

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

سلطة القاضي في تعديل العقد

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص الشامل

بإشراف الأستاذ:

عثمان بي بلال

من إعداد الطالبتين:

• صانحي زينة

• مقري نسيم

لجنة المناقشة:

• الأستاذ عيسات اليزيد رئيسا.

• الأستاذ عثمان بي بلال مشرفا ومقرا.

• الأستاذة موسي حنيقة ممتحنة.

كلمة شكر

الحمد و الشكر لله سبحانه و تعالى الذي لا ينتهي اليه حمد الحامدين و لديه يزيد شكر الشاكرين ، فقد وقفنا الحق تبارك و تعالى العليم الحكيم الذي نسأله من علمه الواسع و فضله الكريم أن يرزقنا العلم و التقوى و أن يجعل علمنا خالصا لوجهه الكريم ، الذي لولاه لما وقفنا في انجاز هذا العمل ، و الصلاة و السلام على رسول الله سيدنا محمد و على آله و صحبه أجمعين ، أما بعد...

لا بدّ لنا و نحن نخطو الخطوات الاخيرة في الحياة الجامعية ، من وقفة نعبر فيها عن مدى امتناننا لأساتذتنا الكرام الذين قدّموا لنا الكثير ، باذلين في ذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد. و اخص بالذكر الاستاذ المشرف "عثماني بلال" الذي تكبد معنا مشقة البحث ، فلم يخل علينا بتوجيهاته ، إرشاداته و نصائحه. بكل تقدير و احترام نشكرك على المجهود الذي بذلته من أجل تقديم هذه المذكرة.

نشكر أعضاء لجنة المناقشة على قبولها مناقشة هذه المذكرة.

شكر خاص الى كل عمّال مكتبة كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الرّحمان ميرة [بجاية]، و عمّال مكتبة كلّ من جامعة فرحات عباس [سطيف] ، و جامعة تسوست [جيجل] ، و جامعة الجزائر 1 [الجزائر العاصمة].

تحية عطرة نرّف في طياتها مسك العلم لكل طالب ، و اشكر كل من ساعدنا و شجّعنا في انجاز هذه المذكرة من قريب او من بعيد ، سواء كانوا أساتذة أو طلاب او أصدقاء .

إهداء

إلى الذين أوصاني بهما المولى خيرا وبرا

إلى من أحمل اسمه بكل إفتخار

إلى من كلت أنامله ليقدّم لنا لحظة سعادة

إلى من حصد الأشواك عن دربي ليجهد لي طريق العلم

إلى القلب الكبير (أي العزيز)

إلى من أرضعتني الحب والحنان

إلى رمز الحب وبلسم الشفاء

إلى القلب الناصع بالبياض (أمي الحبيبة)

إلى من دق قلبي دون استئذان، وكسي الحياة نشوة الأخوان و أرسى ورودا شائكة في تربة مالحة زوجي الغالي
"أرزقي"

إلى ملاكي في الحياة، إلى معنى الحب والحنان

إلى شمعة متقدة تنير ظلمة حياتي، إلى من بوجودها أكتسب قوة ومحبة لا حدود لها

ابنتي الغالية "لينة"

إلى من تقاسمت معهم الحلو والمر، الفرح والحزن، إلى إخوتي وأخواتي.

إلى كل أفراد عائلة زوجي

إلى صاحبة القلب الطيب والنوايا الصادقة، إلى من رافقتني طوال هذه المدة زميلتي " نسيم "

إلى من وقف بجاني وساندني ولو بكلمة طيبة

زينة

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائله فأظهر
بساحته تواضع العلماء.

أخص بالإهداء

إلى من سعى و شقى لأنعم بالراحة و الهناء ، الذي لم ييخل بشيء من أجل دفعي نحو طريق التّجّاح ، الذي
علمني ان ارتقي سلّم الحياة بحكمة و صبر ، إلى والدي العزيز ،

إلى ملاكي في الحياة .. إلى معنى الحب و العطاء ، إلى بسمّة الحياة و سرّ الوجود. إلى من كان دعائها سرّ
نجاحي و حنانها بلسم لجراحي أي الحبيبة ،

إلى من حين يجري في عروقي و بوجودهن في حياتي اكتسب قوة و محبة لا حدود لها. أخواتي
فهممة،أمال،فراح

إلى من به أكبر و عليه أعتمد ،صاحب القلب الكبير أخي سفيان ،

إلى كل العائلة ،

إلى من سرنا سويا لنشق الطريق معا نحو التّجّاح رفيقة المشوار زينة ،

إلى من ساندني بدعمه المعنوي ، إلى من كان واثقا بنجاحي خطيبي عبد الوهاب ،

إلى من تقاسمت معهم الحلو و المر ، إلى اصدقائي فريدة ، سارة ، فازية ، ليلى ، نبيل ،

إلى كل من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي.

نسيئة

قائمة لأهم المختصرات

1_ باللغة العربية :

ج : الجزء،

ج.ر.ع : الجريدة الرسمية، عدد ...

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية،

د.ب.ن : دون بلد النشر،

د.د.ن : دون دار النشر،

د.س.ن : دون سنة النشر،

ص : الصفحة،

ص.ص : من الصفحة ... الى الصفحة...

ص_ص : الصفحة ... و الصفحة ...

ط : الطبعة،

ق.أ.ج : قانون الاسرة الجزائري ،

ق.تج.ج : القانون التجاري الجزائري،

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري،

ق.م.ف : القانون المدني الفرنسي،

م : المادة .

-2 باللغة الفرنسية :

P : page ;

P .P : de la page ... à la page ...

Op.cit : Opère-citato ;

Vol : volume ;

M2 : Master 2.

يعتبر العقد أهم مصادر الالتزام¹ في النظرية التقليدية، حيث عرفته المادة 54 ق.م.ج على أنه "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"²، وهو نفس نص المادة 1101 ق.م.ف³ فالعقد هو التقاء إرادة طرفين على إحداث اثر قانوني، سواءً تمثل هذا الأثر في إنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو انقضائه و يمثل العقد أهم الوسائل القانونية التي تربط الأفراد في معاملاتهم مهما كانت طبيعية و يقوم على مبدأ سلطان الإرادة و هو الأساس الذي يستند إليه في مرحلتي الإنشاء و التنفيذ و الذي يقضي بان العقد شريعة المتعاقدين، و لا يجوز المساس بالحقوق و الالتزامات التي اتفق عليها الأطراف بالزيادة أو التقتصان بحجة أنّ المصلحة العامة تقضي ترك الأفراد أحرار في تنظيم شؤونهم، فيكفي توافق إرادتين لإنشاء التزام و انعقاد العقد، و أنّ إرادة المتعاقدين هي التي تحدّد مدى الالتزامات التي يرتبها العقد بشرط ألا تكون مخالفة للنظام العامة و الآداب العامة، و مبدأ سلطان الإرادة يعبر عن فقه الفلسفة القانونية التي كانت سائدة في أعقاب الثورة الفرنسية، فالقول أنّ الإرادة سلطان يعني أنّ كلّ شخص حرّ في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد، و هي التي تصنع قانونها الذي تخضع له.

قد تترتب نتائج قانونية على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة تتمثل في الحرية التعاقدية و الرضائية، و احترام إرادة الأطراف عند تكوين و تنفيذ العقد، و هو ما يعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد، فمتى اتفقت إرادة المتعاقدين على إبرام عقد معين و توافرت في هذا الأخير أركانه من تراضي، محل و سبب و الشكلية في العقد الشكلي، و تحققت شروط صحته و جب على المتعاقدين تنفيذ ما فرضه عليهما من التزامات، غير أنّ هذه القوة الملزمة تقتصر فقط على المتعاقدين دون غيرها، إذن العقد يلزم طرفيه بكل ما يحمله في محتواه، فهذا المعنى يعتبر العقد بالنسبة لطرفيه قانوناً و مبدأ الرضائية الذي أطلق العنان للإرادة و سلطانها يقضي أنّه يكفي لإبرام العقد تلاقي الإرادتين المتطابقتين لأطرافه على إنتاج اثر قانوني، دون الحاجة إلى تطلب أشكال أو أوضاع أخرى، باعتبار أن الإرادة الذاتية لازمة و كافية لإنتاج الآثار القانونية⁴.

كذلك من مبدأ سلطان الإرادة إطلاق الحرية التعاقدية للأشخاص في إبرام ما شاءوا من عقود شرط عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة، و كذلك حرية التعاقد من عدمه و حرية اختيار المتعاقد الآخر و حرية تحديد مضمون العقد من حقوق و التزامات مع وجوب اعتبار العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله .

و عليه مبدأ القوة الملزمة للعقد يهدف إلى تكريس احترام العقد و قداسته، و يظهر دور الإرادة أثناء إنشاء العقد في أنّ الطرفين أن يتفقا على ما يريانه بأنّه يحقق مصالحهما، كلّ ذلك في اطار القانون ثم تأتي المرحلة التالية و هي مرحلة

¹ حيث خصص له المشرع الجزائري الفصل الثاني من التقنين المدني، و نص عليه في 70 مادة، من م 54 الى م 123 .

² أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.رج.ج، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975، المعدل والمتمم.

³ Art 1101 code civil français : « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres ,à donner ,à faire ou à ne pas faire quelque

chose » http :www //legifrance.gouv.fr/afichcode.do ?cidtexte=legitxte00000607070122014 /05./12 تم الإطلاع عليه في

⁴ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص. 15.

تنفيذ العقد و ترتيب آثاره، و التي تتجلى في التزام المتعاقدين بما ابرماه و تنفيذ العقد بما جاء فيه طبقاً لما يوجبه مبدأ حسن النية، و تحلي المتعاقد بحسن النية في تنفيذه للعقد أمر بالغ الأهمية، فحسن النية تلعب دور المحرك في العلاقة العقدية، و النية الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك.

إلا أنه قد تعترض تنفيذ العقد صعوبة مزدوجة تفرض إعادة النظر في مبدأ القوة الملزمة للعقد، و تتحلّى هذه الصعوبة في حدوث ظروف اقتصادية و اجتماعية و سياسية لم يتوقعها الأطراف أثناء إبرام العقد و التي تؤدي إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي له، و في احترام إرادة الأفراد و التي هي جوهر العقد و تكريس لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" و بالتالي رفض المساس بالقوة الملزمة للعقد أو رفض التعديل الاقتصادي للعقد¹، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على تعديل العقد لما فيه من مساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد، و رفض تدخل المشرع للتعديل، لما فيه من انتهاك لمبدأ سلطان الإرادة، و رفض منح القضاة سلطة التعديل.

أمام هذه الصعوبة و انتشارها في مختلف مجالات القانون الخاص، و التطور الحاصل في مبادئ القانونية، لا سيما اخذ مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" على إطلاقه مما دفع الأطراف و المشرع و القاضي إلى البحث عن وسيلة لإعادة تنظيم العقد، و ضمان التوازن الاقتصادي له، و تتمثل هذه الوسيلة في التعديل كمفهوم قانوني، يراد به إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقد، سواءً بتدخل المشرع أو باتفاق الأطراف أو القاضي، و ذلك بالإنقاص أو بالإضافة بغية المحافظة على العقد.

بحيث أقر المشرع الجزائري التعديل في أحكام المادة 106 ق.م.ج و نجد التحوّلات الاقتصادية و الاجتماعية التي عرّفتها المجتمعات في العصور الحديثة أدّت إلى تقييد إرادة الأطراف لان قداسة العقد لم تعد مطلقة بل تم تقييدها، و ذلك حفاظاً على موازنة مصالح الأطراف حتى لا يطغى الطرف القوي على الطرف الضعيف، و ذلك بتدخل المشرع لمعالجة التفاوت في المراكز الاقتصادية و الاجتماعية و حماية المصلحة العليا للدولة، كأن يتدخل المشرع بتقنين بعض المجالات كحماية فئة المستهلكين، و ذلك بوضع حد أقصى لأسعار بعض السلع و وضع حد أقصى لأجرة الأماكن، و فرض امتداد عقد الإيجار بعد انتهاء مدّته بهدف حماية المستأجر، و هذه التصووص تشكل مساس بالحريّة التعاقدية، لأنّها تهدف إلى حماية المتعاقد الضعيف من المتعاقد القوي، باسم النظام العام الحمائي.

كما يمكن للأطراف التدخل لحماية مصالحهم المشتركة من عملية التعديل أثناء إبرام العقد، و ذلك بالاتفاق المسبق على إدراج بعض البنود، كلما كان هناك اختلال في الالتزامات العقدية أو إدراج بنود لاحقة أثناء تنفيذ العقد لإعادة تنظيمه، أو يجيز المشرع للقاضي تعديل العقد إذا اختلّ التوازن الاقتصادي بسبب الاستغلال و الطّيش، طبقاً لأحكام المادة 90 من التقنين المدني الجزائري، و الشروط التعسفية طبقاً لأحكام المادة 110 من نفس القانون هذا أثناء

¹ خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، رسالة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص.ص 31-44.

تكوين إنشاء العقد أو بسبب ظهور ظرف طارئ عام غير متوقّع يهدّد المدين بخسارة فادحة، وكذا تدخّل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي الوارد في العقد، إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أثناء تنفيذه فحيلة المشرّع في مراقبة مضمون العقد تتجسّد في منح القاضي سلطة التدخّل في تعديل العقد عن طريق عدّة نظريات كنظرية الظروف الطارئة، و الشرط الجزائي و لدراسة موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد ارتأينا إلى إتباع المنهج التحليلي في البحث عن التقاط الأساسية المكوّنة لهذا الموضوع.

تبعاً لما تقدّم نتساءل عن السّطات الممنوحة للقاضي من أجل تعديل العقد؟

للإجابة على هذه الاشكالية، عمدنا إلى تقسيم هذا الموضوع إلى مقدمة وفصلين وخاتمة.

نتناول في الفصل الأول سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة إنشائه، و تعرضنا لحالتين غالباً ما نراها متفشية في العقود تتمثل الحالة الأولى في الغبن و الاستغلال الذي يعيب العقد و الإرادة فيختلّ ميزان التّعادل بين الأداءات بالنسبة لطرفي العقد أمّا الحالة الثانية فهي الأكثر انتشاراً خاصة في العصر الحديث، و هي حالة عقود الإذعان اللاتي لا يجد المتعاقد أمامه خياراً إلاّ الاتقياد و الخضوع من اجل إشباع حاجاته التي لا غنى عنها .

أما الفصل الثاني فكرسناه لسلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه، و تناولنا حالة الظروف الطارئة التي تعيق تنفيذ الالتزامات على الوجه المتفق عليه إلى جانب حالة الشرط الجزائي و نظرة الميسرة، و بيننا مدى تدخل سلطة القاضي بالتعديل و حدودها في كل حالة.

الفصل الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة إنشائه

تقوم سلطة القاضي في مرحلة إنشاء العقد على إمكانية تدخّله بالتعديل لإعادة التوازن العقدي المختل ومراعاة مصلحة الأطراف. وذلك في ظروف خاصّة. فالأصل العام في التعاقد أنّ إرادة الأطراف هي التي تحدّد مستقبل التروابط القانونية التعاقدية التي تجمعهم تطبيقاً لمبدئي "سلطان الإدارة" و"القوة الملزمة للعقد". وهذا ما يُستشفّ من نص المادة 106 ق.م.ج التي تقضي أنّ: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، وللأسباب التي يقرّها القانون". أي أنّه لا يجوز للقاضي ولا لأحد الطرفين التدخل في مضمون العقد بتعديله أو إنهائه، إلاّ أنّه استثناءً لهذا الأصل ونظراً لاعتبارات العدالة والمصلحة العامة، رخص المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقد نتيجة وجود خلل في توازن العلاقات التعاقدية، فأصبح له دور إيجابي وسلطة مراقبة العقد منذ نشأته وخلال تنفيذه إلى غاية انقضائه. حيث تميّز سلطة القاضي في مرحلة الإنشاء بطبيعة وقائية، فيحرص أطراف العقد على إبرامه في ضلّ يسمح بنفاذه واستقراره، وذلك بما للقاضي من سلطة تسمح له بمراجعته وتعديله في حالة وجود خلل يعتريه، مما قد يؤدي إلى أضرار فادحة نتيجة لذلك¹، خاصّة وأنّه لا يمكن الاتفاق على سلب القاضي هذه السلطة فهي من النظام العام، ولعل أبرز مظاهر تدخّل القاضي لتعديل العقد في مرحلة إنشائه:

- حالة اختلال التوازن الاقتصادي بسبب الغبن والاستغلال [المبحث الأول].
- حالة عقود الإذعان المتضمّنة شروطاً تعسفيّة [المبحث الثاني].

¹ بن شتيّتي عبد الحميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996، ص.17.

المبحث الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال

يقوم التعاقد كأصل عام على خلو الرضا من العيوب، وتعادل التزامات المتعاقدين. ذلك أنّ الرضا ركن جوهري في العقد. وهذا الأخير يستمدّ قوامه منه¹. إلاّ أنّه كثيراً ما تصادف عيبا الغبن والاستغلال في العقود، مما يؤدي إلى اختلال توازنها. لذا فمسألة الغبن والاستغلال من أكثر المسائل تعرّضاً للدراسة والبحث وميدانا واسعاً للمناقشة واختلاف وجهات النظر. كما اختلفت الحلول التي توصلت إليها تشريعات الدول المختلفة التي أخذت بهذه الفكرة وذلك حسب المذهب الذي يعتنقه نظامها القانوني. فبالنسبة للدول المتأثرة بالمذهب الفردي فإنّ فكرة الغبن تشغل حيّزاً ضيقاً استناداً لمبدأي " حرية التعاقد " و "العقد شريعة المتعاقدين"، ويكون تأثيرها محصور على عقود ومجالات معينة. أمّا الدول المعتنقة للمذهب الاجتماعي فإنّ فكرة الغبن تشغل حيّزاً واسعاً وتجعل أساسه الاستغلال، وذلك استناداً لقواعد الأخلاق السائدة في المعاملات وعلى أساس العدالة الاجتماعية².

بناءً على ما تقدم يمكن القول أنّ الغبن يتبدى عند تكوين العقد في صورتين، الغبن المجرد والاستغلال. لذا سنتناول في هذا المبحث، سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن [المطلب الأول]، ثم نتطرق إلى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال [المطلب الثاني].

المطلب الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

يعدّ التعادل بين التزامات طرفي العقد أصل عام في المعاملات المالية. إلاّ أنّ هذا الأصل ليس هو المتبع دائماً،

¹ عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004، ص.14.

² عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004، ص.469.

خاصةً في عقود المعاوضات التي تخضع لقانون العرض والطلب. أين قد يتفاوت ثمن السلعة عن قيمتها الحقيقية¹، فيختل ميزان التوازن بين الالتزامات المتبادلة في العقد. وينتج على هذا الإخلال ما يستمى بالغبن. ويؤسس هذا الأخير على واقعة عدم التعادل أو التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقود. لقد أخذت بالغبن تشريعات الدول المختلفة كالتشريع الفرنسي، وذلك من خلال المادة 1118 ق.م.ف²، التي تنص على أنّ الغبن لا يعيب الاتفاقيات إلا في بعض العقود، واتجاه بعض الأشخاص. فلا يعتد بالغبن إلا في أحوال استثنائية وردت في القانون المدني على سبيل الحصر، أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالغبن وذلك بموجب المادة 91 ق.م.ج والتي تنص على: "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود". كما قام بحصره في حالات استثنائية تستدعي تدخل القاضي لرفع الغبن عن الطرف المغبون وإعادة التوازن للعقد.

بناءً على ما تقدم سنتناول تعريف الغبن [الفرع الأول]، ثم نتطرق إلى تدخل القاضي لرفع الغبن [الفرع الثاني].

الفرع الأول: تعريف الغبن

سنعمد في هذا الفرع الى تحديد معنى الغبن [أولاً]، ثم نقوم بتبيان نطاقه [ثانياً].

أولاً: معنى الغبن

الغبن لغة هو التقص³، أمّا اصطلاحاً فقد تعددت تعاريفه سواءً في الفقه الإسلامي أو الفقه القانوني نذكر منها مايلي:

عُرف الغبن في الفقه الإسلامي على أنه عدم تساوي أحد العوضين في عقود المعاوضة بالآخر بأن يكون أقلّ قيمة أو أكثر منها، وعليه نجد أنّ مصلحة أحد المتعاقدين تطغى على مصلحة المتعاقد الآخر بحيث ينعدم التوازن بين ما يأخذ وما يعطي⁴.

¹ بن شيتي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.24.

² "La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à légard de certaines personnes, ainsi qu' il sera expliqué en la même section , code civil français.

³ انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني-دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي- دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2005، ص.73.

⁴ بوكاش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012، ص.95.

أمّا في الفقه القانوني فيقصد بالغبن عدم التعادل بين الالتزامات التي يوجبها العقد على أحد المتعاقدين والالتزامات المتعاقدا الآخر. وفي هذه الحالة يُنظر إلى الجانب المادي فقط من حيث اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين¹، كما عُرّف أيضًا على أنه تلك الخسارة المالية، التي تلحق عقود المعاوضة أحد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين التزامات كلّ واحد منهما.

ثانياً : نطاق الغبن

الغبن كمبدأ عام لا يمكن تواجده إلا في عقود المعاوضة، أمّا عقود التبرع فلا يمكن تصوّره فيها لأنّ الأولى طبيعتها تقضي بوقوع الغبن على أطراف العقد²، ومثالها عقد البيع الذي نصّت عليه المادة 351 ق.م.ج كما يلي: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

فعقد البيع عقد ملزم للجانبين. فالبايع يقدم المبيع للمشتري، وينقل ملكيته له وفي مقابل ذلك يتلقّى من هذا الأخير الثمن. والثمن العادل هو ذلك الثمن الحقيقي لقيمة الشيء المبيع غير البخس وواقعا لا تتحقّق عدالة الثمن إلا إذا كان محددا وفق نظام التسعير الجبري طبقا للقوانين والمراسيم الجاري بها العمل في ذلك المجال، أمّا إذا كان محددا بالتراضي، فغالبا ما يتراوح بين حدّين أحدهما أقصى وآخر أدنى³.

أمّا الثانية يعطي فيها أحد المتعاقدين، ولا يأخذ فلا محل للحديث عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى، ومثالها عقد الهبة الذي نصّت عليه الفقرة الأولى من المادة 202 ق.أ.ج: "الهبة تملك بلا عوض...."⁴، حيث يقوم فيه الواهب بتقديم الشيء الموهوب للموهوب له دون عوض، ففي هذا النوع من العقود لا يمكن أن يرد عليه الغبن لانتفاء المقابل. وما تجدر الإشارة إليه أنّ الغبن يقدر وقت تمام العقد حيث يُنظر إلى تعادل الأداءات في هذا الوقت، أمّا إذا تغيّرت القيمة بعدها فارتفعت قيمة ما يؤدّيه أحد المتعاقدين، ففي هذه الحالة لا نكون بصدد غبن، ونفس الشيء إذا تغيّرت

¹ توفيق حسن فرح، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام: مقارنة بين القوانين العربية، ط3، التار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، د.س.ن، ص.193.

² محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر د.س.ن، ص.92.

³ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص.62.

⁴ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج. العدد 15 لسنة 2005، معدّل ومتمم.

الظروف وتنتج عنها تفاوت في الأداءات أثناء تنفيذ العقد أو بعد انعقاده ولكن قبل تمام تنفيذه، فهنا نكون أمام ظرف طارئ وليس غبن¹.

الفرع الثاني: تدخّل القاضي لرفع الغبن.

