جامعة عبد الرحمن ميرة –بجاية-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

دور القاضي في مجال العقد المدني

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر

تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين:

- سعدان كهينة
- إيقي فاطمة الزهراء

تحت إشراف الأستاذة:

- د.سعدون كريمة

لجنة المناقشة:

- **الأستاذ حمادي زوبير..... رئيسا.**
- **الأستاذ سعدون كريمة .....مشرفة ومقررة.**
- **الأستاذة زواوي نورية ..... ممتحنة.**

السنة الجامعية:2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

نبعث كلمات الشكر والإحترام لكل من ساهم في تكويننا القانوني وصحح عثراتنا في مجال دراستنا إلى أساتذتنا الكرام ، ونخصّ بالذّكر الأستاذة المشرفة "سعدون كريمة" التي لم تبخل علينا بإرشاداتها و ملاحظاتها ونصائحها القيمة ، نحن ممتنتان لجهودك المبذولة معنا ودعمك المعنوي لنا فلولاك لم ترى مذكرتنا النور.

كما نشكر أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة موضوعنا.

إهداء

إلى من حملتني وربتي إلى نبع الحنان أمي حبيبتي
إلى من أحمل إسمه بإفتخار إلى سندي في الحياة أبي
إلى من أكتسب بوجودهم قوة في حياتي إخوتي إيمان، فرح ، وأخي عبد الغني
إلى شريكتي في هذه المذكرة كهينة
إلى كل أصدقائي و زملائي الذين جمعتني بهم الجامعة

فاطمة الزهراء

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى من غرست الرغبة في
التطور والسعيّ لتأمين
الطموح كثمن للحياة
الإنسانية

إلى روح أمي رحمها الله
وأسكنها فسيح جنانه

وألمّها بوصل الدعاء الصالح

كهينة

قائمة لأهم المختصرات

1. باللغة العربية

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري

ق.ت.ج : القانون التجاري الجزائري

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

د.س.ن : دون سنة النشر

د.د.ن : دون دار نشر

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ص : صفحة

ص.ص : من صفحة إلى صفحة

2. باللغة الفرنسية

Art : article

C.civ.français : code civil français

P : page

Vol : volume

مقدمة

يعتبّر العقد الأداة القانونية التي يعتمد عليها الأفراد لتلبية مختلف حاجياتهم اليومية، إذ إنّه بالرغم من تعدّد العقود إلا أنّها تشترك في إعتبارها إتفاق بين إرادتين على إحداث أثر قانوني معين وهو ما تضمّنته المادة 54 من ق.م.ج التي نصّت على " **العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما**"[1]، فإذا نشأ العقد صحيحا وفقا للأركان والشروط التي يتطلبها القانون، ترتب عليه أثارا قانونية ملزمة لكلا الطرفين بحيث يصبح المتعاقدان خاضعين لقوة العقد وما يرتبه من إلتزامات تعاقدية مادامت الرابطة العقدية قائمة.

يقوم العقد على مبدأ سلطان الإرادة ويعني ذلك أن للمتعاقدين الحرية المطلقة في إبرام العقود وتحديد الإلتزامات التّعاقدية بتضمين العقد بما شاءوا من بنود وشروط سواء تعلق الأمر بموضوع الإلتزام أو كيفيات وآجال تنفيذه، على إعتبار أنّه لا أحد يراعي التّوازن العقدي أكثر من المتعاقد ذاته فالقاعدة الجوهرية هي حرية التّعاقد، حيث لا يمكن نقض العقد أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، فالإرادة حرة في إبرام ما تشاء من العقود وتضمينها بما ترضاه من الشروط وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نصّ المادة 106 من ق.م.ج والتي تنصّ على مايلي " **العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون**"[2].

إنّ المغالاة في تطبيق هذا المبدأ أدى إلى ظهور نتائج سلبية وخطيرة على إستقرار المعاملات، ومن بين هذه السّلبيات نجد إستغلال القويّ للضعيف وجعل المتعاقدين الضعفاء تحت رحمة الأقوياء، أيضا تقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة وكذلك تضارب المصالح أحيانا بين الأفراد سعيا لتحقيق قدر أكبر من مصالحهم حتى لو كان ذلك على حساب الطرف

[1] أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمم.

[2] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع نفسه.

الآخر وعلى حساب خسارة الأخير، فهذه السّلبيات تؤدي إلى عدم التّوازن في الأداءات التّعاقدية بين الأطراف المتعاقدة، فنتج عن ذلك عدة قيود تحد من مبدأ سلطان الإرادة وردت على شكل إستثناءات عن القاعدة العامة في مجال العقود المدنية خاصة، فمنها ما ورد في القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة ومنها ما ورد في قوانين خاصة ولعل أهمها التشريعات المتعلقة بالعمل وبمجال الإستهلاك والتأمينات فهي إستثناءات كلما تم التوسع فيها كلما ضاق وقل مجال إعمال مبدأ سلطان الإرادة .

قد يواجه العقد بعض الإشكالات سواء في مرحلة تكوينه أو تنفيذه، تحول دون تنفيذه على النحو الذي تمّ الإتفاق عليه مما قد يخلق نزاعا بشأنه يتطلب اللجوء إلى القضاء لحله وأمام تراجع إلزامية مبدأ سلطان الإرادة أقرّ المشرّع سلطة للقاضي للتدخل في جميع مراحل العقد وإعترف له من خلالها بعدة أدوار في نطاقه، ذلك من أجل تحقيق التّوازن العقدي وفي هذا الإطار نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى نطاق تدخل القاضي في مجال العقد المدني؟

أهداف الدراسة

ترمي هذه الدراسة إلى الوصول إلى الأهداف التالية:

*دراسة التفاصيل المتعلقة بسلطة القاضي في مجال العقد المدني وذلك من خلال البحث في جميع حالات تدخله وبيان دوره الإيجابي في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية.

*البحث في النصوص القانونية التي تتناول سلطة القاضي في العقد، مع محاولة تبيان مدى كفايتها ونجاعتها في تحقيق الهدف من منح المشرع للقاضي هذه السلطات المتنوعة بحسب النزاع المعروض عليه.

*تأصيل بعض المفاهيم والمبادئ المتداولة قانونا مثل (السلطة التقديرية للقاضي، مبدأ سلطان الإرادة، العقد شريعة المتعاقدين، مظاهر الغبن والاستغلال، مضمون العقد، نظرية الظروف الطارئة، عقود الإذعان، التعويض الاتفاقي، الأجل القضائي...).

نطاق الدراسة

إنّ تناولنا لموضوع سلطات القاضي في مجال العقد المدني ستكون وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري بإعتباره الشريعة العامة، مع الإستعانة ببعض النصوص القانونية الخاصة كلما إقتضت الضرورة ذلك.

منهج الدراسة

من أجل الإجابة عن الإشكالية المطروحة إعتمدنا على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص الواردة في القانون المدني الجزائري، مع الإشارة إلى القوانين الخاصة ذات صلة بهذا الموضوع.

خطة الدراسة:

وفقا لما تقدم تكون معالجة موضوع بحثنا على النحو التالي:

الفصل الأول: سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد

الفصل الثاني: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

الفصل الأول

سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد

يلعب القاضي دورا إيجابيا بحيث أصبح من سلطته التّدخل في معاملات الأفراد ومراجعتها وتعديلها، فلم يكن دوره في ذلك وليد صدفة إنّما يعود ذلك إلى الفلسفة والقانون، فكان نتيجة لصراع الإنسان في بحثه عن العدالة والحرية معا.

فأصبح القاضي في نهاية الأمر ونتيجة لذلك الصراع يراقب العمليات التّعاقدية بين الأفراد فيتدخل كلمّا وجد ميزان العدالة مختلا، ليعيد إلى العقود تّوازنها وعدالتها مما يجعل له دور وقائي في مرحلة تكوين العقد، فله سلطة ممنوحة بموجب القانون تسمح له بتعديل العقد وتحديد مضمون العقد والتي تجعل المتعاقدين يراعيان التّوازن في عقدهما.

لتبيان دور القاضي في مرحلة تكوين العقد قسّمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تحديد مضمون العقد

المبحث الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد

يحكم العلاقة العقدية في الأصل إرادة المتعاقدين من كل الجوانب ولا يمكن لإرادة خارجة عن إرادة الطرفين التّدخل فيها، غير أنّه كإستثناء أقرّ المشرّع للقاضي التّدخل في بعض المسائل التي تعجز إرادتهما إحتوائها[1]، لذا يعتبر العقد والقاضي عنصران متّلازمان لكنهما في بعض الأحيان يتعارضان وهذا التّعارض ناتج عن إمكانية تدخل القاضي في العقد ليأثّر بذلك على القوة الملزمة والحرية التّعاقدية[2].

تتميّز سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد بطبيعة وقائية[3]، والتي تجعل المتعاقدان يراعيَان مسألة إستقرار تعاقدهما، ذلك بالإلتزام بالحدود المسموح بها وتوقي ما يؤدي إلى تدخل القاضي لتعديل العقد، فمن أهم الأسباب التي تمهّد لذلك هي إختلال الإلتزامات التّعاقدية.

يتخذ إختلال الإلتزامات بين المتعاقدين عدة صور، كأن يمسّ أحد طرفيّ العقد الغبن أو أن يكون في حالة إستغلال(**المطلب الأول**)، أو وجود شروط تّعسفيّة تحُول دون تحقيق التّوازن العقدي(**المطلب الثاني**).

---

[1] وهو ما ورد في نصّ المادة 106 ق.م.ج، حيث أشار المشرع أنّ المتعاقدين فقط من يستطيع تعديل أو نقض عقدهما لأنّه ناشئ عن إرادتيهما غير أنّه هناك حالات أينّ يتدخل طرف خارج عن المتعاقدين وهو القاضي متى توفرت الأسباب القانونية التي أوردها المشرّع في مختلف النصوص القانونية .

[2] بردان رشيد، بوراس نجية، القاضي وتفسير العقد، "مجلة القانون و المجتمع و السلطة"، مجلد7، العدد1، جامعة سيدي بلعباس، 2018، ص7.

[3] سهلة لخضر، دور القاضي في العقد، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مسغانم، 2018-2019، ص3.

