تبرير موقفهم على أساس أن هذه التصرفات هي نتائج إرادة منفردة يصدرها المذعن له فتكون بمثابة قانون أو لائحة تنظم العلاقة بينه وبين المذعن الذي تتأثر إرادته العقدية نتيجة الضغط الاقتصادي.[1]

وقد كتب سالييي: "بأن عقد الإذعان المزعوم ليس له من العقد سوى الاسم لأنه في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة تملي قانونها على مجموعة غير محددة، وتلزم مسبقا انضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد.[2]

وحسب رأيه فإن القيمة القانونية لعقد الإذعان لا تجد مصدرها في التوافق الإرادي، ولكن في الإرادة المنفردة لمحرر العقد ومنشئه وانضمام الطرف الآخر لا يأتي كعنصر منشئ وضروري للتصرف فهو لا يتعلق بتكوينه ولا يتعدى كونه مكملا لشرط موضوع للتنفيذ من المنشئ ذاته.

ولعل هذا هو الذي أدى بسالييي إلى التمسك بـ:

إن تفسير عقد الإذعان يجب أن يخرج عن القواعد العامة لتفسير العقود لأن هذه الأخيرة تفسر بالبحث كما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة، لكننا هنا لا نجد إرادة مشتركة، وبالتالي، يجب الاعتداد بإرادة محرر العقد (أي عما اتجهت إليه نية المشرع).

(1) بوشارب إيمان، مرجع سابق، ص31.

(2) دريد محمود علي، مرجع سابق، ص86-87.

رأي ليو ديجي "وهو من فقهاء القانون العام، وقد أخذ برأي مشابه لساليي فعنده أن "عقود الإذعان" هي شكل من أشكال التصرف بالإرادة المنفردة والقيمة القانونية لهذا التصرف لا تكمن في الإرادة المنفردة في حد ذاتها ولكنه يأتي بفكرة أساسية سواء في القانون العام أو الخاص على أساس أن الإرادة لا تخلق القانون، وإنما الذي يخلق القانون هي المنفعة العامة"[1].

وقد استند هذا الرأي على عدة حجج ومؤيدات منها:[2]

انعدام المساواة بين طرفي عقد الإذعان وانعدام حرية المناقشة، وقبول الطرف الضعيف وإذعانه للمتعاقد الآخر.

عدم توافر الإرادة التعاقدية المشتركة.

أن قبول المذعن في هذه العقود لا يكون عن حرية وبينة.[3]

ثانيا: الفريق الذي إعتبر عقد الإذعان عقدا حقيقيا:

أن أغلبية فقهاء القانون المدني قد رفضوا اتباع الأفكار التي أوردها كل من ساليي وديجي ومن تبعهم، وتمسكوا برأي مخالف مفاده الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان فيقول الدكتور سليمان مرقس: "وقد ثار الشك أول مرة حول إعتبار الإذعان قبولا ينعقد به عقد حقيقي أو اعتبار العلاقة بين المحتكر والمذعنين علاقة لائحية ينظمها القانون إن كان الاحتكار قانونيا".[4]

ويقول الدكتور عبد المنعم بدراوي عند حديثه عن الطبيعة القانونية لعقد الإذعان: "لكن لوحظ على هذا الرأي ليقصد منكري عقدية الإذعان، إن عقد الإذعان كسائر العقود ينعقد بموجب إرادتين لا بإرادة واحدة".

وأن كل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد ولم يكن طرفاه متساويين في القوة، من الناحية الاقتصادية وليس عقد الإذعان وحده هو الذي توجد فيه هذه الظاهرة، ورغم الضغط الذي يمليه الطرف القوي على

(1) لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص45.

(2) الشريف بحماوي، مرجع سابق، ص 103

(3) أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة الشارقة، إمارات، 2007، ص48.

(4) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، "نظرية العقد والإرادة المنفردة"،الجزء2،الطبعة الرابعة ،دار الكتب القانونية ،بيروت ،لبنان ،1998

الضعيف، فإنه لا يصل إلى حد الإكراه الذي يعيب الرضا، وعليه فالقبول في هذا النوع من العقود يعتبر قبولا صحيحا، ويؤدي إلى انعقاد العقد بمجرد اقترانه بالإيجاب.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري:

ألغى المشرع هذا الخلاف بين الفقه بنص تشريعي فقد كان موقفه حاسما فيما يتعلق بطبيعة عقد الإذعان إذ أضفى عليه الصفة العقدية في نص المادة 70 من القانون المدني الج على أنه: "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"[1].

إذن من خلال هذه المادة يتضح أن القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يفسر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه لا يملك إلا أن يأخذ وأن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه، فهو مضطر إلى القبول فرضاؤه موجود لكنه مفروض عليه.

فالمشرع استعمل عبارة "شروط مقررة" لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروط وقد يتعسف في ذلك دون تفاوض حولها مع المتعاقد الأخر الذي ليس أمامه إلا ان يقبل العقد أو يرفضه أي عقد الإذعان هو كباقي العقود يقوم على الإيجاب والقبول، إلا أن ما يميزه هو الحاجة للتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة تعد من الضروريات لا يمكن الاستغناء عنها لذلك يجد الطرف المذعن نفسه مضطرا لقبول الإيجاب أي رضاه موجود لكنه مفروض عليه، واستعمل مصطلح "التسليم" لإبراز ضعف الطرف المذعن.[2]

وهو المعيار الأمثل الذي يمكن الإستناد عليه في إطار الشروط التعسفية، لديهم قوة الإقتصادية، حيث أثبت الواقع العملي خطورة التفوق التقني والفني لهؤلاء التي تمكنهم من فرض شروط تعسفية. [3]

إن القيام بمقارنة مختلف الشروط التعاقدية هو الذي يمكننا من اكتشاف ما إذا كان هناك إختلال في التوازن بالترجيح كفة المهني أو على العكس من ذلك وجود مقابل حقيقي توصل به المستهلك.

فقد يبدو الشرط تعسفيا إذا نظر إليه بمعزل عن بقية الشروط الأخرى، على حين أنه لا يعد كذلك إذا نظر إليه في مجموع شروط العقد وأحكامه، وعليه يجب أن يؤخذ العقد في مجموعة شروطه وآثاره، وهذا

---

(1) المادة 70 من القانون المدني، سالف الذكر.

(2) علي فيلالي، مرجع سابق، ص60.

(3) حبيبة كالم، **الشروط التعسفية في ظل القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم**، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، المجلد الثامن، العدد02،الجزائر، 2022، ص891.

ما نصت عليه نفس المادة:" كل بند..... أو مشتركا مع بند آخر أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد. [1]

- ذلك ان طبيعة الشرط تختلف بحسب الحالات والظروف الذي أدرج فيها بحيث يكون تعسفيا أو صحيحا بحسب ما إذا كان المستهلك توصل بمقابل فعلي أم لا.

رابعا: شكل عقد الإذعان:

بالرجوع للمادة 3 فقرة 4 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، قد استعمل عبارة "حرر مسبقا"، والتحرير يفيد الكتابة وإذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهة، فإن المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك التي يكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا، وبالتالي فقد أقصى عقود الإذعان الشفوية.[2]

والمقصود بالكتابة هنا ليس الكتابة الرسمية المنصوص عليها في القانون المدني، وإنما كتابة بسيطة عرفية، فالمشرع لم يحدد لها شكل معين[3] وهو ما أكدته المادة 3 فقرة 4 الشطر 2 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الذي ينص: "يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع المقررة سلفا".[4]

إذن يكفي هنا وجود نص مكتوب من قبل شخص معين هو المحترف أو العون الاقتصادي يهدف إلى إذعان شخص أو مجموعة من الأشخاص سواء كانوا من المحترفين مثله أو من المستهلكين.

المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي لحماية الطرف المذعن

وفقا للقواعد العامة يقتصر دور القاضي بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها، إلا أنه خروجا على هذه القاعدة وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان نص

(1) بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011-2012، ص68.

(2) بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري ،دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر،2007، ص 86.

(3) بوشارب إيمان، إعادة التوازن العقدي في عقود الإستهلاك ،مرجع سابق، ص322.

(4) المادة 3، الفقرة 4 من القانون 02/04، سالف الذكر.

المشرع في المادة 110 ق.م.ج للقاضي سلطة استثنائية تتيح له تعديل العقد لإعادة التوازن العقدي وذلك في حالة ما إذا أثبت أن العقد يحتوي على شرط تعسفي كما يجوز له أن يعفي الطرف المذعن منه.

وبناءا على ما تقدم، سنتطرق في هذا المطلب إلى الشروط القانونية لتعديل الشرط التعسفي (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى صور تدخل القاضي في عقد الإذعان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط القانونية لتعديل الشرط التعسفي:

بالرجوع إلى نص المادة 110 ق.م .الج نجد أنها تنص على: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[1].

وبالتالي نجد أنها تتضمن الشروط التي يجب توافرها في عقد الإذعان والسماح للقاضي ومنحه سلطة التدخل لتعديل ما تضمنه العقد من شروط تعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها،[2] وهذا يعتبر خروجا عن مبدأ حرية التعاقد المتمثل في قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وبتحليل هذا النص يتضح أن الشروط القانونية لتدخل القاضي لإعمال سلطته في التعديل هي:

أولا: أن يتعلق النزاع بعقد إذعان:

أي أنه عند إعمال السلطة الحمائية المنصوص عليها في المادة 110 ق.م.ج لابد من البحث عما إذا كان العقد موضوع النزاع عقد إذعان أم لا؟ إذ يفترض لسريان هذه السلطة أن تكون أمام عقد صحيح، توافر له عنصر التراضي من إيجاب وقبول، وكان هذا التراضي صحيحا خاليا من العيوب التي يمكن أن تشوبه، فإذا ثبت للقاضي انعدام هذا التراضي قضي بإبطال العقد لا بتعديل شروطه.[3]

ثانيا: إذ يتضمن العقد شروطا تعسفية:

بعد تحقق القاضي من أن النزاع المطروح أمامه أنه يتعلق بعقد من عقود الإذعان بعد توافره على الخصائص السابق بيانها، يبحث فيما إذا كان هذا العقد يتضمن شروطا تعسفية أم لا؟

(1) المادة 110، من القانون المدني سالف الذكر.

(2) ربيعة ناصيري، مرجع سابق، ص122.

(3) محمد بوكماش مرجع سابق، ص157.

حيث أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالشروط التعسفية في نصوص القانون المدني، وبالتالي ترك المجال واسعا أمام القاضي لتقدير مدى تعسفية الشروط، ذلك أن التعسف صفة نسبية تختلف من حالة إلى أخرى بحسب ظروف التعاقد وموضوع العقد.[1]

إلا أنه تدخل بعد ذلك في نصوص خاصة من خلال القانون 02/04 المحددة للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية إذ نص في المادة 05/03 منه على الشرط التعسفي هو: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

يتبين لنا من هذا التعريف أن المشرع الجزائري وضح أثر الشرط التعسفي على العلاقة التعاقدية وهو حدوث اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطرافه، دون أن يأتي بما يفيد تحديد معيار عدم التوازن الظاهر.[2]

ومن التعريف السابق نستخلص بأنه وصف شرط أو بند بأنه تعسفي ينبغي أن تتوفر فيه الشروط والعناصر الآتية:[3]

1. أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو تأدية خدمة.
2. أن يكون العقد مكتوبا.
3. أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا.
4. أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

الفرع الثاني: صور تدخل القاضي في عقد الإذعان

يتدخل القاضي في مجال عقد الإذعان في حالتين: حالة تعديل الشروط التعسفية وحالة إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية.

(1) محمد بوكماش، مرجع سابق، ص159.

(2) بسكري أنيسة، **مراجعة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة لونيسي علي البليدة 2 المجلد 5، العدد 2، الجزائر، 2021، ص28.

(3) بودالي محمد ،مرجع سابق ،ص 80.

أولا: حالة تعديل الشروط التعسفية:

أولى المشرع الجزائري حماية خاصة للطرف المذعن في عقد الإذعان وهذا ما يظهر جليا في نصوص المادتين 110 و112 من القانون المدني الجزائري حيث أعطت للقاضي سلطة تعديل هذه العقود بما يخرج عن مهمته التقليدية المقتصرة على التفسير فقط، ويتدخل بالطريقة والكيفية التي يراها مناسبة، فإما يكون التعديل بالإنقاص أو الزيادة من الالتزامات حسب ما يحقق التوازن في العقد بحيث يتحقق ذلك بإزالة المظهر التعسفي للشروط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي توفاه المشرع من منح القاضي هذه السلطة.[1]

فله أن ينقص من التزامات الطرف المذعن متى ثبت له أن الطرف الآخر قد وضع شروط مجحفة مستغلا بذلك مركزه، يمكن أن يكون طلب إنقاص الالتزامات المرهقة من طرف المتعاقد الضعيف.[2]

فالعدالة قد تقتضي فقط أن يُعدِل القاضي الشرط التعسفي، فإذا اشترط رب العمل على العامل في عقد العمل عدم فتح محل منافس لرب العمل بعد تركه الخدمة في مؤسسته طوال حياته أو في أي مكان على التراب الوطني، فإنه يكفي لكي تتحقق العدالة أن يقوم القاضي بتعديل مثل هذا الشرط بقصره على المنطقة الجغرافية التي تكون لرب العمل فيها مصلحة إقتصادية مشروعة.[3]

وليضمن المشرع لتلك الحماية التي خص بها الطرف المذعن في العقد الجدية، جعل سلطة القاضي في هذا الشأن من النظام العام، فلا يجوز للطرفين في عقد الإذعان أن يتفقا على إستبعاد هذه السلطة، فمثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته لفئة النظام العام، فقد جاء في المادة 110 من القانون المدني: "ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[4].

الواقع أن القضاء قد أخذ بعدة تطبيقات لتعديل الشروط التعسفية نذكر منها على سبيل المثال:

---

(1) مقلاتي مونة, مزياني فريدة, **سلطة القاضي في تعديل القانون المدني**, مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الندوة الوطنية حول دور القاضي في سد الفراغ التشريعي بين الحرية والتطبيق يوم 27 نوفمبر 2023, المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة 8 ماي 1945، قالمة، ص4.

(2) نور الهدى كرميش، **الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري**، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة يوسف بن خدة، المجلد 17، العدد 01، الجزائر 2020، ص161.

(3)مرجع نفسه، ص 161.

(4) نورة سعداني، مرجع سابق، ص34.

أ/ في عقد البيع:

إذا كان الشرط يتمثل في موعد التسليم، جاز للقاضي تحديده، أو عما إذا كان الثمن مبالغ فيه جاز للقاضي تخفيضه تبعا للظروف، تكون هذه الشروط متعلقة بالتنفيذ فيكون التعديل لها بالزيادة أو إما بالتعديل بالشكل الذي يجعل فيه الالتزامات متوازنة.

ب/ في عقد التأمين:

يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان، حيث استقر الاجتهاد الفقهي والقضائي منذ زمن ليس بالقصير أن عقد التأمين هو نموذج حي ومتجدد لهذه العقود [1]، أين يكون فيها طرفان، المؤمن وهو الطرف القوي، والمؤمن له وهو الطرف الضعيف في العقد.

وعرفت المادة 2 من قانون التأمينات التأمين التي تقابلها المادة 619 ق.م.ج على أنه":" عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى الغير المستفيد الذي إشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفوع مالية أخرى". [2]

من خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن عقد التأمين ينشأ بين متعاقدين المؤمن وهو الذي يقوم بوضع شروط العقد بكل استقلالية، يلتزم بأداء تعويض للمؤمن له، والمؤمن له يعمد إلى تأمين نفسه من خطر ما، بأن يتعاقد مع شركة تأمين.

ويترتب على إعتبار التأمين من عقود الإذعان حماية واسعة للمذعن من تعسف نفسه، حيث يجب على القاضي عند عرض نزاع عليه أن يبطل الشروط التعسفية لمصلحة المؤمن له، كما أن المشرع حرص على حماية جمهور المؤمن لهم من أي تعسف يمكن أن يلحق بهم نتيجة إستخدام شركات التأمين للعقود الجاهزة المعدة سلفا، إذا جاء بنصوص لا يجوز مخالفتها وإلا كان الإتفاق باطلا.

(1)عيساوي رجاء، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في القانون، تخصص قانون عقود، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة ابي بكر بلقايد، ،الجزائر،2022 ص72.

(2) المادة 2 من الأمر 95-07 المؤرخ في 27 شعبان عام 1415 الموافق ل25 يناير سنة 1995المتعلق بالتأمين المعدل والمتمم بالقانون 06-04 في 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية 15/2006.

نفس القرار اعدته المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 2015/10/22 والذي جاء فيه أن :" عقد التأمين هو عقد إذعان وشرط التنازل عن أي مطالبة يعتبر تعسفيا، يعطي للمؤمن له الحق في طلب التعويض وفقا للمادة 110 من القانون المدني. (1)

ومن أمثلة عقود التأمين كعقود إذعان، عقد التأمين على السيارات، عقد التأمين على المباني، عقد التأمين على الطائرة (مالك الطائرة أو مستثمرها بشروط المؤمن دون أن يكون له الحق في مناقشتها.(2)

- وهو المعيار الأمثل الذي يمكن الإستناد عليه في إطار الشروط التعسفية، لديهم قوة الإقتصادية، حيث أثبت الواقع العملي خطورة التفوق التقني والفني لهؤلاء التي تمكنهم من فرض شروط تعسفية. (3)
- إن القيام بمقارنة مختلف الشروط التعاقدية هو الذي يمكننا من اكتشاف ما إذا كان هناك إختلال في التوازن بترجيح كفة المهني أو على العكس من ذلك وجود مقابل حقيقي توصل به المستهلك.