يعتبر الغبن أمر كثير الوقوع، لا يمكن الاحتراز منه في المعاملات، لاسيما أن التفاوت بين قيمة الأداءات وارد في عقود المعاوضة، ولهذا فإن فتح باب الطعن في العقود لأيّ غبن مهما كان يسيراً يؤدي إلى الاضطراب²، لذلك فإنّ المشرّع الجزائري قام بتحديد حالات استثنائية على سبيل الحصر يعتدّ فيها بالغبن، ورتب الجزاء عليها. وتتمثّل في حالة بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس (1/5) والتي نصّت عليها المادة 358 ق.م.ج كآآتي: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن (1/5) الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن الى أربعة (4/5) أخماس ثمن المثل ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس (1/5) أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع"، وحالة غبن الشريك في القسمة الرضائية والتي نصّت عليها المادة 732 من نفس القانون كما يلي: "يجوز نقض القسمة الحاصلة إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس (1/5) على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية، وللمدعي عليه أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل المدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته".

ومن خلال هاتين المادتين نستنتج أن المشرّع الجزائري، حصر الغبن في نطاق ضيق ممثّل في الحالتين المذكورة أعلاه، ومن المسائل التي وجد فيها نصّ خاص مسألة بيع العقار وستتناول [أولاً] الشروط الواجبة توافرها للطعن بالغبن في العقار، ثمّ ننتقل إلى جزاء الطعن بالغبن في العقار [ثانياً].

أولاً: الشروط الواجبة توافرها للطعن بالغبن في العقار.

من خلال نص المادة 358 ق.م.ج أعلاه ونص المادة 360 من نفس القانون التي تنصّ على: "لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تمّ بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون". نستنتج أنّه للأخذ بالغبن في بيع العقار يجب توافر الشروط التالية:

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام [العقد والإرادة المنفردة]، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص.197.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص.83.

أ- أن يكون العقد بيعاً لعقار: فيجب أن يرد عقد البيع على عقار أو حق عيني عقاري، فلا يجوز الطعن بالغبن إذا ورد البيع على حق شخصي كما لا يجوز الطعن بالغبن في حق عيني وارد على منقول سواء كان مادي أو معنوي، كما يدخل ضمن مفهوم العقار في حساب الغبن العقار بالتخصيص، وإذا اشتمل عقد البيع على عقار ومنقول بثمن واحد، فإن دعوى الغبن لا تسري إلا على العقار. كما يلحق بالبيع تقديم شريك حصّة في الشركة¹.

ب- أن لا يكون البيع قد تمّ بطريق المزاد العلني: وهذا ما قضت به المادة 360 ق.م.ج أعلاه حيث يشترط لقبول دعوى الغبن أن يكون العقار قد بيع بطريقة رضائية. فلا طعن في بيع يتمّ بالمزاد العلني بمقتضى القانون. والحكمة في ذلك أنّ البيع الذي يفرض أو يحتم القانون أن يتمّ بالمزاد العلني تتخذ فيه إجراءات رسمية كفيلة بالحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار، فلا مبرر للطعن فيه بالغبن بعد ذلك².

ج- أن يصل الغبن إلى أكثر من خمس قيمة العقار: يشترط القانون أن يزيد الغبن على الخمس، وهذا يعني أنّه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع العقار إلا إذا بيع العقار بأقلّ من أربعة أخماس من قيمته الحقيقية، والعبرة في تقدير الثمن تكون بالتظر إلى قيمة العقار وقت البيع.

د- يجب أن ترفع دعوى الغبن خلال ثلاثة سنوات من يوم انعقاد البيع: طبقاً للفقرة الأولى من المادة 359 ق.م.ج التي تنصّ على: "تسقط بالتقادم دعوى تكلمة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع". وهي مدّة تقادم لا مدّة سقوط، إذ يرد عليها الوقف والانقطاع. وإذا كان البائع ناقص الأهلية أيّا كان سبب عدم إكتمال أهليته، سواء كان قاصراً أو محجوراً عليه فتبدأ المدّة من يوم زوال سبب نقص الأهلية استناداً للفقرة الثانية من المادة 359 ق.م.ج التي تنصّ: "وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز".

وعلى أساس وجوب شهر التصرفات العقارية³، فإنّه يجب شهر دعوى الغبن. ذلك أنّ كلّ دعاوى القضاء التامية إلى التطق بفسخ أو ابطال أو الغاء أو نقص حقوق ناتجة عن وثائق تمّ اشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تمّ إشهارها مسبقاً.

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص.71.

² المرجع نفسه، ص.72.

³ لبنان فريدة، مبدأ حسن التية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص.20.

ثانياً : جزاء الطعن بالغبن في العقار.

إذا توافرت الشروط المذكورة اعلاه يحق للبائع رفع دعوى على المشتري يطالبه فيها بتكملة الثمن الى حد ازالة الغبن، وهذا ما نصت عليه المادة 358 المذكورة سابقاً في عبارة "...فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل"، وإذا لم يقم المشتري بتكملة جاز للبائع طلب الفسخ وارجاع الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد¹.

والملاحظ أن تكملة الثمن لا تصل إلى قيمة العقار الحقيقية، إنما تقتصر على الوصول إلى الحد الذي يرفع الغبن عن البائع، والمتمثل في أربعة أخماس ومثاله ما قضت به المحكمة العليا² في قرارها الصادر بتاريخ 12-05-1999 أين قضت " أنه من المقرر قانوناً أنه: تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا إنقضت 3 سنوات".

مثال :

إذا كانت القيمة الحقيقية لمسكن تقدر بمبلغ 2.5 مليون د.ج. تم بيعه بمبلغ 1.97 مليون د.ج.

هل يحق للبائع رفع دعوى الغبن لتكملة الثمن ؟

__ تقدير مقدار الغبن :

$$1 - \text{تقدير مقدار الخمس} = \frac{1}{5}$$

$$\text{مقدار الخمس} = \text{القيمة الحقيقية} \times \frac{1}{5}$$

$$\text{مقدار الخمس} = 2.5 \times \frac{1}{5}$$

$$\text{مقدار الخمس} = 0.5 \text{ مليون}$$

¹ محمد وحيد سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية- ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص.194.

² قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 12ماي1999، ملف رقم 188918، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000، ص.359.

2- تقدير مقدار الفرق

مقدار الغبن = القيمة الحقيقية - الثمن

مقدار الغبن = 1.97-2,5

مقدار الغبن = 0.53 تقارن بين قيمة الخمس و مقدار 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 = $\frac{4}{5}$ × القيمة

قيمة أربعة أخماس = $2.5 \times \frac{4}{5}$

قيمة أربعة أخماس = 2 مليون

2- تعيين الثمن الواجب تكملته من طرف المشتري:

المبلغ الواجب تكملته = قيمة أربعة أخماس - الثمن

المبلغ الواجب تكملته = 1.97-2

المبلغ الواجب تكملته = 0.03 مليون د.ج.

فالأصل أنه يتعين على كل متعاقد عند إبرام العقد أن يتأكد من توافر العدل التبادلي¹، والعدل بهذا المعنى هو وسيلة لتحديد مستلزمات العقد، ودوره ضمان العدالة العقدية²، وبالتالي، من انتفاء الغبن في صفقته. وذلك حرصاً على مصلحته الخاصة، وحمايةً لمنافعه.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال.

يعدّ الاستغلال، أو الغبن الاستغلالي كما يصطلح عليه في بعض التشريعات، مظهر من مظاهر عيوب الرضا، والعبرة فيه بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد. فلظروف معينة، قد يرى المتعاقد الشيء الثافه شيئاً كبيراً بنظره، فلا يقع الغبن إلا إذا أعطى الشخص ثمناً أكبر من القيمة الشخصية للشيء، وذلك في حالة ما إذا كان واهماً في قيمته أو مخدوعاً فيها أو مضطراً إلى التعاقد، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عوز أو حاجة³، وتحدّد درجة الاختلال في التوازن بين الأداءات حسب ظروف كل حالة، فإذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأنّ المتعاقد الآخر، قد استغلّ فيه حالة ضعف نفسي، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يعدّل العقد، أو أن يبطله⁴. وعليه فإنّ هناك من الفقه من يميل للأخذ بالمعيار المعنوي في الغبن، ويرى أنّ سبب قابلية العقد للإبطال ليس هو عدم التّعادل في الأداءات⁵، بل هو استغلال أحد المتعاقدين لحالة ضعف نفسي في المتعاقد الآخر.

بناءً على ما تقدّم سنستهلّ هذا المطلب بالمقصود بالاستغلال [الفرع الأول]، ثمّ نتطرّق إلى مدى سلطة

القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال [الفرع الثاني].

¹ محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص.190.

² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفّ للنشر، الجزائر، 2010، ص.368.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام [مصادر الإلتزام]، المجلد الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص.479.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام [مصادر الإلتزام]، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.149.

⁵ حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.201.

الفرع الأول: المقصود بالاستغلال.

يؤثر الاستغلال في العقد فيؤدّي الى اختلال توازنه، ولقد أخذ به المشرع الجزائري، واعتبره عيباً من عيوب الإرادة وذلك مع الإبقاء على بعض الحالات في الغبن المادي، وهي المذكورة سابقاً.

سنعمد في هذا الفرع إلى تعريف الاستغلال وتحديد عناصره [أولاً]، ثمّ ننتقل إلى تبيان نطاق الاستغلال [ثانياً]، ونخصّص [ثالثاً] لشروط الاستغلال التي إذا تحققت مُنحت للقاضي سلطة التدخّل لتعديل العقد وإعادة توازنه.

أولاً: تعريف الاستغلال وتحديد عناصره.

تعدّدت التعاريف المقدّمة بشأن عيب الاستغلال، سنورد بعضاً منها [أ]، والتي من خلالها نستنتج العناصر المكوّنة للاستغلال [ب].

أ - تعريف الاستغلال

الاستغلال لغةً هو الانتفاع من الغير بدون حق¹، أمّا اصطلاحاً فلم يشتهر الاستغلال في الفقه الإسلامي، حيث أنّ هذا الأخير عالج مسأله من خلال مصطلحات أخرى كالغبن، التغيرير، الغش...

إلا أنّ الفقه القانوني تعرّض لهذا المصطلح، وعرّفه على أنه استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي تنتاب المتعاقد الآخر، وذلك من أجل الحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير²، أي أن يعتمد شخص للاستفادة من حالة الضعف التي يتلامسها في شخص آخر.

¹ على فيلالي، المرجع السابق، ص. 203.

² محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 90.

كما عُرِف الاستغلال بأنه الطّيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمّل بمقتضاه الالتزامات، التي لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل، أو من غير عوض¹.

نخلص أنه رغم تعدّد تعاريف الاستغلال إلا أنّ جميعها ترمي إلى مفهوم واحد، وهو استغلال أحد المتعاقدين لحالة نفسية في المتعاقد الآخر². هادفاً الحصول على فائدة من وراء ذلك.

ب- عناصر الاستغلال.

تنصّ الفقرة الأولى من المادة 90 ق.م.ج على ما يلي: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبيّن أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأنّ المتعاقد الآخر قد استغلّ فيه طيشاً بيناً أو هوىً جامحاً. جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

من خلال تعريف الاستغلال. وباستقراء الفقرة الأولى من المادة 90 ق.م.ج المذكورة أعلاه يتبيّن أنّ للاستغلال عنصرين أحدهما مادي [موضوعي] والآخر معنوي [نفسى].

1- العنصر المادي [الموضوعي]:

تمثّل العنصر المادي للاستغلال في اختلال التعادل وانعدام المقابل في العقد، حيث يتحقّق هذا العنصر في حالة وجود تفاوت كبير بين التزامات أحد المتعاقدين، وبين ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، ويجب أن يكون عدم التعادل فادحاً، علماً أن المشرّع لم يحدّد الجسامة برقم معين وترك ذلك لتقدير القاضي، وفقاً لظروف المتعاقدين، وبحسب ملاسبات التعاقد³.

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني [العقد و الإرادة المنفردة]، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، 2001، ص.130.

² عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.512.

³ مندي اسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، 2009، ص.63.

فالفداحة في اختلال التعادل ذات معيار مادي، وهذا المعيار ليس رقماً ثابتاً حيث يتغير تبعاً لظروف كل حالة¹. وأكثر ما يقع عدم التعادل في العقود المحددة، وقد يقع في عقود التبرع، ومثال ذلك أن يقوم زوج مسنّ بهبة زوجته الثانية مالاً معيناً، ويجرم زوجته الأولى، ويتم ذلك تحت تأثير الزوجة الثانية على زوجها المسن. فتتخضع الهبة لعب الاستغلال، ولا يكون هناك أيّ التزام على الزوجة فيتحقق عدم التعادل بصفة مطلقة².

2-العنصر المعنوي [التفسي]:

يتمثل العنصر المعنوي أو التفسي للاستغلال في كون أحد المتعاقدين يستغلّ في المتعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامعاً، فينتبين أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف، ولا يكفي لتحقيق الاستغلال وجود حالة الطيش البين أو الهوى الجامح في المتعاقد، بل يجب أن يتبين انتهاز المتعاقد الآخر فرصة وجود هذه الحالة واستغلال هذا الضعف فيه من أجل إبرام تصرف معين³، ومثال الطيش البين أن يرث شخص مالاً كثيراً فينفق منه بسفه، فيستغل أحدهم هذا الطيش وبيعه له شيئاً بأضعاف ثمنه، أو يشتري منه شيئاً بأقلّ من ثمنه بكثير، أما الهوى الجامح كإدمان الخمر أو لعب القمار⁴.

ثانياً : نطاق الاستغلال.

الاستغلال يلحق عقود المعاوضات وعقود التبرع وعقود الغرر⁵، ويتمثل المجال الطبيعي للغبن الاستغلالي كعيب للرضا في عقود المعاوضات المحددة، والتي يعرف فيها كل من المتعاقدين مقدار ما يأخذ وما يعطي بالعقد على وجه التحديد عند التعاقد كعقد البيع مثلاً وهذا ما يظهر من خلال الفقرة الأولى من المادة 90 ق.م.ج والتي تنص على: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر ...".

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام [مصادر الالتزام]، المرجع السابق، ص.394.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام [مصادر الالتزام]، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1988، ص.68.

³ أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني [الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال]، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص.278.

⁴ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.68.

⁵ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام [العقد والارادة المنفردة]، المرجع السابق، ص.201.

أما العقود الاحتمالية كعقد التأمين وكذلك عقود التبرع فليست مجالاً طبيعياً لهذا العيب، ولكن قد يجري الغبن الاستغلالي في العقود الاحتمالية إذا كان اختلال التعادل فيها مفرطاً ما دام يصحبه الاستغلال وكذلك الحال بالنسبة لعقود التبرع فمن الممكن تصوّر الاستغلال فيها، ومثالها أن يعمد رجل طاعن في السن إلى الزواج من امرأة لا تزال في مقتبل عمرها، فتعتمد هذه الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى، فتستكتبه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء¹.

ثالثاً: شروط الاستغلال.

من خلال نص المادة 90 ق.م.ج يتضح لنا أنه يستلزم لقيام الاستغلال الذي يعيب الإرادة توافر أربعة شروط نوجزها كالآتي:

أ- وجود طيش بين أو هوى جامع لدى المتعاقد :

لتحقق الاستغلال يجب وجود حالة ضعف إنساني لدى المتعاقد، راجعة لظروف معينة، وحالات الضعف الإنساني متعددة، إلا أنّ المشرع الجزائري حصرها في عنصرين الطيش البين والهوى الجامح، فيتمثل الطيش البين في الخفة الزائدة التي تؤدي إلى التسرع وعدم الاكتراث بالعواقب²، أما الهوى الجامح فهو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد تؤدي به إلى فقدان سلامة الحكم على أعمال معينة هي موضوع الرغبة³.

ب- قصد الطرف الآخر استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح:

إنّ توافر شرط وجود الطيش البين، أو الهوى الجامح لدى المتعاقد لا يكفي لاعتباره عيباً في الإرادة وإعمال سلطة القاضي في تعديل العقد، أو إبطاله بل يجب توافر شرط القصد والنية لدى المتعاقد الآخر للاستفادة من هذا الضعف النفسي، وهذا يقضي أن يكون المتعاقد الذي استغل طيش بين أو هوى المتعاقد الآخر على علم بوجود هذا الضعف النفسي فيه، وهذا يظهر في مصطلح "طيش بين" و"هوى جامع"، وفي حالة عدم العلم أو عدم القصد، فلا

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام [مصادر الالتزام]، المرجع السابق، ص.398.

² محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.95.

³ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص.280.

يرتّب هذا الشرط أيّ أثر، كما أنّه لا يشترط أن يكون صاحب النية أو القصد هو نفسه المستفيد من التصرف فقد تعتمد الزوجة الشابة التي تعلم بهيما زوجها الكهل بها إلى الطلب منه أن يهب أخاها مالا معيناً¹، فنستنتج أن هذا الشرط يسمح القاضي دور البحث عن نوايا المتعاقدين.

ج- الوصول بالاستغلال إلى اختلال التوازن :

هذا الشرط هو العنصر المادي في الاستغلال، ويتمثل في الاختلال وعدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 90 ق.م.ج من خلال عبارة "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر..." وهذا الشرط هو أوّل أمر يجب على القاضي المدني التأكّد من توافره عند التظر في قيام حالة الاستغلال، والمقصود باختلال التوازن الذي تقوم عليه نظرية الاستغلال ليس التفاوت اليسير أو ما يعبر عنه الفقه الإسلامي بالغبن اليسير، بل هو التفاوت الفاحش أو غير العادي الذي يخرج عن المألوف في المعاملات.² ومعيّار تقدير عدم التعادل يكون على أساس القيمة الشخصية للالتزامات المتقابلة كما تدلّ عبارة "... ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد..." من المادة 90 ق.م.ج. فلا يوجد معيار مادي حساسي، ويتم تقدير عدم التعادل وقت إبرام التصرف، ولا عبرة بما يطرأ من تغيّر على قيمة الأداءات بعد ذلك لأنّه قد يثير تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

د-كون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد :

فالعبرة في تحقّق الاستغلال تكمن في إرادة المتعاقد الغابن فيما إذا اتّجهت الى استغلال حالة ضعف موجودة في المتعاقد المغبون أم لا³. ويرجع تقدير ذلك لسلطة قاضي الموضوع التقديرية، ويقع عبء اثبات توافر شروط الاستغلال على الطرف المغبون.

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.99.

² بوكباش محمد، المرجع السابق، ص.112.

³ محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني- دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص.110.

الفرع الثاني: تدخل القاضي لرفع الاستغلال.

في العلاقات العقدية، رغم عدم تساوي التزامات المتعاقدين في كل الأحوال، إلا أنه لا بد أن يكون هناك تناسباً بينها، وإذا ما اختل هذا التناسب، وأصبحت العلاقة التعاقدية غير متوازنة، وكان هذا الاختلال ناتج عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة ضعف نفسي في المتعاقد الآخر، جاز للقاضي بطلب من المتعاقد التدخل لإعادة التوازن العقدي.¹

سنتطرق في هذا الفرع الى صور تدخل القاضي [أولاً]، وتحديد معايير ممارسة القاضي سلطته التقديرية [ثانياً].

أولاً: صور تدخل القاضي.

يعتبر الاستغلال مجالاً لتدخل القاضي لتعديل العقد، فمتى توافرت شروط الاستغلال السالفة الذكر جاز للقاضي، وبناءً على طلب هذا المتعاقد المغبون التدخل بإبطال العقد، أو بإنقاص التزامات هذا المتعاقد إلى حد رفع الغبن عنه.²

فلاحظ في هذا الصدد أنّ القانون يخوّل الطرف الثاني المغبون الخيار بين دعويين، دعوى إبطال العقد أو دعوى تعديل العقد بإنقاص الالتزامات، وسنورد الدعوى الأولى [أ] ثم تنقل للدعوى الثانية [ب].

أ- دعوى إبطال العقد:

في حالة اختيار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال، وتم تأكد القاضي من تحقق الاستغلال، يتولّى هذا الأخير رفع الاستغلال أو الغبن الاستغلالي عن المتعاقد الذي تعرّض له بعدم توازن التزاماته مع التزامات نظيره، واستغلال لحالته النفسية، وذلك بإبطال العقد، وهي مكنة قانونية تجيز للقضاء التدخل في الروابط العقدية للحدّ من إرادة المتعاقدين³، ودون الزيادة في الالتزامات لأنّ مبادئ التقاضي تقتضيه بأن لا يحكم بأكثر من طلبات الخصوم، لكن يمكن له القضاء بأقلّ

¹ بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص.94.

² عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام [مصادر الالتزام]، المرجع السابق، ص.404.

³ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري- دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.50.

منها وذلك بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون، وهذا تبعاً لسلطة القاضي التقديرية وبحسب الظروف والملابسات. فالمسألة مسألة واقع.

في حالة اختيار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال، فيجوز للمتعاقد الأول أن يتوقّى إبطال العقد إذا كان بصدد عقد مفاوضة، وليس عقد تبرع، ذلك إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن وهذا طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 90 ق.م.ج.

ب- دعوى إنقاص الالتزامات:

في حالة اختيار المتعاقد المغبون دعوى التعديل بإنقاص التزاماته الباهظة، أو رفع دعوى الإبطال، إلا أنّ القاضي رأى الاقتصاد على إنقاص التزاماته، فضوّى بإنقاص هذه الالتزامات إلى حد رفع الغبن حيث تصبح الالتزامات غير باهظة، وهذا الأمر موكل لتقدير القاضي وفقاً للملبسات القضية وظروفها، فهي كذلك مسألة واقع ولا رقابة عليها من المحكمة العليا¹.

لا يجوز عند النظر في إنقاص الالتزامات الباهظة أن يعدل القاضي عن إنقاص التزامات الطرف المغبون إلى الزيادة في التزامات المستفيد من الاستغلال، فمثلاً في عقد البيع بأن يعمد القاضي إلى الزيادة في مقدار الثمن بدلاً من أن ينقص في قدرة المبيع حتى تتعادل مع التزامات المغبون. كما لا يجوز للقاضي الحكم بالإبطال لأنه بذلك يكون قد قضى بأكثر من طلبات رافع الدعوى فإذا استغلّ أحد الطرفين ضعف في نفس الطرف الآخر فأصابه غبن فاحش جزاء ذلك كان للطرف المغبون طلب رفع دعوى الغبن الواقع عليه إن كان عقد معاوضة، أمّا إذا كان تبرعاً، فله أن يطلب إنقاص التزاماته²؛ طبقاً للفقرة الثانية من المادة 90 ق.م.ج التي تنص على: "ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت دعوى غير مقبولة" فالدعوى الناشئة عن الاستغلال، يجب رفعها خلال سنة تبدأ من تاريخ إبرام العقد وإلا كانت غير مقبولة وهي مدّة سقوط الدعوى.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام [مصادر الالتزام]، المرجع السابق، ص.406.

² محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص.110.

أما بالنسبة للمشروع المصري فالحلول التشريعية التي تبناها في الغبن المادي وكذا الغبن المقترن بالعنصر النفسي المشكل لفكرة الاستغلال هي حلول تستقيم مع القواعد الأصولية في الشريعة الإسلامية التي تأبى الظلم وهضم حقوق الناس.¹

ثانياً: معايير ممارسة القاضي سلطته التقديرية.