المطلب الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والإستغلال

يعتبر الرضا ركن جوهري في العقد، إذ يشترط لصحته أن يكون خاليا من عيوب الإرادة التي من شأنها التأثير في المراكز القانونية للمتعاقدين، فمن الواضح أنّه لا يمكن أن تتساوى جميع إلتزامات المتعاقدين في العقد، لكن في نفس الوقت هذا لا يعني أن يكون هناك تّفاوت بينهما بدرجة تؤدي إلى إختلال التّوازن العقدي، ولتوقي هذا الأخير تكون للقاضي إمكانية التّدخل في مرحلة إنشاء العقد ورفع الإختلال الموجود فيه مع مراعاة مصلحة الطرفين[1].

يعتبر الغبن والإستغلال من أكثر العيوب شيوعا في المعاملات التعاقدية وتعدّ ميدانا واسعا للمناقشة وإختلاف وجهات النظر[2]، ونظرا للتأثير الذي يحدثانه هذين العيبين في العقد وقدرتهما على الإخلال بالتّوازن العقدي، عمدّت مختلف التشريعات إلى والأخذ بهما كعيوب مسببة في إختلال التّوازن، على سبيل المثال المشرّع السوري في نصّ المادة 131 ق.م.س[3] التي نصّ فيها " يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أوبمعدل الفائدة" وأخذ المشرّع الجزائري بالغبن والإستغلال في نصّ المواد 90 و91 ق.م.ج إضافة إلى بعض نصوص القوانين الخاصة.

في إطار ما سبق ذكره سنحاول أن نوضح سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن **(الفرع الأول)**، وسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الإستغلال **(الفرع الثاني)**.

---

[1] صاغي زينة، مقري نسيمة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013-2014، ص5.

[2] المرجع نفسه، ص 5.

[3] المرسوم التشريعي 84، المؤرخ سنة 1949، المتضمن القانون المدني السوري، الصادرفي1949/05/18.

الفرع الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

يعتبر الغبن المظهر المادي للإستغلال[1]، والغبن لغة هو النقصّ[2]، ويقال غبنه في البيع أي خدعه[3]، أمّا إصطلاحا فعرّف على أنّه عدم تساوي أحد العوضين في عقود المعاوضة بالآخر بأن يكون أقل أو أكثر قيمة وعليه نجد أنّ مصلحة أحد الطرفين تطغى على مصلحة المتعاقد الأخر بحيث ينعدم التّوازن بين ما يؤخّذ وما يعطى[4].

نظمّ المشرّع أحكام الغبن في مواد من ق.م.ج وبعض النصوص الخاصة، وترك للقاضي السلطة التقديرية في تقدير مدى وجوده في العقد.

وتقدير القاضي وجود الغبن يكون بالإعتماد على النصوص القانونية وقيمة الأداءات المتقابلة بين المتعاقدين، فإذا توفّرت شروط الغبن في العقد يقوم القاضي بمحاولة الموازنة بين إلتزامات الطرفين دون إلحاق ضرر بأحد منهما وفي الأخير له كامل الحرية في تقدير الجزاء المترتّب على القضية الموضوعة أمامه.

من الضروري أن نبيّن شروط الغبن **(أولا)** قبل الحديث عن الحالات التي يجوز الطعن فيها بالغبن (**ثانيا)** ودور القاضي في رفع الغبن الموجود في العقد **(ثالثا)**.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن)، ص355.

[2] أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون الأردني–دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–، دار الثقافة للنشر والتوزيع الإسكندرية، 2005، ص73.

[3] أحمد إبراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص3.

[4] بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011، ص95.

أولا: شروط الغبن

يشترط أن يكون العقد من عقود المعاوضة الملزم لجانبين كعقد البيع، أما عقود التبرع فلا يمكن الحديث عن الغبن فيها، كما يشترط أن يكون العقد محدد القيمة بحيث يجب أن تكون إلتزامات الطرفين محددة القيمة عند إبرام العقد.

كما يجب أن لا يكون العقد قد تمّ عن طريق المزايدة أو المناقصة وفقا لما يقضي به القانون مثل حالة بيع أموال المدين جبرا للوفاء بما عليه من ديون، ويشترط أيضا أن يكون الغبن فاحشا، إذ يعتبر كذلك إذا زاد عن الخمس.

فإذا توفرت الشروط السابقة يستطيع الطّرف المغبون أن يطلب تعديل العقد بما يرفع عنه الغبن.

ثانيا:الحالات التي يجوز الطعن فيها بالغبن

لا يمكن تصوّر وجود الغبن إلا في عقود المعاوضة فطبيعتها تقضي بوقوعه على الأطراف ولا يمكن تصوره في عقود التبرع[1]، وقد تعرّض المشرّع الجزائري للحالات التي يجوز فيها للقاضي التّدخل وتعديل العقد لرفع الغبن في نصوص القانون المدني ونذكرها كالتالي :

-الغبن في بيع العقار: نظرا للأهمية التي يمتلكها عقد البيع بإعتباره من أقدم العقود المسماة منح له المشرّع أهميّة ونظّم أحكامه في الفصل الأول من الباب السابع تحت عنوان "**العقود المتعلقة بالملكية**"، من المادة 351 إلى المادة 412 ق.م.ج.

[1] محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، 2002، ص.ص.92-93، على سبيل المثال ما جاء في نص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري " الهبة تمليك بلا عوض" فلا يمكن أن نقول أنّ الواهب مسه غبن من عدم حصوله على عوض لأنّ التصرف الذي قام به نابع من إرادته المنفردة مع علمه أنّ الهبة تكون بدون عوض.

نصّت المادة 358 ق.م.ج على مايلي " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثّمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع"[1].

وأضاف في نصّ المادة 360 ق.م.ج " لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون"[2].

بناءا على المادتين أعلاه يظهر لنا أنّ المشرّع وضع مجموعة من الشروط حتى يمكن أن يعتدّ بوجود الغبن في بيع العقار، فيجب أن يردَ البيع على عقار وأن يكون العقد رسميا[3]، وذهبت المحكمة العليا في إجتهادها إلى أنّه "لا يعد عقد البيع المحرر أمام موثق عقدا صوريا، لمجرد حصول بيع بالغبن"[4]، كما يجب أن تزيد قيمة الغبن عن الخمس (5/1) وأنّ البيع لم يتم عن طريق المزاد العلني.

-عقد القسمة الرضائية: القسمة طريقة لإنهاء حالة الشيوع أينّ يقسّم المال الشائع إلى عدة حصص ويستقيل كل شريك بحصة ما[5].

نصّت المادة 732 ق.م.ج على ما يلي" يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبتّ أحد المتقاسمين أنّه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة"[6].

---

[1] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[2] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع نفسه.

[3] نصت المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج على ما يلي"زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أوحقوق عقارية أو محلات تجارية.....".

[4] قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0771640، مؤرخ في 2013/05/09، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2013، ص307.

[5] طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، قانون خاص، جامعة عبد الرحمن بن باديس، مستغانم، 2018-2019، ص146.

[6] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

لتقرير وجود غبن في عقد القسمة الرضائية يجب وفقا لنصّ المادة أن تكون القسمة رضائية وصحيحة[1]، وأن يكون الغبن الذي مسّ أحد المتقاسمين يزيد عن الخمس ويخضع تقدير الغبن إلى تقدير قيمة الشيء وقت القسمة.

وهذه حالات إستثنائية حددها المشرع في القانون المدني[2]، لكن هذا لا يعني أنّ المشرّع لم يذكر حالات أخرى، بل نصّ عليها في عدة قوانين خاصة كعقد إستغلال حق المؤلف[3]، المنصوص عليه في الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة[4] وعقد الإنقاذ البحري، لكن بما أنّ دراستنا كانت في إطار القانون المدني إكتفينا بالحالتين المذكورتين أعلاه.

ثالثا: دور القاضي في رفع الغبن

يعتبر الغبن أمر كثير الوقوع أثناء إبرام العقود ويظهر ذلك من خلال التّفاوت بين قيمة الإلتزامات المتقابلة للطرفين، وهذا هو الدافع الذي يأدي بالطرف المغبون إلى رفع الأمر أمام القضاء حتى يرفع عنه الغبن.

تختلف الأثار التي تترتّب على تحقق الغبن في العقد بإختلاف حالاته[5]، لذا فإنّ تدخل القاضي يختلف من حالة لأخرى، فقد يتدخل لتعديل العقد بموجب دعوى تكملة الثمن إذا تعلق الأمر بعقد بيع عقار، أو يتدخل بموجب دعوى نقض إذا تعلق الأمر بعقد قسمة.

-دعوى تكملة الثمن : ترفع الدعوى من طرف البائع متى توفّرت الشّروط خلال مدة ثلاث سنوات من يوم إنعقاد البيع[6]، وأقرّ القانون الحق في رفع دعوى التكملة للبائع دون المشتري وفقا

---

[1] قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم446655، مؤرخ في2008/12/24، ،مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2009، ص137.

[2] علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص212.

[3] نصت المادة 66 من الأمر رقم 03-05 كما يلي" يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه".

[4] أمر رقم 03-05، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر.ج.ج عدد 44، مؤرخ في في 23 يوليو 2003 .

[5] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص159.

[6] المادة 359 من ق.م.ج "تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا إنقضت ثلاث سنوات من يوم إنعقاد البيع "

لنصّ المادة 01/358 ق.م.ج[1] وهو مقرّر للبائع البالغ سن الرشد أمّا إذا كان البائع ناقص الأهلية يكون لوليّه أو الوصيّ الخيار بين طلب إبطال البيع أو إجازة العقد[2].

وفي حالة عدم قيام المشتري بالتّكملة جاز للقاضي الحكم بفسخ العقد بطلب من البائع لتعاد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد[3].

–دعوى نقض القسمة: نقض القسمة بسبب الغبن يكون في حالة القسمة الإتفاقية[4]، وهو حق مخول للشريك الذي لحقه غبن جراء القسمة وفقا لنصّ المادة 01/732 من ق.م.ج[5]، ولمعرفة ما إذا وُجدَ غبن في القسمة يجب تقدير المال الشائع محل القسمة وتقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال، ويكون التقدير بواسطة خبير عند الإقتضاء ولا يعتدّ بالتقدير الوارد في القسمة[6]، بعد ذلك للقاضي أن يرفع قيمة الشريك المتقاسم كما يمكن أن يخفضها[7] وبالرجوع للفقرة 02 من المادة المادة 732 من ق.م.ج فإنّه يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة.