فقد يبدو الشرط تعسفيا إذا نظر إليه بمعزل عن بقية الشروط الأخرى، على حين أنه لا يعد كذلك إذا نظر إليه في مجموع شروط العقد وأحكامه، وعليه يجب أن يؤخذ العقد في مجموعة شروطه وآثاره، وهذا ما نصت عليه نفس المادة:" كل بند..... أو مشتركا مع بند آخر أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد. (4)

- ذلك ان طبيعة الشرط تختلف بحسب الحالات والظروف الذي أدرج فيها بحيث يكون تعسفيا أو صحيحا بحسب ما إذا كان المستهلك توصل بمقابل فعلي أم لا.

(1) قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2015/10/22، مجلة المحكمة العليا، سنة 2015، العدد الثاني، ص37.

(2) عيساوي رجاء، مرجع سابق، ص74.

(3) حبيبة كالم، مرجع سابق، ص891.

(4) بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مرجع سابق، ص68.

ج/ في عقد العمل:

إذا كانت شروط عقد العمل تفرض على العامل غرامات كبيرة جزاءا على أخطاء بسيطة كان على القاضي إذا رأى أنه يشكل شرطا تعسفيا أن يخفض هذه الغرامة، وفقا للعدالة أي بالشكل الذي لا يضر العامل ولا رب العمل.

وكذلك أعطى المشرع السلطة التقديرية للقاضي في تفسير عقد الإذعان في حالة غموض عباراته ونص المادة 112 على أنه: "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا لمصلحة الطرف المذعن".[1]

وهناك 3 حالات في تفسير العقد هي: [2]

* حالة وضوح عبارة النص وهنا لا يجوز الانحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طريق التفسير أو التأويل.
* وحالة غموض عبارة النص: هنا يتعين اللجوء إلى التفسير مع الاسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل والأمانة والثقة وعرف التعامل بالمعاملات.
* حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، هنا يفسر الشك لمصلحة المدين على أساس أن الأصل هو براءة الذمة.

وباستقراء نص المادة 112 في فقرتها الثانية فإنه تغيب الإرادة المشتركة للمتعاقدين بسبب انفراد أحد المتعاقدين بوضع الشروط العقد،[3] ذلك أن الطرف المذعن هو الأضعف اقتصاديا وقبوله بالشرط ناجم عن ضعف مركزه في العقد لذا كان الأجدر بالحماية مقارنة بالمتعاقد معه، هذا الأخير هو الذي استقل واستأثر لوضع البند الغامض دون أن يناقش في المسألة فكان الأولى أن يتحمل تبعة هذا الغموض، أو القاعدة أن المخطئ لا يستفيد من خطئه، فإذا اعتبرنا الشك عبارة عن خطأ خلال مرحلة التعاقد فلا يعقل أن يستفيد منه صاحبه ويتحمله الطرف الأضعف الذي سلم به وأذعن له دون مساومة.[4]

---

(1) المادة 112، من القانون المدني سالف الذكر.

(2) نور الهدى كرميش، مرجع سابق، ص162.

(3)المادة 112،الفقرة الثانية ،من القانون المدني ، سالف الذكر.

(4) نايلي بلال، فتاك علي، **حدود تدخل القاضي في مضمون العقد**، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 08، العدد 02، 2023، ص209.

وبالتالي لا يجوز أن يكون التفسير ضارا بمصلحة الطرف المذعن، فهذه هي أيضا قاعدة قانونية ملزمة في تفسير العقد، إذا خالفها القاضي تقضي حكمه.[1]

ثانيا: حالة الإعفاء من الشروط التعسفية

تعد سلطة الإلغاء أشد جرأة من سلطة التعديل وسلاح بالغ الخطورة في يد القضاء أي إذا رأى القاضي في هذه الحالة بأن تعديل الشرط التعسفي لا يفي بالغرض، أي لا يضمن الحماية الكافية للطرف المذعن، فإنه يستطيع أن يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن من تنفيذه.[2]

وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة، ومعنى أن القاضي غير مقيد إلا بمعيار العدالة، هو أن له سلطة تقديرية في اختيار وسيلة إلغاء الشرط أو الاكتفاء بتعديله[3]. ومثال ذلك أن يرفع أحد الخصوم دعوى لطلب إلغاء شرط تعسفي في عقد من عقود الإذعان، فالقاضي إما يستجيب لطلب الإلغاء، ويلغي الشرط التعسفي إذا يتبين له بعد دراسته للملف والظروف المحيطة أنه لابد من إلغاءه وإعفاء الطرف المذعن منه (مثل شرط الإعفاء من المسؤولية الوارد بعقد اشتراك الهاتف)، وإما لا يستجيب لطلب الإلغاء ويقوم بتعديله حفاظا على العقد بحد ذاته إذا تبين له تعديل الشرط كافٍ لإزالة التعسف.

فالإعفاء يحقق الغاية من التعاقد ومن ثمة العدالة التعاقدية والإبقاء يكرس التعسف الذي يعكس الظلم الذي يتنافى مع مبادئ القانون.

ولقد تنبه المشرع إلى ما قد يلجأ إليه المحترفون من تضمين عقودهم لشرط يستبعدون بموجبه سلطة القاضي في إلغاء الشروط التي يراها تعسفية، فنص في المادة 110 على بطلان أي اتفاق أو شرط في هذا الشأن والتي جاء فيها: "ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[4].

والقاضي عند استعمال سلطته في إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي إنما يفعل ذلك انطلاقا من رغبة المشرع التي يحل القاضي محلها ويفترض عليه تجسيدها، وهذه الرغبة تتمثل في إحقاق

(1)عبد الرزاق االسنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (مصادر الالتزام)، نظرية الالتزام بوجه عام ،الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 1997، ص663.

(2) مونة مقلاتي, مزياني فريدة, مرجع سابق ص 5.

(3) عيساوي رجاء، مرجع سابق، ص166.

(4) نور الهدى كرميش، مرجع سابق، ص162.

الحق وإرساء قواعد العدل"[1] ومن ذلك وجوب مراعاة تكافؤ الأداءات وتحقيق التوازن في العقد الذي قد يختل نتيجة وجود هذا الشرط الجائر والبند المجحف الدال على نية التعسف وقصد الإضرار بمركز الطرف المذعن الضعيف.

(1) جيلالي بن عسى، بن قردي أمين، **عقود الإذعان بين إختلال الإلتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن**، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الإجتماعية، جامعة عبد الحميد بن باديس ،المجلد 01،العدد01،الجزائر ،2019 .

خلاصة الفصل الأول:

في نهاية فصلنا هذا يمكن القول بأن القاضي يلعب دور محوريا في مرحلة تكوين العقد، حيث يمتلك سلطة تقديرية في تعديل العقد، وذلك من أجل إعادة التوازن العقدي، فقد يشوب العقد عيبا من عيوب الرضا، كالغبن والإستغلال" حيث أن لهما تأثير متبادل على العقد والإرادة سواء من الناحية المعنوية الإستغلال" أو من الناحية المادية الغبن، فيتدخل القاضي لرفع هذا الأخير عن طريق إبطال العقد أو إنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون، ويكون ذلك بناءا على طلبه، إلا أن هذا الطلب يكون مقيد بمبدأ الطلب القضائي الذي يشكل الإطار العام لسلطته التقديرية، ويتدخل القاضي كذلك لحماية للطرف المذعن وذلك من خلال تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان عن طريق الإنقاص أو الزيادة في الإلتزامات وذلك بإزالة المظهر التعسفي للشرط مع بقاء هذا الأخير قائما ويستطيع أن يتدخل كذلك بأن يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن من تنفيذه، وليضمن المشرع تلك الحماية التي خصها للطرف الثاني المذعن، جعل سلطة القاضي في هذا الشأن من النظام العام لا يجوز للأطراف المتعاقدة أن يتفقا على إستبعاد هذه السلطة.

الفصل الثاني:
سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ

قد تكون التزامات المتعاقدين متوازنة في المرحلة الأولى، إلا أنها قد تختل في المرحلة الثانية لذلك فإن المشرع لم يكتفي بمنح القاضي سلطة التعديل في مرحلة إنشاء العقد، بل مد هذه الحماية إلى مرحلة تنفيذه، حيث خوله سلطة واسعة في التدخل في العلاقات العقدية بالتعديل وذلك في حالات توفرت فيها ظروف معينة، حرصا على حماية المتعاقدين من الجور وتحقيقا للعدالة.

والقاضي في نهاية الأمر نتيجة للصراعات أصبح يراقب العمليات التعاقدية بين الأفراد، وصار يتدخل كلما وجد ميزان العدالة مختلا ليعيد للعقود توازنها وعدالتها مما يجعل له دورا هاما وقائيا في مرحلة تنفيذه.

ولتبيان سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، خصصنا المبحث الأول(لسلطة القاضي في ظل نظرية الظروف الطارئة)، وخصصنا المبحث الثاني (لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.)

المبحث الأول: سلطة القاضي في ظل نظرية الظروف الطارئة:

تعد نظرية الظروف الطارئة من أهم المسائل القانونية والنظريات الحديثة التي كانت ولا تزال محور اهتمام العديد من الفقهاء والباحثين بالنظر لمدى فعاليتها في تحقيق مبدأ التوازن العقدي، حيث قد يحدث أثناء تنفيذ العقود، خاصة العقود طويلة الأجل أو متراخية التنفيذ، أن تحل ظروف اقتصادية بسبب حادث طارئ وغير متوقع، فيصبح تنفيذ الالتزام على النحو المتفق عليه أثناء إبرام العقد شاقا أو مرهقا إلى حد يهدد المدين بخسارة فادحة.

في هذا الصدد استثنى المشرع الظروف الطارئة من نطاق تطبيق" العقد شريعة المتعاقدين" التي تحجر على القضاء تعديل العقود.

فخول للقاضي بموجب المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري سلطة التدخل بالتعديل من أجل ضمان الإستمرار في تنفيذ العقد، والتي تنص على :" غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وأن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك وعليه سنتناول في هذا المبحث ما يلي:

مفهوم نظرية الظروف الطارئة (المطلب الأول)، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.

نظرية الظروف الطارئة هي حالات عامة غير مألوفة لم يكن في الوسع توقعها ولا دفعها وتجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا بالنسبة للمدين.

من خلال هذا المطلب سنبين ما هو تعريف نظرية الظروف الطارئة في الفرع الأول، والشروط في (الفرع الثاني)، وماهي آثار هذه النظرية في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة.

يمكن ان تعرف الظروف الطارئة بأنها حالة إستثنائية عامة تطرأ بين مرحلة إبرام العقد ووقت تنفيذ الإلتزام ومن شأن هذا الأمر الطارئ التأثير على مصلحة المتعاقدين لا سيما المدين بالإلتزام، بحيث يجعل هذا الظرف تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا إذ يقتضي ذلك سلطة القاضي بالتدخل لوضع حد لهذه المسألة من خلال إعادة النظر في العقد وتعديل هذا الأخير على نحو يلائم مصلحة الأطراف في العقد.

أولا: التعريف اللغوي:

هذا المصطلح متألف بين كلمتين وهما الظروف الطارئة، وكل واحد منهما يحمل دلالة مختلفة، ويرجع إلى الأصل اللغوي المتباين.

كلمة الظروف: الظروف جمع ظرف، ويعني البراعة وذكاء القلب وحسن العبارة والهيئة والحذق بالشيء، ظرف الشيء، وعاؤه، ومنه ظروف الأزمنة والأمكنة، فالظرف وعاء كل شيء. (1)

كلمة طارئة: تؤول هذه الكلمة إلى أصلها الإشتقاقي طرأ، وهو ما حدث وخرج فجأة وطرأ على القوم، أي أتاهم من مكان بعيد فجأة:" ويقال للغرباء الطراء، والطارئة مؤنث الطارئ وهي: الداهية التي لا تعرف من أين أتت، وجمعها طوارئ.

ثانيا: التعريف القانوني:

لم يعرف القانون المدني الجزائري الظروف الطارئة، وإنما ذكرها كواقعة قانونية يمكن للقاضي بناء عليها أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول مع مراعاة مصلحة الطرفين.

حيث تنص المادة 107 من القانون المدني في فقرتها الثالثة على نظرية الظروف الطارئة:" غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

الأصل لا يجوز للقاضي تعديل العقد بإعتبار ان العقد قانون المتعاقدين، فلا يملك غيرهم الحق في تعديله، إلا أن المشرع أجاز للقاضي على سبيل الإستثناء أن يحل محل إرادة المتعاقدين، لإجراء تعديل في العقد إذا ما توفرت الشروط اللازمة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. (2)

مثال01:

الحوادث الإستثنائية العامة "حرب أو إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها من ورائها ان ترتفع سعر المواد الأولية أو أجور العمال .

مثال 02:

فإذا تعهد شخص بتوريد الأغذية إلى المستشفيات بسعر معين، ثم حدثت ظروف إقتصادية غير متوقعة أدت إلى ارتفاع فاحش في أسعار هذه المواد التي إلتزم بتوريدها، فإنه إذا ظل منفذا لإلزامه بتوريد

(1) ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ص320.

(2) المادة 107من القانون المدني، سالف الذكر.

الأغذية بذات السعر المتفق عليه في العقد فإنه سيصاب بخسارة فادحة تتجاوز الحد المألوف العادي، وعلى ضوء هذا المثال يمنح القانون هذا المدين الحق في أن يطلب من القضاء رد إلتزامه إلى الحد المعقول"[1]

والمشرع الجزائري قد جعل قواعد هذه النظرية من النظام العام، الذي يقوم على تعادل إلتزامات المتعاقدين ومصالحهم المستمدة من العقد، إذا طرأت ظروف قد تخل بهذا التعادل وذلك حسب الفقرة الأخيرة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي..... "ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".[2]

1- تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة للحادث المفاجئ.

لا شك أن هناك اختلاف واضح بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة لا سيما إذا تعلق الأمر بشروط وأحكام كل منهما، فبالنسبة للظرف الطارئ يشترط فيه أن يكون استثنائي وعام ومن شأنه أن يجعل تنفيذ الإلتزام ممكن، أي أن تنفيذ الإلتزام في إطار نظرية الظروف الطارئة لا يكون مستحيل وإنما يرهق المدين[3]، وتبعا لذلك لا ينقضي الإلتزام ولا تبرأ ذمة المدين إذا حدث ظرف طارئ غير متوقع وغير راجع إلى تقصير المدين أو إهماله، وهذا بخلاف القوة القاهرة التي تؤدي بالضرورة إلى إنقضاء الإلتزام، لإستحالة التنفيذ وعلى ذلك تبرأ ذمة المدين لأن تنفيذ الإلتزام أصبح سبب خارج عن إرادته. [4]

وبالرجوع إلى نص المادة 307 ق.م.ج نستخلص أنه يجب أن تتوفر فيه شرطان في استحالة التنفيذ التي تؤدي إلى إنقضاء الإلتزام، أولهما يجب أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيل والثاني أن تكون الإستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد فيه[5]، معنى ذلك أن يكون الإلتزام مستحيلا وليس مرهقا، فالإستحالة تؤدي إلى إنقضاءالإلتزام هي التي يترتب عليها تعذر الوفاء كلية، أما إذا ظل الوفاء ممكنا، وأن أصبح مرهقا، فإنه

(1)رمضان ابو سعود، مصادر الإلتزام في القانون المصري واللبناني، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 1990،ص213.

(2)علي فيلالي، مرجع سابق، ص300.

(3) عبد الحكم فودة ،آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف الإسكندرية،الطبعة الأولى،مصر،1999 ص157.

(4)محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات ،مصادر الإلتزام،(العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009،ص307.

(5)حيث تنص المادة307 ق.م.ج، على ما يلي: " ينقضي الإلتزام إذا إثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيل عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

لا ينقضي، وفي هذه الحالة يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذا توفرت شروطها طبقا للفقرة الثالثة من المادة 107 (ق.م.ج).

2- تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الإستغلال:

إن كل من هاتين النظريتين لاتقومان على نفس الركائز والمقومات، إذ أن فكرة نظرية الإستغلال تقوم على استغلال أحد طرفي العقد للطرف الآخر، وهذا الإستغلال يكون بسبب طيش بين أو هوى جامح يصيب المتعاقد فيجعل من إلتزامات المتعاقد غير متعادلة البتة. (1)

يعتبر هذا الإستغلال من عيوب الإرادة يصيب الرضا ويتصل بإرادة المتعاقدين، والقاضي في حالة إذا ما كان أمام واقعة تكيف على أنها إستغلال، فإنه يسعى إلى إزالة كل أنواع الإستغلال سواء بإبطال العقد أو الإنقاص من إلتزامات المتعاقد المستغل. (2)

أما نظرية الظروف الطارئة فإن السبب وراء قيامها هو وجود حادث إستثنائي عام يرتب على الإلتزام التعاقدي طابع الإرهاق، ويكون الحل الذي يتخذه القاضي هو رد هذا الإلتزام إلى الحد المعقول. (3)

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

يتطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر مجموعة من الشروط تتمثل في: أن يكون الحادث إستثنائيا(أولا)، ألا يكون الحادث الطارئ متوقعا وقت التعاقد (ثانيا)، أن تجعل هذه الظروف تنفيذ العقد مرهقا للمدين(ثالثا)، أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ (رابعا).

أولا: أن يكون الحادث استثنائيا عاما:

تشترط المادة 3/107ق.م ج"لإنطباق النظرية أن يطرأ حادث استثنائي عام".

ومعنى الحادث الإستثنائي " الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب تقع وفقا لنظام معلوم أو هو الحادث الذي ينذر وقوعه كالزلازل والحروب والإضرابات المفاجئة أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو وباء، أو فرض تسعيرة جبرية أو إلغائها، أو إستيلاء إداري". (4)

---

(1)عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص706-707.

(2) المادة 90 من الأمر 75-58 تنص على :" إذا كانت إلتزامات أحد المعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا العقد".