يمارس القاضي سلطته التقديرية إزاء عيبا الغبن والاستغلال بمراعاة ثلاثة معايير، تتمثل في معيار الملائمة في إعمال الجزاء، معيار التأكيد من التقيّد بالطلب القضائي ومعيّار توقيّ البطلان بإعادة التوازن إلى الأداءات المختلفة، وسنتناول كل معيار على حدى كالآتي:

أ- معيار الملائمة في إعمال الجزاء:

إنّ القاضي عند ممارسته سلطته التقديرية في الغبن الاستغلالي، وبعد تأكده من توافر شروط الاستغلال المذكورة سابقاً، عليه احترام فكرة الملائمة في إعمال الجزاء، حيث أنّه إمّا أن يصل إلى تلبية طلب الطرف المغبون بإبطال العقد، وذلك في حالة اختيار هذا الأخير لدعوى الإبطال، أو أن يصل إلى تلبية طلبه وذلك باقتصار القاضي على انقاص التزامات الطرف المغبون إلى حدّ لا يجعلها باهظة، وذلك حسب ملائمة القضية وظروفها². فالسلطة التقديرية راجعة للقاضي بتحديد الجزاء الملائم.

ب- معيار التقيّد بالطلب القضائي:

طبقاً لمبدأ التقيّد بالطلب القضائي، وأنّ القاضي لا يفصل فيما لم يطلب منه، فإنّه لا يجوز وقت النظر في دعوى انقاص الالتزامات بالنسبة للطرف المغبون أن يعدل القاضي عن انقاص التزاماته إلى الزيادة في التزامات المستفيد من

¹ فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة،

مصر، 2004، ص.304.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام [مصادر الالتزام]، المرجع السابق، ص.406.

الاستغلال فلا يجب عليه أن يتعدى الطلب القضائي¹، وذلك لأن الإبطال أكبر من الإنقاص، فاللجوء إليه يدل على القضاء بأكثر مما طلب منه.

ج- معيار توقي البطلان بإعادة التوازن الى الأداءات المختلة:

نشاط القاضي التقديري يكون واسعاً في حالة ما إذا عرض المستغل أن يتوقى طلب الإبطال من المتعاقد المغبون في عقود المعاوضات، فيقوم القاضي بعرض ما يراه كافياً لرفع الغبن على المتعاقد المغبون، وهو يقدر حجم الزيادة في الأداءات، ويعود بالإختلال الفادح بينهما إلى التوازن بقدر الإمكان. ولا يشترط أن تكون الأداءات متساوية تماماً وهذا لا يعني تجاوز القاضي نطاق الخصومة². حيث يبقى مقيداً بمجموع الطلبات والدفع التي يبيدها أطراف الخصومة.

ما نخلص إليه أنّ العقد المشوب باستغلال تكون فيه سلطة القاضي مشابهة لسلطته في حالة العقد المشتمل على غبن، فيمكن القاضي التدخل بالتعديل لتحقيق العدل بين الأخذ والعطاء، ولإعادة التوازن للعقد.

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام [مصادر الالتزام]، المرجع السابق، ص.406.

² بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.124.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية¹ في عقد الإذعان

تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة بين أطراف العقد، حيث يملك كل متعاقد حرية مناقشة شروط العقد وفقاً لمبدأ سلطان الإدارة، إلا أنّ بعد اتّساع دائرة النشاط الاقتصادي، وظهور المشروعات والشركات الاحتكارية، أصبح بإمكان أحد المتعاقدين أن يستغلّ بوضع شروط التعاقد مقدّماً، وبشكل لا يسمح للطرف الآخر بمناقشتها، فيقتصر دور هذا الأخير إمّا على قبول الصّفقة كلّها، وإمّا رفضها دون أيّ حق في تعديلها²، وغالباً ما يضطرّ المتعاقد الضّعيف إلى هذا القبول لسدّ حاجته، ومنها يكون قبوله أقرب إلى التسليم والإذعان منه إلى الرضا السليم، وتعرف هذه العقود بعقود الإذعان أو العقود النموذجية³.

إلا أنّ هذا النوع من العقود قد يؤدي إلى تعسف الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وهذا ما دفع بالمشرع في مختلف الدول إلى منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في العقد، وفتح المجال لتنفيذ قوانين استثنائية، من بينها تلك التي تمسّ بتطبيق العقد، والتي تسمح للقاضي بالتدخل لتعديله لإزالة الضرر الناتج عنه كلياً أو جزئياً⁴،

أو إعفاء الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً للمادة 110 ق.م.ج التي تنصّ على ما يلي: "إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمّن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك".

بناءً على ما تقدّم سنتناول في هذا المبحث مفهوم عقد الإذعان [المطلب الأول]، ثمّ نتطرّق إلى تدخل القاضي

لحماية الطرف المذعن [المطلب الثاني].

¹ هي الشروط التي جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود المعاملات من روح العدل والمساواة. سيتمّ تناولها بالتفصيل في الفرع الأول من المطلب الثاني.

² محفوظ لعشيب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص.260.

³ هي نوع من عقود الإذعان ترد فيها شروط وضعت مسبقاً من طرف حمّاز وظيفية ما، أنظر: علاق عبد القادر، أساس القوّة الملزمة للعقد وحدودها -

دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان- 2008، ص.87.

⁴ Brigitte LEFEBVRE, le contrat d'adhésion, la revue de notarial montréal, vol 105, 2003, p. 445.

المطلب الأول

مفهوم عقد الإذعان

عندما يكون القبول في التعاقد مجرد إذعان لما تمليه إرادة الموجب، بدون أية مناقشة أو مفاوضة، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها، ففي هذه الحالة نكون أمام عقد إذعان¹. وهذا النوع من العقود ظهر نتيجة التطور الاقتصادي والتكنولوجي الذي شهدته الدول، والذي اختلفت الآراء حول طبيعته القانونية، ومثاله عقد التأمين.

على إثر ما تقدم، سيتضمن هذا المطلب، تعريف عقد الإذعان وخصائصه [الفرع الأول]، نشأة عقد الإذعان [الفرع الثاني]، الطبيعة القانونية لعقد الإذعان [الفرع الثالث]، ثم نورد بعض تطبيقات عقد الإذعان [الفرع الرابع].

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان وخصائصه.

سنعمد إلى تقديم تعريف لعقد الإذعان [أولاً]، ومن خلاله نستنتج الخصائص التي تميزه عن باقي العقود [ثانياً].

أولاً: تعريف عقد الإذعان.

الإذعان لغة هو الانقياد والخضوع²، أمّا اصطلاحاً فلم يجمع الفقه على تعريف واحد لعقد الإذعان³ شأنه في ذلك شأن تشريعات الدول المختلفة.

فالفقه الإسلامي لم يعرف عقد الإذعان بالصورة التي عرفتها النظم القانونية المعاصرة ذلك أنّ هذا النوع من العقود هو وليد تطورات اقتصادية هائلة لم يألّفها المجتمع الإسلامي في عصوره الأولى إلا أنّ فقهاء الإسلام لم يغفلوا عن

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 57.

² بوكاش محمد، المرجع السابق، ص. 145.

³ عاشور فطيمة، المرجع السابق، ص. 70.

هذه العقود، حيث عالجوها في صورة عقود أخرى لا تخرج عن نطاق عقود الإذعان، كعقود المعاوضة¹، التي يتم التعبير عن التراضي فيها بالتعاطي دون صيغة للإيجاب والقبول.

أما في الفقه القانوني فقد تعددت تعريفات عقد الإذعان، فمن الفقهاء من عرّفه على أنه: "محض تغليب لإرادة واحدة تتصرّف بصورة منفردة، وتملي قانونها، ليس على فرد محدّد بل على مجموعة غير محدّدة وتفرضها مسبقاً، ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد"².

وهناك من عرّفه على أنّه يكون العقد عقد إذعان عندما يكون المقابل مجرّد إذعان لما يملكه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع. ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه، فهو مضطرّ إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنّه مفروض عليه³. أما بالنسبة لتشريعات الدول المختلفة فالملاحظ أنّ أغلبها قد تعرّضت لعقود الإذعان، إلا أنّها لم تتعرّض لتحديد تعريف لها، بل أوردت فقط كيفية حصول القبول فيها، وهذا ما فعله المشرع الجزائري في المادة 70 ق.م.ج.

ثانياً: 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 تأمين مثلاً⁴، فيتبيّن مما تقدّم، أنّ عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معيّنة تحددها الخصائص التالية:

■ يكون أحد طرفي العقد في موقع إقتصادي خوّله إحتكاراً قانونياً أو فعلياً بمنحه الغلبة الإقتصادية بشكل واضح ومستمر مع المتعاقد معه، أو على الأقل مسيطراً سيطرة تجعل المنافسة على السلع والمرافق المحتكرة محدودة

¹ يتقارب معنى عقد المعاوضة مع عقد الإذعان من جوانب كثيرة، فكلاهما يتفقان من حيث طريقة تحديد الثمن ومن حيث مجال العقد وموضوعه، ومن حيث عدم التكافؤ بين الاطراف المكوّنة للعقد، أنظر: بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.218.

² محفوظ لعشبة، المرجع السابق، ص.23.

³ عبد الرزاق أحمد السّمهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، نظرية الإلتزام بوجه عام [مصادر الإلتزام]، المرجع السابق، ص.224.

⁴ عبد المنعم فرج الصّده، نظرية العقد في قوانين بلاد العربية، دار هومة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1974، ص.62.

النطاق¹، حيث ينفرد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديلها².

■ تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين³، حيث لا يمكن الإستغناء عنها. كمرفق التقل مثلاً.

■ عمومية الإيجاب أي أنّ يقوم مقدّم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقرّرة مسبقاً، ولا يقبل نقاشاً فيها، والغالب أن تكون الشروط مطبوعة في شكل عقود نموذجية، حيث يعرض الموجب إيجابه للكافة دون تمييز. وغالبا تكون هذه الشروط من مصلحة الموجب⁴، الذي يقوم باختيارها وتحريرها.

■ عقود الإذعان عقود دائمة، ولمدة غير قصيرة⁵، ونذكر على سبيل المثال عقود العمل غير المحددة المدة وعقود التأمين على الحياة.

■ يميّز عقد الإذعان بأنّ القبول فيه نوع من الرضوخ والتسليم بالشروط التي يعرضها الموجب⁶، وذلك راجع لحاجة المتعاقد لإبرام عقد على شيء لا غناء عنه. وهذا ما قضت به المادة 70 ق.م.ج، والتي تنصّ على مايلي: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقرّرة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

¹ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.151.

² أسماء علي كريم و ليلى مصطفى مواسي، "من قرارات المجامع الفقهية، عقود الإذعان".

www.bls48.net/?mod=articleslid=1159106

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 05-06-2014

³ عبد الززاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام [مصادر الإلتزام]، المرجع السابق، ص.245.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام [العقد و الارادة المنفردة]، المرجع السابق، ص.123.

⁵ محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص.68.

⁶ حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.180.

■ عقد الإذعان، عقد ملزم للجانبين، ذلك لأنه من عقود المعاوضات¹. حيث يلتزم طرف بتقديم السلعة أو الخدمة، في مقابل التزام الطرف الآخر بأداء المقابل.

■ الفرع الثاني : نشأة عقود الإذعان

يعدّ عقد الإذعان من العقود حديثة النشأة، ظهر إبان الثورة الاقتصادية الحديثة التي أدت إلى تطوّر اقتصادي هام² باللجوء إلى أسلوب الإنتاج الضخم، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة، ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الصّوروات الأولى للمستهلك، بحيث استطاعت تلك الوحدات الإنتاجية الفورية أن تملي إرادتها وشروطها المعدّة مسبقاً على التّراغبين في التّعاقد معها، وذلك نتيجة سلطتها الاحتكارية التي أنقصت من إرادة الطرف الضّعيف في محتوى العقد، فلا يملك سوى الإذعان لها³، فالحرية الاقتصادية أدت إلى الحد من حرية التّعاقد. غير أنّ اجتهاد الفقه خلال النصف الأوّل من القرن العشرين، ومن أجل إيجاد حلول ملائمة لحماية الطرف الضّعيف، وتوجيه القضاء إلى تلك الحلول قد انعكس على التشريع.

كما نادى الفقه أيضاً بالحماية الاجتماعية للمتعاقد الضّعيف عن طريق إقامة التوازن العقدي، وتضاعف توسع عقد الإذعان التّابع من فرنسا لتأخذ بها بلدان أخرى خاصّة التي تبنت المذهب الفردي في أنظمتها القانونية⁴.

فأصبح العمل واسعاً بعقد الإذعان في المجتمع المعاصر، وهذا تماشياً مع التطور الاقتصادي وما سايره من نشوء مؤسسات وشركات⁵، تتحكّم في جمهور المستهلكين، بما لها من احتكار وسلطة على السلع والخدمات، والتي تعتبر ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها.

ولقد ساعد على ظهور ونمو عقد الإذعان عدّة عوامل، منها الاقتصادية، حيث أصبح الجانب الاقتصادي في الفترة ما بين القرن السادس عشر والثاسع عشر يشكل القاعدة الأساسية التي تحكم العقود، وساعدت التّسمية الاقتصادية

¹ محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص.69.

² أنس بن عبد الله العيسى، عقد الإذعان - دراسة مقارنة - المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، 1427هـ، ص.4، ص.5.

³ محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص.9.

⁴ المرجع نفسه، ص.12.

⁵ محمد بودالي، المرجع السابق، ص.12.

المتولدة عن الرأسمالية على ظهور عقد الإذعان بتوسيع الفارق الاقتصادي اعتماداً على نظرية الحرية الاقتصادية والتي تجعل الأفراد يتقبلون شروطاً مجحفة، وتحدّ من قوّة التفاوض فنحوّل دور العقد من وسيلة تفاوض إلى نظام قانوني تميله إرادة الطرف القوي، ومن هنا كان عقداً مفروضاً بعوامل اقتصادية¹. ومنها العوامل القانونية، حيث أن تدهور الحرية التعاقدية يُفسّر في الضّغط على هذه الحرية من طرف التشريع، وذلك كمنعه لشروط معينة أو إدخال شروط إلزامية وترتيب الآثار على مخالفتها، كما أنّ تنمية ونشوء بعض المبادئ القانونية كبدأ المساواة أمام المرفق العام جعل بعض العقود غير قابلة للمناقشة²، أما بالنسبة للعوامل الاجتماعية والمادية، فلكون الإنسان مدني بطبعه يهرب من الوحدة ويلجأ للتجمّعات أين يشعر بالأمن بسبب الأخطار الكثيرة التي يتعرّض لها، كما أنّ الوثيقة التعاقدية التي تطبع مقدّمًا وتتضمّن شروطاً عديدة لمختلف العمليات، ذلك مرجعه إلى ما تقوم عليه الحياة المعاصرة من سرعة خاصّة في المجال التجاري، وكذا أبرز تطوّر من التاحية المادية هو أن المعلومات أصبحت تزوّد للعقود الإلكترونية حسب معطيات مادية معينة فتحدّد شروط غير قابلة للتعديل أو المناقشة³. فكل هذه العوامل ساهمت في ظهور ونمو عقد الإذعان وتوسّع نطاقه.

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

يتولّد على الطريقة التي يتمّ بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان من رضوخ الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي ومشيئته، جدل فقهي حول الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود⁴، حيث إنقسم الفقهاء في هذا الصدد إلى فريقين، الفريق الأول يُقرّ بالصّفة التعاقدية لعقد الإذعان، حيث يرى أنّها عقود حقيقية لا تختلف عن سائر العقود الأخرى، أما الفريق الثاني جاء عكس الأول، حيث نفى الصّفة التعاقدية لعقد الإذعان، ويرى أنّه عبارة عن مركز قانوني منظم وليست عقوداً حقيقية⁵.

وسنتناول هذين الرأيين كالآتي:

¹ محفوظ لعشيب، المرجع السابق، ص.15.
² ومثاله عقود الإذعان التي خلقت نتيجة التطريات القانونية والتي أدت بها التحولات الاقتصادية إلى إخلال توازن العقد، إلا أنّ هذه التحولات لا يمكن سببها في طبيعة أطرافه، وإثماً في طبيعة العقد.
³ محفوظ لعشيب، المرجع السابق، ص.22.
⁴ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.152.
⁵ محفوظ لعشيب، المرجع السابق، ص.33.

أولاً: الصفة التعاقدية لعقد الإذعان.

يرى أنصار هذا الفريق، وهم غالبية فقهاء القانون الخاص، أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق الإرادتين، أي تطابق الإيجاب والقبول، كما يخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود¹، على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد، ولو لم يكن طرفاه متساوين في القوة من الناحية الاقتصادية، ورغم الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الضعيف، فإنه لا يصل إلى حد الإكراه الذي يعيب الرضا، وعليه فالقبول في هذا النوع من العقود يعتبر قبولاً صحيحاً²، ويؤدي إلى انعقاد العقد بمجرد اقتترانه بالإيجاب، ورأي هذا الفريق أخذ به المشرع الجزائري في المادة 70 ق.م.ج حيث أقر بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان.

ثانياً: الصفة غير التعاقدية لعقد الإذعان

ينكر بعض الفقهاء³ وصف العقد على عقد الإذعان، واكتفوا باعتباره مركز قانوني منظم، تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب، والتي تكون بمثابة عقد أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه، لأنه يفترض في هذا الأخير التساوي بين الأطراف⁴، كما يستند هذا الفريق في تبرير رأيه إلى أن القبول مجرد إذعان ورضوخ، ولا يكون للمتعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها، وليس له أن يناقشها أو يضيف إليها أو ينقص منها أو يعدل فيها⁵، فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً، فيجب تفسيره كما يفسر هذا الأخير، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية⁶، بحيث أن هذه الأخيرة يعتمد عليها القاضي لإعادة النظر في مضمون العقد وذلك حين تطبيقه أو عند إنهائه لإعادة التوازن العقدي عند إختلاله⁷.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام [مصادر الإلتزام]، المرجع السابق، ص. 247.

² محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 16.

³ أغلبهم فقهاء القانون العام وعلى رأسهم الأستاذ سالي وديجيه، هوريو، أنظر لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص. 35.

⁴ محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 15.

⁵ إبراهيم عنتر وذنوت يوسف صالح، "التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي"، مجلة جامعية تكريت للعلوم القانونية و الأساسية، العدد الخامس، 2002، ص. 42.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام [مصادر الإلتزام]، المرجع السابق، ص. 248.

⁷ Adeline VILLAIN, L'immixtion du juge dans le contrat, mémoire de m 2 droit privé général, universite pierre mendés, France, 2013, p. 3.

طبقاً لرأي هذا الفريق ومفهومه، فإن لعقد الإذعان ثلاثة عناصر تميّزه وتخرجه من النطاق العقدي، وهي كالآتي:

- **عنصر العمومية:** الإيجاب في عقد الإذعان يكون عاماً، وليس موجّهاً إلى شخص معيّن، بل إلى الجمهور بوجه عام، أو إلى طائفة من هذا الجمهور ذات خصائص محدّدة¹، ومثاله: الإيجاب في عقد التقل بوسائله المختلفة.
- **عنصر الإكراه:** يتمثل هذا العنصر في ذلك التفوذ الاقتصادي القوي الذي يسلّطه المشتري على المذعن، والذي يؤدّي إلى اختلال واضح في المساواة بينهما في نطاق التعاقد².
- **عنصر الإذعان:** يتمثل هذا العنصر في موقف الذي وجّه إليه الإيجاب، أو بعبارة أخرى من وجّهت إليه المشاركة، حيث يعلن المذعن عن خضوعه لشروط الموجب³، وذلك بدون أيّة مناقشة أو محاولة لتعديلها، حيث يعتبر قبوله إذعان وخضوع لما يُملى عليه.

الفرع الرابع : بعض تطبيقات عقود الإذعان.

تعدّ معظم العقود ذات الأهمية في عصرنا الحالي عقود إذعان، حيث أفرزت الحرية الاقتصادية، في المجال القانوني حرية التعاقد⁴، فانتشر هذا النوع من العقود في مجتمعاتنا ودخل في ضرورات حياتنا، فأصبح الفرد بحاجة لإبرامها لسدّ احتياجاته التي لا غنى عنها .

نظراً لاتساع فئة عقود الإذعان، سنقتصر على دراسة نموذجين ممثلان في: عقد التأمين [أولاً]، عقد العمل

[ثانياً].

¹ حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.178.

² بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.154.

³ حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.178.

⁴ نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و القيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، د.د.ن، د.ب.ن، 2002، ص.41.

أولاً: عقد التأمين.

يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان، حيث استقر الاجتهاد الفقهي والقضائي منذ زمن ليس بالقصير أنّ عقد التأمين هو نموذج حي ومتجدد لهذه العقود¹، أين يكون فيها طرفان، المؤمن وهو الطرف القوي، والمؤمن له وهو الطرف الضعيف في العقد.

وعرّفت المادة 2 من قانون التأمين عقد التأمين على أنّه "إنّ التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أيّ أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات 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، أو للمستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه حين تعرّضه للخطر. والمؤمن له الذي يعتمد إلى تأمين نفسه من خطر ما، بأن يتعاقد مع شركة تأمين، حيث يؤدي لها أقساطاً دورية أو أية دفعة مالية أخرى في مقابل أن يتقاضى منها مبلغاً من المال عند تحقق الخطر³. كالتأمين ضد الحريق مثلاً.

عقد التأمين من حيث الإلزام وعدمه ينقسم إلى تأمين اختياري وآخر إجباري، وهذا الأخير تلزم الدولة المواطنين بإبرامه⁴، كالتأمين على السيارات.

اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان، يعني نزول المؤمن له عند شروط المؤمن، وهي شروط أكثرها مطبوعة ومعروضة على الناس كافة، وهذه هي أهم خاصية لعقد الإذعان. إلا أنّ المشرع في اغلب الدول تدخل من أجل تنظيم عقد التأمين حماية للمؤمن له⁵.

أحمد المنصوري، منبر البصري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية،

¹ www.droitcivil.over-blog.com تم الاطلاع عليه بتاريخ: 05-06-2014

² أمر رقم 07-95 المؤرخ في 25 جاني 1995، المتعلق بالتأمينات، ج.رج.ج، العدد 13، المؤرخ في 08 مارس 1995، المعدل و المتمم.

³ محفوظ لعشبة، المرجع السابق، ص 121.

⁴ أنس بن عبد الله العيسى، المرجع السابق، ص 16.

⁵ محفوظ لعشبة، المرجع السابق، ص 127.

وتخفيفاً من تعسف المؤمن، حيث نجد المشرع الجزائري في نص المادة 622 ق.م.ج اعتبر بعض الشروط الواردة في وثيقة التأمين باطلة¹. حيث تنص المادة على ما يلي: "يكون باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو التظلم إلا إذا كان ذلك الخرق جنائية أو جنحة عمدية.
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن إلى السلطات، أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.
- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بمجاله من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
- شرط التحكّم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.
- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

ثانياً: عقد العمل

ينقسم عقد العمل إلى قسمين، عقد عمل جماعي وهو ذلك العقد الخاضع لأنظمة وشروط النقابات والأحزاب العمالية، وبالتالي، فإنّ العقد هنا ليس عقد إذعان، لأن العامل يكون في قوة تجعله على درجة مساوية أو قريبة من رب

¹ تنص م 182 من قانون التأمين على أنه: "لا تسري إلزامية التأمين المنصوص عليها في المادتين 175 و178 أعلاه على :

1. الدولة والجماعات المحلية،

2. الأشخاص الطبيعيين عندما يبنون مساكن خاصة للإستعمال العائلي.