---

[1] نصت المادة 1/358 من ق.م.ج على مايلي "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل".

[2] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص159.

[3] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في القانون المدني، مصادر الإلتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2010، ص168.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن)، ص901.

[5] نصت المادة 1/732 من ق.م.ج على مايلي" يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس،على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة".

[6] عبد الرزاق أحمد السنهوري، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، مرجع سابق، ص903.

[7] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص.ص.149–150.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الإستغلال

يعرّف الإستغلال لغة أنّه الإنتفاع من الغير بدون حق، أمّا إصطلاحا فهو إستغلال الطيش البيّن أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه لإبرام عقد يحمّله إلتزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض[1].

ويمكن القول أنّ سلطة القاضي تجاه العقد المشوب بإستغلال تكون متشابهة تماما لحالة العقود الواقعة تحت الغبن، حيث يمكن للقاضي التّدخل وفرض سلطته بالتعديل لتحقيق التّعادل بين الأخذ والعطاء بصورة تحقق العدل بين أطراف العقد[2].

أخذ المشرّع بالإستغلال في نصّ المادة 01/90 ق.م.ج التي جاء فيها "إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأنّ المتعاقد الأخر إستغل فيه طيشا بيّنا أوهوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد أن يبطل العقد أو أن ينقص من إلتزامات هذا المتعاقد"[3].

أولا: شروط الإستغلال

نصّت المادة 01/90 ق.م.ج على ما يلي" إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح"[4]، من خلال تحليل نصّ المادة نستنتج أنّه حتى يتحقق وجود الإستغلال في العقد يشترط أن نكون أمام تصرف قانوني، كما يجب أن يكون العقد من عقود المعاوضة والتي يعرف

---

[1] علي فيلالي، مرجع سابق، ص203.

[2] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص142.

[3] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[4] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع نفسه.

المتعاقد مقدار ما يعطيه وما يأخذه في العقد[1]، فلا يتصوّر في العقود الإحتمالية وعقود التبرع لأنّ الأولى تقضي طبيعتها بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين أمّا الثانية فأحدهما يعطي ولا يأخذ فلا مجال للحديث عن التعادل[2].

كما يشترط أيضا وفقا لنصّ المادة 01/90 ق.م.ج أن يختلّ التّعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد، وأن يكون هناك إستغلال لضعف معيّن في المتعاقد المغبون، كما يجب أن يكون هذا الإستغلال هو الدافع للتعاقد.

ومن شروط تحقق الإستغلال يجب أن يتوفّر عنصراه وهما:

العنصر المادي (موضوعي): وفقا لنص المادة 90 ق.م.ج[3] يتجسّد العنصر المادي للإستغلال في عدم تعادل في الإلتزامات والعوض، بمفهوم أخر تكون الإلتزامات غير متكافئة في العقد ويجب أن يكون عدم التعادل فادحا مع العلم أنّ المشرع لم يحدد مقدار الجسامة بل ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي[4].

العنصر المعنوي (نفسي): يتحقق هذا العنصر إذا إستغل أحد الطرفين طيشا بيّنا أو هوى جامحا في الطرف الآخر حتى يكون هنا عدم توازن في الإلتزامات وفقا للمادة 90 ق.م.ج، وهو عنصر مزدوج يقوم في كلا الجانبين فيكون في أحد الأطراف ضعف نفسي أمّا في الطرف الثاني فهو نيّة الإستغلال[5].

---

[1] محمد الصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، (د.س.ن)، ص201.

[2] عبد الزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص356.

[3] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[4] علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2003، ص68.

[5] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص.ص.183-184.

ثانيا: دور القاضي في رفع الإستغلال

يخضع تقدير العناصر المكوّنة للإستغلال للسلطة التقديرية للقاضي فينظر للظروف المحيطة بالمتعاقدين والظروف المحيطة بالعقد وكذا الأدلة التي يقدمها الخصوم ليخلص إذا ما كان هناك تعادل أم لا[1]، ولا يخضع القاضي في تقديره لهذه العناصر لرقابة المحكمة العليا كونها من مسائل الواقع لا من مسائل القانون لكن يخضع في تكييفه القانوني لوقائع الإستغلال لرقابتها[2].

يقع عبء إثبات الإستغلال بعنصريّه على المدعي طبقا للقواعد العامة للإثبات فالبيّنة على من إدعى[3]، وهو الأمر الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2008/09/17[4] على أنّه " يشترط القانون المدني لإبطال العقد على أساس الإستغلال، إثبات العنصرين المادي والمعنوي".

إذا لم يجد القاضي أيّ إستغلال في العقد فإنّه يرفض دعوى الإستغلال[5]، أمّا إذا كان العكس فبمقتضى نصّ المادة 90 من ق.م.ج مكنّ المشرّع الطرف المغبون من طلب إبطال العقد أو طلب إنقاص إلتزامه.

–دعوى الإبطال: البطلان هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توافر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته[6]، فإذا رأى القاضي أنّ الإستغلال عَابَ رضا الطرف المغبون إلى حد إفساده له أن يحكم بالإبطال لأنّ الطرف المغبون لم يكن ليبرم العقد لولا ذلك الإستغلال[7]، دون

---

[1] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص194–195.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص368.

[3] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص68.

[4] قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 427599، مؤرخ في 2008/09/17، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2009، ص123.

[5] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص195.

[6] بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية للعقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر،2015، ص604.

[7] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص604.

أن يزيد الإلتزامات لأنّ مبادئ التقاضي تقيّده بأن لا يحكم بأكثر من طلبات الخصوم.

–دعوى الإنقاص: وإذا طلب المتعاقد المغبون إنقاص الإلتزامات مستبقي بذلك على العقد فللقاضي الحكمّ بذلك ولا يجوز عند النظر في إنقاص الإلتزامات الباهظة أن يُعدلَّها القاضي بزيادة إلتزامات الطرف المستفيد من الإستغلال[1].

ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة[2]، ووفقا للفقرة 03 من نصّ المادة 90 من ق.م.ج[3] التي نصّت على" ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الأخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن" يمكن للقاضي الحكم بإنقاص الإلتزامات بدل إبطال العقد وهو في هذه الحالة لا يخرج عن طلبات الخصوم، بل يتوقف عندها وفقا لما أشارت إليه نصّ الفقرة أعلاه فهو يأخذ بطلب الطرف الثاني العارض لإنقاص الإلتزامات والمحافظة على العقد.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تعديل الشروط التّعسفيّة

أفرز التطور الإقتصادي والتكنولوجي ظهور عدة أنواع من العقود لسلع وخدمات تسيطر عليها الحكومات أو تمنحها لمؤسسة ما دون غيرها[4]، لتفرض بذلك هذه الأخيرة الشروط والأسعار التي تخدمها، ليجدَ القابل بها نفسه مضطرا إلى الإنظمام إلى تلك العقود دون إبداء رأيه أو مناقشة الشروط والأسعار.

[1] صاغي زينة، مقري نسيمة، مرجع سابق، ص19.

[2] وفقا للفقرة 02 من المادة 90 ق.م.ج.

[3] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[4] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص143.

وقد أدى تطور حاجيات المجتمع إلى ظهور عقود ذات طبيعة خاصة تعمل على تلبية حاجات الأفراد المختلفة أطلقت عليها عقود الإذعان[1]، والتي يحتكر فيها الموجب السلع والخدمات إحتكارا قانونيا وفعليا ويسيطر عليها بطريقة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق[2] ويضمّنها ببنود وشروط تكون أحيانا معجزة بالنسبة للقابل.

لذا مُنحَت للقاضي سلطة واسعة في مجال العقود التي تحتوي على شروط تّعسفيّة وذلك خلاف للمبادئ العامة في أثر القوة الملزّمة للعقد، حيث يقدّر التّعسف الوارد في شروط هذا الأخير وفقا لما تقتضيه العدالة وذلك لحماية الطرف المذعن[3]، فيجوز للقاضي إستثناء على مبدأ سلطان الإرادة العقدية أن يعدّل هذه الشروط بحيث يزيل ما فيها من تّعسف أو يعفي الطرف المذعن منها بشكل تام[4]، ولايجوز للأطراف إستبعاد تدخله وفقا لنصّ المادة 110 ق.م.ج التي جاء فيها "..... جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"[5].

نظمّ المشرع عقود الإذعان في المواد 70، 110، 112 ق.م.ج أين خوّل بمقتضاها للقاضي سلطة تعديلها.

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير مقدمة إستكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص22.

[2] بودالي محمد، الشروط التّعسفيّة في العقود في القانون المدني الجزائري–دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر– الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص57.

[3] صاغي زينة، مقري نسيمة، مرجع سابق، ص37؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني(العقد والإرادة المنفردة)، مرجع سابق، ص251.

[4] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص163.

[5] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

الفرع الأول

شروط تدخل القاضي لتعديل الشروط التّعسفيّة

إنّ الثقل الإقتصادي الذي يتمتّع به الطرف القويّ في العلاقة التّعاقدية لا يرقّى لدرجة تعيب رضا المتعاقد الضعيف طالما أنّ إرادة هذا الأخير حرّة في قبول التعاقد من عدمه[1]، رغمّ ذلك فالمشرّع أخذ بعين الإعتبار هذا التّفاوت حيث قيّد التّعاقد بعدم التّعسف في الإشتراط حماية منه للطرف الضعيف في العلاقة التّعاقدية وكذا للمحافظة على التّوازن العقدي.

فمنح للقاضي سلطة التّدخل وتعديل الشروط التّعسفيّة في العقد بموجب نصّ المادة 110 ق.م.ج التي نصّت على "إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمنّ شروطا تّعسفيّة، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقض به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"[2].