(3)بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، بحث مقدم للحصول على درجة الماجيستر في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،1983،ص11-13.

(4)إقصاصي عبد القادر، **نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الإلتزام التعاقدي**، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، مجلد 02، العدد02 ، ،الجزائر،2018 ،ص135.

أن تكون هذه الظروف استثنائية، فإذا كانت عادية تحدث دائما فلا تدخل في مفهوم الظروف الإستثنائية مثال ذلك ما يحدث في مصر سنويا من تعرض زراعة القطن للدودة[1]، فمثلا الزلزال إذا وقع في منطقة إعتادت عليه فلا يعتبر حادث إستثنائي أما إذا وقع في منطقة لا تتعرض له عادة، ففي هذه الحالة يعد حادث إستثنائي، وبالتالي يؤدي ذلك إلى إعمال سلطة القاضي في التعديل.

أما المراد بالحادث العام أي ألا يكون الحادث الإستثنائي خاص بالمدين وحده أي شاملا لكافة الناس، لأن عدم الإعتداد بالظروف الخاصة بالمدين ضمان لعدم الغش من جانبه بإدعائه خلاف الواقع[2]، ولا يشترط فيه أن يعم البلاد بكاملها، بل يكفي أن يشمل أثره عدد كبير من الناس كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم كالمزارعين في جهة من الجهات أو منتجي سلعة بذاتها أو المتاجرين بها.

وبإشتراط وصف العمومية تخرج كل الظروف الخاصة بالمدين من إعمال أحكام نظرية الظروف الطارئة، ولذلك فإن افلاس المدين، أو مرضه، أو موته، أو إضراب عماله، أو إحتراق مزروعاته، أو إصابته بحادث، كلها أمور تفيد حوادث خاصة ولا تكفي لتطبيق النظرية. [3]

ثانيا: ألا يكون الحادث الطارئ متوقعا وقت التعاقد:

ذلك أن الحادث الطارئ إذا كان متوقعا [4]من قبل المتعاقد أو أحدهما لإحتاط لذلك وقت إبرام العقد، مما يؤدي إلى دفعه، فلا يأخذ به لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

غير أن توقع الحادث أو عدم توقعه من الأمور النسبية التي تختلف بإختلاف الأشخاص والمهنة والمناطق مما يثير صعوبة في تحديد المعيار الذي يمكن استخدامه في قياس هذا التوقع.

والمعيار المتفق عليه فقها هو المعيار الموضوعي، فالعبرة في عدم التوقع هو بما يمكن أو لا يمكن توقعه من الشخص العادي إلا إذا كان فيضانا مدمرا، وكذلك هجوم دودة القطن على المحصول، هو أمر متوقع للمزارع العادي وهكذا... [5]

---

(1)علي علي سليمان، مرجع سابق، ص99.

(2)رشيد دحماني ،عمار زعبي، **وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين بين الظروف الطارئة ومهلة المسيرة**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 02، تيزي وزو،2019،ص125.

(3)محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، **المرجع السابق**، ص257.

(4) عرف الدكتور حسن الفزاري توقع الظرف " بأنه العلم الراجح أو المتمثل بأن واقعة معينة ستحدث أو أنها لن تحدث في وقت تنفيذ العقد، بحيث يكون معلوما أن حدوث هذه الواقعة أو عدم حدوثها سيترتب عليه خلق صعوبة في تنفيذ العقد إلى حد الإرهاق.

(5)رمضان أبو سعود، مرجع سابق،ص217.

ولا يكفي أن يكون الحادث إستثنائيا غير متوقع، بل يجب ألا يكون في الإستطاعة دفعه أو تحاشيه، فلو أن حادثا إستثنائيا قد وقع بحيث يمكن دفعه والتغلب عليه فهنا لا تنطبق نظرية الظروف الطارئة، والقدرة على الدفع له صورا شتى، فيمكن للمتعاقد أن يمنع حدوث الأثر بصفة مطلقة[1]، مثل رب العمل الذي يمكنه أن يمنع الإضراب من قبل عمال مصنعه، ففي هذه الحالة، لن يسمح له بالمطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ولقد ذهب بعض الفقه إلى عدم الأخذ بهذا الشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، لأن شرط عدم التوقع لا يغني عن كونه إستثنائيا، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها:" حيث أن السوق محل العقد المبرم بين الخصمين بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي".[2]

ثالثا: أن تجعل هذه الظروف تنفيذ العقد مرهقا للمدين:

يعد شرط الإرهاق من أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق النظرية فمهما توفرت الشروط السابقة فإنها تكون عديمة الجدوى، إذا لم ينتج عنها إرهاق في تنفيذ العقد[3]، ووجود الإرهاق على أحد المتعاقدين سبب كافي لتقرير الحماية له.

ويقصد بالإرهاق: وصف يلحق بإلتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لإلتزامه مهددا إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الإلتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد جعل تنفيذه مرهقا وليس مستحيلا، أو هو الأثر المترتب على نشوء حادثة إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها. [4]

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا عند نقضها للقرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 10 نوفمبر 1996، القاضي أمر بإلزام مؤسسة ترقية السكن العائلي بتسليم السكن محل النزاع للمدعي (س.ع.ق)، " حيث أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة 10 بالمائة من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد، طبقا لأحكام المادة 107 الفقرة 3 من التقنين المدني الجزائري، إذا ما طرأت ظروف إستثنائية ذات طابع عام وغير متوقعة

(1) عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص155.

(2)قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 10 أكتوبر1993، ملف رقم 94-996، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994،ص217.

(3) مقلاتي مونة ،مزياني فريدة، مرجع سابق، ص6.

(4) عبيدة نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر القايد،الجزائر،2016، ،ص103.

من شأنها أن تجعل إلتزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونوا قد أخطأو في تطبيق المادة 107 من القانون المدني. [1]

وعليه يجب على القاضي أن ينظر إلى الإرهاق نظرة موضوعية في ذات العقد و الأثر الذي تركه الظرف الطارئ على إلتزام المدين من حيث حالته المادية فقد يكون المدين ثريا بحيث لا تتأثر ثروته بالخسارة الفادحة[2]، وبمعنى يقدر الارهاق في ضوء الإلتزامات التي رتبها العقد بغض النظر عن ثروة العاقدين، فإذا كان المدين غنيا، فهذا لا يعني إطلاقا أن إلتزامه غير مرهق، بل قد يكون كذلك كلما أصبح مقداره يفوق بكثير العوض الذي يتحصل عليه، فلا يعتد في تقرير إرهاق المدين في تنفيذ الإلتزام إلا بما ورد في العقد من إلتزامات وحقوق. [3]

ويتحقق هذا المعيار الموضوعي– الذي أخذ به القضاء المقارن: العدالة بين المتعاقدين.

أما بخصوص مقدار الإرهاق، أي مقدار التفاوت ما بين الإلتزامات الذي يجعل تنفيذ العقد مرهقا، فقط إكتفى المشرع الجزائري بوصفه بالخسارة الفادحة أي غير المألوفة، وهو معيار مرن ليس له مقدار ثابت، فما يكون مرهقا لمدين ما في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لمدين آخر لأن الخسارة تتأثر بتغير الظروف، مما يستدعي تدخل القاضي لتقدير مدى فداحة الخسارة، وهو يتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة. [4]

رابعا: أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ:

المقصود بهذا الشرط أن توجد مدة زمنية بين تاريخ انعقاد العقد وتاريخ نفاذه سواء كانت قصيرة أو طويلة وهذا غالبا ما نجده في العقود الزمنية، ومن هنا فإن النطاق الطبيعي لهذه النظرية هو العقود مستمرة التنفيذ كعقد الإيجار والمقاولات أو العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل (المؤجلة) كعقد التوريد. [5]

---

(1) قرار المحكمة العليا،الغرفة المدنية، القرار بتاريخ 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، العدد 2، 1999،ص95.

(2) علي علي سليمان، مرجع سابق،ص100.

(3) علي فيلالي، مرجع سابق،ص400.

(4) مرجع نفسه ،ص401.

(5) محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات القانون في المدني الجزائري ، مرجع سابق ص 25

أما بالنسبة للعقود الإحتمالية وعقود المضاربة في البورصة لا تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة، لأن مثل هذه العقود يفترض بطبيعتها أن يتعرض أحد المتعاقدين للخسارة أو الربح مهما كانت الخسارة جسيمة أو الربح كبيرا. (1)

ويستثنى من هذه النظرية العقود التي تكون محل إلتزامها نقودا، فالوفاء في هذا النوع من العقود يكون بإلتزام المدين إلا بمقدار عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لإرتفاع هذه العقود ولإنخفاضها أي أثر، وهذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني. (2)

وفي جميع الأحوال لا تطبق هذه النظرية إذا تراخى تنفيذ الإلتزام بخطأ من المدين، إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصير تسبب فيه، أو تماطل المدين في التنفيذ إلى أن إنتهت المدة المتفق عليها، ولا يمكنه بالتالي المطالبة بتعديل العقد. (3)

الفرع الثالث: ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة:

تخضع السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة لمجموعة من المعايير التي يجب عليه مراعاتها أثناء ممارسته لسلطة التعديل وتتمثل هذه الضوابط في الآتي:

أولا : مراعاة الظروف المحيطة بالقضية:

لقد جاء هذا الضابط بصريح نص المادة 3/307 من القانون المدني الجزائري:" ويجوز للقاضي أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعا للظروف".

ذلك أن عبارة " تبعا للظروف" الواردة في المادة تفتح للقاضي مجالا واسعا في آداء مهمته في تعديل العقد مختل التوازن إقتصاديا بسبب الظرف الطارئ. (4)

وبالتالي يمكن للقاضي حسب الظروف المحيطة أن يقرر بعدم تعديل العقد والبقاء عليه لكون الحادث الذي طرأ كان بخطأ من المدين أو تقصيره، أو قد يرى بتأجيل الإلتزام مؤقتا في حال وجد أن الحادثة الإستثنائية وقتية، يقرر زوالها في وقت قصير.

---

(1) مقلاتي مونة ،مزياني فريدة، ، مرجع سابق، ص6.

(2)حيث جاء في المادة 95 ق.م. ما يلي:" إذا كان محل الإلتزام نقودا، إلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

(3)أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، النظرية العامة للإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر ،2005،ص246.

(4) نورة سعداني، مرجع سابق،ص37.

ومثال ذلك: تعهد مقاول بإقامة مبنى وبعد إنعقاد العقد ترتفع أسعار البناء إرتفاعا فاحشا كحادث طارئ، لكن هذا الإرتفاع قريب الزوال بسبب فتح باب الإستيراد، الأمر الذي يجعل القاضي بعد دراسة الظروف المحيطة بالقضية وبناءا عليها يقرر إيقاف إلتزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المحدد، لتجنيبه الإرهاق في إلتزامه إذا لم يكن في هذا الوقف ضررا جسيما للدائن صاحب المبنى، لأن الوقف يتناسب مع ظروف هذه القضية. (1)

مثال آخر: ارتفاع فاحش في سعر سلعة معينة يتبين أنه ارتفاع مؤقت أجرته السلطات لتحقيق توازن إقتصادي وينتهي هذا الارتفاع بمجرد تحقيق هذا التوازن.

إن الغاية من إشتراط هذا الضابط هو إهتداء القاضي للحل الصائب بأن يتدخل في العقد بالحل الأمثل حيث أنها لا تعتبر قيدا على القاضي لأن هذا الأخير من خلالها يستطيع الحركة بشكل يوسع من سلطته التقديرية مما يمكنه من أداء مهمته على الوجه الحسن.[2]

ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين:

هو ضابط أيضا نص عليه المشرع الجزائري صراحة في نفس الفقرة بقوله:".....وبعد مراعاة مصلحة الطرفين....".

يقوم هذا الضابط على مبدأ توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين ذلك أن العقد وقت نشأته إنعقد على مصالح متوازنة بين طرفيه، غير أن تغير الظروف أدى إلى إختلال توازن إلتزامات طرفا الرابطة العقدية فأصبح طرفا العقد ما بين كاسب وخاسر. (3)

يقصد بالموازنة بين مصلحة طرفي العقد، إجراء القاضي مقارنة بين مصلحة كل من المتعاقدين، وما تنتج عنه هذه المقارنة يقع اختيار الحل الأنسب، فمصلحة المدين تقتضي الأخذ بيده نتيجة الأضرار التي لحقت به من جراء الظروف التي طرأت على العقد، وأما مصلحة الدائن تقتضي في تنفيذ إلتزامه في الموعد المحدد وفق ما تم الاتفاق عليه، خاصة ما تبين له علامات الربح الوفير المتمثل في فارق الأسعار والذي يمثل بالضبط لدى المدين خسارة فادحة. (4)

---

(1) مرام سعيد راضي الخاروف، مرجع سابق ،ص66.

(2) صورية غربي، **سلطة القاضي في تعديل العقد المدني بسبب الظروف الطارئة في مرحلة التنفيذ** ،مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية،مجلد4،العدد3،2021، ص392.

(3)مقلاتي مونة، مزياني فريدة، **مرجع سابق**،ص7.

(4)درش خليل، **سلطة القاضي في ظل نص المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني وتطبيقاتها القضائية**، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة ابن باديس ، المجلد 6،العدد 02،مستغانم الجزائر، مارس 2019،ص262.

وبصيرورة طرفا الرابطة العقدية ما بين خاسر، وكاسب حرص المشرع على أنه يتم التعديل بالموازنة بين مصلحتهما، وهو ما عبر عنه في المادة 3/307 وعلى هذا الأساس لا يمكن للقاضي أن يرفع كل العبء على المدين، لأن في ذلك إضرار للدائن وكذا لا يجوز توقيع العبء على المدين لأن ذلك اضرار به وإثراء للدائن، وهذا يقتصر على الحاضر فقط أي إجراء الموازنة بينهما في ميزان ظروف إستثنائية جديدة، دون النظر إلى ما تم في الماضي.

ثالثا: ضابط برد الإلتزام إلى الحد المعقول:

هو ضابط نص عليه المشرع الجزائري بدوره في نفس الفقرة بتأكيده...." إلى الحد المعقول".

فالمقصود برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول يختلف من قضية لأخرى.

وللقاضي سلطة واسعة في تقديره والحد المعقول هو الذي يحقق العدل، و لا يتعارض مع العقد والمنطق، فبقدر الغنم يكون العزم وبقدر الكسب تكون الخسارة، وبالتالي يجب أن يشترك طرفا العقد الدائن والمدين معا في الخسارة التي سببتها الظروف غير المتوقعة[1]،فقد يقضي القاضي بإنقاص الإلتزامات التعاقدية، و الزيادة في الإلتزامات المتقابلة، أو وقف تنفيذ العقد، إضافة لذلك فهناك من يأخذ بالفسخ، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص عليه في التقنين المدني الجزائري.

الفرع الرابع: آليات تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة:

سبق أن أشرنا إلى أن المشرع الجزائري في المادة 3/107ق.م.ج لم يحدد للقاضي طريقة معينة لرد الإلتزام المرهق للحد المعقول وذلك حتى لا يتقيد القاضي بقيود تحد من اطلاق يده لتحقيق العدالة، وفقا لظروف القضية وما تقتضيه العدالة وحسن النية. [2]

كذلك نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقيين المدني الجزائري يقضي بأنه:" وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العادلة".[3]

فقد يلجأ القاضي إلى إنقاص الإلتزامات المرهقة (أولا)، أو الزيادة في الإلتزامات المتقابلة(ثانيا)، أو إلى وقف الإلتزام (ثالثا).

(1) مرام سعيد راضي الخاروف، مرجع سابق، ص67.

(2)بوكماش محمد، مرجع سابق، ص259.

(3) المادة الأولى الفقرة 2 من القانون المدني، سالف الذكر.

أولا: إنقاص الإلتزام المرهق:

إن الإنقاص من مقدار الإلتزام المرهق هو الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين[1]، فقد يرى القاضي أن رفع الإلتزام المرهق عن كاهل المدين يكون بإنقاص الإلتزام المرهق سواء كان العقد ملزما لجانب واحد أو ملزم لجانبين، ولا يكون المدين ملزما إلا بالإلتزام الذي حدده القاضي.

والغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليص من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين، دون المساس بالخسارة المألوفة، أي يستبقي القاضي الخسارة المألوفة مع توزيع مقدار الخسارة الفادحة على المتعاقدين. [2]

- هناك نوعين من إنقاص الإلتزام المرهق: الإنقاض من ناحية الكم والإنقاص من ناحية الكيف.

1- إنقاص الإلتزام المرهق من حيث الكم:

- قد يرى القاضي أن الوسيلة التي تعيد التوازن للعقد تتمثل في إنقاص إلتزام المدين من ناحية الكم، ومثال ذلك: أن تتعهد شركة سكر بتوريد كمية منه لمصنع الحلوى، ولحدوث ظرف طارئ يكون توريد هذه الكمية مرهقا.

فيقوم القاضي بإنقاص من هذه الكمية، المقدار الذي يرد إلتزام الشركة إلى الحد المعقول، وفي هذه الحالة تلزم الشركة بتوريد الكمية التي حددها القاضي فقط. [3]

2- إنقاص الإلتزام المرهق من حيث الكيف:

يقوم القاضي بتعديل الإلتزام المرهق بإنقاصه من ناحية الكيف إذا كان مرهقا للمدين، ومثال ذلك: أن يتعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلع معينة، ومن صنف متفق عليه إلا أن الحصول على هذا الصنف بالذات أصبح فيما بعد مرهقا للمدين بسبب الظروف الطارئة أدت إلى إرتفاع سعرها إرتفاعا باهظا في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يسمح للمدين بأن يفي بنفس الكمية المتفق عليها من هذه السلعة ولكن من صنف أقل جودة لا يؤدي إلى إرهاق المدين. [4]

---

(1)علي فيلالي، مرجع سابق، ص403.