تحدد قائمة المباني المعفاة من إلزامية التأمين بنص تنظيمي".

العمل، أما العقد الثاني فهو عقد العمل الفردي الذي يتسم بصفة الإذعان، كون أنّ العامل يخضع لشروط رب العمل الذي يُمثّل الطرف القوي في العلاقة التعاقدية¹، حيث يقدّم هذا الأخير شروط عقد العمل في صورة إيجاب دائم، لكونه صاحب احتكار قانوني أو فعلي، وما على العامل إلاّ الإذعان لتلك الشّروط والخضوع لها، ونتيجة لعدم التكافؤ الواضح بين الطرفين فقد لجأت التشريعات العمالية الحديثة إلى إيجاد قواعد قانونية لحماية الطرف الضعيف (العامل)²، بعدما اعتادت الشّركات أن تعدّ عقداً نمطياً، ولا يكون فيها لطالب العمل فرصة المناقشة لما يرد فيه من شروط وأحكام وهذا ما فعله المشرّع الجزائري عندما اعتبر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام قانون العمل تعدّ علاقة باطلة و«عديمة الأثر»³ حيث ألزم في كل علاقة عمل مراعاة أحكام القانون كالحد الأدنى للأجور، والحدّ الأقصى لساعات العمل، وبعض القيود الواردة على عمل الأطفال والنساء، وعدم تشغيلهم البدني إلاّ برخصة من مفتش العمل المختص إقليمياً⁴. إلى جانب التنظيم التشريعي، إنجأ العمّال إلى تنظيم نقابات تنظّم شروط العمل بالتفاوض مع أرباب العمل في صورة عقد عمل جماعي⁵.

كما تدخل المشرّع الجزائري بصفة دورية في تعديل بنود عقد العمل طبقاً لتغيّر الظروف، كما هو الشأن في مدة العمل من 44 سا إلى 40 سا طبقاً للمادة 2 من الأمر 97 - 03 المتعلّق بالمدة القانونية للعمل⁶.

الملاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يتطرّق لتعديل عقد العمل في الظروف العادية للمؤسسة واقتصر على حالة تغيّر الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة⁷. وهذا ما نصّت عليه المادة 74 من القانون 11/90 المتعلّق بعلاقات العمل والتي تنص على ما يلي:

¹ أنس بن عبد الله العيسى، المرجع السابق، ص. 17.

² محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص. 127.

³ راجع المواد 27-28-39 من القانون 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المعدل والمتمم، ج.ج.ج. العدد 17، سنة 1990، المتضمن قانون العمل.

⁴ صالح أحمد، سلطة المستخدم في تعديل بنود عقد العمل - دراسة مقارنة - مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة، 2006، ص. 15.

⁵ محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص. 133.

⁶ أمر رقم 03-97 المؤرخ في 11 يناير 1997، المتعلّق بالمدة القانونية للعمل، ج.ج.ج. العدد 03، المؤرخ في 12 يناير 1997.

⁷ صالح أحمد، المرجع السابق، ص. 121.

"إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المستخدم الجديد والعمّال ولا يمكن أن يطرأ أيّ تعديل في علاقات العمل إلا ضمن الأشكال وحسب الشّروط التي ينصّ عليها هذا القانون وعن طريق المفاوضات الجماعية"¹.

المطلب الثاني

تدخّل القاضي لحماية الطرف المدّعن

- تؤدّي الحرّيّة التعاقدية إلى مظالم كثيرة، فهي غالباً ما تجعل المتعاقد الضّعيف تحت رحمة المتعاقد القوي، خاصّة وأنّ عدم التّوازن ظاهرة بارزة في العقود وفي الشّروط²، وهذا راجع للتّطور الحاصل في المجال الإقتصادي الذي أدّى إلى ظهور شركات إحتكارية، تضع شروطها بكل إستقلالية وفقاً لمصالحها، وغالباً يقع المتعاقد معها ضحية لتعسفها، لذا نجد أنّ المشرّع تدخّل ومنح للقاضي سلطة تعديل الشّروط التعسّفية في عقد الإذعان لحماية للطرف المدّعن إستناداً للمادة 110 ق.م.ج، فإذا كشف القاضي بحسب تقديره عن شرط تعسّفي في عقد اذعان، فله أن يعدّله بما يزيل أثر التعسّف، بل له أن يلغيه، ولم يرسم له المشرّع حدوداً في ذلك، إلا ما تقتضيه العدالة³.

فالأصل العام في التعاقد أنّ الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي وحدها التي تستطيع إنهائه أم تعديله⁴ ودور القاضي يقتصر على مجرّد تفسير العقود بغية إعمال حكم القانون عليها. إلا أنّه وخروجاً عن هذه القاعدة قام المشرّع بالإعتراف للقاضي بسلطة إستثنائية بحجة توفير الحماية للطرف المدّعن، حيث تتيح له هذه السلطة تعديل العقد لإعادة التوازن العقدي⁵. وذلك في حالة ما إذا ثبت له أنّها شروط تعسّفية إذ أنّ إحتواء عقد الإذعان على هذا التّوع من

¹ قانون 90 11 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج، العدد 41، لسنة 2004.

² محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 47.

³ نبيل اساعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2000، ص. 246.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 148.

⁵ محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 58.

الشروط يعدّ خلافاً في التوازن العقدي متوافراً منذ لحظة إبرام العقد¹.

بالتالي فإنّ هذه السلطة تعدّ آمرة لا يجوز الإتفاق على حرمان القاضي منها، وإذا تمّ إتفاق على خلاف ذلك، فيكون باطلاً لمخالفته للنظام العام، ووجب التمسك بطلب تعديل الشروط التعسفية أمام محكمة الموضوع².

بناءً على ما تقدّم، سننظر في هذا المطلب إلى تبيان الشروط القانونية لتعديل الشرط التعسفي [الفرع الأول]، ثمّ نتطرّق إلى صور تدخّل القاضي في عقد الإذعان [الفرع الثاني]، وبعدها نقوم بتحديد نطاق وأهمية سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية [الفرع الثالث].

الفرع الأول: الشروط القانونية لتعديل الشرط التعسفي.

تخضع عقود الإذعان لرقابة من جانب القضاء، وذلك بقصد حماية الطرف المذعن في العقد³، فبالرجوع إلى نص المادة 110 ق م ج، التي تنصّ على: "إذا تمّ العقد بطرق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". من خلال هذا النص نجد أنّه تضمن الشروط التي من شأن توافرها في عقد من العقود السّاح للقاضي بالتدخّل لتعديل الشروط التعسفية التي تضمنها العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها.

وهذا يعتبر خروجاً عن مبدأ حرية التعاقد الممثل في قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"⁴. من خلال هذا النص يتّضح أنّ الشروط القانونية لتدخّل القاضي لإعمال سلطته في التعديل هي:

- أن يكون هناك عقد.
- أن يكون هذا العقد قد تمّ بطريقة الإذعان.
- أن يكون قد تضمن شروطاً تعسفية.

¹ نزمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص.63.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام [العقد والإرادة المنفردة]، المرجع السابق، ص.125.

³ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص.62.

⁴ بن شنيبي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.43.

■ أن تكون هذه الشروط التعسفية مرهقة للطرف المدعى.

ويمكن اختصار هذه الشروط الأربعة أو إدماجها في شرطين أساسيين هما:

■ أن يكون هناك نزاع متعلق بعقد إذعان.

■ أن يتضمن هذا العقد شروطا تعسفية مرهقة للطرف المدعى.

وستناول هذين الشرطين كالآتي:

أولاً: شرط وجود نزاع متعلق بعقد إذعان.

لا تثار سلطة القاضي في التعديل إلا إذا طرح نزاع أمامه يتضمن الطعن في عقد من العقود¹. ويجب أن يكون عقداً صحيحاً، ولكي ينعقد العقد صحيحاً ويصبح منتجاً لأثاره القانونية، فإنه يخضع كسائر العقود إلى شروط صحة العقد²، فيجب أن يتوافر على أركانه من رضا سليم خال من العيوب، ومحل وسبب مشروعين. أما إذا ثبت أن العقد غير صحيح لانعدام التراضي مثلاً، فيكون هذا محل إبطال وليس تعديل.

كما يجب أن تتوافر في هذا العقد خصائص عقد الإذعان السالفة الذكر والتي يمكن إجمالها في ثلاث نقاط أساسية وهي:

■ تعلق العقد بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية للجمهور، والتي لا يمكن الاستغناء عنها وتحديد ما إذا كانت السلعة من الضروريات الأولية تدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع³.

■ أن يكون المتعاقد الذي يصدر الإيجاب في مركز اقتصادي أقوى من الطرف الآخر، فيكون محتكراً فعلياً أو قانونياً لما يدخل في موضوع العقد سواء كانت سلعة أو خدمة، أو لكون المنافسة محدودة التطاق نتيجة للظروف⁴.

¹ بن شتيبي عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 44.

² محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص. 84.

³ بن شتيبي عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 44.

⁴ حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص. 180.

■ أن يعرض مقدم السلعة أو الخدمة عرضه على الجمهور وفق شروط مقررة مسبقاً¹، حيث يقوم بإعدادها بإرادته المنفردة وبكل استقلالية عن الطرف المتعاقد معه.

متى توافرت هذه الخصائص في العقد المطعون فيه أمام القاضي، كان العقد عقد إذعان.

ثانياً: أن يتضمن العقد شروطاً تعسفية مرهقة للطرف المدعى.

إذا تضمن العقد المطعون فيه أمام القضاء شرطاً أو شروطاً تعسفية ترهق كامل الطرف المدعى، وكان القاضي قد تأكد من ذلك، ففي هذه الحالة، يحق لهذا الأخير التدخل بتعديل ذلك الشرط أو تلك الشروط، أو إعفاء الطرف المدعى منها، لإعادة التوازن العقدي وحماية للطرف المدعى. وتقدير تعسفية الشرط أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع، إذ تعد مسألة واقعية ولا رقابة على القاضي في تقديرها من قبل المحكمة العليا، لم يعتمد المشرع الجزائري إلى تحديد المقصود بالشروط التعسفية، وإنما اكتفى بالإشارة فقط إلى معايير التعسف وذلك في نص المادة 124 مكرر ق.م.ج.² أما بالنسبة للتصوص الخاصة بحماية المستهلك، فنلمس رغبة المشرع في القضاء على الشروط التعسفية في القانون 03-09 والأمر 06-95 والمرسوم 90-266، إلا أن بعد إصدار القانون 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإن الفقرة الخامسة من المادة الثالثة منه عزفت الشروط التعسفية على أنها: "شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"³.

¹ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.170.

² تنص المادة 124 مكرر على أنه: "يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الأحوال الآتية: - إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير،

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

³ القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ج، عدد 41، سنة 2004.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي أكتنف فكرة التعسف وذلك في نصوص متفرقة تتضمن تطبيقات خاصة، ولم ينص على النص العام في القانون المدني¹.

أما على الجانب الفقهي فقد اختلفت² التعاريف بشأن فكرة الشروط التعسفية، فهناك من الفقه من عزفها كالاتي: "تعتبر الشروط تعسفية إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل"³ إلا أن هناك جانب آخر من الفقه يميز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها فالشروط الأولى يظهر التعسف فيها منذ إدراجها بالعقد، وتكشف عنه ألفاظه فتأتي متناقضة مع جوهره أما النوع الثاني فهو الشروط التعسفية بحكم الاستعمال وهذه الشروط لا تظهر صفة التعسف فيها عند إدراجها بالعقد وإنما عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها⁴. ونخلص إلى أن الشرط التعسفي، هو ذلك الشرط الذي يتضمن أحكاما تنافي مع العدالة وحسن التية، اللذين يعتبران ذو طابع نسبي يختلفان من حالة لأخرى بحسب الظروف المحيطة بالعقد والمتعاقدين.

الفرع الثاني: صور تدخل القاضي في عقد الإذعان.

منحت للقاضي سلطة واسعة في مجال عقود الإذعان، وذلك خلافاً للمبادئ العامة في اثر القوة الملزمة للعقد، فله تقدير مدى تعسفية الشرط الوارد في العقد، فيقوم بتعديله أو إلغائه كلياً، وهذا وفقاً لما تقضي به العدالة من ضرورة حماية الطرف المدعن بوسائل عدّة في ظلّ المبادئ العامة⁵.

المظاهر الأساسية للحماية التي يتضمنها القانون لصالح الطرف المدعن، تتمثل في رفع الضرر اللاحق به جزاء الشروط التعسفية، وذلك إما بتعديل هذه الشروط أو بإلغائها وإعفاء المدين المدعن منها أو بتفسير الشك لمصلحة

¹ حمودة نجوى، همشاي وهيبة، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص.26.

² وذلك باختلاف زاوية النظر للشرط التعسفي، فهناك من يعرفه على اساس اطراف العلاقة الاستهلاكية وآخرون يعرفونه بحسب الآثار المترتبة عنه، انظر: حمودة نجوى، همشاي وهيبة، المرجع السابق، ص.26.

³ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.112.

⁴ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.160.

⁵ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.251.

المذعن¹ وستناول الصورة الأولى والثانية اللتان نص عليها المشرع الجزائري في المادة 110 ق.م.ج. أما الصورة الثالثة التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 2/112 ق.م.ج² تستبعد لأنها لا تعتبر تعديلا للعقد بل مجرد تفسير له.

سنعمد الى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية [أولا]، ونخصص [ثانيا] لسلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي (إعفاء الطرف المذعن منه).

أولا: سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي.

يتدخل القاضي لإعمال سلطته الحمائية في مجال عقد الإذعان وذلك بتعديل الشرط التعسفي، حيث يُبقي عليه، إلا أنه يتناوله بالتعديل بالوسيلة التي يراها مناسبة، عندما تكون الشروط التعسفية مرتبطة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن³. كالتمن في عقد البيع، وبدل الإيجار في عقد الإيجار فهي شروط جوهرية لا يمكن إلغاؤها، لأن ذلك يؤدي إلى تحويل العقد الملزم لجانبين إلى عقد ملزم لجانب واحد.

قد تكون الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ أو بمدته، ففي هذه الحالة قد يقوم القاضي بالتعديل عن طريق الإنقاص لإزالة المظهر التعسفي للشرط الوارد في عقد الإذعان⁴.

وقد يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن، أو حالة من حالاته بمعناه المادي⁵ وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتعديل الشرط التعسفي، إما بالإنقاص أو بالزيادة لإزالة الغبن الوارد فيه، وفي هذا الصدد لا يفتقد القاضي بالقيود المطلوبة لرفع الغبن والاستغلال، لأن تعديل العقد بسبب الحالة الأولى مسألة مستقلة ففي تعديل عقد الإذعان المنطوي على غبن فإن القاضي يحل محل الإلتزام العقدي التزاما قضائيا⁶.

¹ بن شنتي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.46.

² تنص المادة على: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المذعن".

³ بن شنتي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.46.

⁴ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.165.

⁵ المرجع نفسه، ص.166.

⁶ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام، العقد- الإرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الإبراء بلا سبب، د.د.ن، الإسكندرية، 2000، ص.153.

كما قد يكون الشرط التعسفي محل الطعن، في صورة شرط جزائي¹، حيث تنصب سلطة القاضي إما على تعديله أو على إعفاء الطرف المدعى منه.

ثانياً: سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي [إعفاء المدين المدعى منه].

يعتبر إلغاء الشرط التعسفي سلاحاً بالغ الخطورة والأهمية في يد القاضي، حيث يكون في ذلك قد خالف القاعدة المشهورة "العقد شريعة المتعاقدين"، فيقوم بإعفاء الطرف المدعى من ذلك الشرط مع الإبقاء على العقد قائماً، لإزالة التعسف الذي سلطه الطرف القوي في العقد. وذلك لكونه واضع قانون العقد². ويلجأ القاضي إلى هذه الوسيلة بعد التأكد من أن وسيلة تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل ليس مجدياً لإزالة مظهر التعسف الذي إتسم به الشرط، وذلك يكون في الحالة التي يعتبر فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد³. والذي بدوره يكون شرطاً مألوفاً في العقد.

الفرع الثالث: نطاق وأهمية سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية.

سنبدأ في تحديد نطاق سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية التي تضمنها عقد الإذعان [أولاً]، ثم نتناول تبيان أهمية هذه السلطة [ثانياً].

أولاً : نطاق سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية.

إن السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان في نص المادة 110 ق.م.ج، تقتصر على العقود المدنية دون الإدارية⁴.

¹ أو ما يسمى بالتعويض الأتفاقي والذي سيتم تناوله في المبحث الثاني من الفصل الثاني.

² حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.182.

³ بن شنيقي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.47.

⁴ المرجع نفسه، ص.48.

فمتى توافرت خصائص عقد الإذعان في أي عقد مدني، فإن الشروط الواردة فيه والتي اتّسمت بالتّعسف، تكون محلاً لتدخل سلطة القاضي في التعديل.

ثانياً: أهمية سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية.

لم يغفل المشرع الجزائري عن إمكانية لجوء الطرف القوي في عقد الإذعان إلى تضمين هذا الأخير شرطاً يستبعد بموجبه سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التي يرى أنّها تعسفية، فنص على بطلان أيّ إتفاق أو شرط في هذا الشأن¹، إذ أنّ مثل هذا الإتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام²، وهذا ما ورد في عبارة "...ويوقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" من المادة 110 ق.م.ج السالفة الذكر، وجعل من حق الطرف المدعن اللجوء إلى القضاء، وحق هذا الأخير في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها حقاً يتعلق بالنظام العام وبالتالي فإنّ سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية تكمن أهميتها في حماية الطرف المدعن في العلاقة التعاقدية على أساس العدل والمصلحة العامة³.

نخلص إلى أنّ سلطة القاضي في مجال عقود الإذعان تتسم بالتقييد في حدود وسيلتين، يختار القاضي الوسيلة المناسبة بناءً على سلطته التقديرية، وذلك بعد التأكد من توافر خصائص عقد الإذعان وبعد تقدير تعسفية الشرط المكوّن للعقد.

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص.60.

² حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.184.

³ محمد بودالي، المرجع السابق، ص.61.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه

تعدُّ سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه التقطة الثانية التي تنصّب عليها دراستنا في هذا الموضوع. فبعد أن رأينا في الفصل الأول حالات تدخّل القاضي لإعادة التوازن المحتل للعقد في مرحلة إنشائه، والمتمثلة في حالة الغبن والاستغلال وحالة عقود الإذعان المتضمنة شروط تعسفية، نتطرق في هذا الفصل إلى المرحلة اللاحقة لمرحلة إنشاء العقد والمتمثلة في مرحلة تنفيذه. فقد تكون التزامات المتعاقدين متوازنة في المرحلة الأولى، إلا أنها تختل في المرحلة الثانية. لذلك فإنّ المشرّع لم يكتفِ بمنح القاضي سلطة التعديل في مرحلة إنشاء العقد، بل مدّد هذه الحماية إلى مرحلة تنفيذه، حيث خوّله سلطة واسعة في التدخّل في العلاقات العقدية بالتعديل وذلك في حالات توافرت فيها ظروف معينة. حرصاً على حماية المتعاقدين من الجور وتحقيقاً للعدالة¹.

من أبرز هذه الحالات نجد حالة الظروف الطارئة، حيث يتدخّل القاضي لردّ الالتزام المرهق عن المدين، وحالة تدخّل القاضي لتعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة.

في هذا الصدد، سينتضمّن هذا الفصل:

- سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة [المبحث الأول].
- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة [المبحث الثاني].

¹ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص. 240.

المبحث الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

قد يحدث أثناء تنفيذ العقود وقبل انقضاءها، خاصة العقود طويلة الأجل أو متراخية التنفيذ، أن تحل ظروف اقتصادية بسبب حادث طارئ وغير متوقع، فيصبح تنفيذ الالتزام على التحو المتفق عليه أثناء إبرام العقد شاقاً أو مرهقاً إلى حد يهدد المدين بخسارة فادحة.

في هذا الصدد استثنى المشرع الظروف الطارئة من نطاق تطبيق قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، التي تحجر على القضاء تعديل العقود¹. فحول القاضي بموجب الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م.ج سلطة التدخل بالتعديل من أجل ضمان الاستمرار في تنفيذ العقد²، و التي تنص على: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وأن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". ويهدف بذلك إلى تحقيق التوازن العادل بين مصلحة طرفيه، وكذلك مواجهة ما قد ينشأ عن تغيير الظروف التي كانت سائدة أثناء مرحلة الإبرام من تقلبات اقتصادية غير متوقعة، والتي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، والذي من شأنه إلحاق ضرر بأحد طرفي العقد³.

والبحث في مدى سلطة القاضي في تعديل العقد لرد الالتزام المرهق يقتضي منا التطرق إلى تعريف لنظرية الظروف الطارئة ولحمة تاريخية لنشأتها، ثم استعراض الشروط القانونية التي تطلبها المشرع لتحقيق الظروف الطارئة. وذلك كالآتي:

- المقصود بنظرية الظروف الطارئة [المطلب الأول].
- تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق [المطلب الثاني].

¹ بشار عدنان ملكاوي، عبد القادر الفار، مصادر الالتزام [مصادر الحق الشخصي في القانون المدني]، ط4، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.128.

² محمد السناري، الصواب القانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص.98.

³ بن شنيقي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.54.

المطلب الأول

المقصود بنظرية الظروف الطارئة

تفترض نظرية الظروف الطارئة وجود حادث استثنائي عام وغير متوقع أثناء تنفيذ عقد متراخي التنفيذ، يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي مما يلحق بالمدين خسارة فادحة، إلا أن هذا الحادث لا يؤدي إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلًا، بل يجعله مرهقًا فقط مع بقاءه ممكنًا، وهذا ما يميزه عن القوة القاهرة¹.

بناءً على هذا سنتناول تعريف نظرية الظروف الطارئة ونشأتها [الفرع الأول]، شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة [الفرع الثاني].

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة ونشأتها.

سنستهل هذا الفرع بتقديم تعريف لنظرية الظروف الطارئة، ثم نتطرق إلى نشأتها ومراحل تطورها.

أولاً: تعريف نظرية الظروف الطارئة.

يعرف الفقه القانوني نظرية الظروف الطارئة على أنها كل حادث عام يقع بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، غير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ولم يكن في الوسع توقعه أو دفعه² مما يولد اختلال في التوازن العقدي بين الطرفين. إذ يجعل وفاء المدين بالتزامه مرهقًا، يؤدي به إلى خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف مما يستدعي الأمر تدخّل القاضي وبطلب من المدين بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين لردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك³.

¹ عزفت القوة القاهرة "أنها كل حدث غير متوقع حصوله، لا يقاوم، متعذر تجاوزه، وخارج عن نطاق تحمّل الأطراف حيث يخل بخطورة تنفيذ العقد يدمج في خاتمة القوة القاهرة، وهو كل حدث وكل وضعية وكل تلاحم وتصادف للأحداث والظروف ويخرج عن إرادة الطرفين"، انظر فريد بلقاسم، "العقود التجارية والمؤسسات"، نشرة المحامي، العدد 11، سطيف، 2010، ص 31.

² حمدي محمد سماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 230.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام-العقد والإرادة المنفردة - المرجع السابق، ص 302.

كما تعرّف على أنّها حوادث استثنائية غير متوقعة، تؤدّي إلى تحطيم اقتصاديات العقد، فالأمر متعلّق بغبن طارئ بعد إبرام العقد¹.