من خلال تحليل نصّ المادة يتبيّن لنا أنّ المشرّع قد وضع مجموعة من الشروط للقاضي حتى يتدخل في العقد وهي أن يتعلق النزاع بعقد إذعان**(أولا)**، وأن يتضمّن شروط تّعسفيّة**(ثانيا)**.

أولا:أن يتعلق النزاع بعقد إذعان

بالرجوع لنصوص القانون المدني لا نجد أيّ تعريف لعقد الإذعان حيث إكتفى المشرّع بذكر القبول في نصّ المادة 70 ق.م.ج وهو نفس الأمر بالنسبة لمختلف القوانين العربية[3]، أمّا في الفقه فقد تعددت التعريفات ونذكر منها:

---

[1] عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص50.

[2] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[3] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص206.

-عرّفه الأستاذ علي فيلالي بأنّه "عقد يملي فيه أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له الحق في مناقشتها، ويتميّز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الأخر"[1].

-عرّفه الأستاذ خليل أحمد حسن قدادة بأنّه "العقد الذي يسّلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة سلفا يضعها الطرف الأخر ولا يسمح بمناقشتها، على أن يكون موضوع العقد محل إحتكار قانوني أوفعلي أوتكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه"[2]، كما عرّف أيضا على أنّه "العقد الذي تكون بنوده مقررة من طرف واحد وتكون لصالحه دون قبول المناقشة فيها"[3].

وحتى يتسنى للقاضي تعديل عقد الإذعان عليه البحث عن عناصر العقد محل النزاع المطروح أمامه والمتمثّلة في تعلّق العقد بسلعة أوخدمة تعتبر ضرورية بالنسبة للمستهلكين، وأن يكون أحد طرفي العقد في موقع إقتصادي خوله إحتكارا فعليا أوقانونيا لسلعة أوخدمة ما تجعل المنافسة بينه وبين غيره محدودة النطاق بسبب تفوقه الإقتصادي[4]، وأن يكون الإيجاب عام موجه للجمهور وليس لشخص واحد[5]، بعد تأكّده من توفرّها ينتقل إلى مرحلة البحث في جوهر الدعوى المتمثّل في مدى تّعسفيّة الشروط التي يتضمّنها هذا العقد[6].

ثانيا:أن يتضمّن العقد شروط تّعسفيّة

لم يعرّف المشرع الشروط التّعسفيّة في القانون المدني، لكنه عرّفها في النصوص الخاصة فجاء في نصّ المادة 05/03 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على

[1] علي فيلالي، مرجع سابق، ص82.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص27.

[3] LEFEBVRE Brigitte, « le contrat d'adhésion » , *La Revue du Notariat* , Vol. 105, septembre 2003 ,p443.

[4] عبيد نجاة، مرجع سابق، ص54.

[5] بودالي محمد، مرجع سابق، ص57.

[6] عبيد نجاة، مرجع سابق، ص58.

الممارسات التجارية[1] ما يلي "كل بند أوشرط بمفرده أومشتركا مع بند واحد، أوعدّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

من أجل تقدير مدى تّعسفيّة الشروط يعتمد القاضي على عدة معايير، هي معيار التّعسف في إستعمال القوة الإقتصادية بحيث أنّ ضخامة المشروع الإقتصادي سبب يجعل المحترف يستعمل قوته الإقتصادية في مواجهة المستهلك ليفرض شروطه وبالتالي الحصول على ميزة مفرطة[2]، معيار الميزة المفرطة وتعني الفائدة التي يتحصل عليها المحترف نتيجة إستعماله قوته الإقتصادية في مواجهة المتعاقد الأخر[3]، ومعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وإلتزامات طرفي العقد، وبالرجوع لنص المادة 05/03 من القانون 04-02 يظهر لنا أنّ المشرّع قد تبنّى معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وإلتزامات طرفي العقد فيعتمد القاضي عليه في تقدير تّعسفيّة الشروط في العقد.

الفرع الثاني

تحديد الشروط التّعسفيّة

إختلفت وتعددت الطرق المتبعة من أجل تحديد الشروط التّعسفيّة التي يتضمّنها العقد من مشرع لآخر، فمن التشريعات من إتبعت طريقة اللائحة بمعنى إدراج قائمة تحتوي على الشروط التي تعتبر تّعسفيّة، وهناك من وكّل المهمة إلى هيئة مختصة وهناك من التشريعات من ترك هذا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي[4].

من خلال نصوص القانون المدني والقانون رقم 04-02 وقانون حماية المستهلك يتّضح لنا أن المشرّع حتى يتحقق التوازن العقدي وحماية للطرف الضعيف إنتهج ثلاث أساليب

---

[1] قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج عدد 41 مؤرخ في 27 يونيو 2004، معدّل ومتمم.

[2] عبيد نجاة، مرجع سابق، ص66.

[3] بودالي محمد، مرجع سابق، ص94.

[4] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص215.

في تحديد الشروط التّعسفيّة، هي الأسلوب التشريعي(**أولا**) الأسلوب الإداري(**ثانيا**) والأسلوب القضائي(**ثالثا**).

أولا:الأسلوب التشريعي

يراد بهذا الأسلوب أن يتضمّن القانون قائمة من الشروط التي تعتبر تّعسفيّة حيث يمنع إدراجها في عقود الإستهلاك ويكون مصيرها البطلان إذا عمد أحد طرفيّ العقد إلى فرضها على الأخر[1]، في إطار القانون 04-02 حدد المشرّع قائمة من الشروط منعَ إدراجها في العقد لإعتبارها تّعسفيّة وهي ما جاء في نص المادة 29 من القانون 04-02[2] " تعتبر بنودا وشروطا تّعسفيّة في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1-أخذ حقوق و/أو إمتيازات لا تقابلها حقوق و/أو إمتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

2-فرض إمتيازات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

3-إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

4-التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في إتخاذ قرار البتّ في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

5-إلزام المستهلك بتنفيذ إلتزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالإلتزام أو بعدة إلتزامات في ذمته.

7-التفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ خدمة.

8-تهديد المستهلك بقطع العلاقة النعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

[1] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص215.

[2] قانون رقم 04-02، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

كما نصّت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306[1] على ما يلي" تعتبر تّعسفيّة، البنود التي يقوم من خلالها العون الإقتصادي بما يلي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 02 و03 أعلاه،
- الإحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك،
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع التعويض،
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أوالتنفيذ غير الصحيح لواجباته،
- النصّ في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلى هذا الأخير عن اللجوء إلى أيّة وسيلة طعن ضده،
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،
- الإحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا إمتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أوقام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الإقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أوقام بفسخه،
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يحدده العون الإقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،
- الإحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة على ممارسة نشاطاته،
- يحمّل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤولياته".

[1] مرسوم تنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ج.ج عدد 56، مؤرخ في11 سبتمبر 2006.

إنّ القائمة التي وضعها المشرع واردة على سبيل المثال لا الحصر حيث وسّع مجالها حتى يتسنى للقاضي تقدير الشرط التّعسفي والهدف من ذلك هو توفير الحماية للمستهلك[1].

ثانيا:الأسلوب الإداري

يقصد به ترك للسلطة الإدارية أو التنظيمية التقدير العملي للشروط التّعسفيّة حالة بحالة[2] وقد تبنى المشرّع هذا الأسلوب في نصّ المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306 حيث أنشأ بمقتضاها لجنة إدارية خاصة تدعى بـ "**لجنة البنود التعسفية**" وحدد تشكيلتها في نص المادة 08[3] من نفس المرسوم ووضّح إختصاصها في نصّ المادة 07 منه والمتمثلة في:

- البحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الإقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التّعسفي كما تصيغ التوصيات وتبلغها إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية.
- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين. - يمكنها مباشرة كل عمل أخر يدخل في مجال إختصاصاتها.
- إعداد تقرير سنوي عن نشاطها العام يبلّغ الى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أوجزئيا بأيّ وسيلة ملائمة (نص المادة 03/12 من المرسوم التنفذي 06-306).

وفقا لنصّ المادة 06 تعتبر لجنة البنود التّعسفيّة لجنة ذات طابع إستشاري تختصّ بوضع توصيات متعلقة ببنود تعتبرها تّعسفيّة، عليه فإنّ توصياتها غير ملزمة للقاضي ولا للمتعاقدين، على الرغم من ذلك فهذا لا يمنع القاضي من اللجوء إليها لإستشارتها بشأن بند طُلب

[1] بودالي محمد، مرجع سابق، ص98.

[2] دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد –دراسة مقارنة–، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص176.

[3] تنص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم06-306، مرجع سابق كما يلي "تتكون اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم : ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة مختص في مجال الممارسات التجارية، ممثل عن وزير العدل مختص في مجال العقود عضو من مجلس المنافسة، متعاملين إقتصاديين(2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود، ممثلين(2) عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني".

إبطاله أمامه، وله أن يترك لها مدة كافية لإبداء رأيها لا تتجاوز 03 أشهر من تاريخ إبلاغها بذلك وفي حالة الإستعجال يحدد مدة أقل من ذلك[1].

ثالثا:الأسلوب القضائي

يقصد به منح سلطة تقديرية للقاضي من أجل تكييف كل شرط تعاقدي على حدى على أنّه شرط تّعسفي من عدمه مع ترتيب الأثار القانونية اللازمة[2]، وقد منح المشرّع هذه السلطة للقاضي بموجب نص المادة 110 ق.م.ج التي تعتبر أداة قوية في يده لحماية الطرف المذعن[3] حيث يتدخل القاضي لتعديل الشرط التّعسفي أو إلغائه.

يعتبر نصّ المادة 110 ق.م.ج نصّ عام لم يوضّح فيه المشرّع للقاضي سوى الشروط التي تسمح له بالتدخل لتعديل العقد، لذلك يجب على القاضي عند تقدير الطابع التّعسفي لأيّ بند أو شرط الرجوع إلى النصوص الخاصة التي بينت قائمة الشروط التي تعتبر تّعسفية وهي ما جاء في نصّ المادة 29 من الق 04-02 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالفة الذكر.

كما يستعين القاضي أيضا بما ورد في نصّ المادة 124 مكرر ق.م.ج والتي جاء فيها " يشكل الإستعمال التّعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"[4].

---

[1] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص220.

[2] المرجع نفسه، ص221.