(2)خليل احمد حسن قدادة.، مرجع سابق،ص13.

(3)محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص309.

(4)بوداود خليفة، بوزيان السعيد، **دور** القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة،2018، ص32.

ثانيا: زيادة الإلتزام المقابل:

إن القاضي عند تعديله بالزيادة في الإلتزامات المتقابلة، فإنه يقوم بذلك بالعدالة وحسن النية، وبعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين، بحيث يتحمل الدائن جزء من الزيادة المتوقعة في سعر الشيء محل الإلتزام، ويتحمل المدين الزيادة المألوفة المتوقعة، مثلا[1]: إذا تعهد شخص بتوريد قمح بسعر معين تم ارتفع السعر بسبب حادث طارئ، ففي هذه الحالة يرفع القاضي السعر المتفق عليه في العقد، ويراعي في ذلك عدم الإعتداد بالزيادة المألوفة، أي أنه يرفع الأسعار في الحدود التي لا تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين، والقاضي لا يفرض على الطرف الآخر الشراء بالسعر الذي حدده، بل يكون له الخيار بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد، فإذا إختار الفسخ كان ذلك محققا لمصلحة المدين إذ يزول عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ.

ثالثا: وقف تنفيذ الإلتزام المرهق للمدين:

إضافة إلى سلطة القاضي في تعديل العقد بالإنقاص في الإلتزام المرهق أو بالزيادة في الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق فإنه قد يرى أيضا الوسيلة الأفضل لرد الإلتزام المرهق إلى حد المعقول أن يقوم بوقف تنفيذ الإلتزام إلى حين زوال أثر الظرف الطارئ[2]، لكونه مؤقتا يقدر له بالزوال قريبا، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق الدائن، وفي هذا الصدد نصت المادة 2/281 ق.م.ج على أنه:" غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف، دون أن تتجاوز المدة سنة، أو أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

فحكم القاضي بوقف تنفيذ العقد لا يمس في الواقع مضمون هذا العقد، فتبقى الإلتزامات كما هي محتفظة بقيمتها ومقاديرها، وبمجرد إنتهاء أثر الظروف الطارئة تعود للعقد قوته الملزمة، ويتم تنفيذ العقد وفقا لما تم الإتفاق عليه منذ لحظة إبرام العقد [3]مثال ذلك أن يتعهد مقاول ببناء سكنات، ثم يطرأ حادث استثنائي يؤدي إلى إرتفاع غير متوقع في سعر الإسمنت مما يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمقاول بحيث يهدده بخسارة فادحة، فإذا ما تبين للقاضي أن هذا الإرتفاع في الأسعار سيزول في وقت قريب وذلك بفتح مصانع جديدة لمادة الإسمنت يوقف إلتزام المقاول بتسليم تلك السكنات في الموعد المتفق عليه، حتى

(1) نايلي بلال، فتاك علي، مرجع سابق، ص211.

(2)بولحية جميلة، مرجع سابق، ص137.

(3) مرام سعيد راضي الخاروف، مرجع سابق، ص70.

يستطيع المقاول تنفيذ إلتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق بأصحاب السكنات. [1]

رابعا: فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة:

نلاحظ من خلال نص المادة 107/ 3 من القانون المدني أن السلطة المخولة للقاضي هي رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول وهذا سواء بإنقاص الإلتزام المرهق أو وقف تنفيذ العقد مهما كانت قسوة الظروف الطارئة، فتوزع بذلك تبعة الهلاك بين المتعاقدين (الدائن / المدين) [2]، طبقا للرأي الغالب في الفقه فإنه لا يجوز أن يقضي بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة، فالقانون المدني إذا كان قد أعطى للقاضي سلطة تعديل العقد، فهو لم يعطه سلطة فسخه نص المادة 107" جاز للقاضي تبعا للظروف، ويعد مراعاة مصلحة الطرفين، أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

فإذا قلنا عكس ذلك فنكون أمام سلطة إلغاء العقود وليس أمام سلطة تعديلها. [3]

وأما الفسخ يكون بناء على طلب الدائن إذا لم يقبل ما طرحه القاضي من حلول لأنه لا يجوز فرض الحل الذي رآه القاضي مادام الدائن يؤثر التخلي عن الصفقة، والفسخ على كل حال في هذه الحالة يكون أصلح للمدين، إذ يدفع عنه كل أثر للحادث الطارئ. [4]

بينما الدائن هو الذي يتحمل تبعة الحادث الطارئ (الهلاك)، مع أن أساس نظرية الظروف الطارئة تقوم على نوع من التضحية التي يقدمها المتعاقدين لا على أساس أن يخلي ذمة أحد طرفي العقد من الإلتزام.

خول المشرع الجزائري وإستثناء على نص المادة المتضمنة المبدأ العام 3/307 من القانون المدني للقاضي بموجب أحكام المادة 3/561 من ذات القانون بسلطة فسخ العقد لوجود الظرف الطارئ "على أنه إذا إنهار التوازن الاقتصادي بين إلتزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

---

(1) عبيدة نجاة، مرجع سابق،ص113.

(2) طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوره طور ثالث في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم الجزائر، 2019،ص262.

(3) بوكماش محمد، مرجع سابق، ص267.

(4) خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق،ص113.

واقرار الفسخ كوسيلة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، لا يترتب عنه التعويض، بل هناك إعفاء للمدين :عكس المادة 119 من القانون المدني الجزائري، والملاحظ أنه لا جدوى من الفسخ في هذه الحالة لأنه يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية.

ونحن نرى أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما جعل سلطة القاضي قاصرة على تعديل الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول[1]، وبالتالي المدين لا يحق له طلب الفسخ وإنما يتعين عليه أن يؤدي إلتزامه وفق التعديل الذي يراه القاضي، فحقه قاصر على طلب رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول. [2] وبالتالي فأي إتفاق بين المتعاقدين على استبعاد تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة يقع باطلا لعدم مشروعية محله، لأنها من النظام العام[3]، ويكون بذلك المشرع قد جعل نظرية الظروف الطارئة قاعدة آمرة لا يجوز الإتفاق على مخالفتها. [4]

المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة (الأجل القضائي):

إضافة إلى تدخل القاضي بتعديل العقد في مرحلة تنفيذه بسبب الظروف الطارئة بهدف تحقيق التوازن المالي للعقد، فقد منح المشرع القاضي أيضا هذه السلطة فيما يتعلق بمنح نظرة الميسرة (الأجل القضائي)، فالأصل أن يفي المدين بإلتزامه بمجرد حلول أجل الوفاء، وإلا أجبر على ذلك قانونا متى كان ميسور الحال، أما إذا كان معسرا فإنه يجوز للقاضي إستثناء على الأصل العام أن يمنحه أجلا معقولا لتنفيذ إلتزامه، وهذا ما يسمى بالأجل القضائي،(نظرة الميسرة)، حيث أن نظرة الميسرة ثابتة في القرآن الكريم كما قال تعالى:" وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون"(البقرة:280).

- حيث أنها تعد إحدى أنواع الأجل من حيث المصدر إلى جانب الأجل الاتفاقي والأجل القانوني، وعليه ستناول مفهوم نظرة الميسرة (فرع الأول) ثم إجراءات منح نظرة الميسرة (الفرع الثاني)ثم آثار منح نظرة الميسرة (الفرع الثالث).

(1) طبيب فايزة، مرجع سابق، ص263.

(2)مقلاتي مونة، مزياني فريدة ، مرجع سابق، ص8.

(3) يعرف النظام العام على أنه:" القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام، وهي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة سياسية أو إجتماعية او إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأطراف".

(4) عبيدة نجاة، مرجع سابق،ص115.

الفرع الأول: مفهوم نظرة الميسرة:

أولا تعريف نظرة الميسرة

1- لغة: بكسر الضاء هي التأخير والإنظار معناه التأخير والإمهال، ونقول أنظرتك بالدين أي أخرتك، والميسرة هي اليسر والرخاء. [1]

2- التعريف القانوني:

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا لنظرة الميسرة، واكتفى بذكر أحكامها ضمن نصوص المواد 119-210-281 من القانون المدني الجزائري والتي يقابلها في القانون المصري المادة(346 من القانون المدني المصري).

حيث تنص المادة 119 على أنه:" في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجل حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات".[2]

وتنص المادة 281 ق.م.ج." يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الإلتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين مراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوزها مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع بقاء جميع الأمور على حالها". [3]

من خلال إستقراء المادتين فإنه ومراعاة لظروف المدين فإن منح الأجل جوازي للقاضي بأن يمنح أجل للوفاء بإلتزامه ورفض الفسخ المطالب به من الدائن دون الإخلال بحقوق هذا الأخير، بحيث يترتب على منح هذا الأجل وقف التنفيذ إلى غاية إنقضائه على أن لا تتجاوز المدة سنة واحدة.

إن منح الأجل في القانون المدني لا يمكن تصوره في حالتين وهما: إما بمناسبة رفع الدائن دعوى الفسخ طبقا للمادة 119 فقرة 02 من القانون المدني، فيتمسك المدين بالأجل كدفع، أو بمناسبة دعوى التنفيذ، فهنا يكون طلب الأجل بدعوى طبقا للمادة 281 من القانون المدني، نركز على الأجل الممنوح أثناء

---

(1)طرطاق نورية، **سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة**، مجلة الاجتهاد الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست ،جامعة البويرة ، ،العدد5،الجزائر،جانفي2014،ص126.

(2) المادة 119، من القانون المدني، سالف الذكر.

(3) المادة 281 من القانون المدني، سالف الذكر.

دعوى التنفيذ، لكونها تعتبر حالة ممتازة لمهلة الميسرة بخلاف الأجل الممنوح بمناسبة دعوى الفسخ الذي ثار بشأنه جدل فقهي حول ما إذ كان منح المدين أجلا حالة تطبيقية لمهلة الميسرة المنصوص عليها في المادة 281 من القانون المدني أو لا علاقة له بها. [1]

تنص المادة 210 ق.م.ج:" إذا تبين من الإلتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة مع إشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بإلتزامه".[2]

معنى ذلك في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على تحديد أجل الوفاء، وتعليقه على ميسرة المدين، إي أن الوفاء يتم إذا تبين يسار الرجل هنا جاز للقاضي أن يحدد أجلا معينا مراعيا في ذلك جملة من العناصر التقديرية والمتمثلة في موارد المدين الحالية والمستقبلية، على أن تتوفر فيه عناية الرجل الحريص.

أما في حالة وفاة المدين وهو معسر دون الوفاء، فإن للدائن في هذه الحالة أن يستوفي حقه مع باقي الدائنين من تركة الهالك. [3]

أن يمنح مهلة الميسرة للمدين كما هو معلوم متروك للسلطة التقديرية للقاضي والذي تبقى سلطته غير مطلقة، بل تكون مقيدة بشروط في حالة الإستجابة لطلب المدين ومنح مهلة الميسرة.

ثانيا: شروط نظرة الميسرة:

يجب أن يراعي القاضي توفر شروط معينة في منح الأجل القضائي (نظرة الميسرة)تتمثل فيما يلي:

1) ألا يوجد نص قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة:

إن المشرع هو الحكم في تحقيق العدالة بين الدائن والمدين، وقد يرى أن العدالة يتم تكريسها في الحالات التي يوجد فيها نص صريح يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة ومن هذه الحالات على سبيل المثال:

نص المادة 120 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها:" يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من

(1) علي فيلالي، مرجع سابق، ص434.

(2) المادة 210 من القانون المدني، سالف الذكر.

(3)عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء الأول ،الطبعة الثانية ، مرجع سابق، ص 83-84.

طرف المتعاقدين" فوفقا لنص هذه المادة فيستبعد. يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة في حالة الفسخ الإتفاقي.[1]

والمادة 392 ق.م.ج التي تنص على أنه:" في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع ودون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل، وهذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك". هنا نص القانون صراحة على فسخ البيع لصالح البائع عند إخلال المشتري بدفع الثمن عند الأجل المتفق عليه، وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يمنح نظرة الميسرة. [2]

وكذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 464 فقرة 2 من القانون التجاري لا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و438 من هذا القانون. [3]

2) أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك، بأن كان في عسر مؤقت ينتظر زواله.

يتبين من استعمال المشرع عبارة "حسب الظروف" في المادة 2/119 من القانون المدني وعبارة نظرا لمركز المدين " ومراعاة للحالة الاقتصادية" في المادة 2/281 من نفس القانون أما حالة المدين تستشف من ظرفه الإقتصادية ومركزه وبالتالي هي من الظروف التي تستدعي منح أجل قضائي للمدين حتى يتمكن من تنفيذ إلتزامه ويجب ان يكون:

أ- حسن النية

فمبدأ حسن النية من المبادئ العامة التي تحكم تنفيذ العقد، وقد أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 107 ق.م حيث تنص الفقرة الأولى منها على أنه:" تقييد العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية" والنية الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك. [4]

فإذا ما ثبت أن المدين سيء النية وتعمد عدم التنفيذ، فإنه لا يستفيد من هذه المهلة.

ب-أن يكون عاثر الحظ:

لا متعمدا عدم الوفاء ولا مقصرا فيه، تمر به أزمة طارئة مؤقتة منعته من التنفيذ يمكن أن يتجاوزها بإعطائه أو منحه الأجل، كما يمكن في هذه الحالة أن يقوم القاضي بمراجعة العقد بتطبيقه لأحكام نظرية

(1) المادة 120 من القانون المدني، سالف الذكر.

(2) المادة 392 من القانون المدني، نفسه.

(3) المادة 2/464 من الأمر 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-09 المؤرخ في 04 شوال عام 1443 الموافق ل 5 ماي سنة 2022.

(4)طرطاق نورية، مرجع سابق،ص129

الظروف الطارئة إذا ما توفرت شروط هذه الأخيرة، قام بتأخير أجل الوفاء عن الأجل المحدد في العقد، فإنه يكون في هذا الحال قد طبق أحكام نظرة الميسرة، أو بالتالي يعد تطبيق نظرية الظروف الطارئة أحد صور نظرة الميسرة. [1]

ج- أن لا يكون المدين معسرا:

ويقصد بالإعسار تلك الحالة القانونية التي تنشأ من زيادة المدين المستحقة الآداء على حقوقه ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار، فلا يجوز للمدين المعسر أن يطلب إمهاله الأجل، بل يجب أن يكون لديه من المال ما يكفي للوفاء بإلتزامه، سواء كان في شكل عقار أو منقول، لكن تعذر عليه بيعه، فيطلب منحه آجلا للقيام بذلك أو تكون لديه أموال عند الغير مستحقة الدفع في مواعيد متعاقبة كأجر عمله، بحيث تكون تلك الأموال كفيلة بتسديد دينه ولو قسط عليه القاضي الدين.

3) أن لا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرار جسيما:

فإذا كان في نظرة الميسرة ما يصيب الدائن بضرر جسيم، كأن يكون قد اعتمد على استيفاء الدين ليفي هو دينا عليه لا يستطيع التأخر في الوفاء به، أو كانت نظرة الميسرة صفقة يعود فواتها عليه بضرر جسيم، فليس من العدل التخفيف على المدين في مقابل الإضرار البالغ للدائن.[2]

فالقاضي مجبر على منحه لنظرة الميسرة الموازنة بين مصلحة الطرفين مع تغليب مصلحة الدائن غالبا، والملاحظ على المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط، على عكس المشرع المصري الذي أورده في نص المادة 346 من قانون المدني. [3]

4) أن يكون الأجل الممنوح للمدين معقولا وليس طويلا:

فلا يجوز أن يمنح القاضي المدين أجل طويلا يعطل فيه الدائن حقه، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ماهو ضروري، ليتمكن المدين من الوفاء[4]، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجالا متعاقبة لا أجلا واحدا، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ في مواعيدها وفي مقاديرها قدرة المدين على الوفاء.

---

(1)طرطاق نورية،مرجع سابق، ص121.

(2) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الإنقضاء)،الجزء الثالث، منشأة المعارف بالإسكندرية،2003،ص695.

(3) محمد بوكماش، مرجع سابق، ص378.

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، (الأوصاف، الحوالة، الإنقضاء) مرجع سابق ، ص696.

وقد حدد أيضا المشرع الجزائري هذا الأجل بما لا يزيد عن سنة واحدة بموجب نص المادة 281 من القانون المدني، يقولها:" .... أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز مدة سنة.....".

إذا توافرت الشروط الأربعة السابقة ذكرها جاز للقاضي أن يمنح المدين أجلا لتمكنه من تنفيذ إلتزامه التعاقدي، وللقاضي السلطة التقديرية للقول أن كان هناك ما يستدعي منح المدين اجلا أم لا، حسب ملابسات كل قضية معروضة أمامه، و لا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك. [1]

الفرع الثاني: إجراءات منح نظرة الميسرة:

لقد جعل المشرع الجزائري أمر منح الأجل القضائي أو رفض منحه، أمر جوازيا للقاضي ومتروك لتقديره، إذ له سلطة تقديرية واسعة في هذه المسألة شرط أن يسبب حكمه.

إلا أن هذه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في منح الأجل القضائي تختلف حدودها بإختلاف الدعوى التي يلجأ إليها الدائن، فالدائن يتمتع بحق الخيار في أن يطلب تنفيذ الإلتزام بموجب دعوى طلب التنفيذ (أولا) أو أن ينهي العلاقة التعاقدية برفعه لدعوى فسخ العقد(ثانيا).

أولا: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ:

يقصد بدعوى التنفيذ تلك الدعوى التي يرفعها أحد المتعاقدين على الآخر طالبا منه تنفيذ إلتزامه، والأجل الممنوح في هذه الحال أساسه قواعد العدالة وذلك بالتخفيف من شدة القوة الملزمة للعقد التي تقوم على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ، ومهلة التنفيذ التي يرفعها الدائن يجوز أن تتحدد خروجا عن الأصل العام في المهلة القضائية طبقا للقاعدة العامة أن لا تتحدد.[2].