أمّا الفقه الإسلامي فقد عبّروا عن هذه النظرية بالإعذار، أي تعذّر الوفاء بالالتزام في العقود المتراخية التنفيذ لأسباب لا دخل فيها لإرادة المدين، كارتفاع الأسعار، أو لظروف طبيعية من إعصار أو فيضان، أو وقائع مادية كإصابة المحاصيل بالآفات الزراعية².

من خلال هذه التعاريف نستنتج أنّ الظروف الطارئة شأنها شأن الاستغلال، فكلاهما يؤدّيان إلى اختلال التوازن العقدي، إلا أنّ الظروف الطارئة يعتدّ بها أثناء التنفيذ، أمّا الاستغلال فلا يؤخذ به إلا في مرحلة الإبرام.

ثانياً: نشأة نظرية الظروف الطارئة.

تنبّه الفقه الإسلامي إلى أثر الظروف الطارئة، ومجافة هذا الوضع لقواعد العدالة ومدى تأثيره في الالتزام العقدي، ذلك على أساس عدم جواز الغبن سواء في مرحلة إنشاء العقد أو في مرحلة تنفيذه³، وعبّروا عنها بالعدر، الضرورة أو الحوائج⁴، فمثلاً في عقد الإيجار، حيث تؤدي نظرية الظروف الطارئة الى فسخ عقد الإيجار للعدر⁵. وعليه فنظرية الظروف الطارئة من صميم الفقه الإسلامي، وهي تقوم على أساس الضرورة، العدل والإحسان، لقوله تعالى: أعوذ بالله من الشيطان الرجيم، بسم الله الرحمن الرحيم "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ" صدق الله العظيم⁶.

لقد ذهب فقهاء القانون الكنسي المسيحي إلى نفس الحكم، فأخذوا بالنظرية في القرون الوسطى، حيث كانوا يرتّبون على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين أثرا قانونيا، فهو عبارة عن غبن يقع على المدين المرهق، إلا أنّه ليس معاصراً لتكوين العقد، بل يتواجد في مرحلة تنفيذه، فاعتبروه نوعاً من الرّبا المحترّم⁷.

¹ حمدي محمد سماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.230.

² سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.477.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.252.

⁴ فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.196.

⁵ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، 2010، ص.108.

⁶ سورة البقرة/ الآية 185

⁷ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص.479.

إلا أنّ هذا الإتجاه تقهقر لضعف نفوذ الكنيسة، وسيادة المذهب الفردي الذي أفرز مبدأ سلطان الإرادة، ففرض القانون الفرنسي القديم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة.

إلا أنّ القضاء الإداري الفرنسي بعد الحرب العالمية الأولى أخذ بالتظرية مجلس الدولة الفرنسي في قضية معروفة لشركة الغاز بمدينة بوردو¹، ولقد ساعد القضاء الإداري الأخذ بهذه النظرية سببان، يتمثل الأول في أنّ القضايا التي تعرض عليه تتصل بالمصلحة العامة، فوجب مراعاة من يتولى المرافق العامة حتى يستطيع مواصلة عمله، أمّا السبب الثاني فيتمثل في أنّ القضاء الإداري ليس مقيّدًا بالقضاء المدني بنصوص تشريعية، وبذلك يستطيع أن يراعي الظروف ويساير التطور². أمّا بالنسبة للقوانين الحديثة فبدأت تلقى فيها تأييدا في الفقه والقضاء³، ومن بينها القانون المدني الجزائري الذي نصّ عليها في الفقرة الثالثة من المادة 107 منه السلفه الذكر.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

رغم اختلاف الفقه⁴ في سرد هذه الشروط، إلا أنّهم متفقون جميعا على موضوعها وجوهرها. ويمكن إجمالها بناءً على نص الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م.ج فيما يلي:

- أن يكون العقد المطلوب تعديله متراخي التنفيذ.
- أن يطرأ حادث استثنائي عام لم يكن متوقّعا وقت التعاقد.
- أن يصبح تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين، لكنّه لا يبلغ درجة الإستحالة.

¹ وتتلخص أحداثها في أنّ الشركة كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر الفحم اللازم لإنتاج الغاز، فعّدل مجلس الدولة العقد بما يتفق مع هذا الإرتفاع في السعر، راجع بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.254.

² خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص.110.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.254.

⁴ فمن الفقهاء من جعلها ستة شروط ومنهم من جعلها أربعة ومنهم من حصرها في ثلاثة شروط، إلا أنّ هذا الإختلاف لا يعدو أن يكون شكليا، لا يترتب عليه من الناحية الموضوعية أي أثر.

سنتناول كل شرط بالشرح كآتي:

أولاً: أن يكون العقد المطلوب تعديله متراخي التنفيذ.

يشترط وجود التزام تعاقدي، أي أن يتم العقد فعلاً¹. فإذا لم يكن هناك عقد فلا وجود للنظرية، ويجب أن تكون الظروف موجودة في الفترة بين الانعقاد وتام التنفيذ، لأنه إذا كانت موجودة قبل انعقاد العقد، فإنها لا تؤثر عليه حتى ولو كان أحد المتعاقدين أو كلاهما لا يعرف بها²، وبالتالي فإن العقود التي تنطبق عليها هذه النظرية تتمثل في عقود المدة سواء كانت ذات تنفيذ مستمر كعقد الإيجار، أو كانت ذات تنفيذ دوري كعقد التوريد، وإما أن تكون من العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل³، أما إذا كان العقد واجب التنفيذ فوراً وتراخي تنفيذه بسبب خطأ من المدين، فإنه لا يجوز تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة عليه، إذ في هذه الحالة يتحمل المدين تبعه خطئه، فمثلاً إذا تعهد مقول بإتمام عمل معين كبناء بناية بثلاثة طوابق، ثم تراخى في تنفيذه عن الميعاد المتفق عليه، وكان ذلك بسبب تقصير منه، فليس لهذا المقول الإدعاء بأن الإلتزام بالتنفيذ صار مرهقاً له استناداً لنظرية الظروف الطارئة، حيث يتحمل تبعه تقصيره.

كما لا يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود الغرر أو العقود الإحتالية، أين يكون التنفيذ أو عدمه مرتبط بحدوث مستقبلي غير محقق الوقوع⁴. كما أن طبيعة العقود الإحتالية، توحى باحتمال تعرّض أحد المتعاقدين لكسب كبير أو خسارة جسيمة، والمتعاقد على علم بهذا الإحتمال منذ لحظة الإبرام، أما في نظرية الظروف الطارئة فيجب ألا يكون في الوُسع توقع الإرهاق، إلا أن هناك بعض الفقه من يرى أنه يمكن إعمال نظرية الظروف الطارئة بالنسبة لكل العقود، وذلك لعموم التصوص⁵.

¹ محمد علي الرشدان، المرجع السابق، ص.482.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام- العقد و الإرادة المنفردة - المرجع السابق، ص.305.

³ توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص.482.

⁴ خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص.111.

⁵ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.249.

ولا ينال من تطبيق نظرية الظروف الطارئة عقود البيع التي يكون فيها الثمن كله أو بعضه مؤجلاً¹، فلا يمكن التيسير على المشتري بتأجيل دفع الثمن على حساب البائع، وفي القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع سكت في هذا الشأن، ولم يذكر شيئاً عن تحديد هذه العقود، بل ولم ينص بتاتاً على هذا الشرط حيث إعتبره شرطاً غالباً لا ضرورياً².

ثانياً: أن يطرأ حادث إستثنائي عام غير متوقع

تشتري نظرية الظروف الطارئة توقراً حادث إستثنائي عام ولم يكن في الوُسع توقعه، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل:

أ- أن يكون الحادث إستثنائياً:

لقد حرص المشرع الجزائري على إستثنائية الحادث، حيث نص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م.ج واعتبره شرطاً يجب توافره في الطرف الطارئ حين يعتبر هذا الأخير إستثناءً من قاعدة "القوة الملزمة للعقد"، والذي يخول القاضي سلطة التدخل في مضمون العقد بالتعديل لإعادة توازنه. والحادث الإستثنائي هو ذلك الحادث الطارئ الذي يندر وقوعه أو حصوله، بحيث يبدو شاذاً غير مألوف³، مثل الفيضان، زلزال، وباء، أو صدور قانون جديد يضع تسعيراً جبرياً لسلمة معينة.

كما يعدّ الحادث إستثنائياً، إذا وقع في منطقة لا تتعرض له عادة، فمثلاً الزلزال إذا وقع في منطقة اعتادت عليه فلا يعتبر حادث إستثنائي، أما إذا وقع في منطقة لا تتعرض له عادة، ففي هذه الحالة يعدّ حادث إستثنائي يؤدي إلى إعمال سلطة القاضي في التعديل.

قد يكون الحادث مألوفاً، لكن يبلغ حدّاً من الجسامّة تجعله مرهقاً للمدين، فينطبق عليه وصف الحادث الطارئ والإستثنائي⁴، ففي هذه الحالة لا نأخذ بالحادث في حدّ ذاته بل بالآثار المترتبة عليه.

¹ يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة - دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الاردن، 2009، ص.210.

² وهذا على غرار المشرع المصري، وبقية تقنينات الدول العربية التي أخذت بهذه النظرية.

³ بن شنتي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.5.

⁴ حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.240.

ب- أن يكون الحادث الاستثنائي عاما:

لقد أخذ المشرع الجزائري بشرط العمومية في الحادث الإستثنائي، وهذا ما نص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م.ج، إذ لا يكفي أن يكون الحادث الإستثنائي خاصا بالمدين وحده، بل يجب أن يكون عاما شاملا لطائفة من الناس¹. أو بعبارة أخرى أنّ القاضي في تقديره للظروف الطارئة ينبغي عليه أن يأخذ في اعتباره المعيار الموضوعي، الذي يقوم على أنّ الظروف الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس². وتنصرف عمومية الطرف الطارئ، إما إلى التاحية الشخصية، فيتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الطرف، أو إلى التاحية الإقليمية، فيتحدد معيار العمومية بمقدار المساحة الإقليمية المتأثرة بالطرف الطارئ³. عدم الإعتداد بأيّ ظرف خاص بالمدين هو ضمان لعدم الغش من جانبه بإدعائه خلاف الواقع⁴. إلا أنّ هناك من يرى أنّ العمومية في الحادث الإستثنائي تمنع من تحقيق العدالة في حالات كثيرة، كما تتعارض مع الغاية التي وُجدت من أجلها التظلية، والمتمثلة في تخفيف الإرهاق⁵. لهذا لم تتطرق بعض التشريعات المقارنة لشرط العمومية، واكتفت بالنص على الحادث الاستثنائي غير المتوقع فقط.

ج- أن يكون الحادث الإستثنائي غير متوقع.

يجب أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع، أي أنّه ليس بوسع الزجل العادي أن يتوقعه عند إبرام العقد⁶، ومسألة تقدير الطرف الطارئ إذا كان متوقعا أو غير متوقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع⁷. كما أنّه لا يمكن للمدين تفاديه أو دفعه. ومثال ذلك حدوث زلزال، أو وقوع حرب، أو حدوث ارتفاع باهظ بالأسعار أو نزول فاحش فيها⁸.

¹ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الاسلامي- دراسة مقارنة- دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص.141.

² نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص.268.

³ بوفلحة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.57.

⁴ فاضل خديجة، تعديل العقد اثناء التنفيذ، رسالة دكتوراه في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص.79.

⁵ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.257.

⁶ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.162.

⁷ حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.241.

⁸ عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكوي، المرجع السابق، ص.129.

هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993، ملف رقم 49699، أين قضت بأنه: "حيث أن التوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقي مغلقاً بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعدّ حادثاً إستثنائياً غير متوقّع"¹.

نخلص إلى أنه لكي يُعتدّ بالحادث الطارئ يجب أن يكون إستثنائياً، غير مألوفاً، وعاماً يشمل منطقة أو فئة معينة، وأن يكون حادثاً غير متوقّع وقت إبرام العقد.

ثالثاً: أن يُصبح تنفيذ الإلتزام مرهقاً وليس مستحيلاً.

مفاد هذا الشرط، أن يكون تنفيذ الإلتزام يرهق كاهل المدين ولكن لا يصل إلى حدّ الإستحالة، بحيث إذا وصل إلى هذا الحد نكون أمام قوّة قاهرة وليس ظرف طارئ.

مسألة الإرهاق تعتمد على معيار موضوعي يُنظر فيه إلى ظروف الصّفقة ذاتها، وليس إلى ظروف المدين الخاصّة². أي يعتدّ بظروف المدين العادية أو المتوسطة، فيجب لإنطباق التّظريّة، أن يجعل الحادث الطارئ تنفيذ الإلتزام المرهقاً للمدين يؤدّي به إلى خسارة فادحة، يترتب عليها تدخّل القاضي لتعديل العقد بردّ الإلتزام إلى الحد المعقول³. وفي هذا الصّدّد المشرّع الجزائري لم يحدّد مقدار الإرهاق، بل اكتفى أن تكون الخسارة فادحة، وترك للقاضي السّلطة التقديرية حسب الطّروف المحيطة بالعقد⁴. حيث يقوم بتوزيع عبء الحادث الطارئ على كل المتعاقدين، تحقيقاً للعدالة والإنصاف، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1999، ملف رقم 191705، حيث قضت بنقض القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 10 نوفمبر 1996، القاضي بإلزام مؤسسة ترقية السكن العائلي بتسليم السكن محلّ النزاع للمدعى [س ع ق] مع إلزام هذا الأخير بأن يدفع للمدعى عليها مبلغ مالي في حدود نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن محلّ النزاع المحدّد باتفاقية البيع المؤرّخة في 04 جوان 1990، "حيث أنّ قضاة الموضوع لمّا رأوا زيادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقاً لعدد التخصيص تماشياً مع عدالة العقد وتوازنه، فإنّهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقاً لأحكام المادة 107/3 من التقنين المدني، إذا ما طرأت

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993، ملف رقم 99694، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994، ص.217.

² سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.163.

³ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص.415.

⁴ فاضل خديجة، المرجع السابق، ص.82.

ظروف إستثنائية ذات طابع عام وغير متوقَّع من شأنها أن تجعل إلتزامات الطَّاعنة مرهقة، فإنَّهم يكونون قد أخطئوا في تطبيق المادة 107 من التقنين المدني"¹.

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21 مارس 2007، ملف رقم 351258، بنقض القرار الصادر عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 2002/03/02، القاضي بإلزام مصفي مؤسسة ترقية السكن العائلي بإتمام إجراءات نقل الملكية للمسكن موضوع النزاع، وذلك عن طريق تحرير العقد النهائي أمام الموثق مقابل ايداع الطَّاعن ثمن الشراء، وإلزام ديوان الترقية والتسيير العقاري والصندوق الوطني للتوفير والإحتياط بالمسيلة بإتمام أشغال إنجاز المسكن موضوع النزاع، حيث يعيب الطَّاعن على القرار الطعون فيه بدعوى أنه انتهى إلى رفض دعواه استناداً إلى حكم المادة 107 / 02 ق.م.ج على أساس أنه يتعدَّر تنفيذ الإلتزام التعاقدية بسبب الظروف الطَّارئة التي أدت إلى تغيير تكلفة الإنجاز ويعد ذلك خطأً في تطبيق المادة 107 كما يعرض القرار المطعون فيه للتقاضي².

هذه هي الشروط التي يجب توافرها حسب نص المادة 107/3 ق.م.ج بخصوص إعمال نظرية الظروف الطَّارئة، والتي يستند إليها القاضي للتدخل في العقد بالتعديل لإعادة التوازن الاقتصادي له.

المطلب الثاني

تدخل القاضي لردّ الإلتزام المرهق

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطَّارئة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م.ج، فإنه يجوز للقاضي التدخل في مضمون العقد، وذلك بالموازنة تبعاً للظروف بين مصلحة طرفيه³، وأن يردّ الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، حيث تعتبر هذه السلطة التقديرية واسعة⁴، يستطيع القاضي بموجبها إختيار الطريقة التي يرى أنها ملائمة لإزالة الإرهاق عند تنفيذ الإلتزام، وذلك في حدود مهمته، فقد يرى القاضي ضرورة إنقاص إلتزام المدين أو زيادة الإلتزام

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1999، ص.95.

² قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2007/03/21، ملف رقم 351258، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2007، ص.135.

³ يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص.211.

⁴ حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.244.

المقابل للإلتزام المرهق بتوزيع الزيادة على كل من الدائن والمدين تماشيًا مع العدالة وحسن النية، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، وإلى جانب هاتين الطريقتين قد يلجأ القاضي إلى إيقاف تنفيذ العقد فترة من الزمن.

وإنّساع هذه السلطة المخوّلة للقاضي لا يعني إطلاق يده في التصدي لشروط العقد دون قيد أو شرط¹. فهناك مجموعة من الضوابط القانونية يجب على القاضي احترامها عند مباشرته لسلطته التقديرية. وسنتناولها في [الفرع الأول]، أمّا في [الفرع الثاني] سنتطرّق الى استعراض صور تدخّل القاضي لردّ الإلتزام المرهق.

الفرع الأول: ضوابط سلطة القاضي في ردّ الإلتزام المرهق.

يتجسّد تدخّل القاضي في تعديل العقد بسبب الطّروف الطّارئة برّد الإلتزام المرهق إلى الحدّ المعقول لتحقيق التّوازن العادل بين طرفي العقد، والقضاء على التّجاوزات المرتكبة من أحدهما²، لذا وجب على القاضي التّقيد بمجموعة من الضّوابط، وذلك من أجل الإبتعاد عن أيّ ظلم قد يلحقه بأحد المتعاقدين، والإبقاء على العقد، وهذه الضّوابط التي تحكّم ممارسة القاضي لسلطة في التعديل يمكن ردها إلى:

- مراعاة الطّروف المحيطة بالقضية.
- الموازنة بين مصلحة الطرفين.
- ردّ الإلتزام إلى الحدّ المعقول.

أولاً: مراعاة الطّروف المحيطة بالقضية.

طبقاً لنص المادة 3/107 ق.م.ج، فإنّ عبارة "... تبعاً للطّروف .." الواردة فيها لم توجد عبثاً، بل قصد منها المشرّع تقييد سلطة القاضي في التدخّل في حدود ما تكون عليه ظروف القضية³. فنظرية الطّروف الطّارئة تختلف من عقد إلى آخر، ومن قضية إلى أخرى، فكل قضية وتحيطها ظروف خاصّة بها تميّزها عن غيرها وبالتالي يجب على القاضي

¹ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.253.

² فاضل خديجة، المرجع السابق، ص.103.

³ حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.246.

أن لا يهمل أيّ ظرف محيط بالقضية المدروسة¹، مع ربط كل ذلك بنظرة موضوعية متأنية تتماشى مع المنطق التسليم حتى يصل إلى إصدار حكم عادل، مع الأخذ بعين الاعتبار موقف المدين وخطئه في إحداث الظروف الطارئة²، فإذا أصبح تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين بسبب تقصير منه³، أو خطئه فلا تنطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة، بل يتحمل بنفسه تبعه تقصيره أو خطئه. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2007/02/21، ملف رقم 324034، بنقض القرار الصادر عن مجلس قضاء مسيلة، بتاريخ 2002/02/02، القاضي بأن الإلتزام التعاقدى أصبح مستحيل التنفيذ طبقا لمقتضيات المادة 3/107 من ق.م.ج، في حين أنّ تنفيذ إلتزام المؤسسة المنحلة ومن حل محلها لم يصبح مستحيلا بل قد يصبح مرهقا للمدين، وفي هذه الحالة يجب أن يراعى خلال فترة انجاز المشروع ما إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوُسع توقعها وأدت إلى أن يصبح تنفيذ الإلتزام التعاقدى مرهقا للمدين.

أما إذا طرأت تلك الحوادث خارج الأجل المتفق عليه، فإنّ المدين وحده هو الذي يتحمل تلك الظروف، ولا دخل للدائن فيها لأنه لم يكن مقصرا في تنفيذ إلتزامه. وطبقاً للمادة 3/107 فإنّ قضاة الموضوع يكونون قد أخطؤوا في تطبيق القانون بما يعرض قرارهم للتقض⁴.

ثانياً: الموازنة بين مصلحة الطرفين.

يعدّ ضابط الموازنة بين مصلحة الطرفين من الصّوابط القانونية التي يجب أن يلتزم بها القاضي أثناء ردّ الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول⁵، حيث يقتصر على توزيع عبء الظرف الطارئ بين المتعاقدين، فلا يمكن للقاضي أن يرفع الإرهاق كلياً عن المدين ليضعه على عاتق الدائن لأنّ نظرية الظروف الطارئة لا تهدف إلى رفع الإرهاق كلياً⁶. وقد تضمّنت المادة 3/107 ق.م.ج عبارة "... و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين..." فوجب على القاضي أثناء إعمال سلطته في ردّ الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول مراعاة مصلحة طرفي العقد بتوزيع عبء الظرف الطارئ بينهما.

¹ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.254.

² محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص.438.

³ حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.264.

⁴ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2007/02/21، ملف رقم 324034، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994، ص.217.

⁵ فاضل خديجة، المرجع السابق، ص.104.

⁶ المرجع نفسه، ص.104.

ثالثاً: رد الإلتزام إلى الحد المعقول.

تُحوّل نظريّة الظروف الطّارئة للقاضي سلطة التّدخل لتعديل العقد برّد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول والمراد بعبارة "...رد الإلتزام إلى الحد المعقول.."، أن يشترك طرفا العقد الدّائن والمدّين معا في الخسارة التي سببتها طوارئ غير متوقّعة¹، فبقدر الغم يكون الغرم، والحد المعقول الذي قصده المشرّع من خلال نص المادة 107/3 ق.م.ج، يُعتبر معياراً مرئياً ينظر فيه إلى ظروف كل قضية على حدى². فتكون في هذا الصّدد سلطة القاضي واسعة في تقديره، فقد يقضي بإنقاص الإلتزامات التعاقدية، أو الزّيادة في الإلتزامات المتقابلة، أو وقف تنفيذ العقد³، إضافة لذلك فهناك من يأخذ بالفسخ، إلّا أنّ المشرّع الجزائري لم ينص عليه في التقنين المدني.

الفرع الثاني: صور تدخّل القاضي لرد الإلتزام المرهق.

سبق أن اشرنا إلى أنّ المشرّع الجزائري في المادة 107/3 ق.م.ج لم يحدّد للقاضي طريقة معينة لردّ الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، بل ترك له سلطة واسعة في اختيار الطّريقة التي يراها مناسبة لتحقيق ذلك الغرض، وفقاً لظروف القضية وما تقتضيه العدالة وحسن النية.

كذلك نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري يقضي بأنّه "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". فقد يلجأ القاضي إلى إنقاص الإلتزامات المرهقة [أولاً]، أو الزّيادة في الإلتزامات المتقابلة [ثانياً]، أو الى وقف الإلتزام [ثالثاً].

أولاً: إنقاص الإلتزامات المرهقة.

إنّ القاضي أثناء أعمال سلطته التقديرية لا يتقيّد بقاعدة حسائية ثابتة، لأنّه يصعب وضع قاعدة عامة لإنقاص الإلتزام المرهق، سواءً كان الإنقاص ينصبّ على ناحية الكم من الإلتزام المرهق أو على ناحية الكيف، وإثماً يقوم القاضي

¹ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.256.

² بن شنيقي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.61.

³ سيتم تناولها في الفرع الثاني من هذا المطلب.