[3] عبيد نجاة، مرجع سابق، ص71.

[4] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

وبما أنّ الشرط يعتبر حقا حيث أنّه لكل طرف في العقد إدراج البنود التي يراها تخدمه فإنّه يكون تّعسفيّا إذا إنطبقت عليه إحدى الحالات المذكورة في المادة 124 ق.م.ج[1]، وفي كل الحالات تخضع سلطة القاضي التقديرية لرقابة المحكمة العليا[2].

الفرع الثالث

صور تدخل القاضي في حالة وجود الشروط التّعسفيّة

أجاز المشرّع بمقتضى نصّ المادة 110 ق.م.ج للقاضي التّدخل في عقود الإذعان وإعمال سلطته فيها بما يرفع الطابع التّعسفي عنها وكذا حماية للطرف المذعن الذي يقبل هذه الشروط لأنّ السلعة أو الخدمة محل العقد من الحاجيات الضرورية بالنسبة له.

تّدخل القاضي لحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان يكون بطريقة مباشرة عن طريق تعديل الشرط التّعسفي**(أولا)** أو إلغاء الشرط التّعسفي **(ثانيا)**، كما يتدخل بطريقة غير مباشرة بتفسيره لبنود عقد الإذعان –تفسير الشك لمصلحة المدين وفقا لنصّ م 112 ق.م.ج– غير أنّه نستبعد دراسة هذه الحالة لأنها متعلقة بموضوع تفسير العقد.

أولا:تعديل الشرط التّعسفي

أثناء مراقبة القاضي للشروط التّعسفيّة فإنّه يحتفظ بها ويستبقيها في العقد لكن يقوم بتعديلها ليرفع عنها الطابع التّعسفي[3]، وتتعدد الشروط التّعسفية بحسب ما يضمّنهُ المذعن له من الشروط ونذكر منها:

– قد يكون الشرط متعلق بالمقابل المفروض على المذعن مقابل الخدمة التي سيقوم بها، مما

[1] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.ص.142–143.

[2] بودالي محمد، مرجع سابق، ص99.

[3] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص223.

يجعله من المسائل الجوهرية فلا يمكن للقاضي إلغائه دون المساس بالعقد لذلك يكون التعديل أنسب الحلول.

– كما يمكن أن يتعلق بمدة تنفيذ الإلتزام، فيتدخل القاضي بالزيادة أو الإنقاص حتى يزيل الطابع التّعسفي.

ولا يشترط حتى يتدخل القاضي ويعدل الشرط التّعسفي أن يكون هذا الأخير غامضا فوضوح العبارات في العقد لا يرفع عنها التّعسف[1]، بل العكس فالوضوح من يأتي بتطبيق نصّ المادة 110 ق.م وأيّ تعديل يمسّ الشرط التّعسفي المتعلق بحجم الأداءات المتبادلة ينتهي إلى الزيادة أو التخفيض في بعض الإلتزامات الناجمة عن العقد لصالح الطرف المُذعَن، وذلك لتحقيق التوازن في الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين[2].

ثانيا:إلغاء الشرط التّعسفي

يلجأ القاضي إلى إستخدام سلطته في إلغاء الشرط التّعسفي حينما يقدّر أنّ تعديله ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التّعسف[3]، حيث يكون الشرط هو نفسه مظهر التّعسف في العقد وهو السبب في الخلل في التّوازن العقدي فتكون إزالة الشّرط نهائيا هو الحل الوحيد للمحافظة على العقد[4].

للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالإلغاء من عدمه، لكن بالرجوع إلى بعض النصوص القانونية نجد حالات قرّر فيها المشرع بطلان الشرط التّعسفي، ولا يمكن للقاضي إعمال سلطته التقديرية، وذلك في حالات خاصة نذكر منها:

[1] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص223.

[2] فاضل خديجة، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، "مجلة حوليات"، المجلد30، العدد03، جامعة الجزائر1، الجزائر، ص336؛ بوكماش محمد، مرجع سابق، ص166.

[3] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص224.

[4] عبيد نجاة، مرجع سابق، ص.ص.76-77.

المادة 622 ق.م.ج التي جاء فيها "يكون باطلا ما يردُ في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: –
الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أوالنظم، إلا إذا كان الخرق جناية أو جنحة.

–الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبيّن من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

–كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلق بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

–شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

–كل شرط تعسفي آخر يتبيّن أنّه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه."[1].

المادة 03/52 ق.ت.ج جاء فيها "يكون باطلا كل إشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أوالجزئي أوالتلف"[2].

المادة 137 من القانون 90–11 المتعلق بعلاقات العمل التي نصت " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف بإنتقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والإتفاقيات الجماعية"[3].

من خلال المواد السابقة الذكر يتبيّن لنا أنّ المشرّع الجزائري قيّد سلطة القاضي في تعديله للشرط التّعسفي.

[1] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[2] أمر رقم 75–59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج. ر.ج.ج عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمم.

[3] قانون رقم 90–11، مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج. ر.ج.ج عدد 17، مؤرخ في 25 أبريل 1990، معدّل ومتمم.

لم يبيّن المشرع إن كان البطلان مقتصر فقط على الجزء الذي يمسّه التّعسف أو أنّ البطلان يمسّ العقد كاملا، على عكس نظيره الفرنسي الذي وضح هذه المسألة في نص المادة 132-1 فقرة 08 من قانون الإستهلاك الفرنسي حيث نصّت على ما يلي " تبقى العقود سارية المفعول في جميع بنودها عدى التي تعتبر تعسفية، مع إمكانية قيامها دون هذه البنود"[1].

لكن بالرجوع لنص المادة 104 ق.م.ج التي نصّ فيها "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابل للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ،إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق..."[2]، نستنتج أنّ المشرّع أقرّ البطلان الجزئي مراعاة لمصلحة الضعيف ولكي يستطيع هذا الأخير الإستفادة من الخدمة أوالسلعة محل العقد يكون الإبطال متعلق فقط بالشق الذي يكون جرائه مقترن بالإبطال.

[1] Art 132-1 : les contrats restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives, s'il peut subsister sans les dites clauses.

[2] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تحديد مضمون العقد

أدى التطور في المجال الإقتصادي والإجتماعي إحداث صعوبة في إستمرار العقد في بعض الأحيان ذلك لأنّ المتعاقدين يصبحان عاجزان أمام بعض الظروف التي تمسّ عقدهما، مما خلق للقاضي دورا كبيرا في العقد في وقتنا المعاصر، حيث منح له المشرّع سلطة التّدخل لتحديد مضمون العقد وذلك من أجل إحداث التّوازن العقدي.

تعتّبر عملية التفسير والتكييف من المهام المنوطة للقاضي، حيث يقف هذا الأخير في التفسير على البنود التي أدرجها الطرفين أثناء إبرامهما لعقدهما والتي يشوبها الغموض ليصل إلى ما إنصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عن الإرادة الباطنة أوالظاهرة[1]، أمّا التكييف فيكون بإعطاء الوصف القانوني السليم للعقد والذي يسمح بإسقاط قاعدة قانونية معينة عليه، ذلك عن طريق مقارنة الوقائع بمفترض القاعدة القانونية التي يراها القاضي محتملة التطبيق على النزاع المعروض عليه وإذا ما تأكّد من وجود وقيام التطابق التّام بين الوقائع المادية وفرض القاعدة القانوني فإنّه ملزم بتصحيح تكييفه رغم إختلافه مع الوصف الذي أطلقه المتعاقدين عليه[2].

تجتمع كلتا العمليّتين في كونّ الحكم أو القرار الصادر من طرف قاضي الموضوع على أنّه يعتبر حكما أو قرارا كاشفا للإرادة المشتركة للطرفين وليس حكما منشأ بالنسبة لهما، ويكون تفسير القاضي للعقد (**المطلب الأول**) سابق على تكييفه (**المطلب الثاني**).

[1] علي فيلالي، مرجع سابق، ص306.

[2] نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية(دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص193.

المطلب الأول

سلطة القاضي في تفسير العقد

لم يعرّف المشرع الجزائري تفسير العقد وإنّما نظّمه عند معالجته آثار العقد في المادتين 111 و112 من القانون المدني مستعملا مصطلح التأويل بدلا من التفسير ونظرا للأهمّية التي تملكها عملية التفسير عرّفها كما يلي :

عرّف على أنّه " في العلاقة التعاقدية التفسير هو عملية إعطاء معنى لبند من بنود العقد"[1]، وعرّف أيضا " التفسيرعملية تهدف إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين، حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الإلتزامات التي يولدها"[2].

هناك أيضا من عرّفه على أنّه" تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسّر، بسبب ما إعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به"[3].

وأثناء تفسير القاضي لبنود العقد عليه البحث في تكوين العقد وصحّته إذ يكون التفسير عديم الجدوى إذا كان العقد باطلا لا يمكن تنفيذه[4]، فالقاضي تبعا لهذه السلطة ملزما بالرجوع إلى مرحلة تكوين العقد للبحث عن المعنى الحقيقي للعبارات المستعملة في بنود العقد من طرف المتعاقدين (**الفرع الأول)** ذلك بالإعتماد على مجموعة من العوامل يستهدي بها حتى تتمّ عملية التفسير على الوجه الصحيح (**الفرع الثاني).**

---

[1] AURELIEN Bamdé, « L'interprétation du contrat et le juge »,10-juillet-2017, www. aurelienbamde.com.

[2] توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، في مصادر الإلتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، (د.س.ن)، ص647.

[3] عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 17.

[4] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص277.

الفرع الأول

تفسير القاضي لعبارات العقد

يقف القاضي في إطار تفسيره لبنود العقد على معاني الألفاظ التي صيغ بها وذلك للكشف على الإرادة الحقيقية للطرفين، عليه يكون ملزما للرجوع لمرحلة تكوين العقد بحثا عن ما قصده المتعاقدين في البنود، فعند عرض العقد على القضاء بسبب قيام حالة نزاع حوله يجب أن لا ينظر إليه لأول وهلة بأنّه عمل خارج عن القانون بل يجب النظر إليه مبدئيا على أنّه ثمرة علاقة حدثت في إطاره[1].