حيث يجوز للقاضي طبقا لنص المادة 2/281 ق.م أن يتدخل بمنح المدين آجالا ملائمة لتنفيذ إلتزاماته عندما يطرأ خلالها حادث إستثنائي يؤدي إلى جعل المدين ينفذ إلتزاما مرهقا، بمعنى المخالفة، فإن في حالة ماكان المدين قد إرتكب خطأ أدى إلى وقوع ظرف طارئ حال دون تنفيذ إلتزامه ففي هذه الحالة من الغير المتوقع أن يستفيد بأجل بسبب تقصيره. [3]

ومن خلال هذه الدعوى يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا واحدا أو عدة أجال متعاقبة كأن يتم دفع الدين على أقساط كلما استدعت حالته ذلك، على أن يراعي في مواعيدها قدرة المدين على الوفاء، مع

(1) عبيدة نجاة، مرجع سابق، ص144.

(2) طرطاق نورية، مرجع سابق، ص131.

(3)بوكماش محمد، مرجع سابق، ص382.

الأخذ بعين الإعتبار مجموعة من الشروط القانونية، ولا يجوز للمتعاقدين الإتفاق على ما يخالف ذلك لأنه من النظام العام. [1]

كما أن هناك عقود تقتضي طبيعتها عدم منح نظرة الميسرة، مثل في عقد الوديعة، لأنه إذا طلب المودع من المودع لديه محل الوديعة، تعين عليه الإستجابة لهذا الطلب، وإذا تقاعس عن التنفيذ ولجأ الدائن إلى الفسخ بعد إعذاره، فلا يجوز منح المدين أجلا للتسليم لتعارض ذلك مع مصلحة الدائن. [2]

ثانيا: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ.

نجد نطاق الفسخ في العقود الملزمة لجانبين فإذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد[3]، والأصل في الفسخ أن يكون قضائيا ما لم تتوافر حالة من حالات التي يفسخ فيها العقد من تلقاء نفسه، وللقاضي السلطة الواسعة في منح المدين أجل لتنفيذ إلتزاماته بعد مراعاة ظروفه.

ولرفع دعوى الفسخ يجب أن تتوفر مجموعة من شروط هي:

1- أن يكون العقد محل الفسخ ملزما لجانبين.
2- أن يطلب الدائن بالفسخ وأن يكون قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد.
3- عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه.
4- أن يسبق طلب الفسخ إعذار المدين.

و عند توفر هذه الشروط تقام دعوى الفسخ، هنا تثبت السلطة التقديرية للقاضي بموجب السلطة المخولة له قانونا، والتي نصت عليها المادة 119 الفقرة الثانية التي تنص على:" ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات".

معنى هذا أن القاضي له السلطة التقديرية في تقرير مايراه مناسبا وفي ضوء ملابسات القضية ومصلحة الأطراف أن يقضي بفسخ العقد أو أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ إلتزامه[4]، وبالتالي فإن منح المدين مهلة

(1)عبيدة نجاة، مرجع سابق، ص146.
(2)مرجع نفسه، ص146.
(3)طرطاق نورية، مرجع سابق، ص22.
(4)علي فيلالي، مرجع سابق،ص461.

أثناء نظر دعوى الفسخ جوازي للقاضي وليس حقا للمدين. [1]

الفرع الثالث: أثار نظرة الميسرة:

يترتب على منح القاضي للمدين نظرة الميسرة جملة من الآثار نفصل فيها فيما يلي:

أولا: أثار نظرة الميسرة بالنسبة للمتعاقدين:

1) نسبية أثر نظرة الميسرة بالنسبة للمدين:

لنظرة الميسرة أثر نسبي فهو مقصور على المدين الذي منح له الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه، مادام هؤلاء لم يمنحوا مثله نظرة الميسرة[2]، وهذا على خلاف القاعدة العامة التي تقضي بأن ما يفيد أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقي ذلك لأن نظرة الميسرة إنما تمنح للمدين نظرا لظروفه الشخصية فلا يتعدى أثرها إلى غيره من المدينين ممن ليست لهم هذه الظروف بإستثناء الكفيل الذي ينتفع بذلك والا لجاز للدائن أن يرجع على الكفيل ليتقاضى منه الدين، ويرجع الكفيل فيما بعد على المدين مما وفاه الدائن، فلا تكون هناك فائدة من منح المدين نظرة الميسرة. [3]

2) نسبية أثر نظرة الميسرة بالنسبة للدائن:

أثر نظرة الميسرة مقصور على الدائن الذي حكم في مواجهته بنظرة الميسرة بها فلا يتعدى إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول، لأن الحكم على أحد الدائنين لا يضر بالباقي، والواجب على المدين أن يدخل كل الدائنين المتضامنين في الدعوى ليحصل على حكم في مواجهتهم جميعا بمنحه نظرة الميسرة، وهذه الأخيرة يلتزم بها ورثة الدائن، لأن وضعية المدين لم تتغير. [4]

ثانيا: أثار نظرة الميسرة بالنسبة لأعمال التنفيذ:

1) وقف إجراءات التنفيذ:

يترتب على منح نظرة الميسرة وقف جميع أعمال التنفيذ، حتى ينقضي الأجل الممنوح للمدين من قبل القاضي، حتى قبل البدأ فيه، وإذا كان الدائن قد بدأ في التنفيذ، ثم منح المدين نظرة الميسرة وجب وقف

(1) عبيدة نجاة ،مرجع سابق ،ص147.

(2)عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الإلتزام بوجه عام، (الاوصاف، الحوالة، الانقضاء)، مرجع سابق،ص700.

(3)طرطاق نورية، مرجع سابق، ص133.

(4)طبيب فايزة، مرجع سابق،ص316.

جميع إجراءات التنفيذ، أما إذا استمر الدائن فيها، كان ما باشره منها بعد منح المدين نظرة الميسرة باطلا.[1]

لكن تجدر الإشارة إلى أنه ما تم من إجراءات قبل منح نظرة الميسرة، يبقى قائما وصحيحا ومرتبا لآثاره، وبإنقضاء الأجل دون الوفاء يكون للدائن الحق في مواصلة إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفة، دون الحاجة إلى إعادة الإجراءات من جديد وهذا طبقا لنص المادة 281 فقرة الثانية من القانون المدني التي تنص على :" غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وان يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها"، وكذلك الفقرة الأخيرة من ذات المادة:" وفي حالة إيقاف التنفيذ فإن الآجال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، بصحة التنفيذ تبقى موقوفة إلى إنقضاء الأجل الذي منحه القاضي"، وإذا كان القاضي قد قسط الدين على المدين بأن منحه آجالا متعاقبة، فإن تأخر المدين في أي قسط من هذه الأقساط يجعل جميع الأقساط الباقية حالة، ويستطيع الدائن أن ينفذ بها. [2]

2) جواز القيام بالإجراءات التحفظية:

يحق للدائن أن يتابع الإجراءات التحفظية لحماية حقه، كقطع التقادم وقيد الرهن وتجديد قيده ونحو ذلك، بحيث ما تم من هذه الإجراءات كإعذار يبقى حافظ لآثاره، فإن الأجل الواقف لا يمنع من اتخاذ هذه الإجراءات كما رأينا. [3]

كما يكون بإمكان المدين أن يرفع الدعوى الغير مباشرة طبقا لنص المادة 189 [4]من القانون المدني الج فهي الدعوى التي يرفعها الدائن بإسم مدينه بالنيابة عنه كذلك الدعوى البوليصية نصت عليها مادة 191 ق.م.ج [5]وهي الوسيلة التي يواجه بها الدائن التصرفات الإيجابية، لا السلبية عما في الدعوى الغير مباشرة التي يقوم عليها مدينه والتي من شأنها الإنقاص من الضمان العام الذي يعول عليه الدائن لإستيفاء حقه، كما له الحق في الحبس طبقا لنص المادة 200 من القانون م الج .

وذلك لأن الأجل الممنوح للمدين لا يمنع الدائن من إستعمال حقه في الحبس.

---

(1) رشيد دحماني،عمار زعبي ،مرجع سابق ،ص142.

(2)طرطاق نورية، مرجع سابق،ص13.

(3)عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام (الاوصاف،الحوالة،الإنقضاء) ،مرجع سابق،ص 699.

(4)دربال عبد الرزاق،مرجع سابق،ص32-33.

(5)المرجع نفسه، ص34-35.

والحق في الحبس يكون في صورة الدفع بعدم التنفيذ المنصوص عليه في المادة 123 من ق.م.ج في العقود الملزمة لجانبين، فيكون كل التزام سببا للإلتزام المقابل.

3) بقاء الدين مستحق الأداء:

لا يترتب على منح نظرة الميسرة تأخير إستحقاق الدين، فالدين يظل مستحق الأداء، ويترتب على ذلك مايلي:

يستطيع المدين أن يقوم بالوفاء قبل التاريخ المحدد في نظرة الميسرة، حيث أن الأجل القضائي مشروع دائما لمصلحة المدين.

إذا وفى المدين المستفيد من نظرة الميسرة قبل الأجل الذي حدده القاضي فإن هذا الوفاء يسري في حق باقي الدائنين، وذلك لأن استحقاق الدين قد حل. [1]

إن نظرة الميسرة لا تمنع من وقوع المقاصة بين الدين الذي منحت عنه نظرة الميسرة وبين دين في ذمة الدائن للمدين، يحل بعد منحها تطبيقا لنص المادة 297 من القانون المدني للفقرة الثانية:" للدين حق المقاصة بين ماهو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف بسبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع والجودة وكان كل منها ثابتا وخاليا من النزاع و مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاءا".

"ولا يمنع المقاصة تأخير ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن".

إذا كان القاضي قد قام بتقسيط الدين على المدين، وذلك بمنحه آجالا متعاقبة، فإذا تأخر المدين في أي قسط من الأقساط الباقية حالة، ويستطيع الدائن أن ينفذ بها. [2]

(1)طبيب فايزة، مرجع سابق، ص315.

(2)طرطاق نورية، مرجع سابق، ص134.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي).

باتت إستخدامات الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي شائعة في الحياة المعاصرة، حيث أصبحت جزءا لا يتجزأ من العقود، ويعتبر هذا النوع من الشروط جزءا من حرية الطرفين في التعاقد، والتي تضمنها التشريعات المدنية الحديثة، في حالة وقوع خطأ يؤدي إلى إلحاق ضرر بالطرف الآخر وتوافر جميع شروط الإتفاق، فإنه يستحق التعويض المتفق عليه سلفا، وفي حالة عدم ملائمة درجة الضرر مع التعويض الذي تم الإتفاق عليه، يتدخل القاضي لإعادة توازن العلاقة العقدية.

ومنه سنتناول في هذا المبحث: مفهوم الشرط الجزائي (المطلب الأول) ثم كيفية تعديله من طرف القاضي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي:

ويستوجب الوصول إلى مفهوم واضح ودقيق للشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي البحث عن تعريفه (الفرع الأول) وتبيان خصائصه (الفرع الثاني) وشروط إستحقاقه(الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي

أولا: التعريف اللغوي:

إن أصل معنى كلمة الشرط لغة تدل على علم وعلامة، وما كان من باب العلم على الشيء أو العلامة عليه، فهو شرط في اللغة ومنه: الشرط بمفهومه في باب العقود، فهو علامة يجعلها المتعاقدان على ما يراه كل منهما هاما في العقد الذي يجريانه، وتطلق الشروط على الصكوك (لأنها علامات دالة على التوثيق). [1]

والشرط له عدة معان في اللغة، والذي يعنينا هنا الشرط بمعنى إلزام الشيء وإلتزامه، ومنه قول الفيروز آبادي الشرط إلزام الشيء وإلتزامه في البيع ونحوه. [2]

ثانيا: التعريف الإصطلاحي:

عرفه الجرجاني بقوله:" الشرط في الشريعة عبارة عما يضاف الحكم إليه وجودا عند وجوده لا وجوبا. [3]

---

(1) الفيزوز آبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص869.

(2)الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني، الكليات بتحقيق عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت.1683 ص529

(3)علي بن محمد الجرجاني،التعريفات ط1، دار الكتب الجامعية، بيروت ، 1983،ص125.

وهو تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني وقيل: الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده وقيل: الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه. (1)

ثالثا: التعريف الفقهي:

إن الدائن والمدين في الكثير من الحالات لا يتركان تقدير التعويض إلا للقاضي كما هو في الأصل، بل يقومان بالإتفاق المسبق على تقرير هذا التعويض عن عدم التنفيذ، أو على تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه هذا هو التعويض عن التأخير، وهذا الإتفاق مقدما على التعويض يسمى بالشرط الجزائي. (2)

وقد عرفه الأستاذ أنور سلطان بقوله:" التعويض الإتفاقي يقدران فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن، إذا لم ينفذ المدين إلتزامه أو إذا تأخر في تنفيذه. (3)

وعرفه الأستاذ toullier بأنه ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ إلتزامه أو لتأخره في تنفيذه. (4)

وهو أيضا بند يشتمل على تحديد مقدار التعويض في حالة إخلال أحد الطرفين بإلتزاماتها في العقد، سواء بالإمتناع عن أداء إلتزامه المتفق عليه، أو بالتأخير في الأداء، أو بسبب الضرر. (5)

ولقد إكتفى المشرع الجزائري بتأكيد مشروعيته في المادة 183 قانون مدني على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق. (6)

الفرع الثاني: خصائص الشرط الجزائي:

يتميز الشرط الجزائي بثلاث خصائص جاءت وفقا للمادة 183 ق.م. وهي كالتالي:

أولا: الشرط الجزائي إتفاق:

الشرط الجزائي يمثل إتفاقا بين الأطراف المتعاقدين ويجب أن يتضمن الأحكام الضرورية المتفق عليها في أي عقد صحيح بما في ذلك الرضا، المحل، السبب(7)، والغالب أن يتم النص على التعويض

---

(1) محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، ط 1،دار الكتب العلمية،2003،ص121.

(2) عبد الرزاق السنهوري، نظرية الإلتزام بوجه عام الإثبات، أثار الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت–لبنان،1997،ص1981.

(3) يوسف حسن يوسف العقود التجارية الإلتكرونية الدولية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012،ص315.

(4) أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام أحكام الإلتزام، دار المطبوعات، إسكندرية،1997،ص172.

(5) فرقاني قويدر نور الإسلام" **إستحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القانون في تعديله**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المركز الجامعي، تيبازة–ا، المجلد7، العدد2، الجزائر 2010،ص658.

(6) المادة 183 من القانون المدني، سالف الذكر.

(7) المادة (105–59) من القانون المدني نفسه.

في عقد الإلتزام الأصلي غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون الإتفاق عليه لاحقا للعقد الأصلي، وهذا ما نصت عليه المادة 183 ق.م.ج بقولها "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق".

فلا يمكن تصور شرط جزائي مصدره القانون وتتجلى الإرادة كمصدر للإلتزام في شكلين هما: العقد والإرادة المنفردة، وأيضا ليس من الضروري وضع الشرط الجزائي ضمن العقد الأصلي فيمكن أن يكون في إتفاق لاحق للعقد، ولكن يشترط أن يكون هذا الإتفاق اللاحق قبل وقوع الضرر الذي يقدر الشرط الجزائي التعويض عنه. (1)

ويشترط في الشرط الجزائي أن يتم الإتفاق قبل إخلال المدين بإلتزامه سواء بعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ. (2)

ولقد أجاز المشرع الجزائري إحتراما لمبدأ سلطان الإرادة التحكم في الأثار المترتبة عن المسؤولية العقدية بالنسبة لطرفي العقد، والتي من بينها قيمة التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذ أحد طرفيه إلتزاماته التعاقدية الذي يسمى بالشرط الجزائي وفقا لسلطان الإرداة وعملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وبذلك لا يترك الطرفان مجالا للقاضي لتقدير قيمة التعويض المستحق حسب ما تم الاتفاق عليه، فلا يعدله لا بالزيادة ولا بالنقصان بغض النظر عن مقدار الضرر. (3)

ثانيا: الشرط الجزائي إلتزام إحتياطي.

الشرط الجزائي هو وسيلة إحتياطية لا يلجأ إليها إلا عند عدم التنفيذ العيني للإلتزام وعليه فإن للدائن إلا المطالبة بالإلتزام الأصلي إذا كان التنفيذ العيني ممكنا والطابع الإحتياطي للشرط الجزائي يثير مسألتين هامتين:

- هي مبدأ عدم الجمع بين الإلتزام الأصلي والشرط الجزائي إلا في حالة إذا كان المقصود منه التعويض عن التأخير في التنفيذ.
- هي أن الإلتزام بالشرط الجزائي ليس إلتزاما بدليا ولا تخييريا، بمعنى أن المدين لا يستطيع أن ينفذ الشرط الجزائي بدلا عن الإلتزام الأصلي. (4)

---

(1) يوسف حسن يوسف، مرجع سابق، ص316.

(2) أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، مرجع سابق، ص173.

(3) تغريت رزيقة، **الشرط الجزائي بين سلطان الإرادة وسلطة القاضي**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، مجلد 15، العدد1،الجزائر 2012،ص302.

(4) عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، أثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2011،ص 84

ولا يمكن أن يجتمع الشرط الجزائي قانونا مع التعويض لأنه بمثابة التعويض، إلا إذا قصد به التعويض عن التأخر في التنفيذ كما أنه لا يجتمع الشرط الجزائي مع التنفيذ العيني إلا إذا كان مشروطا كتعويض عن التأخر في التنفيذ.