بمهامه بعد مراعاة الضوابط القانونية، والظروف المحيطة بالفضيئة، حيث أنه لا يرفع الإرهاق كتيمة عن المدين¹، إنَّما يكون إنقاص الالتزام بإعفاء المدين من تنفيذ قسط معين تماً التزم به، وإما بإعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة كالأجال أو الجودة².

ثانياً: الزيادة في الالتزامات المتقابلة.

إنَّ القاضي عند تعديله بالزيادة في الالتزامات المتقابلة، فإنَّه يقوم بذلك متمشياً مع العدالة وحسن النية، وبعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين³، بحيث يتحمَّل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقَّعة في سعر الشيء محل الالتزام، ويتحمَّل المدين الزيادة المألوفة المتوقَّعة⁴، إلا أنَّ الدائن غير مجبر بالقبول، لاسيما إذا قضى التعديل بزيادة التزاماته، فله أن يقبل التعديل أو يطلب الفسخ دون أن يسأل عن التعويض⁵.

ونلاحظ أن المشرِّع الجزائري أخذ بوسيلة الزيادة في قدر الالتزام المقابل كحل إستثنائي طبقاً للمادة 561 ق.م.ج⁶، فمثلاً إذا أدى الظرف الطارئ إلى ارتفاع فاحش في الأسعار كأن يتعهَّد تاجر بأن يورد كمية كبيرة من البن بسعر مئة دينار للكيلوغرام الواحد، فيرتفع السعر إلى مائتين دينار للكيلوغرام الواحد، فإنَّ القاضي يرفع السعر في العقد إلى أكثر من مائة دينار وأقل من مائتين دينار. ونتيجة لما سبق فإنَّه كلُّما أدَّى وقوع الحادث الطارئ إلى ارتفاع فاحش في سعر السلعة المتفق عليها، يتدخَّل القاضي لزيادة السعر المبين في العقد⁷، بحيث أن القاضي عندما يرفع السعر لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر، بل يخيِّره بين الشراء والفسخ، فإذا اختار الفسخ كان ذلك أصحح للمدين إذ يزاح من عاتقه كل أثر الحادث الطارئ.

¹ محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص.441.

² بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.95.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.259.

⁴ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.262.

⁵ المرجع نفسه، ص.260.

⁶ تنص الفقرة الثالثة م561 ق.م.ج على مايلي: "إلاَّ أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين إلتزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية 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".

⁷ بن شنيقي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.64.

كما نلاحظ كذلك أنه في حالتي إقصاء الالتزام المرهق والزيادة في الالتزام المقابل أنّ القاضي لا يردّ الالتزام إلى الحد المعقول، إلا بالنسبة للحاضر ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف، فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل وتعود له القوة الملزمة، كما كان في الأصل¹.

ثالثاً: وقف تنفيذ الالتزامات.

قد يلجأ القاضي إلى وسيلة وقف تنفيذ الالتزامات إذا كان الطرف الطارئ مؤقت، وعند وشك الزوال. فيأمر القاضي بإيقاف تنفيذ العقد فترة من الزمن حتى تزول آثار الحوادث الإستثنائية². ولقد نصّت المادة 281/2 ق.م.ج على أنه: "غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدّة سنة أو أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

نلاحظ أن الالتزامات تظلّ محتفظة بقيمتها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت، ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء ويرتفع سعر مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً، ولكن هذا الارتفاع سيزول لاقترب طرح كميات من هذه المواد في السوق، فيأمر القاضي بوقف التزام المقاول بتسليم المبنى حتى يوفي بالتزامه دون ارهاق، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب البناء³. فهما كانت المدّة التي قررها القاضي لصالح المدين، فإنها تؤثر في كم التزامات المدين الواجبة الأداء كون الوقف لا يمسّ مضمون العقد سواءً من الناحية الموضوعية أو المادية⁴.

يعتبر من قبيل وقف التنفيذ مراعاةً للحادث الطارئ ما جاءت به المحكمة العليا التي قضت بأنّه "إنّ قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلاً لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الإستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتّب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون قد طبّقوا القانون تطبيقاً سليماً"⁵.

كما سنستنتج أن القاضي لا يمكنه فسخ العقد، وإنّما الإبقاء عليه، وذلك برّد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وإنّ الأثر الذي يقرره القانون للحادث الطارئ هو من النظام العام.

¹ محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص.245.

² بن شنيبي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.66.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام -العقد والإرادة المنفردة - المرجع السابق، ص.39.

⁴ بن شنيبي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.66.

⁵ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2000/01/12، ملف رقم 212782، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001، ص.114.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة

إنّ التعويض هو الجزاء العام عن قيام المسؤولية المدبّية (سواءً كانت تقصيرية أو عقديّة) لتوافر أركانها، والقصد منه جبر الضرر الذي لحق المضرور نتيجة عدم التنفيذ أو التّأخر في التنفيذ، والتّعويض المستحق يقدره قاضي الموضوع وفقاً لسلطته التقديرية، وذلك في حالة عدم وجود نص قانوني أو اتفاق بين الأطراف على تقديره مسبقاً¹ عند التّعاقد أو في وقت لاحق، ولكن قبل وقوع الضرر والإخلال بالعقد، ولما كُنّا في بحثنا نتعرّض لدراسة سلطة القاضي في تعديل العقد، فمن الضّروري والأجدر بنا أن نتناول سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، فهّم الأفراد الدائم هو ضمان المستقبل وهو الأمر الذي يؤدي بهم إلى الانتشار المتزايد للعقود، من أجل تبادل الأموال والخدمات وقد أفسح المشرّع للأفراد المتعاقدة تدعيم عقودهم واتفاقاتهم بالتّعويضات الاتفاقية التي تكون شريعة المتعاقدين². لكن قد تكون الأخيرة مبالغ فيها ولا تتناسب مع الضرر اللاحق بالمشترط، ففي هذه الحالة منح المشرّع للقاضي سلطة التّدخل لإعادة التّوازن العقدي بالتّظر في تقدير التعويض.

أمّا فيما يخص فكرة نظرة الميسرة، فنظرًا للتّطور وازدياد حاجيات الإنسان في عصرنا الحاضر، فكثيرًا ما تكون الالتزامات التي تتضمنها بعض المعاملات مؤجّلة، وللزمان شأنه في تنفيذها³.

فعند تخلف المدين عن أداء ما عليه ضمن الأجل المحدّد لظرف من الظروف، قد يتدخّل القاضي بتعديل هذا الأجل ويمنح له نظرة الميسرة.

بناءً على ما تقدّم، سنقسّم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي [المطلب الأول] ونخصّص [المطلب الثاني] لسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة.

¹ وهذا عكس الصّالح الذي يعتبر اتفاق بين المتعاقدين يحصل بعد وقوع الضرر

² طارق محمد مطلق أبو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني - دراسة مقارنة- كلية الدراسات العليا، جامعة التّجّاح الوطنيّة، فلسطين، 2007 ص.8.

³ بن شنيّتي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.98.

المطلب الأول

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي).

لقد شاع استعمال الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي في الحياة المعاصرة، حيث برز في العقود كمظهر من مظاهر الحرية التعاقدية التي كفلتها معظم التشريعات المدنية الحديثة¹، فمثل هذا الشرط يعتبر شريعة المتعاقدين، فمتى وقع الخطأ وترتب عليه ضررًا للمتعاقد الآخر، وكان مستوفياً لجميع الشروط الأخرى استحق المضرور التعويض الذي سبق الاتفاق عليه، وفي حالة عدم تناسب درجة الضرر مع التعويض الاتفاقي، يتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي (إعادة تقديره).

على إثر ما تقدم سنستهل هذا المطلب بمفهوم الشرط الجزائي [الفرع الأول]، ثم نتطرق إلى مدى تدخل سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي [الفرع الثاني].

الفرع الأول : مفهوم الشرط الجزائي.

حتى ننف على مفهوم واضح للشرط الجزائي، وجب علينا الوقوف [أولاً] على تعريف له، والذي من خلاله نستنتج الخصائص التي تميزه عن باقي أنواع التعويض الأخرى ثم نتناول طبيعته القانونية [ثانياً]، ونخصص [ثالثاً] للشرط القانونية لاستحقاق التعويض الاتفاقي.

أولاً : تعريف الشرط الجزائي وتحديد خصائصه.

لقد أطلق الفقه والقانون والقضاء على الشرط الجزائي عدة تسميات منها الشرط الجزائي، البند الجزائي، التعويض الاتفاقي، الجزاء الاتفاقي، الجزاء التعاقدية، التعويضات الجزائية، إلا أن عبارة الشرط الجزائي هي الأكثر استعمالاً لأنها تشير بصفة عامة إلى كل شرط مضاف إلى العقد، أو إلى التصرف القانوني الصادر من جانب واحد².

عليه سنتناول تعريف الشرط الجزائي [أ]، ثم نتعرض إلى خصائصه [ب].

¹ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص. 224.

² المرجع نفسه، ص. 326.

أ_ تعريف الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي).

إن مصطلح التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي كغيره من المصطلحات القانونية، فقد نجد له تعريفات متعددة سواء في الفقه أو في التشريع.

ففي الفقه عرّف على أنه اتفاق مسبق بين أطراف العقد على مقدار التعويض، ويلتزم به الطرف الذي أخلّ بالتزامه التعاقدية قبل المتعاقد الآخر، ويرد هذا الإخلال في صورة عدم تنفيذ الالتزام أصلاً أو التراخي في تنفيذه أو تنفيذه على غير النحو المتفق عليه، مما يسبّب ضرر للمتعاقد معه¹، والشرط الجزائي يرد عادة كشرط في العقد الأصلي أو في عقد لاحق له يستحق التعويض على أساسه²، أما بالنسبة للتشريع فمن بين تشريعات الدول التي اوردت تعريفا للشرط الجزائي نجد التشريع الفرنسي في نص المادة 1226 ق.م.ف، حيث تعرّفه على أنه: " كل شرط يتعهّد بموجبه شخص ضماناً لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ"³ والمادة 1229 من نفس القانون التي تنص: "تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جرّاء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي"⁴.

أما المشرّع الجزائري فلم يعتمد إلى تقديم تعريف للشرط الجزائي، وإثماً نظم أحكامه بموجب نصوص المواد 183، 184، 185 ق.م.ج، حيث تضمنت المادة 183 ق.م.ج، جواز الاتفاق مسبقاً على تقدير التعويض المستحق للدائن عند إخلال المدين بالتزاماته، وتنص المادة على ما يلي: "يجوز للمتعاقدين أن يحدّدا مقدّما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبّق في هذه الحالة أحكام المواد 176 الى 181".

¹ فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.207.

² عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام: الاثبات-آثار الالتزام- ط3، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2000، ص. 851.

³ Art « la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution »

⁴ Art « la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale .

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

التعويض المقدر في الشرط الجزائي لا يجب أن يكون بالضرورة نقداً، فيمكن أن يكون عبارة عن عمل أو امتناع عن عمل، وقد يكون تغيير لمكان تنفيذ الالتزام أو تقصير لمعاده.¹

من خلال هذه التعاريف نستنتج أن التعويض الاتفاقي هو اتفاق سابق على وقوع الضرر، ومحلّه غالباً ما يكون دفع مبلغ من التقود، والغاية منه تتمثل في معاقبة المدين على إخلاله بالالتزام الملقى على عاتقه بموجب العقد.

ب- خصائص الشرط الجزائي:

تتمثل خصائص الشرط الجزائي فيما يلي:

1 - الشرط الجزائي ذو طابع اتفاقي.

الشرط الجزائي هو مجرد اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض بهدف الى اصلاح الأضرار التاجمة عن الاخلال بالالتزامات²، وهذا يعني أنه يجب أن يتوافر في هذا الاتفاق الاحكام العامة الواجب توافرها في أي عقد ينشأ صحيحاً من حيث أركانه من رضا، محل وسبب³ والشكلية بالنسبة للعقد الشكلي، ويوضع التعويض المتفق عليه كبنء في العقد أو في اتفاق لاحق يتم قبل الاخلال بالالتزام المشمول بالتعويض الاتفاقي⁴.

2 - الشرط الجزائي التزم تابع للالتزام الأصلي.

تطبيقاً لقواعد المسؤولية العقدية لا يعتبر الشرط الجزائي سبباً في استحقاق التعويض إذ لا يتوَلد عليه التزم أصلي بل يترتب عليه التزم تبعية بتقدير التعويض بمبلغ معين يستحق عند اخلال المدين بالتزامه الأصلي⁵، معناه أن الالتزام الذي يولده الشرط الجزائي، لا يمكنه أبداً أن يكون التزم أصلياً، وإنما يجب أن يكون تابعاً للالتزام الأصلي،

¹ محمد شتا ابو سعد، التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد التأخيرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص، 64.

² Sébastien PIMONT, Clause pénale, conférence à l'université de savoie ,centre de droit privé et public des obligations et de la consommation, 2012, P 7

³ طارق محمد مطلق ابو ليلي، المرجع السابق، ص.17.

⁴ قرية رضا، سلطة القاضي في تقدير التعويض - دراسة في إطار المسؤولية العقدية - مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص. 74.

⁵ Sébastien PIMONT ,Op-cit,P.8 .

ونقصد بهذا الأخير التزام المدين بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء¹، فالشّروط الجزائي لا ينشأ بصفة مستقلة، بل بالتبعية للالتزام الأصلي، الذي قد يكون مصدره العقد أو غيره من مصادر الالتزام، ولكي يتم تنفيذ هذا الالتزام فإنّ الطرفين يتفقان على أنّه عند إخلال المدين بالتزامه، فإنّه يلتزم بتعويض تقدي أو بأيّ شيء آخر²، ويترتّب على فكرة الالتزام بالشّروط الجزائي أمور منها، أنّ بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بالضرورة بطلان الشّروط الجزائي، كما لو تعهّد شخص بارتكاب جريمة وإلاّ التزم بدفع مبلغ من المال، كذلك إذا أبرم الاتفاق التبعي المترتب عن الالتزام الأصلي شخص عديم الأهلية أو شخص لا صفة له كان الالتزام بالشّروط الجزائي باطلا، إلاّ أنّ بطلان الشّروط الجزائي لا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي، لأنّ انعدام الفرع لا يستتبع إلى انعدام الأصل، فمصدر الأصل لا يتصل بمصير التابع³، كما أنّ انقضاء الالتزام بأيّ سبب من أسباب الانقضاء، كالقوة القاهرة فلا تجوز المطالبة بالشّروط الجزائي لأنّ الشّروط سقط نتيجة لفسخ العقد، إذن الالتزام بالشّروط يسقط بالتبعية، فجميع الأوصاف التي يتسم بها الالتزام الأصلي، تخلق بالتبعية الشّروط الجزائي.

3 - الشّروط الجزائي هو التّزام احتياطي.

مادام أنّ الشّروط الجزائي هو تنفيذ بمقابل، عن طريق التعويض عند عدم التنفيذ العيني للالتزام أو للتأخر فيه كان الشّروط وسيلة احتياطية، لا يلجأ إليها إلاّ عند تحقّق سببه، وبالتالي فإنّ الشّروط الجزائي لا يمكن أن يجتمع مع التعويض، لأنّه بمثابة التنفيذ العيني، ولكن من الممكن أن يجتمع الشّروط الجزائي إذا قصد به التعويض عن التأخر في التنفيذ مع التعويض عن عدم التنفيذ⁴، كما لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلاّ الالتزام الأصلي، لأنّ الدائن لا يكون ملزماً بقبول التعويض إلاّ في الأحوال التي يتعدّر فيها تنفيذ الالتزام الأصلي عيئاً، ولكن الاتفاق على الشّروط الجزائي لا يحرم الدائن من الالتجاء إلى القضاء للحصول على ترخيص بالقيام بالتنفيذ العيني على نفقة المدين والتّرجوع على هذا الأخير بالتّفات حتّى لو زادت عن قيمة الشّروط الجزائي.

¹ رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص. 104.

² محمد شستا ابو سعد، المرجع السابق، ص. 98_100.

³ محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، الدار الجامعية للطباعة و النشر، د. ب. ن، 2000، ص. 76.

⁴ رمضان محمد أبو السعود، المرجع السابق، ص. 106.

4- الشرط الجزائي هو تقدير جزائي للتعويض .

الشرط الجزائي في جوهره تقدير اتفاقي للتعويض، يتمثل في المبلغ الذي يتم تحديده جزائياً مسبقاً بين المتعاقدين يقدران به مقدماً الأضرار المتوقع حدوثها، من جزاء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي¹.

ثانياً: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.

لقد اختلفت آراء الفقه القانوني، حول الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، إلا أنها تراوحت معظمها بين وصفها على أنها عقوبة أو على أنها تعويض، حيث تبتدئ هذه الطبيعة القانونية بأنها اتفاقية تعويضية وتنتهي بكونها اتفاقية تهديدية تهدف إلى استخدام التهديد بالاتفاق من أجل الحصول على تعويض.

فكونها ذات مقصد تعويضي بداية ونهاية يسمح بوصفها تعويضية، ووقوع الطرف المخل بالتزامه تحت التهديد يسمح بوصفها في النهاية بأنها تهديدية، وعند إلزام المدين بها تأخذ وصف العقوبة².

ثالثاً: شروط استحقاق الشرط الجزائي.

لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 182 ق.م.ج³، على الشروط العامة الواجب توافرها لتطبيق الشرط الجزائي وذلك لاستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه، وتمثل هذه الشروط في وجود خطأ من المدين، وضرر يصيب الدائن، والعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر، واعذار المدين، فنجد أنّ شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفسها شروط استحقاق التعويض بصفة عامة.

و تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

¹ بن شنيقي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.71.

² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج4، أحكام الإلتزام 26، إيرن لطباعة، القاهرة، 1992، ص.187.

³ نصت المادة على ما يلي " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، يشترط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوخاه ببذل جهد معقول .

غير انه اذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً او خطأ جسماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التقاعد".

أ - الخطأ:

لقد اختلف الفقه حول تحديد فكرة الخطأ¹، حيث يتمثل الخطأ العقدي للمدين في مجرد عدم تنفيذه لالتزامه الناشئ عن العقد على الوجه الوارد فيه سواءً كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو معيياً أو متأخراً²، بحيث يعتبر الخطأ أساس الشرط الجزائي، ومصدره هو الإخلال بالعقد³، فالخطأ كركن من أركان قيام المسؤولية المدتية يؤثر في حجم التعويض، فإذا كان الخطأ مشترك بين طرفي العقد وجب توزيع المسؤولية بنسبة خطأ كل منهما، ويؤثر على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن⁴، أما إذا كان الخطأ وارد من جانب المدين فإنه يقع على الدائن عبء إثبات هذا الخطأ. إلا أنه يوجد عنصر التخفيف في مجال الالتزامات العقدية فإذا كان الأصل أنه يتعين على الدائن إثبات خطأ المدين، فإنه استثناءً إذا كان الالتزام العقدي الذي قصد المدين الوفاء به، هو تحقيق نتيجة فيكفي على الدائن إثبات عدم تحقيقها⁵، وفي حين أراد المدين نفي المسؤولية عن نفسه وجب عليه إثبات وجود السبب الأجنبي، هذا لأن الشرط الجزائي ما هو إلا تقدير لتعويض مستحق والتعويض لا يكون مستحقاً إذا لم يكن هناك خطأ من المدين وبالتالي فإنه ليس للدائن الحق في مطالبة المدين بالشرط الجزائي⁶.

ب - الضرر:

يستلزم استحقاق الشرط الجزائي إصابة الدائن بضرر، ذلك أن هذا الأخير من أركان استحقاق الشرط الجزائي وعند عدم وجود ضرر لا يكون التعويض مستحقاً ولا محلّ لإعمال الشرط الجزائي فيه⁷، وهذا ما نصّت عليه الفقرة الأولى من المادة 184 ق.م.ج: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أيّ

¹ فالبعض عرفه بأنه عمل ضار مخالف للقانون، والبعض قال بأنه إخلال بالتزام قانوني سابق كما قيل بأنه اعتداء على حق أو إخلال بالثقة المشروعة، أنظر محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية [العمل غير المشروع-شبه العقود-القانون]، ج2، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص.28.

² شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقه، دار الفقه الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.592.

³ Ali BENCHENEB, le droit algérien des contrats, données fondamentales, nouvelle imprimerie laballery, France, 2011, p 19

⁴ مندر الفضل، الوسيط في الشرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.442.

⁵ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص.175.

⁶ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.78.

⁷ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرة الالتزام بوجه عام، الاثبات_ آثار الالتزام، الحلبي الحقوقية، المرجع السابق، ص.856.

ضرر"، و الضرر هو الاذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه¹، فلا يكفي خطأ المدين بل لا بد من وقوع ضرر للدائن وعليه إثباته، خلافا عن القواعد العامة فإن عبء الاثبات يقع على المدين لإثبات الضرر بدلا من الدائن.

كما يشترط في الضرر أن يكون محققا ومباشرا ومتوقعا كما هو الحال في القواعد العامة، وفي هذا الصدد فقد اختلف الفقهاء حول ضرورة توافر الضرر لاستحقاق التعويض، فمنهم من لم يشترط وقوعه وحجتهم في ذلك أن الغرض من ادراج الشرط تفادي المنازعة المستقبلية حول وقوع الضرر، ومقداره وعلى هذا الأساس يستحق التعويض الاتفاقي كاملا دون تعديل، ولو لم يتضرر الدائن من إخلال المدين بتنفيذ التزامه، أما الجانب الآخر من الفقه فيرى ضرورة مراعاة الضرر بإمكانية تدخل القاضي، وتعديله للشرط الجزائي إذا لم يكن متناسبا مع الضرر².

ج - علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

لا يكفي أن يقع خطأ من المدين وأن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية، بل لا بد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر، وهذا ما نقصده بعلاقة السببية³. فلا يوجد تعويض إذا انتفت علاقة السببية بين الخطأ المرتكب من المدين والضرر الذي أصاب الدائن، كما تنقطع الرابطة السببية بثبوت السبب الأجنبي أيا كانت صورته سواء كانت قوة قاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور، فإن المدين يُعفى من التعويض المتفق عليه⁴، كما يجوز الاتفاق على تشديد المسؤولية وتحميل المدين تبعة الحادث الفجائي، فيقع عبء نفي الرابطة السببية على عاتق المدين وذلك بأن الدائن لم يصبه ضرر، أو أن الضرر الذي أصابه ليس ناشئا عن عدم الوفاء⁵، أما بالنسبة للدائن فيكفي إثبات إثبات عدم الوفاء ليصبح الشرط الجزائي واجب التطبيق.

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية [العمل غير المشروع- شبه العقود- القانون]، المرجع السابق، ص.75.

² قرية رضا، المرجع السابق، ص.77.

³ شريف طباح، المرجع السابق، ص.631.

⁴ محمد شتى أبو سعد، المرجع السابق، ص.198.

⁵ سلجان مرقس، المرجع السابق، ص.189-190.

د - الإعذار:

يعتبر الإعذار كذلك شرط لاستحقاق التعويض، في جميع الأحوال التي يجب فيها اعذار المدين والعكس أنه في الحالات التي لا ضرورة لها للإعذار فإنه لا يشترط الشرط الجزائي فيه¹، وهذا ما نصت عليه المادة 181 ق.م.ج² فالإعذار هو دعوة من الدائن للمدين، لتنفيذ التزامه وتنبهه، على أن تأخره يتوَلد عنه مسؤولية تعويض الدائن عن الضرر اللاحق به جزاء هذا التأخر، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 179 ق.م.ج: " لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك"، صراحة على اشتراط الاعذار لإعمال الشرط الجزائي، ويكون الإعذار بشتى الطرق وهذا ما نصت عليه المادة 180 ق.م.ج: " يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد عن الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون الحاجة الى أي إجراء آخر"، ومتى توافرت هذه الشروط أستحق الشرط الجزائي.