عليه على القاضي الذي عرض عليه النزاع بشأنّ تفسير العقد التأكد من مدى وضوح عباراته وجواز تفسيرها **(أولا)** أو أنّ عباراته غامضة مما يستدعي رفع الإبهام والغموض عنها**(ثانيا)**.

أولا: حالة العبارات الواضحة

إنقسم الفقه في مسألة إمكانية قاضي الموضوع لتفسير عبارات العقد الواضحة إلى فريقين، حيث يرى الفريق الأول أنّه لا يجوز لقاضي الموضوع الإنحراف عن المعنى الظاهر للعبارات إلى معنى أخر لأنّ ذلك يعدّ تشويها وتحريفا لها ممّا يوجب نقض الحكم[2]، إذ أنّه في هذه الحالة تقوم قاعدة " **لا إجتهاد بالتفسير في حالة وضوح العبارة** " وهي قاعدة مستقرة وواضحة في التشريع والقضاء[3].

أمّا الفريق الثاني يرى أنّه يمكّن للقاضي تفسير العبارات الواضحة إذا كانت في ظاهرها واضحة ومحددة لكنها لا تعكس النيّة الحقيقية للأطراف ونكون أمام هذه الوضعية عندما يسيء المتعاقدان

---

[1] دعاء موسى عبد الرحمن برهم، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية –دراسة مقارنة–، رسالة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، 2018–2019، ص63.

[2] بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية للعقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق ص406.

[3] دعاء موسى عبد الرحمن برهم، مرجع سابق، ص69.

فهم عبارات العقد بالرغم من وضوحها، فلا تدل عباراتهما المستخدمة مع وضوحها عن قصدهما بل تدل على معنى آخر، في هذه الحالة يمكن لقاضي الموضوع أن يتصدى للتفسير دون أن ينحرف عن المعنى الوارد في عبارات العقد، سعيا منه لتوجيهما إلى ما قصدته إرادتهما المشتركة تحقيقا لمبدأ العدل والإنصاف.

غير أنّ المحكمة العليا لا تقرّ بذلك إلا إذا أعطى القاضي الأسباب المقبولة والمعقولة لقيامه بهذا الإجراء لأنّه يمكن أن يؤثر عند قيامه بذلك على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[1]، فوضوح الألفاظ لا يعني بالقطع وضوح الإرادة، لكن ليس للقاضي أن يبادر بتفسير الواضح إلا إذا ظهرت أمامه دلالات قوية تفيد وجود نيّة مغايرة واضحة ولا يمكن له أن يترك المعنى الحرفي الواضح بسبب أوهام نيّة مغايرة لا دليل عليها[2].

وبالرجوع لنص المادة 01/111 ق.م.ج التي نصّت على" إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين"[3].

نستنتج من خلالها أنّ المشرّع منع القاضي الإنحراف عن العبارات الواضحة في العقد بحجة تفسيرها وإستخلاص مضمونها طالما كانت هذه العبارة واضحة ودالة على ما قصده المتعاقدين.

كما قضت المحكمة العليا وفقا للقرار الصادر بتاريخ 1985/04/03[4] على" أنه لا يجوز قانونا لقضاة الموضوع أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها، ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون"، أيضا جاء

---

[1] دالي بشير، مبدأ تأويل العقد–دراسة مقارنة–، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007–2008، ص30.

[2] عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 91.

[3] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[4] قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 33528، مؤرخ في 1985/04/03، مجلة المحكمة العليا، العدد الرابع لسنة1989، ص48.

في القرار الصادر في 1997/7/23[1] في تفسير عقد الإيجار بأنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الخروج عن معناها.

ثانيا: حالة العبارات الغامضة

يقصد بالعبارة الغامضة العبارة التي تحتمل أكثر من دلالة، فهي عبارة غير دقيقة تجعلنا نتساءل عن المعنى الذي إنصرفت إليه إرادة المتعاقدين[2]، كما عرّفت على أنّها " حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد فلا تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين لتردد العقد بين عدة وجوه للتفسير كل منها محتمل ويتعذر ترجيح وجه على آخر، الأمر الذي يبعث على الشك المبرر للتفسير"[3].

لم يبيّن المشرّع المعيار الذي يعتمد عليه القاضي للفصل مابين العبارة الواضحة والعبارة الغامضة، لكن في حال ما إذا وجد في العقد عبارات غامضة أو إلتباس وظهرت الحاجة إلى تفسير عبارات العقد، جاز له القيام بذلك وهذا ما جاء في نصّ المادة 2/111 ق.م.ج التي نصت على أنّه" أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عن المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء بذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات"[4].

من خلال نصّ المادة 2/111 ق.م.ج يظهر لنا أنّه إذا كانت عبارات العقد غير واضحة يكتنفها الغموض، يجوز للقاضي تفسير العقد بالبحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين مع ضرورة الكشف عن الإرادة المشتركة دون الوقوف على الإرادة الفردية لكل واحد منهما.

هذا ما ورد في نص المادة 1/112 من ق.م.ج على" **يؤول الشك في مصلحة المدين**".

---

[1] قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 149300، مؤرخ في 1997/7/23، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة1997، ص51.

[2] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 387.

[3] عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص.ص.261-262 .

[4] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

يفهم من خلال نصّ المادة 1/112 ق.م.ج أنّ القاضي ملزم بالفصل في النزاع المعروض عليه بإفتراض ما أراده المتعاقدين مفضّلا في ذلك مصلحة المدين على مصلحة الدائن عملا بقاعدة " **تفسير الشك لمصلحة المدين**"، يبرر هذه القاعدة عدة إعتبارات فالأصل هو براءة الذمة والإستثناء أن يكون الشخص ملتزما ولا يجب أن يتوسع في الإستثناء ومنها أيضا أن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام فإذا كان هناك شك في مدى الإلتزام، وأراد الدائن الأخذ بالمدى الواسع فيه ولم يتمكن من الإثبات، فلا يبقى إلا المدى الضيق في الإلتزام لأنّ الدليل قد قام عليه[1].

حيث يمكن أن لا يصل القاضي من خلال بحثه في العبارات الواردة في العقد إلى الكشف عن النيّة المشتركة للمتعاقدين، ليضلّ هناك شكّ حول حقيقة هذه النيّة فمجرد الشك بأن يتراوح تفسير العقد بين عبارات متعددة يجعل القاضي حائرا لترجيح عبارة على أخرى، بمعنى أنّ الأطراف المتعاقدة كلا منهما أراد شيئا لم يرده الطرف الآخر وفي حال لم تتمكن الوسائل التي إعتمدها القاضي في تحديد العنصر المشترك للمتعاقدين وكانت العبارة تحمل معنيين أو كانت عبارات العقد مبهمة إلى درجة تمنع الإختيار، في هذه الحالة يجب على القاضي الأخذ بالمعنى الذي يكون فيه صالح للمدين.

كأصل تفسير الشك في العقد بصفة عامة لمصلحة المدين، إلا أن المشرّع الجزائري أورد إستثناء عن هذه القاعدة فيما يتعلق بعقود الإذعان، ذلك لما لها من خصوصية تميّزها عن العقود الأخرى وهذا ما أقرته المادة 2/112 من ق.م.ج[2] التي نصّت على مايلي"غير أنه لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"، بالتالي فإنّ تفسير الشك في عقد الإذعان يكون لمصلحة الطرف المذعن سواء كان مدينا أو دائنا ويتحمل الطرف القوي في عقد الإذعان مسؤولية العبارات محل الشك، لأنّه هو الذي وضع تلك البنود[3].

[1] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص286.

[2] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[3] علي فيلالي، مرجع سابق، ص394.

الفرع الثاني

العوامل التي يعتمد عليها القاضي في تفسير العقد

بالعودة لنص المادة 02/111 ق.م.ج التي نصّت على ما يلي "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات"[1].

إنطلاقا من نصّ المادة نلخَصُ إلى أنّ القاضي يستهدي بمجموعة من العوامل حتى يقف ويتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، حيث يستعين في ذلك بطبيعة التعامل **(أولا)** أو الأمانة والثقة المتوفرة بين المتعاقدين **(ثانيا)**، أو يستهدي بالعرف الجاري في المعاملات **(ثالثا)**.

أولا: طبيعة التعامل

يراد بها طبيعة التصرف المتفق عليه أي طبيعة العقد وموضوعه أو التنظيم القانوني للعقد المبرم بين الطرفين بحيث يخضع العقد للقواعد التي تقتضيها طبيعته، ما لم يصرح المتعاقدان بخلاف ذلك وبناء عليه يجب على القاضي أن يأخذ بالمعنى الذي يتفق مع هذه الطبيعة[2].

إذ يمكن للقاضي إكتشاف النيّة المشتركة في ضوء طبيعة التعامل، بالرجوع إلى العقد ذاته فإذا كانت عباراته تحمل أكثر من دلالة فهناك إحتمال كبير أنّ نيّة المتعاقدين قد إنصرفت إلى الدلالة التي تتفق مع طبيعة التعامل[3]، أو بحسب طبيعة المشارطة، فمثلا إذا كان المبيع أرضا عليها بناء إتفق مع البائع بهدمه بحيث يكون محل التسليم أرض فضاء فإذا ثار خلاف حول موعد

---

[1] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[2] مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي –دراسة مقارنة –، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، جامعة السانيا، وهران، 2008-2009، ص 195.

[3] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 390.

التسليم فإنّ طبيعة التعامل تفرض عدم إمكانية التسليم بمجرد التعاقد وإنّما لابد أن يتراخى إلى الفترة اللازمة للهدم[1]، أيضا كما لو إستدان شخص مبلغا من المال لمدة سنة وبعد إستحقاقه إستدان مبلغا آخر إضافة للأول وأشير في السند أن المدين يدفع مجموع الدّينين بالإستحقاق وعلى شروط الدّين الأول ذاتها، فإنّه يجب أن يفهم من هذا الإتفاق أنّ الدّين تأجل لمدة مماثلة لأجل الدّين الأول أي سنة من تاريخ القرض الثاني[2].