فإذا قامت مسؤولية المدين العقدية نتيجة هذا الإخلال، تحدد التعويض الذي يتحمله جزاء ذلك، وهذا وفقا لشرط الجزائي المتفق عليه مقدما، ومن ثم فإن الإلتزام بالشرط الجزائي هو إلتزام تعويضي إحتياطي. [1]

ومن المتفق عليه أن الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ لا يتغير دون مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني للإلتزام الأصلي فله أن يختار أحدهما.

حيث يرى بعض الفقهاء أنه مستمد من القواعد العامة حيث يمكن للدائن أن يطالبه بدلا من التعويض بتنفيذ الإلتزام عينا، حيث يرى البعض الآخر أن هذا الحق ينتج عن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.

ويتبين لنا أن هناك إلتزامين أحدهما أصلي يرد عليه التنفيذ العيني والآخر تبعي يكتفي به الدائن إذا لم ينفذ الإلتزام الأصلي. [2]

ثالثا: الشرط الجزائي إلتزام تبعي:

لا ينشئ الشرط الجزائي مستقلا بذاته، وإنما يعتبر تابعا للإلتزام الأصلي ولا يكون له وجود إلا لوجود الإلتزام الأصلي، فهكذا فإن الشرط الجزائي يتأثر بما يرد على الإلتزام الأصلي فإذا ما بطل هذا الأخير بطل معه الشرط الجزائي، لكن بطلان الشرط الجزائي لا يؤدي إلى بطلان الإلتزام الأصلي. [3]

وفي حالة فسخ العقد الذي انشأ الإلتزام الأصلي وإنقضاء إلتزام المدين، فإن الشرط الجزائي ينقضي بدوره، وكذلك إذا كان الإلتزام الأصلي موصوفا، كما لو كان معلقا على شرط أو مضاف إلى أجل، فإن هذه الأوصاف تلحق الشرط الجزائي بالتبعية، وهذا إعمالا لفكرة التابع يتبع الأصل. [4]

---

(1) بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2015،ص149.

(2)يوسف حسن يوسف، مرجع سابق، 317-318.

(3)محمد الأمين مزيان، خولة عواد,**أحكام الشرط الجزائي في عقد البيع بالإيجار الوارد على السكنات**، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، ، مجلد 20، العدد1، 2019الجزائر، ص567.

(4)بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في قواعد الفق الإسلامي و الأنظمة السعودية، مرجع سابق، ص148.

رابعا: الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض:

هذه هي الصفة التعويضية للشرط الجزائي الناشئة من كون هذا التعويض الإتفاقي قد تم تقديره مقدما من طرف المتعاقدين أي قبل وقوع إخلال المدين بإلتزامه ولا يستطيع المتعاقدين التنبؤ مسبقا بمقدار الضرر المادي الفعلي أو الحقيقي الذي يصيب أحدهما من جراء إخلال الطرف الآخر بتنفيذ إلتزامه أو الإمتناع عنه، وبالتالي فإنه يشترط لتطبيق الشرط الجزائي المحدد مقدما حصول الضرر ممن أخطأ، فأخر يشرط العقد المتفق عليه. (1)

الفرع الثالث: شروط إستحقاق الشرط الجزائي:

يتوجب إستحقاق الشرط الجزائي توافر مجموعة من الشروط (أولا) الخطأ والضرر (ثانيا) والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر (ثالثا) و أخيرا الاعذار (رابعا).

أولا: الخطأ:

إختلف الفقهاء في تعريف الخطأ والراجح أن الخطأ يعرف بأنه الإنحراف عن السلوك الطبيعي للشخص العادي.

ولكي يكون التعويض الإتفاقي مستحقا يجب أن يكون هناك خطأ بغض النظر عن شكله والذي غالبا ما يكون خطأ عقديا، فيقع عبء اثبات هذا الخطأ على الدائن، وفقا للقواعد العامة، فإذا كان الإلتزام العقدي الذي قصر المدين في الوفاء به إلتزاما بتحقيق نتيجة، فيكفي أن يثبت الدائن عدم تحققها وعندئذ يفترض الخطأ في جانب المدين.

فلا مسؤولية على المدين إن لم يكن هناك خطأ، ولا يستحق التعويض ولا محل بذلك لإعمال الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي). (2)

وإذا كان إلتزام المدين إلتزام ببذل عناية فعلى الدائن إثبات خطأ المدين الذي ترتب عليه عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذه أي إثبات إهمال المدين، بإعتباره واقعة مادية فإنه يتم إثباته بكافة طرق الإثبات.

وينتقل عبء الإثبات إلى المدين بأن يثبت أنه قد بذل العناية اللازمة: وهي عناية الرجل المعتاد في نفس الظروف، وفي حالة إذا كان تنفيذ الإلتزام أصبح مستحيلا إستحالة لا يكون التنفيذ معها مرضيا للدائن

(1) االعربي بلحاج ،أحكام الإلتزام في قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، مرجع سابق، ص149.

(2) عائشة قصار الليل" **التعويض الاتفاقي ضمان لتنفيذ الإلتزام**" المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، المجلد 6، العدد2 ،2011، الجزائر ص947.

وكانت هذه الإستحالة راجعة لسبب أجنبي لا يد له فيه في هذه الحالة لا يجوز المطالبة بالشرط الجزائي بإستثناء حالة ما إذا كان المتعاقدان، قد إتفقا على أن يستحق التعويض الإتفاقي رغم إستحالة التنفيذ. [1]

ثانيا: الضرر:

يجب أن يلحق الدائن ضرر مادي كان أو معنوي، فإن لم يصب بضرر فلا يستحق التعويض.[2]

ويعتبر الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية، الذي بموجبه يستحق التعويض عام، فالدائن حتى يستحق الشرط الجزائي يجب أن يلحق به ضرر وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 184 ق.م.في فقرتها الأولى بقولها" لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه الضرر".

يلاحظ من خلال هذا النص أن الضرر مفترض فلا يكلف الدائن بإثباته وإنما على المدين أن يثبت عدم إصابة الدائن بأي ضرر لكي يتخلص من الشرط الجزائي، ويعتبر شرط وقوع الضرر من النظام العام، لا يمكن للأطراف إستبعاد تطبيقه بشرط إتفاقي آخر يجعل الشرط الجزائي مستحقا في غياب الضرر. [3]

وتنص القاعدة العامة على أنه في حال عدم وجود إتفاق مسبق مسؤولية عن تقرير التعويض، وذلك بأخذها في الإعتبار الخسائر التي تكبدها الدائن والفوائد التي فاتته بشرط لا تكون الأضرار نتيجة مباشرة لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير في تنفيذه.

ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية في حال عدم قدرة الدائن على تجنبه أو توقعه ببذل جهد معقول، وفي الالتزامات التي يكون مصدرها العقد يطالب المدين بتعويض عن الأضرار التي كان يمكن توقعها وقت إبرام العقد بإستثناء حالات الغش أو الخطأ الفادح، في هذه الحالات يحمل المدين المسؤولية عن الضرر، المتوقع وكذلك عن الربح الفائت كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية. [4]

ثالثا: العلاقة السببية:

لا يكفي لإعمال الشرط الجزائي تحقق الخطأ والضرر فقط، فيجب توفر العلاقة السببية بينهما بحيث يكون الضرر متولدا عن هذا الخطأ ونتيجة له، وقد سبق وقيل أن الخطأ بدون ضرر لا يترتب

(1) فرقاني قويدر، مرجع سابق، ص165-166.

(2) عبيدة نجاة مرجع سابق ص113

(3)مرجع نفسه، ص113.

(4)طارق محمد مطلق أبو ليلى، التعويض الإتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007،ص37.

عليه قيام المسؤولية، أما إذا إنتفت هذه العلاقة بأن كان الضرر اللاحق بالدائن. لم ينشأ نتيجة ثبوت خطأ من المدين. فإن المسؤولية لا تقوم كأن يكون سبب اجنبي عند المدين هو الذي أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن. والسبب الأجنبي قد يكون إما قوة قاهرة أو حادث فجائي, وإذا كان عدم التنفيذ أو التأخير فيه ناتجا عن أحد الأسباب أو إنتفت بأن كان الضرر غير مباشر، أو كان ضمن المسؤولية العقدية مباشرا ولكن غير متوقع ففي هذه الحالة لا تقوم المسؤولية ولا يستحق التعويض. [1]

كما لو أثبت المقاول أن السبب في عدم تنفيذه للعمل المتفق عليه في عقد المقاولة في الوقت المحدد راجع لسبب خارجي لا يد له فيه، ويشترط في هذه الأحداث أن تكون غير متوقعة الحصول.

ويقع على الدائن عبء إثبات العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الإلتزام والضرر الذي لحقه، أما العلاقة السببية بين عدم التنفيذ الإلتزام وسلوك المدين، فهي مفترضة في نظر المشرع الذي يفترض أن الخطأ راجع إلى الضرر وعلى المدين إذا كان يدعي العكس أن يقوم بنفي السببية بين عدم التنفيذ وسلوكه. [2]

رابعا: الإعذار.

لا يكفي قيام مسؤولية المدين لإستحقاق الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي المتحصل عليه في العقد أو بعد الإبرام لاحقا عن طريق توفر العناصر المذكورة أعلاه (إخلال الدائن بأحد إلتزاماته، وإلحاق الضرر بالمدين، وجود علاقة سببية بين الإخلال والإلتزام والضرر المتسبب) بل يشترط إضافة إلى ذلك شرط آخر مهم يتمثل في وجوب قيام الدائن المتضرر بإعذار المدين مسبب الضرر في كل الحالات التي يشترط فيه القانون ذلك وهذا ما أقر به المشرع المدني في المادة 179" لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف ذلك".[3]

وهذا ما كرسه إجتهاد المحكمة العليا في القرار رقم 206/796 بتاريخ 2000/1/12 بحيث جاء في منطوق القرار" من الثابت قانونا أن طلب التعويض لا يستحق إلى بعد إعذار المدين كما شرطه المادة 180 من ق.م ويتجاهل قضاة الموضوع هذا الدفع وعدم مناقشته فإنهم اخطأوا مما ينبغي التصريح بنقض جهة الإستئناف لأول مرة".[4]

(1)بوكماش محمد، مرجع سابق، ص331.

(2)عبيدة نجاة، مرجع سابق، ص124.

(3) المادة 180من القانون المدني، سالف الذكر.

(4) قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية، ملف رقم 330245، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد 01،ص110-111.

ويعتبر حلول أجل الوفاء بالإلتزام غير كاف لوصف المدين بالتقصير في تنفيذ إلتزامه، يتطلب قبل كل شيء أن يقوم الدائن بتنبيه المدين من خلال إنذار رسمي فقط عند رفض المدين تنفيذ الإلتزام بعد ذلك الإنذار، يعتبر مقصرا ويلزم بدفع التعويض المتفق عليه، ولا يعفى العقد الذي يشمل تعويضا إتفاقيا من ضرورة إنذار المدين، ولا يفترض أن وجود التعويض يعد إتفاقا من ضرورة إنذار المدين، ولا يفترض أن وجود التعويض يعد إتفاقا ضمنيا لإعفاء الدائن من هذا الإجراء، وهذا الموقف أكدته محكمة النقض المصرية، حيث ذكرت أن المادة 288 من القانون المدني تنص على إن شرط إستحقاق التعويض عند عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخير في تنفيذه إعذار المدين مالم ينص على ذلك، ولا يعتبر مجرد تقدير التعويض في العقد أو حلول أجل الوفاء كافيا لإستحقاقه دون التقيد بإنذار المدين. [1]

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

المبدأ يقضي بأن يقوم القاضي بتطبيق الشرط الجزائي المتفق عليه بين الأطراف المتعاقدة بدون زيادة أو نقصان، في حال إخلال المدين في الوفاء بإلتزاماته مما ينتج عنه أضرار لدائن، ومع ذلك يحق للقاضي مراجعة وتعديل الشرط الجزائي سواء بزيادته أو تخفيضه، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 184 الفقرة الثانية ق.م.ج على أنه " يجوز للقاضي أن يخفض المبلغ المتفق عليه إذا كان الإلتزام قد نفذ جزء منه".

كما تنص المادة 185 ق.م.ج على أنه " إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما"[2]

وعليه سنتناول في هذا المطلب سلطة القاضي في زيادة وتخفيض الشرط الجزائي (الفرع الأول) وضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول :سلطة القاضي في زيادة وتخفيض الشرط الجزائي.

أولا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.

يكون تدخل القاضي في مجال التعويض الإتفاقي إما عن طريق زيادته (أولا) أو تخفيضه (ثانيا)

القاعدة الأساسية هي أن القاضي لا يتدخل لرفع قيمة الشرط الجزائي إذا زاد الضرر بل عليه أن يحكم تكريسا لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين.

وفي هذه الحالة يعتبر هذا الشرط تخفيفا من مسؤولية المدين.

---

(1) طارق محمد مطلق أبو ليلى مرجع سابق ص 43

(2) المادة 184-185 من القانون المدني، سالف الذكر.

ويمكن تنفيذه في إطار المسؤولية العقدية، وهو متفق عليه، ومع ذلك، يلاحظ أن منع القاضي من زيادة الشرط الجزائي، حتى في حالة زيادة الضرر قد يؤدي إلى نتائج سلبية، وإذا كان الهدف من عدم زيادة الشرط الجزائي بزيادة الضرر هو حماية الطرف الضعيف، أي المدين، فالدائن أيضا بدوره يحتاج إلى حماية. [1]

ويمكن للقاضي أن يقرر التعويض بمبلغ يتجاوز الشرط الجزائي في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وذلك إذا تعدى الضرر الذي وقع على الدائن القيمة المتفق عليها للتعويض بحيث لا يحق للدائن المطالبة بتعويض يزيد عن القيمة المتفق عليها، ما لم يثبت أن المدين إرتكب غشا أو خطأ جسيما. [2]

ويجب أن يصل القاضي بتلك الزيادة إلى مقدار الضرر الحاصل فحسب وهذا والاستثناءات السابقة من النظام العام، فلا يجوز الإتفاق على مخالفتها. [3]

وعليه حسب المادة 185 ق.م.ج فإن زيادة الشرط الجزائي تكون في الحالتين التاليتين:

1) إرتكاب المدين غشا:

إن تنفيذ العقود تحكمها عدة أحكام من بينها تنفيذ الطرفان إلتزاماتهما بحسن نية، إلا إذا قام الدائن بإثبات أن المدين قد تخلف عن تنفيذ إلتزاماته رغم قدرته على ذلك وبسوء نية، يقرر تعويضا إضافيا للدائن المتضرر بما يتناسب مع حجم الضرر الذي تكبده [4]

ويشكل الغش الذي يقوم به المدين من جزأين أساسيين جزء مادي يظهر في السلوك السلبي الذي يتبعه المدين بعد تنفيذ إلتزامه وجزء نفسي يتمثل في نية المدين إلزامه إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر وهو الدائن في هذه الحالة، من ثم يتحتم على الدائن إثبات غش المدين، إثبات الجانب المادي للغش يعد كافيا لتوسيع نطاق صلاحيات القاضي المسؤول عن القضية، بحيث يمكنه زيادة الشرط الجزائي نظير غش المدين، هذا لأن إثبات الجانب المعنوي للغش يكون صعبا، وأحيانا يكاد يكون مستحيلا. [5]

---

(1) سي يوسف زاهية حورية، **سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي**، المجلة النقدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد10، العدد1، جوان2015، الجزائر ص15.

(2)عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، العراق،2012،ص118.

(3) دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص19.

(4)تغريت رزيقة، مرجع سابق، ص 309..

(5) قارص بوبكر,الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص عقود مسؤولية مدنية, كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لحضر باتنة,الجزائر ,2015 ص106

2) إرتكاب المدين خطأ جسيما:

يعرف خطأ المدين في هذا السياق بأنه السلوك الذي يخالف التصرفات المتوقعة من شخص معقول ومسؤول في نفس الظروف، فإذا كان الإنحراف الذي يظهره المدين كبيرا وغير معتاد بحيث لا يمكن للشخص العادي أن يقدم عليه، فيعتبر الخطأ جسيما، بالمقابل إذا كان الإنحراف طفيفا يصنف الخطأ على أنه بسيط، الفارق بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط يكمن في درجة الإنحراف عن السلوك المتوقع.

ويقع عبء الإثبات دائما على من أدعى ما يعني أن الدائن هو الذي يثبت إنحراف المدين وإرتكابه خطأ جسيم وهذا ما تقضي به المادة 185م. [1]

ثانيا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

يجوز للقاضي أن يقوم بتخفيض الشرط الجزائي حتى يتناسب مع حجم الضرر الذي تعرض له الدائن نتيجة الإخلال بالتنفيذ، تحديدا تشير الفقرة الثانية من م184 ق.م.ج.إلى أنه يحق للقاضي تخفيض مبلغ التعويض في حالتين:

1) الحالة الأولى:

إذا إستطاع المدين إثبات أن التقدير المقدم لتعويض مبالغ فيه بشكل كبير، وهو ما يتنافى مع القانون الفرنسي، فقد رأينا أنه نص على عدم جواز الحكم بأكثر من الشرط الجزائي أو بأقل منه(م1152 ق.م.ف).

فإن السبب في تخفيض الشرط الجزائي يعتبر في هذه الحالة بمثابة غرامة تهديدية، وبالتالي يحق للقاضي إعادة النظر فيه. [2]

والمقصود بالمبالغة هو عدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ.

ويرجع لتحديد الإفراط لإعمال معيار عدم التناسب الكبير بين قيمة الضرر اللاحق بالدائن والتعويض الإتفاقي، فإذا أثبت المدين ذلك قام القاضي بخفض التعويض إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر الحاصل ولا يتوجب أن يكون متساويا له للمحافظة على الطابع الإتفاقي. [3]

---

(1) تغريت رزيقة، مرجع سابق، ص309.