الفرع الثاني: مدى تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

الشرط الجزائي باعتباره اتفاقاً يستمد قوته الإلزامية من العقد الأصلي، فإنه يسعى الى ضمان تنفيذ العقد من جهة وهو وسيلة لضمان حق الدائن في حالة ما إذا لحق به ضرر من جهة أخرى، إلا أنه قد يكون مبالغاً فيه مما يؤدي الى تدخل سلطة القاضي بتعديله لإعادة التوازن العقدي، ولا يمكن لسلطة القاضي أن تنتج ثمارها إلا إذا حفت بالضمانات التي تكفل لها السيادة والأثر.

بناءً على ذلك سنتناول مظاهر تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي [أولاً]، ونخصص [ثانياً] لضمانات سلطة

القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرة الالتزام بوجه عام، الاثبات_ آثار الالتزام، الحلبي الحقوقية، المرجع السابق، ص. 859.

² تنص المادة على ما يلي " لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات التالية:

إذا تعذر تنفيذ الالتزام او اصبح غير مجد بفعل المدين

إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل مضر

إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق، أو شيء تسلمه من حق وهو عالم بذلك.

إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه".

أولاً: مظاهر تدخّل القاضي لتعديل الشرط الجزائي.

متى توافرت الشروط القانونية لاستحقاق الشرط الجزائي وتأكّد القاضي من إصابة الدائن بضرر نتيجة إخلال المدين بالتزامه، فإنّ المشرّع قد منح للقاضي سلطة التدخّل لتعديل مضمون العقد عن طريق تخفيض في مبلغ التعويض [أ] أو عن طريق الزيادة فيه [ب]، وذلك إلى الحدّ الذي يكون فيه متناسباً مع الضرر اللاحق بالدائن جزاء خطأ المدين وهذا ما سوف نعالجه كالاتي:

أ- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي.

تنصّ المادة 184 ق.م.ج على: "لا يكون التعويض المحدّد في الاتفاق مستحقاً إذا اثبت المدين أنّ الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفّض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أنّ التقدير كان مفرطاً أو أنّ الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه " فعندما يقوم القاضي بإضافة أو الغاء التزام نكون بصدد تعديل للعقد¹.

من خلال نص هذه المادة فإنّه يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي ليصبح متناسباً مع الضرر الذي لحق الدائن من الإخلال بالتنفيذ في حالتيه:

1- تخفيض الشرط الجزائي بسبب التقدير المفرط فيه.

يجوز تخفيض الشرط الجزائي من القاضي عمّا هو متفق عليه، إذا أثبت المدين أنّ تقدير التعويض كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك حماية للمدين من تعسف الدائن، فالشرط الجزائي إذا كان مرتفعاً الى درجة كبيرة فإنّه يكون بمثابة تهديد مالي أو غرامة تهديدية لحمل المدين على الوفاء بالتزامه².

■ تقدير القاضي للإفراط.

¹ Clémentine CAUMES, l'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux, thèse pour obtenir le grade de docteur en droits privé, académie d'aix-marseille, université d'avignon et des pays de vaucluse, 2010, p.178.

² بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.341.

لكي يمارس القاضي سلطته في تخفيض الشرط الجزائي، وجب أن يكون تقدير التعويض المتفق عليه مفرط أو مبالغ فيه ولا تكفي عبارة مبالغا فيه، بل يجب أن يكون التعويض مبالغا فيه الى درجة كبيرة تلحق ضرراً بالمدين، إلا أنه ما يمكن ملاحظته أن المادة 184 من ق.م.ج اعلاه لم تحدّد صراحة كيفية تقدير الإفراط ولا العناصر التي يمكن للقاضي الاستناد إليها في تقديره، إلا أن القاضي يعتمد في ذلك باللجوء إلى معيارين، المعيار الموضوعي وذلك بالمقارنة بين مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر الذي لحق بالدائن، والمعيار الذاتي والذي مفاده تقدير المسؤولية التعاقدية للمتعاقدين مثل الظروف الشخصية للمدين من حسن النية وسوءها، فإذا اثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، وكان محل الالتزام الأصلي مبلغا من التقود فيتعين على القاضي تخفيضها الى الحد القانوني، أما إذا كان محل الالتزام ليس تقودا فإنّ للقاضي تقدير التعويض المستحق وفقا للقواعد العامة، وفي كلا الفرضين يتعين على القاضي إنقاص التعويض الى الحد الذي يتناسب والضرر الواقع¹.

■ تخفيض القاضي للتعويض وإعمال مبدأ حسن النية

إن للقاضي سلطة تقديرية واسعة يستمدّها من مبدأ العدالة، ويظهر ذلك في سكوت المشرع عن تحديد الطريقة أو العناصر التي يستند عليها لممارسة سلطته في التخفيض، فله الحرية الكاملة في ممارسة سلطته للتدخل في التعديل إلا أنه لا يمكنه أن يجري التخفيض من تلقاء نفسه، إلا إذا طلبه المدين وأثبت أنّ مبلغ التعويض مفرطاً بالنسبة الى الضرر الذي أصاب الدائن من جرّاء عدم التنفيذ، إذ يجب على القاضي عند تقديره للإفراط أن ينظر اذا كان عدم التناسب فاحشا أم لا، فإذا كان عدم التناسب معقولا فلا يستدعي ذلك إجراء التخفيض، أما إذا كان عدم التناسب فاحشا فإنّ القاضي يقوم بعملية التخفيض حسب ما يراه مناسب ليوافق قيمة التعويض والضرر اللاحق بالدائن²، ويقع على المدين إثبات أنّ التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة بكافة طرق الإثبات كونها واقعة مادية ناتجة عن عدم التناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الذي لحق بالدائن فإذا أثبت أن هذه المبالغة كبيرة، فإنّ القاضي يكون صاحب سلطة تقديرية في تخفيض التعويض إلى الحد المعقول .

¹ محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص. 82.

² فاضل خديجة، المرجع السابق، ص. 97.

وتطبيقاً لنص المادة 107 ق.م.ج، التي تؤكد على تطبيق القواعد العامة في العقود والتي تنص على أنه: " يجب تنفيذ العقود طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"، فإن القاضي لا يقبل تعديل الشرط الجزائي بناءً على طلب الطرف الضعيف إلا إذا كان هذا الأخير قد تصرف بحسن نية، فالقاضي يقوم بالبحث عن نية المدين إذا كانت سيئة أو حسنة خلال ظروف وملابسات العقد فهو يسعى بالمحافظة على استمرار واستقرار المعاملات بما يوجبه تنفيذ العقود من حسن نية ونزاهة، والابتعاد عن الظلم الذي يصيب أحد الأطراف فإذا كان عدم التنفيذ أو التأخر فيه قد تسبب فيه الطرف الضعيف بسوء نية، فإن ذلك لا يعطيه الحق في الاستفادة من سلطة القاضي في التعديل لأن حسن النية قاعدة تهيمن على تنفيذ جميع العقود¹، فتقيد المدين في طريقة تنفيذ التزامه، فإذا وجد أحد المتعاقدين أن تنفيذ العقد بكل شروطه يضرّ بالمتعاقدين الآخر فمن حسن النية أن يخفف عنه، ولا يتمسك بالتنفيذ الحرفي للعقد الذي يضرّ بالطرف الآخر إذا تمسك بها ولم يخففها أعتبر سيئ النية².

2 - تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي.

ومفاده أن المدين قام بتنفيذ التزامه العقدي فعلاً وتوقف في جزء منه، بحيث أنّ هذا التنفيذ الجزئي لا يؤدي إلى تحقيق كل أهداف المتعاقدين من العقد، إلا أنه يصبح من التمسك إهدار التنفيذ الجزئي كليا والزام المدين بالوفاء بالمبلغ المتفق عليه كاملاً³، وهذا ما تقضي به المادة 184 ق.م.ج والتي تنص على أنه: " ويجوز للقاضي أن يخفّض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أنّ التقدير كان مفرطاً أو أنّ الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

ونفهم من هذا النص، أنّ المشرع الجزائري قد منح للقاضي سلطة جوازية في تقدير التدخّل لتعديل العقد بتخفيض الشرط الجزائي من عدمه، بحيث يمكن للقاضي أن لا يخفّض التعويض إذا تبين له أن الجزء الذي نفذ تافه، أو أنّ الدائن لم يحصل على فائدة من التنفيذ الجزئي الذي قام به المدين⁴، كما يمكن له التخفيض من التعويض في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام بحيث لا يكون التخفيف فيه، أي يتساوى فيه المبلغ المحكوم وحجم الضرر الذي وقع فعلاً، بل يخفّض المبلغ المتفق عليه بنسبة ما نفذ من الالتزام أي أن القاضي ينقص مقدار التعويض إلى الحد الذي يتناسب والجزء

¹ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص. 341.

² المرجع نفسه، ص. 401.

³ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 224.

⁴ منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 449.

الباقى دون تنفيذ الالتزام الأصلي¹، فالقاضي يقدر الفائدة التي عادت على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي والفائدة التي كانت ستعود عليه لو تمّ التنفيذ الكلي، ثم يقوم بتخفيض مقدار التعويض المتفق عليه بقدر هذه النسبة.

يلاحظ أنه يحق للمتعاقد أن يتفقا على استحقاق التعويض المتفق عليه كلية في حالة ما اذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا سليما أو معيب بعيب جسيم، أما إذا كان التنفيذ المعيب ليس جسيما يكفي إجراء تخفيض نسبي لمقدار التعويض²، ووفقا للقواعد العامة فإنه يقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي للالتزام على المدين.

ب - سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.

تنص المادة 185 من ق.م.ج على أنه: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحددة في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا ثبت أنّ المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيم".

فيفهم من نص هذه المادة أنه خروجاً عن الاصل العام " العقد شريعة المتعاقدين " فإنه استثناءً توجد حالتان يمكن للقاضي فيها أن يتدخل لزيادة الشرط الجزائي، وهي ارتكاب غش من طرف المدين أو خطأ جسيم يلحق بالدائن ضرراً أكبر من التعويض المتفق عليه³، فإذا تبين أنّ التعويض المقدّر ليس مبالغاً فيه بل هو أقل من الضرر الواقع، فإن المحكمة لا يجوز لها زيادته حتى يتساوى مع الضرر، بل تحكم به كما هو، ويكون الشرط الجزائي هنا بمثابة تحقيق لمسؤولية المدين⁴، والتخفيف من المسؤولية جائز قانوناً وذلك في حالة الخطأ العادي، إلا أنّ القاضي لا يستطيع التخفيف من المسؤولية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، كون أن المتعاقدين عند إبرام العقد لم يحسبا الخطأ الجسيم أو غش المدين وبالتالي فإنه متى اثبت الدائن سوء نية المدين كان للقاضي تعديل الشرط الجزائي عن طريق زيادة مقدار التعويض حتى يتناسب مع الضرر الواقع⁵، فالقاضي ملزم بالبحث عن نية المتعاقدين.

ثانياً: ضمانات سلطة القاضي في تعديل العقد.

¹ رمضان محمد ابو السعود، المرجع السابق، ص. 109.

² محمد شتا ابو سعد، المرجع السابق، ص. 220.

³ إذا كان إخلال المدين بالالتزام صادر عن سوء النية، وجب الرجوع إلى القواعد العامة للتعويض عن الضرر مما بلغت قيمته دون التقيد بالشرط الجزائي.

⁴ رمضان محمد ابو السعود، المرجع السابق، ص. 111.

⁵ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرة الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام- المرجع السابق، ص. 878.

إن سلطة القاضي في التعديل لا تؤدي دورها كاملاً إلا إذا حيطت بضمانات تكفل لها السيادة والأثر، ومنها تعلق سلطة القاضي بالنظام العام وتكاملها، فلا يجوز استبدالها أو تحديد نطاقها.

أ- سلطة القاضي من النظام العام.

إن الشرط الجزائي هو مجرد تقدير اتفاقي للتعويض حتى وإن كان تهديدياً بحتاً، لأنه يظل دائماً واجب التنفيذ وفقاً لنية طرفيه التي انصرفت إليه، وهذه النية تقوم على مبدأ النظام العام فلا يجوز تفسيرها أو تأويلها بما يخالف قواعد هذا النظام¹، كذلك سلطة القاضي فهي متعلقة بالنظام العام وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 184 "ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف الفقرتين أعلاه"، بحيث اعتبر المشرع هذا الحكم متعلقاً بالنظام العام فنص على كل اتفاق يخالفه أي أنه إذا اشترط الدائن استحقاق مبلغ التعويض ولم يصبه أي ضرر له، فإن هذا الشرط يقع باطلاً ولا يجوز له الحق في التعويض، إذا اثبت المدين أن الدائن لم يحدث له أي ضرر²، فسلطة القاضي تتوقف على طلب المدين أو أحد أطراف العقد. إلا أن البعض ذهب بعكس هذا الإجراء حين قالوا أنه لا بد من إعطاء القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه ما لم يطلب له الحكم فيه، وهذا يعتبر استثناءً عن الأصل العام "العقد شريعة المتعاقدين"³.

ب- تكامل سلطة القاضي.

سلطة القاضي في التعديل تنسم بالعمومية، وممارستها مكفولة قانوناً، سواءً كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً، أو كان تأخراً في التنفيذ، فإن مرجع هذه السلطة يتعلق بإجراء حماية للطرف الضعيف، ويتكوّن من جميع الإجراءات التي تهدف إلى حمايته وما يتطلبه ذلك من تنسيق بينها⁴.

¹ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 202.

² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 189.

³ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص. 349 - 350.

⁴ بن شنيبي عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 67.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في منح نضرة الميسرة

يعتبر الأجل القضائي بمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان معسراً خروجاً على مبدأ سلطان الإدارة الذي يهيمن على العلاقات العقدية، فهو نوع من تعديل العقد يتعلّق بأحد عناصره أو أركانه والمتمثّل في أجل تنفيذ الالتزام العقدي¹، وذلك في العقود التي يتوقّف تنفيذها إلى حلول الأجل المتفق عليه كعقد البيع بثمن مؤجل (كلّه أو بعضه)، أو العقود التي تعتبر المدّة ركناً فيها كعقد الإيجار مثلاً.

من المتعيّن أنّه عند حلول أجل الوفاء على المدين أن يفني بالتزامه وإلاّ يجبر على ذلك في حالة يسره، أمّا إذا كان معسراً فيجوز للقاضي وكاستثناء أن يمنح المدين أجلاً أو آجالاً معقولة ينقذ فيها التزامه وهذا ما يسمى بنضرة الميسرة، وللقاضي منح هذه الأخيرة سواءً أثناء سير الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين لمطالبته بالتين أو أثناء إجراءات التنفيذ التي يباشرها الدائن².

سنتناول في هذا الصدد مفهوم نظرة الميسرة [أولاً]، ثمّ نتطرّق الى مدى سلطة القاضي في منح الاجل القضائي [ثانياً].

الفرع الأول: مفهوم نظرة الميسرة.

تمثّل نظرة الميسرة من ناحية خرقاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وخروجاً عن مبدأ القوّة الملزمة للعقد التي تعتبر مبدأ مسلّم به في كل القوانين، ومن ناحية أخرى تعتبر خروجاً عن الوظيفة التقليدية للقاضي التي تتمثّل في حلّ النزاعات³.

سنتناول بناءً على ما تقدّم، تعريف نظرة الميسرة [أولاً]، ثمّ نبيّن الشّروط القانونيّة لسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة [ثانياً].

¹ بوكاش محمّد، المرجع السابق، ص.374.

² محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.413.

³ عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص.119.

أولاً: تعريف نظرة الميسرة.

نظرة الميسرة هي مهلة، يمنحها القاضي للمدين بدين مستحق الاداء، وذلك استناداً للظروف السيئة التي يوجد فيها هذا المدين¹.

كما عرفت أيضاً على أنها أجل قضائي يجوز منحه للمدين بشروط معينة، أو أنها الحالة التي ينظر القاضي المدين فيها إلى أجل معقول للوفاء بالتزامه إذا استدعت حالته ذلك².

أمّا الشريعة الإسلامية، فقد سبقت كل القوانين، وشرّعت نظرة الميسرة، لقوله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم: "وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ"³.

أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يعرف نظرة الميسرة بل قام بتنظيم الأجل القضائي بالتصوص القانونية الآتية:

- المادة 119 ق.م.ج التي تنص على: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات "
- المادة 210 ق.م.ج التي تنص على: " إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه."
- المادة 281 ق.م.ج التي تنص على: " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام النهائي في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقتر بغير ذلك.

¹ عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص.191.

² بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.376.

³ سورة البقرة/ الآية280.

غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية، أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف، دون أن تتجاوز هذه مدة سنة، وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها، وفي حالة الاستعجال يكون منح الآجال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، وفي حالة إيقاف التنفيذ فإن الآجال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي".

من خلال نصوص هذه المواد نستنتج أنّ المشرع الجزائري، كرس فكرة نظرة الميسرة في القانون المدني وذلك بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين كاستثناء على الأصل، الذي يقضي بالوفاء حال حلول الأجل المتفق عليه وبعد اعدار المدين.

ثانياً: الشروط القانونية لسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة.

الأجل باعتباره وصفا يلحق رابطة الالتزام، فإنه أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على حلوله نفاذ العقد أو انقضائه¹، فتنتج عليه نفس آثار الأجل الواقف ويعتبر الأجل قضائياً حينما يقوم القاضي بتقديره وفقاً لظروف المدين المعسر، وهو أمر جوازي بحسب ما يظهر من النصوص السابقة الذكر، وإن كان لا بدّ منه فيجب أن يكون وفق الشروط التالية:

أ- عدم وجود نص قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة.

بما أنّ المشرع هو من يخوّل القاضي سلطة منح نظرة الميسرة، وممارسة هذه الأخيرة تعتبر تطبيقاً للنصوص القانونية، فإنه إذا ما ورد في القانون نص يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة، فإنّ القاضي احتراماً لهذا النص لا يستطيع منحها ومثاله ما ورد في نص المادة 464 ق.تج.ج²، القاضي بعدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بورقة تجارية.

¹ منذر الفضل، المرجع السابق، ص.515.

² تنص الفقرة الثانية من المادة على ما يلي: " لا يجوز منح آجال قانونية كانت او شرعية إلا في الاحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و 438 من هذا القانون"

ب- استدعاء حالة المدين منحه نظرة الميسرة.

من خلال نص المادة 119 ق.م.ج فإنّ عبارة: " ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف..." تدل على أن منح نظرة الميسرة متوقف على تقدير القاضي لحالة وظروف المدين ولدواعي مصلحته. كما وردت في نص المادة 281 ق.م.ج عبارة: " غير أنّه يجوز للقضاة نظراً لمركز المدين، ومراعاةً للحالة الاقتصادية، أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف..." ويراد القول بعبارة "مركز القانوني" الظروف الاقتصادية التي تحول دون الوفاء بالالتزام، وهي ظرف من الظروف التي تستدعي إعمال سلطة القاضي في منح أجل قضائي للمدين.

ج- عدم إلحاق الدائن ضرر جسيم من منح نظرة الميسرة.

كأن يكون الدائن معتمداً على ذلك الدين في إبرام صفقة معينة، ويعود فواتها عليه بضرر جسيم في حالة منح نظرة الميسرة للمدين، فليس عدلاً إغاثة هذا الأخير عن طريق الإضرار البالغ بالدائن، إذ أنّ مصلحة الدائن هنا أولى بالرعاية¹.

يلاحظ أن هذا الشرط، يقتضي الموازنة بين المصلحة التي ستتحقق من منح التأجيل القضائي للمدين، والضرر الذي سيلحق الدائن من جراء ذلك فإذا كان الضرر الذي يمكن أن يلحق الدائن من جراء منح الأجل القضائي للمدين جسيماً فالقاضي في هذه الحالة يمتنع عن منح المهلة للمدين دفعا للضرر الأشد بالضرر الأخف²، والجدير بالذكر أنّ المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط .

الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في منح الأجل القضائي.

تتنوع حالات تدخّل سلطة القاضي في منح الأجل القضائي، فقد تظهر في حالة ما إذا كان تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المدين محدداً بأجل معين متفق عليه مسبقاً، فحلّ الأجل ولم يتمكّن المدين من التنفيذ لإعساره كما قد تظهر في حالة اتفاق الطرفين على الوفاء بالالتزام عند المقدرة، ثمّ نشأ خلاف بينهما حول ذلك فيتدخل القاضي لتعيين ميعاد ملائم

¹ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص. 277.

² بن شنيقي عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 102.

لتنفيذ الالتزام، أو حالة الإخلال بالالتزام من أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين أثناء طلب الفسخ من الطرف المتضرر من الإخلال، ويجب أن تتوافر في هذه الحالة شروط الفسخ القانونية.

بناءً على هذا سنتناول مدى سلطة القاضي إزاء الفسخ القضائي في منح الأجل القضائي [أولاً]، ومدى سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ [ثانياً]

أولاً: مدى سلطة القاضي إزاء الفسخ القضائي في منح الأجل القضائي.

قد يتفق المتعاقدين سلفاً على أجل لتنفيذ الالتزام فيحلّ هذا الأجل دون قيام أحدهما بتنفيذ التزامه مما يخوّل الطرف الآخر حق طلب فسخ الاتفاق المبرم بينهما ففي هذه الحالة، القاضي المختص بنظر المنازعة يتأكد من توافر جميع شروط الفسخ، المقررة قانوناً، من إخلال بالالتزام من قبل المدين وعدم إخلال من قبل الدائن، بالتزامه المقابل في الاتفاق، وتوافر المقدرة لدى الدائن طالب الفسخ على تحمّل نتائجها، فتمتّ تبيّن للقاضي اكتمال هذه الشروط ثبتت له سلطة اتخاذ القرار الذي يراه مناسباً إما بإجابة المتعاقد إلى طلب الفسخ أو رفضه أو منح المدين أجلاً للتنفيذ وهذه الحالة الأخيرة تعتبر تعديل للعقد ولا يشترط لمنح الأجل القضائي أن يطلبه المدين حيث يحق للقاضي إعطاء المدين مهلة لتنفيذ ما تعهد به¹.

ثانياً: مدى سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ.

هناك من الفقه، من يرى بأنه لا يوجد ما يبرّر التفرقة بين الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ والأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ وذلك ما تأكّده التصوص القانونية السالفة الذكر، أمّا البعض الآخر فيرى أنّ الأجل الممنوح من قبل القاضي في دعوى التنفيذ يجد أساسه في اعتبارات العدالة، إذ أنّ المقصود به هو التخفيف من قسوة قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، حيث وضع له القانون عدّة شروط بموجبها يستطيع القاضي أن يمنح المدين أجلاً أو أجلاً متعاقبة عند ثبوت حسن النية²، وإذا استدعت حالة المدين ذلك ولم يلحق بالدائن ضرر جسيم.

¹ فؤاد ظاهر، البيع في ضوء الاجتهاد، ج2، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، د.س.ن، ص. 27.

² المرجع نفسه، ص. 28.

هذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 12 جانفي 2000 الذي يقضي: "إنّ قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلاً لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة يكونون قد طبّقوا القانون تطبيقاً سليماً"¹.