ثانيا: الأمانة والثقة

يعتبر سلوك المتعاقدين أمر هام في البحث عما إنصرفت إليه إرادتهما، إذ من خلال المادة 111 ق.م.ج نجد أن المشرّع إفترض أن يتحلى المتعاقدين بالأمانة والثقة المتبادلة وهذان عنصران ضروريان حتى يطمئن كل متعاقد للطرف الآخر، إذ أنّه بمفهوم المخالفة يمتنع المتعاقد عن الغش والحيل والهزل في المعاملات[3].

فالأمانة في التعامل توجب على من وجّه إليه الإيجاب أن يفهم عباراته، فإذا حدث خطأ في التعبير وإستطاع أن يتبيّنه ذلك عليه ألا يستغل الإبهام الذي وقع في التعبير، طالما أنّه فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه[4]، أمّا الثقة حق للمتعاقد وتقضي بالركون إلى التعبير الذي وجه إليه بحسب معناه الظاهر وهذه هي الثقة المشروعة التي تلي معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد[5].

[1] مقني بن عمار، مرجع سابق، ص 196.
[2] المرجع نفسه، ص196.
[3] علي فيلالي، مرجع سابق، ص391.
[4] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 284.
[5] مقني بن عمار، مرجع سابق، ص 197.

وخلاصة القول أنّ القاضي يفسر العقد على أساس الثقة والأمانة المفترض وجودهما بين المتعاقدين وفي جميع الحالات لا يعتّد بالإرادة التي تقوم على الغش والخداع، فقد تكون هذه الإرادة هي نيّة المتعاقد الحقيقية[1].

ثالثا: العرف الجاري في المعاملات

يقصد به تلك العادات الخارجية في المعاملات والتي يسير عليها الناس في حياتهم لما يجدونه من تحقيق لمصالحهم[2]، والعرف أكثر تواجدا وإتباعا في المعاملات التجارية والبحرية وعقود التأمين، كما قد يكون العرف محليا أو وطنيا وحتى دوليا وهو ملزم مثل القانون تماما[3].

نشير إلى أنّ القاضي إذا وجد تنازع بين عرف عام وعرف خاص، فإنّه وجب عليه تفضيل العرف الخاص، كما يجب أن يكون العرف غير متعارض مع النظام العام[4]، إلا أنّ تطبيق العرف لا يكون إلا في حالة عدم وجود نصوص قانونية أو سكوت المتعاقدين عن تنظيم معين فيما تعاقدا عليه أو يكون تنظيما غامضا[5].

وفي الأخير يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا إذا كان الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في تفسير العقود سبب لخرق القانون وهذا ما نصت عليه المادة 12/358 من قانون إجراءات المدنية والإدارية[6]، إذ بيّنت الحالة التي من شأنها أن تتعرض لرقابة المحكمة العليا وهي حالة التحريف كعيب في الأحكام والقرارات القضائية، بالتالي إذا كان تفسير القاضي لعبارات العقد

---

[1] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 392 .

[2] عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص289.

[3] علي فيلالي، مرجع سابق، ص267.

[4] زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي في بعض المسائل، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014، ص 125.

[5] محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص284.

[6] قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21 مؤرخ في 23 أبريل 2008.

هو ما تحمله هذه العبارات وليس فيها خروج عن مدلولها الظاهر، فإنّه يخرج عن رقابة المحكمة العليا.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تكييف العقد

تأتي عملية التكييف بعد عملية التفسير ويمكن القول بأنّهما عمليتان متكاملتان، فلا يمكن للقاضي أن يتطرق إلى تكييف العقد إلا بعد تفسيره وعليه أن يتأكد من أنّ تكييفه صحيح[1]، وتتعدد التعريفات الممنوحة لهذه العملية منها:

– عرّف على أنّه إعطاء العقد الوصف القانوني، أي إدخاله في نوع معين من العقود (هل هو عقد بيع أو إيجار أو مقاولة...)[2].

– من جهة أخرى عرّف تكييف العقد على أنّه تعيين نوع العقد من بين العقود المسماة والتي خصّها المشرع بتنظيم معين وتحت تسمية معينة، إن كان عقد بيع أو عقد إيجار أو عقد مقايضة أو عقد عارية[3]، كما عرّف أنّه العملية القانونية التي ترمي لتحديد الطبيعة القانونية للعقد[4].

أمّا المشرّع الجزائري فلم يقدم أي تعريف لتكييف العقد، إلا أنّه خوّل في المادة 29 من ق.إ.م.إ سلطة للقاضي حتى يكيّف العقد وتقرر بموجبها الدور الذي يكون للقاضي أثناء إعمال سلطته في التكييف **(الفرع أول)**، كما أنّه يجب على القاضي أثناء أداء مهمته مراعاة عدة عوامل حتى يكون التكييف صحيحا **(الفرع الثاني)**.

---

[1] دالي البشير، مبدأ تأويل العقد–دراسة مقارنة–، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، مرجع سابق ص 104.

[2] بلبشير هجيرة، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2012–2013، ص5.

[3] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 395.

[4] علي كحلون، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، أحكام الإلتزام، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2015، ص369.

الفرع الأول

دور القاضي في تكييف العقد

أورد المشرّع الجزائري في الفصل السادس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان "**في سلطات القاضي**" سلطة القاضي في تكييف العقد في المادة 29 ق.إ.م.إ التي نصّ فيها على " يكيّف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم.

يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه"[1].

بمقتضى نص المادة فإنّ القاضي يستأثر بسلطة تكييف العقد دون أن تكون لغيره فرصة مزاحمته في ذلك وهو يمارس دوره في تكييف العقد بصفة إلزامية **(أولا)**، كما أنّه غير ملزم بالتكييف الذي أراده المتعاقدين**(ثانيا)**، فالعبرة بما يستخلصه القاضي من القواعد القانونية**(ثالثا)**.

أولا: القاضي ملزم بتكييف العقد

تعتبر عملية تكييف العقد من صميم عمل القاضي يقوم به على ضوء تفسير مقاصد المتعاقدين دون أن يلتزم برغبتهما، إذا كانت تتعارض مع صورة الآثار المقصودة ففي حال ما إذا أطلق الطرفان تسمية للعقد لا تتفق مع حقيقته سواء عن جهل أو عمد، فإنّ القاضي ملزم بتصحيح تلك التسمية من تلقاء نفسه دون حاجة إلى موافقتهما على هذا التصحيح[2].

وبعد كشف القاضي عن إرادة المتعاقدين، ملتزما في ذلك بالقواعد القانونية يقوم بتكييف العقد تكييفا صحيحا، كما يقوم به إستثناء من أجل الوصول إلى حقيقة ما قصده المتعاقدان بعد إستخلاصه من واقع شروط العقد المعروض عليه وما إتجهت إليه الإرادة المشتركة للطرفين[3].

---

[1] قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2] دالي بشير، مبدأ تأويل العقد-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، مرجع سابق، ص107.

[3] المرجع نفسه، ص.ص.107-108.

إذ يتمّ طرح النزاع على قاضي الموضوع وفقا لعرائض مكتوبة مستوفية للشروط المطلوبة قانونا وتكون مرفقة بمجموعة من الوثائق القانونية والإدارية التي تخدم الموضوع، وذلك حتى يتسنى قبولها من الناحية الشكلية مما يؤدي إلى الخوض في موضوع الدعوى، تتضمن هذه العرائض مجموعة من الوقائع التي من شأنها أن تكون موصوفة أو لا من جانب أطرافها، فيقوم القاضي بالبحث عن الوصف القانوني المناسب ومنه تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق، ذلك عن طريق إسقاطها على الوقائع المعروضة عليه، مع قيامه بعدة مقارنات مابين العرائض ومذكرة الردود مع القاعدة القانونية المفترضة، مع ضرورة تقديره للأدلة والقرائن المقدمة في الدعوى تقديرا صحيحا، فبعد ذلك تصبح وقائع النزاع موصوفة بوصف قانوني صحيح.

عند قيام قاضي الموضوع بجميع هذه الأعمال المذكورة فإنّه لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، على إعتبارها محكمة قانون وليست محكمة موضوع، فهي لا تعيد فحص وقائع النزاع وإنّما ينعقد إختصاصها بدءا بالتسليم بما خلص إليه قاضي الموضوع من وقائع سلّم بها هو الآخر[1].

تعّد الإلتزامات الرئيسية في العقد المعيار الأساسي الذي يعتمد عليه القاضي في تكييفه للعقد، فمثلا إذا تعلق الأمر بعقود البيع فإنّ الإلتزام بدفع الثمن والتسليم المبيع يعتبران من الإلتزامات الرئيسية التي تبين حقيقة قصد المتعاقدين من العقد. فالعبرة بالغرض العملي الذي قصد إليه الطرفان من تعاقدهما والذي تكشف عنه طبيعة الإلتزامات التي يتحمل بها كل منهم[2].

ثانيا: القاضي غير ملزم بالتقيّد بتكييف الخصوم

وفقا لنصّ المادة 29 ق.إ.م.إ فإنّ القاضي غير ملزم بالتقيّد بتكييف الخصوم عند مباشرته لعملية التكييف القانوني للعقد ولا يتقيّد مطلقا بما يضفيه المتعاقدين من تسمية للعقد الذي أبرماه، فقد يكونان مخطئين أو يعمدان إلى ستر عقد آخر، إذ عليه أن يتمسّك بالوصف القانوني لكل صنف، فالتكييف ما هو إلا تطبيق للقانون وبالتالي يعتبر التكييف السيئ أو الخاطئ بمثابة

[1] زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص 26.

[2] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 290.

التطبيق السيئ للقانون[1]، فمثلا إذا أعطى شخص شيئا يملكه لشخص آخر لينتفع به لمدة معينة بدون مقابل فإنّ هذا العقد يعتبر عارية ولو سماه المتعاقدان إيجارا، كما لو أنّ شخص نقل ملكية شيء إلى شخص آخر دون مقابل فإنّ ذلك العقد يعتبر هبة ولو سماه المتعاقدان بيعا.