(2) قاشي علال ، **الشرط الجزائي بين القانون لجزائري والشريعة الإسلامية**،دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي البليدة، المجلد4، العدد 2، الجزائر 2019، ص2262.

(3) يوسف حسن يوسف مرجع سابق ص 337

2) الحالة الثانية:

إذا نفذ المدين الإلتزام الأصلي جزئيا وكان تقدير التعويض على عدم التنفيذ أصلا، فالقاضي يخفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من إلتزامه أما إذا كان الشرط الجزائي في صورة عدم التنفيذ الكامل ينفذ الشرط الجزائي بأكمله وإن أقدم المشرط عليه تنفيذ بعض الإلتزامات. [1]

ونفس الحكم في حالة الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ حيث يجوز تخفيضه بنسبة ما نفذ من الإلتزام في المعياد إلى القدر الذي يتناسب مع الجزء الذي تأخر تنفيذه، والتخفيض لا يقصد التعادل بين المبلغ المحكوم وبين الضرر الذي أصاب الدائن بالفعل، بل يخفض القاضي المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن[2]

ففي حالة التنفيذ الجزئي نكون أمام ضرر أقل، وهذا ما دعا إليه الفقيه الفرنسي مارواني للقول:" عندما ينص الأطراف على مبلغ معين في حالة عدم التنفيذ الكلي، فمن العدل أن نعتقد أنهم اتفقوا على تخفيض التعويض في حالة التنفيذ الجزئي المقبول، إختيارا لأن الضرر أقل ويقع عبء التنفيذ الجزئي على المدين" وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة 2 من م 184 قانون مدني ... كما يلي" أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه..." [3]

فإذا تم تنفيذ جزء من الإلتزام، فإن الأضرار المترتبة عن ذلك التنفيذ الجزئي عادة أقل من تلك التي كانت ستحدث في حالة عدم تنفيذ الإلتزام بالكامل والتي على أساسها تم تقدير التعويض.

فينبغي تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي وتخفيضه بناءا على مقدار الإلتزام الذي تم تنفيذه، فالعدالة تتطلب عدم فرض تعويض كامل إذا تم تنفيذ جزء من الإلتزام، هذا التخفيض لا يؤثر على صحة الإتفاق الأصلي ويعتبر جوازا للقاضي، خاصة إذا كان المبلغ المستحق تافها، مقارنة بحجم الإلتزام الأصلي أي غير ذي فائدة للمدين. [4]

---

(1)يوسف حسن يوسف، مرجع سابق، ص338.

(2)قاشي علال، مرجع سابق، ص13-14.

(3)سي يوسف حورية، مرجع سابق، ص13-14.

(4) بيطار صبرينة، **تخفيض القاضي لقيمة الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي بالالتزام الأصلي**، ملتقى وطني حول سلطة القاضي في تعديل العقد، 28 و29 افريل 2014 المنظم من طرف مخبر القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ادرار، ص 2 3.

الفرع الثاني: ضمانات سلطة القاضي في تقدير الشرط الجزائي.

أحيطت سلطة القاضي بمجموعة من الضمانات التي تتمثل في أن سلطة القاضي من النظام العام (أولا)، وعدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني (ثانيا). وخضوعه للرقابة المحكمة العليا(ثالثا).

أولا: سلطة القاضي من النظام العام.

يمكن القول بأن القاعدة القانونية تتصل بنظام المجتمع الأعلى، حيث تكون ملزمة للجميع وتعتبر أساسا لتنظيم السلوك والعلاقات في المجتمع إذا ما إنتهك أحد الأفراد هذه القواعد فإنه يتعرض للعقوبة، ويعتبر جزءا من النظام العام، ويفهم النظام العام على أنه مجموعة من القيم والمبادئ التي تحكم سلوك الأفراد وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة سواءا كانت إجتماعية أو إقتصادية أو سياسية، ومع ذلك فإن مفهوم النظام العام قد يختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمان لآخر وهذا يرجع إلى الثقافة والقيم المتبناة في كل مجتمع، على سبيل المثال تعدد الزوجات لا يعتبر مخالفا للنظام العام في القانون الجزائري في حين يعتبر كذلك في فرنسا. [1]

فسلطة القاضي في التعديل تحمل صفة النظام العام، وبالتالي لا يمكن إتفاق الطرفين على إستبعادها، فإذا تم ترك سلطة التعديل بدون هذه الخصيصة، فقد يتردد الطرف القوي في فرض الشروط التي تستبعد هذه السلطة على الطرف الضعيف لذلك، إذا وافق الطرف على شرط جزائي مرتفع أو منخفض بشكل كبير، فقد يكون راضيا عن إستبعاد سلطة القاضي فيما يتعلق بهذا الشرط.

وإنطلاقا من هذا فإن أي إتفاق على إستبعاد سلطة القاضي يعد باطلا وهو ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في المادة (3/184):" ويكون باطلا كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه"[2] وهذا يهدف إلى حماية الحرية العقدية والمصلحة العامة وحماية الفئات الضعيفة. [3]

---

(1) بورنان العيد، الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي السياسية، سيدي بلعباس، الجزائر،2020،ص125.

(2)بوكماش محمد، مرجع سابق، ص348.

(3) عاشور فاطمة **النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد**، مجلة، دائرة البحوث والدراسات القانونية، والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله تيبازة العدد السابع، الجزائر 2019،ص18.

ثانيا: عدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني:

من المبادئ المقررة أنه لا يمكن الجمع بين تنفيذ الإلتزام عينا وبين الحصول على تعويض إتفاقي عن عدم التنفيذ، لأنه يشكل إستخداما مضاعفا لنفس الحق فالجزاء في حالة التنفيذ يعادل الإلتزام نفسه، لذا يعتبر كل من التعويض الإتفاقي والتنفيذ العيني بمثابة بديل الإلتزام وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها" المقرر في قضاء محكمة النقض أن طلب التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بطريق التعويض قسيمان متكافئان قدرا أو متحدان موضوعا يندرج كل منهما في الآخر ويتقاسمان معا تنفيذ الإلتزام الأصلي".[1]

لم تتضمن مواد القانون المدني الجزائري ما يفيد الحكم بهذه القاعدة رغم وجاهتها، ولكن منطق العدل وروح القانون يدعمانها حيث يعتبر أن المدين الذي ينفذ إلتزامه يحقق الغرض منه وإذا لم ينفذه يتحمل العقوبة المحددة، جبرا للضرر الذي تكبده الدائن، هذا يعتبر تحقيقا للعدالة وفقا للمنطق القانوني، وبالمقارنة مع القانون الفرنسي يلاحظ وجود نص صريح يمنع الجمع بين الإلتزام العيني والشرط الجزائي.[2]

ثالثا :رقابة المحكمة العليا:

إن الرقابة القضائية تعتمد على عدة عناصر منها ما هو قانوني ومنها ما هو واقعي.

1) العناصر القانونية في الرقابة على الشرط الجزائي.

تعتبر الرقابة على شرعية الشرط الجزائي من المسائل القانونية، حيث يعني عدم الشرعية إنتهاكا للنظام العام ولأداب العامة، خاصة القواعد القانونية الآمرة، وبالتالي فإن سلطة قاضي النظر في المشروعية تعتبر سلطة مقيدة، يخضع قرارها لرقابة المحكمة العليا، التي تقيم مدى تطابق الشرط الجزائي المبني في العقد مع القانون، وتصدر حكما بالنقض إذا تبين عدم التطابق.

2) العناصر الواقعية في الرقابة على الشرط الجزائي.

تكمن في تقدير الإفراط في التقدير والتنفيذ الجزئي للحكم بتخفيض قيمة الشرط الجزائي في حين أن المشرع ج في نص المادة 184 ف.م.ج لم يحدد للقاضي معايير مضبوطة يتقيد بها عند تقديره لتعويض الإتفاقي مقارنة بالضرر الذي لحق الدائن.

(1) طارق محمد مطلق أبو ليلى، مرجع سابق، ص56.

(2) قارص أبو بكر،الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري مرجع سابق، ص78.

غير أن القاضي لا يخضع في تقديره لرقابة محكمة النقض إلا أنه ملزم بالتسبب لأن سلطته تمارس في حدود القانون. [1]

(1)قارص أبو بكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص84.

خلاصة الفصل الثاني:

في نهاية فصلنا هذا، يمكننا استخلاص أن تعديل العقد في مرحلة التنفيذ يمثل سلطة مهمة مخولة للقاضي، تهدف إلى تنظيم وإعادة التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة، هذه السلطة تُعَدّ إجراءً علاجياً يسعى لضمان استمرار العقد وحمايته من الفسخ، سواء كان ذلك بسبب الظروف الطارئة التي قد تؤثر على تنفيذ الالتزامات أو عند تطبيق الشرط الجزائي في حالة الإخلال بالعقد سلطة القاضي في تعديل العقود ليست مطلقة، بل هي مقيدة بحدود قانونية وبما تقتضيه الظروف المحيطة بكل حالة على حدة فالقاضي يتعين عليه مراعاة النصوص القانونية والظروف الاستثنائية التي قد تنشأ أثناء تنفيذ العقد، بهدف تحقيق العدالة وضمان التوازن العادل بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة .هذه المرونة في سلطة القاضي تُمكِّنه من معالجة حالات قد لا تكون منظورة عند إبرام العقد، مما يعزز من استقرار المعاملات التعاقدية ويحد من النزاعات المحتملة إضافة إلى ذلك تعديل العقد من قبل القاضي يشكل وسيلة فعالة للحفاظ على العلاقة التعاقدية وتجنب الآثار السلبية التي قد تنتج عن الفسخ التام للعقد بذلك، يعكس القاضي دوره في حماية المصالح العامة والخاصة، والحفاظ على استمرارية العقود في ظل التغيرات التي قد تطرأ خلال فترة التنفيذ، هذا التوازن بين الالتزام بالنصوص القانونية ومراعاة الظروف الواقعية يساهم في تحقيق العدالة وتطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

خاتمة

الخاتمة:

الخاتمة:

الأصل العام هو ضمان إحترام القاضي للعقد من جهة أنه من الغير الممكن أن يحل محل إرادة الأطراف في تعديله وهذا تطبيقا للمبدأ المعروف " بالعقد شريعة المتعاقدين" الذي تقوم عليه جل المعاملات والتصرفات القانونية.

إلا أنه ولإعتبارات العدالة ومن أجل تحقيق التوازن في هذا النوع من المعاملات رخص المشرع الجزائري للقاضي التدخل في العقود بالتعديل وذلك في حالات إستثنائية نص عليها القانون المدني، و أصبح بذلك دور القاضي إيجابيا فعالا في مجالات العقد، بعدما كان له دور سلبي في مجال المعاملات.

تتسم سلطة القاضي في تعديل العقد بأهمية بالغة لأنها سلطة لا تقتصر على مرحلة تكوين العقد بل تمتد إلى مرحلة تنفيذه أين يبرز دور القاضي بشكل كبير لأن الأمر يتعلق بالإلتزام محل العقد.

فقد يشوب العقد منذ تكوينه خللا يستوجب تدخل القاضي لإعادة توازنه، فيتدخل لرفع الغبن الناتج عن الإستغلال حماية للطرف المغبون وذلك بإبطال العقد أو الإنقاص من إلتزامات هذا المتعاقد طبقا لأحكام المادة 90 ق.م وكذلك سلطته في هذه المرحلة تكون في عقد الإذعان التي تكون في أساسها غير متوازنة من ناحية الحقوق والإلتزامات فيتدخل القاضي لتعديل أو إلغاء أي شرط تعسفي لمصلحة الطرف المذعن.

كما يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد في مرحلة تنفيذه لمواجهة الظروف الطارئة التي لم يكن في الوسع توقعها، أو دفعها عند وقوعها ذلك برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول لإزالة عبء الظرف الطارئ الذي قد يثقل كاهل المدين ومراعاة لمصلحته، دون الإضرار أو المساس بحق الدائن، إذ يجب على القاضي مراعاة مصلحة الطرفين وفقا لمقتضيات المادة 107 ق.م،ج وكذلك لتعديل الشرط الجزائي المتفق عليه مسبقا بين طرفي العقد، في حال الإخلال بتنفيذ الإلتزامات التعاقدية أو التأخر في تنفيذها، ويكون التدخل هنا وفقا لأحكام المادتين 184و 185 ق.م.ج إما بتخفيض ذلك الشرط أو الزيادة فيه إذا تم الغش فيه أو بسبب خطأ جسيم.

وأخيرا يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل المدة المتفق عليها بين المتعاقدين لتنفيذ العقد، وذلك بمنح المدين المعسر أجلا لتنفيذ إلتزاماته في حدود المدة التي نص عليها القانون في المادة 281 ق.م وهو ما يعرف بنظرة الميسرة.

الخاتمة:

أولا- النتائج:

من خلال بحثنا هذا توصلنا إلى مجموعة من النتائج وهي كالتالي:

- ان تمتع القاضي بسلطة تعديل العقد ولو كانت قاصرة على حالات إستثنائية، إلا أن لها فائدة عملية، تتمثل في التدخل في العقد لإعادة التوازن بين إلتزامات الطرفين دون الإضرار بمصلحة أحدهما.
- خرج المشرع الجزائري عن القاعدة العامة وهي أن العقد شريعة المتعاقدين بمنح هذه السلطة للقاضي ولكن ذلك يرجع لسبب وجيه في الضعف الإنساني أو عدم الخبرة لأحد المتعاقدين، تجعله يقع ضحية غبن أو تحت شروط تعسفية تجعله مكتوف الأيدي في مواجهة الطرف المذعن، فكانت سلطة القاضي حل لمثل هذه الحالات.
- عندما يعلم المتعاقد بأن هناك سلطة ممنوحة للقاضي في تعديل العقد وأن القوة الملزمة للعقد ليست مطلقة سواءا في مرحلة الإنعقاد أو مرحلة تنفيذ العقد سيجعل منه حريصا على تفادي أي اختلال في بنود العقد في حق الطرف الآخر.
- إن هذه القيود والإستثناءات الواردة على " مبدأ سلطان الإرادة" في العقود تعود لمبررات عديدة أهمها "إعادة التوازن العقدي" بما يضمن التوازن بين حقوق وواجبات المتعاقدين.
- إن المشرع الجزائري حينما قرر منح القاضي سلطة تعديل العقد في مرحلة تنفيذه لاسيما في حالة الظروف الطارئة والشرط الجزائي كان يميل الى تقييد هذه السلطة وحصرها في تحقيق الشروط التي تمليها النصوص القانونية في هذا الشأن من ناحية وتحقيق التوازن المالي من خلال توازن الإلتزامات المتقابلة في الإلتزام العقدي ومنع الإضرار بأحد الأطراف.
- ان المشرع لم يكتف لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بالقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني والتي أصبحت قاصرة عن تحقيق التوازن العقلي، بل تدخل بإصدار قوانين خاصة كقانون حماية المستهلك و قمع الغش، و كذا القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية و غيرها من النصوص.
- فضلا عن أن سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ يعتبر من النظام العام بحيث لا يمكن للمتعاقدين الإتفاق على استبعاده في حين مثل هذا الإتفاق جائز في مجال

دعوى الفسخ خاصة إذا تعلق الأمر بالفسخ الإتفاقي:" الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 120 ق.م.

ثانيا- الاقتراحات:

- ضرورة نشر الوعي القانوني بين المتعاقدين حول حقوقهم وإلتزاماتهم وخاصة فيما يتعلق بشروط تعديل العقد المدني.
- تعزيز دور القضاء في حماية مصلحة المتعاقدين وضمان تطبيق القانون بشكل عادل.
- إعادة النظر في أحكام القانون المدني الجزائري المتعلقة بتعديل العقد، وذلك لضمان توافقها مع التطورات الحاصلة في الفقه والقضاء.
- تعزيز مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين" ينبغي التأكيد على أهمية هذا المبدأ كقاعدة عامة تحكم العلاقات العقدية، وذلك لضمان إحترام إرادة المتعاقدين وحماية إستقرار المعاملات.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المراجع والمصادر:

أولا: النصوص التشريعية

1- القانون 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، الصادر في 9 جمادى الأولى 1425، الموافق ل 27 يونيو 2004.

2- الأمر 95-07 المؤرخ في 27 شعبان عام 1415 الموافق لـ 25 يناير سنة 1995 المتعلق بالتأمين، المعدل والمتمم بالقانون 06-04 في 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية 2006/15.

3- أمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1775 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة في 13 ماي 2007.

4- أمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-09 المؤرخ في 04 شوال عام 1443 الموافق ل 05 ماي سنة 2022.

ثانيا: المؤلفات

أ- الكتب الخاصة:

1- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الجزء 02، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية، بيروت، لبنان، 1998.

2- لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

3- محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2010.

ب- الكتب العامة:

1- أحمد شوقي، عبد الرحمان، النظرية العامة الإلتزام بالعقد والإرادة المنفردة منشأة المعارف الإسكندرية، 2004.

2-أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، كلية الحقوق وجامعة الأسكندرية، مصر، 2005.

3-إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول أركان العقد، البحث الأول أحكام العقد، ط2، منشورات حلبي الحقوقية، 1997.

4-أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، الأحكام العامة للإلتزام(أحكام الإلتزام)، دار المطبوعات ، الإسكندرية، مصر، 1997.

5-بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 2015.

6-بلحاج العربي، النظرية العام للإلتزام في القانون المدني الجزائري، (التصرف القانوني للعقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

7-بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، دار الهومة، الجزائر، 2015.

8-بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا، ألمانيا، مصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

9-جاك غستان، المطول في القانون المدني، (تكوين العقد)، ترجمة منظور القاضي، المجلد 1، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.

10- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري(مصادر الإلتزام)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

11- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، (مصادر الإلتزام)، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004.

12- دريد محود علي، النظرية العامة الإلتزام مصادر الإلتزام، القسم الأول، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، 2012.