ثالثاً: مقارنة بين الأجل القضائي الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ والممنوح بمناسبة دعوى الفسخ.

يفرق كلّ من الفقه والقضاء بين الأجل القضائي الذي يمنحه القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ، والأجل القضائي الذي يمنحه بمناسبة دعوى الفسخ، وذلك من عدّة جوانب فمن حيث الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة القاضي في منح الأجل، ففي التوع الأول، تقوم على أساس اعتبارات العدالة، التي تقضي التخفيف على المدين نظراً لظروفه القاسية أما في التوع الثاني، فتقوم سلطة القاضي على أساس الملائمة السياسية، وهي الرغبة في الحد من صرامة الفسخ وآثاره والمحافظة على العقود، أما من حيث اتساع سلطة القاضي فبالنسبة للأجل الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ تعتبر سلطة القاضي في منحه أكثر اتساعاً من حيث عدد المرات التي يمكنه فيها أن يمنح الأجل، فمن حقه أن يمنح المدين أكثر من أجل، أما سلطة القاضي في منح الأجل بمناسبة دعوى الفسخ تبدو من هذه الناحية ضيقة، إذ لا يجوز له أن يمنح المدين أكثر من مهلة واحدة، ويكون العقد بعد انقضاء تلك المهلة التي منحها له القاضي مفسوخاً من تلقاء نفسه، حتى لو لم يقرّر القاضي ذلك في حكمه بمنح الأجل القضائي²، كما يظهر الفرق بين الأجل القضائي الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ والممنوح بمناسبة دعوى الفسخ، من حيث اعتبار سلطة القاضي من النظام العام، فالأجل الذي يمنحه القاضي في مجال دعوى التنفيذ يعتبر من النظام العام، بحيث لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاده، في حين مثل هذا الاتفاق جائز في مجال دعوى الفسخ خاصة إذا تعلق الأمر بالفسخ الاتفاقي الذي نصت عليه المادة 120 ق.م.ج التي اجازت عدم اللجوء للقضاء لطلب الفسخ والذي يعني حرمان القاضي في منح المدين اجلاً للتنفيذ³.

¹ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 12 جانفي 2000، ملف رقم 212782، المجلة القضائية، العدد 01، 2001، ص. 114.

² بن شنيبي عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 107.

³ بوكاش محمد، المرجع السابق، ص. 385.

ما يمكن أن نخلص إليه في هذا الصدد، هو أنه ليس هناك اختلاف جوهري بين الأجل القضائي الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ، والأجل القضائي الممنوح بمناسبة دعوى الفسخ، إذ أن القاضي يتمتع بسلطة معترف بها في مجال منح الأجل القضائي للمدين من أجل تنفيذ التزاماته.

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، لإعادة توازن العقد، أو منح الأجل القضائي، أو ما يصطلح عليه بنظرة الميسرة، يعتبر تعديلا للعقد ومساسا بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين".

يتضح مما سبق أن أساس إبرام العقود بين الأفراد في المجتمعات ومختلف التشريعات، تقوم على أصل عام هو "مبدأ سلطان الإرادة"، أين تطبق على العقد الإرادة الحرة فيه، بحيث أن المتعاقدان يبرمان العقد الذي يريدانه ويحددان لها الشروط التي ترضيهما، اعتقاداً منها أن الحرية هي أفضل وسيلة لتحقيق المصالح الخاصة ونتيجة حتمية للتنازلات المتبادلة في العقد.

إلا أنه بعد التطور الحديث لفكرة النظام العام قد أثر على دور الإرادة في المجال التعاقدى بحيث جعلت من العقد يحتفظ بأساسيته، غير أنها قيدت فيه الإرادة الحرة كون هذه الأخيرة تجعل من العقد عقداً تعسفياً، لا يتصور فيه تحقيق العدالة العقدية مما يضر بالصالح العام والخاص على السواء، وباعتبار المشرع الجزائري يمارس حماية النظام العام من أي اعتداء ذهب خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد في نص المادة 3/107 ق.م.ج، نظراً للآثار السلبية التي خلفها الأخذ المطلق بمبدأ سلطان الإرادة، أين تكمن سلبياته في انعدام التوازن العقدي بين أطراف العقد بتسلط متعاقد بشروط معينة على الطرف الآخر، وذلك بقبولها كلياً أو رفضها كلياً بحيث لا يملك هذا الأخير المدعى إلا قبولها، ومن أجل ذلك منح المشرع للقاضي في حالات إستثنائية نص عليها في الق.م.ج، سلطة التدخل لتعديل العقد باعتبارها من المواضيع التي لا يمكن إهمالها و البالغة الأهمية في عصرنا الحالي، أين نجد الكثير من الأشخاص يلجؤون إلى إبرام العقود بمثل هذه الشروط التعسفية، فنجد معظم الدول والتشريعات العربية تطرقت وتناولت دراسة موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد بما فيها مصر، فرنسا... إلخ.

مما لاحظناه أنه يمكن أن يشوب بالعقد منذ نشأته ظروف أو شروط يمكن أن تلحق غيباً بأحد أطراف العلاقة التعاقدية نتيجة تغير المتعاقد الآخر، أو أن يستغل أحدهما في الآخر طيشه البين أو هواه الجامح بهدف تحقيق غايته، وبما أن الأفراد لا تهدف إلى تحقيق الصالح العام فإنه يجب وضع نظام حمائي في مواجهتهم، والقضاء على تعسف الفئة القوية على الضعيفة والتي تضع شروطاً غير قابلة للتفاوض أو المناقشة فيها.

هذا وقد سعى المشرع الجزائري إلى معالجة المشاكل التي يتعرض إليها الطرف المدعى في العلاقة التعاقدية حينما تصادفه ظروف مفاجئة غير متوقعة تؤدي إلى إرهاب المدين في تنفيذ العقد، وهذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 3/107 من الق.م.ج بحيث يتدخل لتعديل العقد لرفع الظلم اللاحق بأحد أطراف العلاقة التعاقدية، وذلك بإعادة التوازن العقدي بينهما، وتظهر كذلك سلطة القاضي في التدخل لتعديل التعويض الإتفاقي في المواد 148 و 185 من نفس القانون، وهذا في حالة إذا كان التعويض الإتفاقي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو في حالة قيام المدين بتنفيذ جزء من الإلتزام الأصلي وكذلك في حالة أن جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

إلا أننا نلاحظ أن سلطة القاضي في التعديل ليست مطلقة بل مقيدة، بضوابط رأيناها في دراستنا لهذا الموضوع، فليس للقاضي التدخل لتعديل العقد إلا إذا طلب المدين منه ذلك، كما لا يجوز للطرفين الاتفاق على سلب القاضي سلطته التقديرية .

ونخلص إلى أنّ القاضي يسعى بالإبقاء على العقد و ذلك بتعديله، و هذا لحماية العقد من مخاطر الفسخ أو الإبطال، لذا فنحن نقترح على المشرع إدراج بعض التعديلات في سلطة القاضي في التدخل لتعديل العقد ، لضمان حماية قانونية فعالة تقضي على كل أنواع التعسفات في العقود وإبرام عقود شفافة منها :

- * وضع تعريف خاص وواضح للتعتف سواء في القانون المدني أو في القوانين الأخرى مثل قانون الاستهلاك، وتحديد شروطه.
- * التدخل بوضع قوانين تمنع العمل، في مختلف أنواع العقود التي تحتوي على شروط تعسفية. سواء كان هذا العمل فردياً أو جماعياً.
- * وضع إمكانية رفع دعوة أمام القضاء ضد أي شخص طبيعي أو معنوي، تتضمن عقوده شروطاً تعسفية أو ضد كل عامل أو متعاقد يقبل العمل أو التعاقد بتلك الشروط التعسفية.
- * فتح المجال للقاضي بالبحث في الحلول العادلة والمنصفة، بعيداً عن تلك التي قيدتها في التشريع و ذلك تحت رقابة المحكمة العليا من أي حكم قضائي مخالف للقانون.
- * إلغاء شرط العمومية في نظرية الظروف الطارئة كونها محجفة في حق المدين المرهق.
- * إلغاء حرية القاضي في قبول أو رفض الحكم بالتعديل، و اعتبارها إلزامية وذلك لضمان عدالة أكثر للطرف المتضرر.
- * مراقبة السوق والمنتجات التي تعتبر ضرورية، وإلزام المؤسسات الكبرى التي تحتكر تلك المنتجات ببيعها بسعر يناسب الجميع تفادياً لاحتكار الطرف القوي على الضعيف .
- * المناداة بضرورة سيادة الشفافية عند إبرام العقود وتنفيذ الالتزامات بحسن النية.
- * البحث في حالات أخرى لحماية الطرف المغبون في العقد، غير الطيش البين أو الهوى الجامح.

إلا أننا يمكن أن نقول أنّ سلطة القاضي في تعديل العقد ليس من شأنها أن تؤدي إلى تحقيق المساواة بالضرورة بين المتعاقدين، ولكن حتى يكون العقد جدير بالاحترام لا بدّ أن يكون خالياً من التعسف، ولكي يتحقق فيه ذلك لا بدّ له أن يحترم فيه العدل.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

أ - الكتب

- 1- أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني - الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 2- أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - دار الثقافة للنشر و التوزيع، د.ب.ن، 2005 .
- 3- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، العقد و الإرادة المنفردة، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2001.
- 4- محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 5-توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، مقارنة بين القوانين العربية- ط3، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، د.س.ن.
- 6- حمدي محمد اسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 7- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الإلتزام- ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
- 8- رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998.
- 9- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني الجزائري، ج4 ، أحكام الالتزام، 26 ايرن للطباعة، القاهرة، 1992 .
- 10- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام- الحق، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع ، الإثراء بلا سبب- د،د،ن، الاسكندرية، 2000.

- 11- شريف الطّباخ، التّعويض عن المسؤولية التّقصيرية و المسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقّه، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2007.
- 12- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام- الثبات، آثار الالتزام- ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 13- _____ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 14- عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام- مصادر الحق الشخصي في القانون المدني- ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012 .
- 15- عبد المنعم فرج الصّده، نظرية العقد في قوانين بلاد العربية ، دار هومة، العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974 .
- 16- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود- دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006 .
- 17- علي علي سليمان ،التّظريّة العامة للالتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1988.
- 18- علي فيلاي- الإلتزامات – النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- 19- عمر محمد عبد الباقي، الحماية القانونية للمستهلك ، منشأة المعارف، د.ب.ن، 2004.
- 20- فؤاد ظاهر، البيع في ضوء الاجتهاد، ج2، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، د.س.ن.
- 21- فؤاد محمود معوّضة، دور القاضي في تعديل العقد- دراسة تحليلية وتاصيلية في الفقّه الإسلامي والقانون الوضعي- دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
- 22- محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.س.ن.
- 23- محمد السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود ،دار النهضة العربية ، القاهرة، د.س.ن.
- 24- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990 .
- 25- محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، د.ب.ن، 2000.
- 26- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقّه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، د.س.ن.

- 27- محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد التأخيرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- 28- محمد صبري السعدي، الواضح في الشرح القانوني المدني- النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة- ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 29- _____ شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الواقعة القانوني- العمل غير المشروع، شبه العقود، و القانون- ج2، ط2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
- 30- محمد علي الرشدان، الغبن في القانون المدني- دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 31- محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون والفقہ الإسلامي - دراسة مقارنة - دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007 .
- 32- محمد وحيد سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني-دراسة مقارنة بالفقہ الإسلامي والمدونات العربية -ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
- 33- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات، أحكامها- دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقہ الإسلامي معزز بأراء الفقہ وأحكام القضاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- 34- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007 .
- 35- نبيل اسماعيل عمر ،سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000.
- 36- نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة في علاقات التجارة الدولية، د.د.ن، د.س.ن، د.ب.ن، 2002.
- 37- هتام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004 .
- 38- يوسف محمد عبيدات، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة- دار الميسرة للنشر والتوزيع و الطباعة، الأردن، 2009.

ب- الرسائل و المذكرات الجامعية

✓ الرسائل الجامعية

1- بن شنتي عبد الحميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996.

2- بوكاش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.

✓ المذكرات الجامعية

● مذكرات الماجستير

- 1- خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاد العقد و تنفيذه، رسالة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987.
- 2- فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، فرع العقود والمسؤولية، مذكرة لنيل الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
- 3- عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2004.
- 4- بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
- 5- علاء عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
- 6- لبان فريدة، مبدأ حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة، 2009.
- 7- مندي أسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، 2009.
- 8- قرية رضا، سلطة القاضي في تقدير التعويض-دراسة في اطار المسؤولية العقدية- مذكرة ماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2013.

● مذكرات الماستر

- 1- حمودة نجوى، همشاي وهيبية، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

● مذكرات التخرج

1- أنس بن عبد الله العيسى، عقد الإذعان -دراسة مقارنة - المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، 1427هـ.

2- طارق محمد ابو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني - دراسة مقارنة-كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.

3- صالحى أحمد، سلطة المستخدم في تعديل بنود عقد العمل- دراسة مقارنة - مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة، 2006.

ج- المقالات

1- ذنون يوسف صالح و ابراهيم عنتر " التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي"، مجلة تكريت للعلوم القانونية والأساسية، عدد5، 2002، ص.ص.40-42.

2- فريد بلقاسم، "العقود التجارية والمؤسسات"، نشرة المحامي، عدد11، سطياف، 2010، ص.ص.29-33.

د-النصوص القانونية

1- الأمر رقم75-58 المؤرخ في 26سبتمبر1957، المتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 78، لسنة 2007.

2- القانون 84-11 المؤرخ في 9-1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج.ر. عدد15، لسنة 2006 .

3- القانون 90-11 المؤرخ في 21أفريل1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر، عدد41، لسنة2004 .

4- أمر رقم95-07 المؤرخ في 25جانفي1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر، عدد15، لسنة 2006.

5- أمر رقم97-03 المؤرخ في 11 يناير1997، التعلق بالمدّة القانونية للعمل، ج.ر، عدد03، المؤرخ في 12 يناير1997.

6- القانون رقم04-02 المؤرخ في 23 يونيو2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، عدد41 لسنة2004.

و- الأحكام و القرارات القضائية

1- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 10 أكتوبر1993، ملف رقم 99694، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994، ص.217.

2- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 21 فيفري2007، ملف رقم324034، قضية[ف.ع] ضدّ [مدير ص.م. للتوفير والاحتياط ومن معهم] المجلة القضائية، العدد الأول، 1994، ص.211.

- 3- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 24 أكتوبر 1999، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2007، ص.95.
- 4- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 12 ماي 1999، ملف رقم 188918، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000، ص.359.
- 5- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 12 جانفي 2000، ملف رقم 212782، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001، ص.114.
- 6- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 21 مارس 2007، ملف رقم 351258، قضية [ع.ع] ضد [م.ص.التوفير و الاحتياط]، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2007، ص.135.

د- المواقع الإلكترونية

1- أسماء علي الكريم وليلى مصطفى مواسي من قرارات المجامع الفقهية، عقود الإذعان وارد في :

www.bls48.net/?mod=articleslid=159106

تم الإطلاع عليه يوم: 05/06/2014

2- Hhttp : www.legifrance.gouv.fr/africhcode;do?cidtextexte0000060707012

تم الإطلاع عليه يوم : 12/05/2014

3- أحمد المنصوري، منير البصري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية وارد في :

www.droit.civil.over-blog.com

تم الإطلاع عليه يوم: 2014/06/05.

a.Ouvrage

1-BENCHENED Ali , le droit des contrats , données fondamentales , nouvelle imprimerie laballery , France ,2011.

2- PIMENT Sebastien, Clause pénale conférence à l'université de savoie ,centre de droit privé et public des obligations et de la consommation, 2012.

B.thèse et mémoire

1-Thèse :

-Clémentine CAUMES ,l'interprétation du contrat au regard des fondamentaux,thèse pour obtenir le grade de docteur en droit privé,académie daix-marsielle université davignon et des pays de vaucluse,2010.

2-Mémoire :

- VILLAIN Adeline , l'immixtion du juge dans le contrat , mémoire de mastr, droit privé général , université pierre mondès, France, 2013 .

C Article

1-LEFEBVRE Brigitte, le contrat d'adhésion, la revue de notarial Monatrial , vol 105 ,2003.

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	1
الفصل الاول : سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة انشائه	4
المبحث الاول : سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن و الاستغلال	5
المطلب الاول : سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن	5
الفرع الاول : تعريف الغبن	6
اولاً : معنى الغبن	6
ثانيا : نطاق الغبن	7
الفرع الثاني : تدّخل القاضي لرفع الغبن	8
اولاً : الشروط الواجبة توافرها للطعن بالغبن في العقار	8
أ_ أن يكون العقد بيعا للعقار	9
ب_ ألا يكون البيع قد تمّ بطريق المزاد العلني	9
ج_ أن يصل الغبن الي أكثر من خمس قيمة العقار	9
د_ يجب أن ترفع دعوى الغبن خلال ثلاثة سنوات من يوم انعقاد البيع	9
ثانيا : جزاء الطعن بالغبن في العقار	10
المطلب الثاني : سلطة القاضي في التعديل العقد بسبب الاستغلال	12
الفرع الاول : المقصود بالاستغلال	13
اولا : تعريف الاستغلال و تحديد عناصره	13
أ_ تعريف الاستغلال	13

- ب_ عناصر الاستغلال 14.....
- 1_العنصر المادي (الموضوعي) 14.....
- 2_العنصر المعنوي (التفسي) 15.....
- ثانيا : نطاق الاستغلال 15.....
- ثالثا : شروط الاستغلال 16.....
- أ_ وجود طيش بين أو هوى جامع لدى المتعاقد 16.....
- ب_ قصد الطرف الاخر استغلال الطيش البين أو الهوى الجامع 16.....
- ج_ الوصول بالاستغلال الى اختلال التوازن 17.....
- د_ كون الاستغلال هو الدافع الي التعاقد 17.....
- الفرع الثاني : تدخل القاضي لرفع الغبن الاستغلالي 18.....
- أولا : صور تدخل القاضي لرفع الغبن الاستغلالي 18.....
- أ_ دعوى إبطال العقد 18.....
- ب_ دعوى إنقاص الالتزامات 19.....
- ثانيا : معايير ممارسة القاضي سلطته التقديرية 20.....
- أ_ معايير الملائمة في أعمال الجزاء 20.....
- ب_ معايير التقييد بالطلب القضائي 20.....
- ج_ معيار توقي البطلان بإعادة التوازن إلى الأذات المختلفة 21.....
- المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان 22.....
- المطلب الاول : مفهوم عقد الاذعان 23.....
- الفرع الاول : تعريف عقد الاذعان و خصائصه 23.....
- أولا : تعريف عقد الاذعان 23.....
- ثانيا : خصائص عقد الاذعان 24.....

- 26..... الفرع الثاني : نشأة عقود الإذعان
- 27..... الفرع الثالث : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان
- 28..... أولاً : الصفة التعاقدية لعقد الإذعان
- 28..... ثانياً : الصفة غير التعاقدية لعقد الإذعان
- 29..... الفرع الرابع : بعض تطبيقات عقود الإذعان
- 31..... ثانياً : عقد العمل
- 33..... المطلب الثاني : تدخل القاضي لحماية الطرف المدعى
- 34..... الفرع الأول : الشروط القانونية لتعديل الشرط التعسفي
- 35..... أولاً : وجود نزاع متعلق بعقد الإذعان
- 36..... ثانياً : أن يتضمن العقد شروطاً تعسفية مرهقة للطرف المدعى
- 37..... الفرع الثاني : صور تدخل القاضي لحماية الطرف المدعى
- 38..... أولاً : سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي
- 39..... ثانياً : سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي (إعفاء الطرف المدعى منه)
- 39..... الفرع الثالث : نطاق وأهمية سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية
- 39..... أولاً : نطاق سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية
- 40..... ثانياً : أهمية سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية
- 41..... الفصل الثاني : سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تعديله
- 42..... المبحث الأول : القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة
- 43..... المطلب الأول : المقصود بنظرية الظروف الطارئة
- 43..... الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة ونشأتها
- 43..... أولاً : تعريف نظرية الظروف الطارئة
- 44..... ثانياً : نشأة نظرية الظروف الطارئة

- 45..... الفرع الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
- 46..... أولا : أن يكون العقد المطلوب تعديله متراخي التنفيذ
- 47..... ثانيا : أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع
- 47..... أ_ أن يكون الحادث استثنائيا
- 48..... ب_ أن يكون الحادث الاستثنائي عاما
- 48..... ج_ أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع
- 49..... ثالثا : أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا و ليس مستحيلا
- 50..... المطلب الثاني : تدّخل القاضي لرد الالتزام المرهق
- 51..... الفرع الاول : ضوابط سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق
- 51..... اولا : مراعاة الظروف المحيطة بالقضية
- 52..... ثانيا : الموازنة بين مصلحة الطرفين
- 53..... ثالثا : رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول
- 53..... الفرع الثاني : صور تدخّل القاضي لرد الالتزام المرهق
- 53..... أولا : إقاص الالتزامات المرهقة
- 54..... ثانيا : الزيادة في الالتزامات المتقابلة
- 55..... ثالثا : وقف تنفيذ الالتزام
- 56..... المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و منح نضرة الميسرة
- 57..... المطلب الاول : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)
- 57..... الفرع الاول : مفهوم الشرط الجزائي
- 57..... أولا : تعريف الشرط الجزائي و تحديد خصائصه
- 58..... أ_ تعريف الشرط الجزائي
- 59..... ب_ خصائص الشرط الجزائي
- 59..... 2_ الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الاصلي

- 3_ الشرط الجزائي التزام احتياطي 60
- 4_ الشرط الجزائي تقدير جزائي للتعويض 61
- ثانيا :الطبيعة القانونية للشرط الجزائي 61
- ثالثا : شروط استحقاق الشرط الجزائي 61
- أ_ الخطأ 62
- ب_ الضرر 62
- ج_ علاقة السببية 63
- د_ الاعذار 64
- الفرع الثاني : مدى تدّخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي 64
- أولا : مظاهر تدخّل القاضي لتعديل الشرط الجزائي 65
- أ_ سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي 65
- 1_ تخفيض الشرط الجزائي بسبب التقدير المفرط فيه 65
- 2_ تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي 67
-
-
- ب_ سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي 68
- ثانيا : ضمانات سلطة القاضي في الشرط الجزائي 69
- أ_ سلطة القاضي من النظام العام 69
- ب_ تكامل سلطة القاضي 70
- المطلب الثاني : سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة [الاجل القضائي] 70
- الفرع الاول : مفهوم نظرة الميسرة 70
- أولا : تعريف نظرة الميسرة 71
- ثانيا : الشروط القانونية لسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة 72
- أ_ عدم وجود نص قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة 72

73.....	ب_ استدعاء حالة المدين منحه نظرة الميسرة.....
73.....	ج_ عدم الحاق الدائن ضرر جسيم من منح نظرة الميسرة
73.....	الفرع الثاني : مدى سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة.....
74.....	أولا : مدى سلطة القاضي إزاء الفسخ القضائي في منح الاجل القضائي
74.....	ثانيا : مدى سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ.....
75.....	ثالثا : مقارنة بين الاجل القضائي الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ و الممنوح بمناسبة دعوى الفسخ.....
77.....	خاتمة
79.....	قائمة المراجع.....
85	الفهرس.....