13- رضا عبد الحليم عبد المجيد الباري، مصادر الإلتزام، (المصادر الإرادية للإلتزام العقد والإرادة المتعددة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

قائمة المراجع والمصادر:

14- رمضان أبو سعود، مصادر الإلتزام في القانون المصري واللبناني، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 1990.

15- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية، بيروت، لبنان، 1998.

16- عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة، والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، 1999.

17- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات حلبي الحقوقية، 1997.

18- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد1، نظرية الإلتزام بوجه عام(مصادر الإلتزام)، الطبعة الثالثة الجديدة، دار النهضة،2011.

19- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام (مصادر الإلتزام) الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.

20- عبد الرزاق السنهوري، نظرية الإلتزام بوجه عام(الإثبات، آثار الإلتزام)، الطبعة الثالثة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1997.

21- عبد الرزاق السنهوري، نظرية الإلتزام بوجه عام(الأوصاف، الحوالة، الإنقضاء)، الجزء الثالث، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003.

22- عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، آثار الحقوق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2011.

23- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1998.

24- علي فيلالي، إلتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

25- عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، العراق،2012

26- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

27- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

28- محمد سعدي الصبري، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول، دار الكتاب الحديث، الجزائر 2003

29- محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام لإلتزام، الطبعة الرابعة،دار الهدى ، عين مليلة–الجزائر ،2009

30- ياسين محمد الجبوري، المنوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق، مجلد 1، نظرية العقد، القسم 2، مراتب إنعقاد العقد، دار وائل، عمان، الأردن، 2002.

31- محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري، والفقه الإسلامي، دار الهومة، الجزائر، 2002.

32- محمد وحيد سوار، الإتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المدونات العربية، الطبعة 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

33- محمود جمال زكي، الوجيز في نظرية الإلتزام، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1978.

34- يوسف حسن يوسف، العقود التجارية الإلكترونية الدولية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه:

1-بورنان العيد، الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي السياسية، سيدي بلعباس،الجزائر،2020

2- بوشارب إيمان، إعادة التوازن العقدي، في عقود الإستهلاك، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2021.

3- بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2012.

4- درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014.

5- طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، الطور الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، جامعة مستغانم، 2019.

6- عيساوي رجاء، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، ل.م.د تخصص قانون العقود في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2022.

ب- مذكرات الماجيستير:

1- أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مذكرة ماجيستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة الشارقة، الإمارات، 2007.

2- بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012.

3- بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، (دراسة مقارنة)، بحث للحصول على درجة الماجيستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.

4- طارق محمد مطلق أبو ليلى، التعويض الإتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.

5- عبيدة نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2016.

6- قارص بوبكر ، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2015.

7- مرام سعيد راضي الخاروف، تدخل القاضي في العقود المدنية ضمن التشريعات الفلسطينية، (دراسة مقارنة)، أطروحة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2020.

ج- مذكرات الماستر:

1- بوداود خليفة، بوزيان السعيد، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستير أكاديمي، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018.

2- صافي زينة، مقري شيمة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014.

رابعا: مقالات.

1- الشريف بحماوي، **سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية**، دراسة مقارنة، مجلة الباحث والدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، باتنة، 2011.

2- إقصاصي عبد القادر، **نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الإلتزام التعاقدي**، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، مجلد 02، العدد02 ، الجزائر، 2018،

3-بسكري أنيسة، **مراجعة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك**، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي البليدة2، مجلد 5، العدد2، الجزائر، 2021.

4-بوبكر قارص، **دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان** ، مجلة طبنة للدراسات العلمية أكاديمية جامعة سطيف، مجلد 4، عدد2، الجزائر، 2021.

5-بوصري محمد بلقاسم، **الإكراه والإستغلال**، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، مجلد7، العدد 2، الجزائر، 2002.

6-بوكرزازة أحمد، **الغبن والإستغلال وأثرهما القانوني**، مجلة المعيار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1،المجلد 25، عدد 62، الجزائر، 2021.

7-تغريت رزيقة، **الشرط الجزائي بين سلطان الإرادة وسلطة القاضي**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، مجلد15، العدد1، الجزائر، 2012.

8-جيلالي بن عيسى بن قردي أمين، **عقود الإذعان بين إختلال الإلتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن**، مجلة الأكاديمية للبحث في العلوم الإجتماعية، جامعة عبد الحميد بن باديس، المجلد01، العدد01، الجزائر، 2019.

9-حبيبة كالم، **الشروط التعسفية في ظل القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم**، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، المجلد الثامن، العدد02، 2022.

10- درش خليل، **سلطة القاضي في ظل نص المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني وتطبيقاتها القضائية**، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة إبن باديس، المجلة6، العدد02، مستغانم، 2019.

11- ربيعة ناصيري، **سلطة القاضي في تعديل العقد المدني الجزائري**، مجلة قانون العقاري والبيئة، جامعة طاهري محمد، المجلد09، العدد01، الجزائر، 2021.

12- رشيد دحماني، عمار زعبي، **وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين بين الظروف الطارئة ومهلة الميسرة**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد02، تيزي وزو، 2019.

13- سي يوسف زهية، **حرية سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي**، المجلة النقدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، المجلد 10، العدد01، تيزي وزو، 2015.

14- طرطاق نورية، **سلطة القاضي في منح نظرة المسيرة**، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، جامعة البويرة، العدد05، الجزائر، 2014.

15- عائشة قصار الليل، **التعويض الإتفاقي ضمان لتنفيذ الإلتزام**، المجلة الجزائرى للأمن الإنساني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بم مهيدي، المجلد06، العدد02، أم البواقي، 2011.

16- عاشور فاطيمة، **النظام العام الحمائي آلية الحماية الطرف الضعيف في العقد**، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، العدد السابع، تيبازة، 2019.

17- فاطمة دريسي، **خصوصية الإرادة في العقود الإلكترونية**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مخبر القانون العقاري والبيئي، جامعة مستغانم، المجلد12، العدد02، الجزائر، 2021.

18- فرقاني قويدر نور الإسلام، **إستحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القانون في تعديله**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مركز الجامعي، تيبازة، المجلد07، العدد02، الجزائر، 2010.

19- قاشي علال، **الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية**، دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي، البليدة، المجلد04، العدد02، الجزائر، 2019.

20- قرناش العالية، **أثر الغبن في البيع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**، مجلة الحكمة للدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر، مجلد05، العدد02، الجزائر، 2018.

21- محمد الأمين مزيان، خولة عواد، **أحكام الشرط الجزائي في عقد البيع بالإيجار، الوارد على السكنات**، مجلة الحضارة السكنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، المجلد02، العدد01، الجزائر، 2019.

22- نايلي بلال، فناك علي، **حدود تدخل القاضي في مضمون العقد**، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 08، العدد02، الجزائر، 2023.

23- نور الهدى كرميش، **الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري**، مجلة الأدب والعلوم الإجتماعية، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة يوسف بن خدة، المجلد17، العدد01، الجزائر، 2020.

24- نورة السعداني، **سلطة القاضي في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، المجلد01، العدد 22، الجزائر، 2015.

خامسا: الملتقيات

1-بيطار صبرينة، **تخفيض القاضي لقيمة الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزائي للإلتزام الأصلي**، ملتقى وطني حول سلطة القاضي في تعديل العقد، 29/28أفريل، 2014، المنظم من طرف مخبر القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار.

2-مقلاتي مونة، مزياني فريدة، **سلطة القاضي في تعديل القانون المدني**، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الندوة الوطنية حول دور القاضي في سد الفراغ الشريعي بين الحرية والتطبيق، 27 نوفمبر 2023، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة.

سادسا: القرارات القضائية

1-قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 12 ماي 1999، ملف رقم 1888919 المجلة القضائية العدد الأول 2001

2-قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 28أفريل 2004، ملف رقم 330245 المجلة القضائية العدد1 2004.

3-قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار الصادر بتاريخ 10أكتوبر 1993، ملف رقم 94996 المجلة القضائية العدد الأول 1994

4-قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار الصادر بتاريخ 24 أكتوبر1999، ملف رقم 191705 المجلة القضائية، العدد 2، 1999

سابع: القواميس

1- ابن منظور، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، الجزء 13، 1999.

2- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة لطباعة والنشر، 2005.

3- الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني، الكليات بتحقيق عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت.1683.

4- علي بن محمد الجرجاني،التعريفات ط1، دار الكتب الجامعية، بيروت ، 1983.

5- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، ط 1، دار الكتب العلمية،2003.

الفهرس

الفهرس:

المحتويات	الصفحة
البسملة	–
الشكر وعرفان	–
الإهداء	–
مقدمة	1-5
الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التكوين	
المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال	**8**
المطلب الأول: التدخل الحمائي للقاضي للطرف المغبون	8
الفرع الأول: مفهوم الغبن	8
أولا: التعريف اللغوي للغبن	9
ثانيا: التعريف الفقهي للغبن	9
ثالثا: عناصر الغبن	10
رابعا: حالات الغبن	11
الفرع الثاني: تدخل القاضي لرفع الغبن	12
أولا: الشروط الواجب توافرها للطعن بالغبن في العقار	12
ثانيا: جزاء الطعن بالغبن في العقار	13
المطلب الثاني: تدخل القاضي لحماية الطرف المستغل	15
الفرع الأول: مفهوم الاستغلال	15
أولا: تعريف الاستغلال	15
ثانيا: عناصر الاستغلال	16
ثالثا: شروط الاستغلال	18
رابعا: التمييز بين الغبن والاستغلال	20
الفرع الثاني: تدخل القاضي لرفع الاستغلال	20
أولا: حالات تدخل القاضي لرفع الغبن الاستغلالي	20
ثانيا: معايير سلطة القاضي التقديرية لرفع الغبن	21
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان	23
المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان	23

الفهرس:

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان	23
أولا: الإذعان لغة	23
ثانيا: الإذعان اصطلاحا	24
ثالثا: خصائص عقد الإذعان	25
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان	28
أولا: الفريق الذي أنكر صفة العقد على عقود الإذعان (مركز منظم)	28
ثانيا: الفريق الذي اعتبر عقد الإذعان عقدا حقيقيا	29
ثالثا: موقف المشرع الجزائري	30
رابعا: شكل عقد الإذعان	31
المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي لحماية الطرف المذعن	31
الفرع الأول: الشروط القانونية لتعديل الشرط التعسفي	32
أولا: أن يتعلق النزاع بعقد الإذعان	32
ثانيا: أن يتضمن العقد شروط تعسفية	32
الفرع الثاني: صور تدخل القاضي في عقد الإذعان	33
أولا: حالة تعديل الشروط التعسفية	34
ثانيا: حالة الإعفاء من الشروط التعسفية	38
خلاصة الفصل الأول	40
الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ	
المبحث الأول: سلطة القاضي في ظل نظرية الظروف الطارئة	**43**
المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة	43
الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة	43
أولا: التعريف اللغوي	44
ثانيا: التعريف القانوني	**44**
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	46
أولا: أن يكون الحادث استثنائيا عاما	46
ثانيا: أن لا يكون الحادث متوقعا وقت التعاقد	47
ثالثا: أن تجعل هذه الظروف تنفيذ العقد مرهقا للمدين	**48**

الفهرس:

رابعا: أن يكون العقد متراخي التنفيذ	**49**
الفرع الثالث: ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة	**50**
أولا: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية	**50**
ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين	**51**
ثالثا: ضابط برد التزام إلى الحد المعقول	**52**
الفرع الرابع: آليات تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة	**52**
أولا: انقاص الالتزام المرهق	**53**
ثانيا: زيادة الالتزام المقابل	**54**
ثالثا: وقف تنفيذ الالتزام المرهق للمدين	**54**
رابعا: فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة	**55**
المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة (الأجل القضائي)	**56**
الفرع الأول: مفهوم نظرة الميسرة	**57**
أولا: تعريف نظرة الميسرة	**57**
ثانيا: شروط نظرة الميسرة	**58**
الفرع الثاني: إجراءات منح نظرة الميسرة	**61**
أولا: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ	61
ثانيا: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ	62
الفرع الثالث: آثار نظرة الميسرة	63
أولا: آثار نظرة الميسرة بالنسبة للمتعاقدين	63
ثانيا: أثار نظرة الميسرة بالنسبة لأعمال التنفيذ	63
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)	66
المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي	66
الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي	66
أولا: التعريف اللغوي	66
ثانيا: التعريف الاصطلاحي	67
ثالثا: التعريف الفقهي	67
الفرع الثاني: خصائص الشرط الجزائي	67

الفهرس:

أولا: الشرط الجزائي اتفاق	67
ثانيا: الشرط الجزائي التزام احتياطي	68
ثالثا: الشرط الجزائي التزام تبعي	69
رابعا: الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض	70
الفرع الثالث: شرط استحقاق الشرط الجزائي	70
أولا: الخطأ	70
ثانيا: الضرر	71
ثالثا: العلاقة السببية	71
رابعا: الإعذار	72
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي	73
الفرع الأول: سلطة القاضي في زيادة وتخفيض الشرط الجزائي	73
أولا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي	73
ثانيا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي	75
الفرع الثاني: ضمانات سلطة القاضي في تقدير الشرط الجزائي	77
أولا: سلطة القاضي من النظام العام	77
ثانيا: عدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني	78
ثالثا: رقابة المحكمة العليا	78
خلاصة الفصل الثاني	80
خاتمة	82
قائمة المصادر والمراجع	86
الملخص	–

الملخص

تُعد مسألة سلطة القاضي في تعديل العقد المدني من المواضيع الحيوية في القانون المدني، خاصة في ظل تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي قد تؤثر على العقود المبرمة بين الأطراف. المبدأ العام في القانون المدني الجزائري، كما هو الحال في معظم الأنظمة القانونية، يتمثل في "العقد شريعة المتعاقدين"، وهو مبدأ يؤكد على احترام الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة وعدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا برضاهم أو لأسباب قانونية محددة.

ومع ذلك، تطرأ أحياناً ظروف تستدعي تدخل القاضي لتعديل العقد، بهدف تحقيق العدالة وحماية الطرف الضعيف من الاستغلال أو الشروط التعسفية. وتتنوع هذه الظروف بين حالات القوة القاهرة، والظروف الطارئة، وسوء النية في تنفيذ العقد، والشروط التعسفية التي قد تفرضها أحد الأطراف على الطرف الآخر.

بالتالي، تتضح أن سلطة القاضي في تعديل العقد المدني تهدف إلى تحقيق التوازن والعدالة بين الأطراف، مع مراعاة الظروف المتغيرة والتحديات التي قد تواجه تنفيذ العقود. هذه السلطة تعد استثناءً من مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وهي ضرورية لضمان عدم إجحاف الأطراف أو الإضرار بهم نتيجة ظروف غير متوقعة أو شروط غير عادلة.

الكلمات المفتاحية: سلطة القاضي، تعديل العقد، القانون المدني، الظروف الطارئة، القوة القاهرة، سوء النية، الاستغلال، الشروط التعسفية، حماية الطرف الضعيف، عقود الإذعان.

Abstract:

The question of the power of a judge to amend a civil contract is a vital subject of the Civil Code, especially in view of the changing economic and social conditions that may affect contracts concluded between the parties. The general principle of the Algerian Civil Code, as in most legal systems, is "the pacta sunt servanda," which affirms respect for the common will of the contracting parties and the inadmissibility of the denunciation or modification of the contract except with their consent or for specific legal reasons.

However, there are sometimes circumstances requiring the intervention of a judge to modify the contract, with a view to achieving justice and protecting the weaker party from exploitation or arbitrary conditions. These conditions vary from situations of force majeure, emergency circumstances, bad faith in the performance of the contract to arbitrary conditions that one party may impose on the other.

It is thus clear that the power of the judge to amend the civil contract is aimed at achieving balance and fairness between the parties, taking into account the changing circumstances and the challenges that may arise in the execution of the contracts. This power is an exception to the principle of pacta sunt servanda and is necessary to ensure that the parties are not prejudiced or harmed as a result of unforeseen circumstances or unfair conditions.

Keywords: The power of the judge, contract amendment, civil law, emergency circumstances, force majeure, bad faith, exploitation, arbitrary conditions, protection of the weak party, contracts of acquiescence.

Résumé

Résumé:

La question de la compétence d'un juge pour modifier un contrat civil est un sujet essentiel du Code civil, surtout compte tenu de l'évolution des conditions économiques et sociales qui peuvent affecter les contrats conclus entre les parties ،Le principe général du Code civil algérien, comme dans la plupart des systèmes juridiques, est le pacta sunt servanda, qui affirme le respect de la volonté commune des parties contractantes et l'inadmissibilité de la dénonciation ou de la modification du contrat, sauf avec leur consentement ou pour des raisons légales spécifiques.

Il y a parfois des circonstances qui exigent l'intervention d'un juge pour modifier le contrat, en vue d'obtenir justice et de protéger la partie plus faible contre l'exploitation ou des conditions arbitraires, Ces conditions varient de situations de force majeure, de circonstances d'urgence, de mauvaise foi dans l'exécution du contrat à des conditions arbitraires que l'une des parties peut imposer à l'autre.

Il est donc clair que le pouvoir du juge de modifier le contrat civil vise à atteindre l'équilibre et l'équité entre les parties, compte tenu des circonstances changeantes et des difficultés qui peuvent survenir dans l'exécution des contrats, Ce pouvoir est une exception au principe du pacta sunt servanda et il est nécessaire de veiller à ce que les parties ne soient pas préjudiciables ou nuisibles à des circonstances imprévues ou à des conditions déloyales.

Les mots clés :Le pouvoir du juge, la modification du contrat, le droit civil, les circonstances d'urgence, la force majeure, la mauvaise foi, l'exploitation, les conditions arbitraires, la protection de la partie faible, les contrats d'abandon.