فعلى القاضي أن يصحح هذا التكييف إذا تبين أنّه غير صحيح وذلك من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى موافقتهما على هذا التصحيح، بل ودون أن يطلب أي منهما إجراء هذا التصحيح. كما أنّه يقوم بهذه العملية وإن لم يحصل نزاع بين ذوي العلاقة حول الوصف القانوني الصحيح للعقد، فالقاضي غير ملزم بدعوة الخصوم إلى مناقشة الوصف الذي يريد أن يعطيه للعقد فهذا لا يدخل ضمن مبدأ الوجاهية الذي تضمنته المادة 03 من ق.إ.م.إ، أو حتى لإبداء ملاحتهم حول الوصف طالما أن هذا التكييف مستمد من وقائع القضية إعمالا للقانون، كما أن الخصوم غير ملزمين بإعطاء العناصر الواقعية التي يطرحونها على القضاء تكييفا قانونيا معينا[2].

ثالثا: القاضي مقيّد بالتكييف وفقا للقانون

منح المشرّع لقاضي الموضوع في سبيل الفصل في الدعوى المعروضة عليه، سلطة إختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع وذلك من خلال منحه سلطة تقديرية واسعة في تطبيق أحكام القانون، بحيث يعمل على جعلها تتماشى مع مقتضيات الظروف، فالقاضي عند قيامه بإجراء التكييف على العقد المعروض عليه فإنّه لا يقوم بذلك بطريقة فجائية بل لابد أن يضع في إعتباره قاعدة قانونية محتملة التطبيق على النزاع .

فوجود النص القانوني يمنع القاضي من الإجتهاد، ومادام أنّه ملزم بضمان تطبيق وإحترام القانون، فلا يمكن له التّخلص من التكييف القانوني المعطى من طرف المشرع لعقد بحجة إرجاع الطبيعة الحقيقية له، لأنّ القول بذلك يؤدي إلى هدم القوة الإلزامية للقانون[3].

[1] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 369.

[2] بلبشير هجيرة، مرجع سابق، ص 39.

[3] المرجع نفسه، ص40.

يتمكّن القاضي بواسطة التكييف من تحديد القواعد القانونية الآمرة والمكملة الواجبة التطبيق، فإذا كان العقد الذي أبرمه المتعاقدين من العقود المسماة، تسري عليه القواعد العامة للعقود بدءا من المادة 54 إلى المادة 123 من ق.م.ج، إضافة إلى القواعد الخاصة المنظمة للعقد المسمى المعني، فإذا كان مثلا عقد بيع طبقت بشأنه المواد المتعلقة بعقد البيع وهي المواد من 351 إلى 412 من ق. م. ج، أمّا إذا كان ما تعاقد بشأنه المتعاقدان ليس من العقود المسماة فتتضّمه الأحكام العامة المطبقة على العقود[1]، وتجدر الإشارة على أنّه وفي جميع الحالات العقد الأصلي يكون قائما لا يتغير في مضمونه وإنّما يطرأ التغيير على الوصف الذي أعطاه المتعاقدين[2].

الفرع الثاني

العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تكييفه للعقد

حتى يعطي القاضي الوصف القانوني الصحيح للعقد عليه مراعاة توفّر بعض العناصر والتي تتحدد بحسب العقد المعروض أمامه، وبصفة عامة يمكن الأخذ بعناصر ثلاث من الضروري أن تتوفر أثناء عملية التكييف والمتمثلة في صفة المتعاقدين(**أولا**)، شكل العقد(**ثانيا**) وتحديد الإلتزام (**ثالثا**).

أولا: صفة المتعاقدين

تلعب صفة التّعاقد أحيانا دورا مصيريا في عملية تكييف العقد، إذ يتعذر في بعض الأحيان فهم بعض العقود إلا بالإستناد إلى صفة المتعاقدين ومثال ذلك عقد النّقل الذي يلتزم بمقتضاه شخص مقابل أجر معيّن بأن ينقل بنفسه شخصا أو شيئا من مكان لآخر، عليه فإنّ الناقل أثناء عملية النقل يمارس مهنته التي يحترفها والتي بسببها يتقاضى أجرا، إذ أنّ غياب

[1] جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا عليه، "مجلة قانون العمل والتشغيل" المجلد03، العدد01، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص 419.

[2] إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي واثره– دراسة مقارنة–، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه في القانون والسياسة، شعبة الأنظمة، جامعة الامام محمد بن السعود الاسلامية، المملكة العربية السعودية، 2003، ص81.

العنصر الذي يساهم في تعريف عقد النقل يؤدي إلى تكييف آخر ويخضع الناقل لنظام مسؤولية مختلف أيضا[1].

وبذلك يلعب هذا العنصر أحيانا دورا مهما في حسم التكييف، ذلك لأنّه يتعذر فهم بعض العقود إلا بالإستناد إلى صفة الأطراف المتعاقدة سواء بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، كما أنّه في بعض الأحيان لا يكون لها دور في تكييف العقد وإنّما تعزز مضمون هذا العقد على حسب ما تتطلبه كل حالة وما يحيط بها من ظروف[2]، لكن في بعض الأحيان صفة المتعاقدين لا تكون معيارا لتحديد نوع العقد وطبيعته القانونية كما هو الحال بالنسبة للعقود التي تأخذ بعين الإعتبار الصفة المهنية لأحد المتعاقدين، إلا أن وجودها يعزز محتوى العقد بدون أن يكون لذلك تأثير على تكييفه[3].

ثانيا: شكل العقد

يعتبر عنصر شكل العقد عنصرا مساعدا للقاضي في إعطاء وصف قانوني سليم للعقد إلى جانب صفة المتعاقدين، إذ أن الشكلية ملزمة لإنعقاد بعض العقود، حيث أن الرضاء فيها يرد في شكل خاص ومحدد وهذا ما جاء في نص المادة 59 من ق.م.ج، مثل عقد بيع العقار أو الحقوق العينية العقارية وفقا للمادة 324 مكرر، أو أشياء يمكن رهنها رهنا رسميا أو حيازيا، أو بيع بعض المنقولات التي تأخذ حكم بيع العقارات كبيع السفن أو جزء منها[4].

كما أن عدم إتمام الشّكل المطلوب في العقد يؤدي إلى بطلانه، إلا أنّه نادرا ما يكون شكل العقد عنصرا في تكييفه ووصفه، فمثلا عدم تسجيل البيع الوارد على عقار مسجل في السجل العقاري لا يؤدي إلى إقصاء وصف العقد بأنّه عقد بيع، لأنّ التسجيل ليس لازما لتكوين العقد بل

[1] دعاء موسى عبد الرحمن برهم، مرجع سابق، ص.ص. 86-87.

[2] بلبشير هجيرة، مرجع سابق، ص89.

[3] المرجع نفسه، ص.ص.89-93.

[4] دعاء موسى عبد الرحمن برهم، مرجع سابق، ص87.

لنقل الملكية لأنّ البيع العقاري ينشأ صحيحا وتترتب عليه إلتزامات وحقوق لكل طرف من أطراف التعاقد[1].

ثالثا: تحديد الإلتزام

من أهمّ ما يمكن الإستناد إليه في عملية تكييف العقد هو العنصر المرتبط بالعقد بصفة وثيقة تسمح بتحديد نوع العقد وصنفه المتمثل في الإلتزامات التي يقوم عليها العقد، إذ تعتبر الإلتزامات العقدية من العناصر الأساسية في عملية التكييف، فيتولى كل من القانون والإجتهاد القضائي تحديدها بدقة وإلا كان التكييف مستحيلا، فيمكن أن يكون تحديدها من قبل المشرع أو عن طريق تدخل القضاء وذلك لتصدي لمختلف المستجدات كونه الأقرب إلى الواقع من خلال الإحتكاك الأولي بالنزاعات المثارة[2].

وللوصول للتكييف الصحيح يجب التّأكد من وجود إلتزامات أصلية ورئيسية لما لها من دور جوهري وأساسي في عملية تكييف العقد، ففي عقد البيع مثلا يكفي التأكد من وجود إلتزام بدفع الثمن نقديا، وإلتزام بنقل الشيء المبيع حتى يكيّف العقد بأنه عقد بيع، إذ يتأثر وصف العقد على أنّه بيع بتغير في أحد الإلتزامين سواء في الإلتزام الواقع على عاتق المشتري أو في الإلتزام الواقع على عاتق البائع[3].

كما أنّه إلى جانب الإلتزامات الأصلية يمكن أن يتضّمن العقد إلتزامات تبعية، إذ يفهم من خلال تسميته أن الإلتزام التابع لا وجود له إلا بوجود عقد أصلي، عكس الإلتزام الأصلي الذي يكون بدون الإلتزام التابع ولا يترتب على عدم وجودها تعديل من طبيعة العقد وقد تكون هذه الإلتزامات التابعة طبيعية وقد تكون طارئة[4].

---

[1] المرجع نفسه، ص87.

[2] بلبشير هجيرة، مرجع سابق، ص69.

[3] المرجع نفسه، ص71.

[4] دعاء موسى عبد الرحمن برهم، مرجع سابق، ص 88.

وعليه فإنّ صفة المتعاقدين وشكل العقد عناصر يمكن أن تساهم بطريقة غير مباشرة وعرضية في تكييف العقد محل النزاع، أمّا عنصر تحديد الإلتزام يعتبر عنصر ضروري ودائم ولا يقوم القاضي بعملية التكييف إلا بعد تحديد إلتزامات كل طرف الذي من شأنّه أن يبيّن المركز القانوني لكل متعاقد.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

لم يكتفي المشرع بإعطاء القاضي سلطة أثناء مرحلة إنشاء العقد وكيفية إعادة التّوازن العقدي في هذه المرحلة، وذلك لتحقيق العدالة التّعاقدية التي يهدف الجميع لتحقيقها، بل منح أيضا للقاضي سلطة أثناء تنفيذ العقد لأنّ المتعاقد في مرحلة إبرامه للعقد قد يتمتع بمركز قوي، يجعله يناقش جميع شروطه وإلتزاماته وحقوقه إلا أنّ ميزان العقد قد يختل أثناء تنفيذه فيما بين المتعاقدين لذلك حرص المشرّع على حمايتهما من الإختلال التعاقدي الواقع.

فمنح للقاضي سلطة تمكنه من التّدخل في العلاقات العقدية وذلك لمواجهة الظروف المتغيرة والتقلبات الإقتصادية التي بفعلها ينشأ إختلال في العقد، الأمر الذي يأدي إلى إختلال العلاقة التّعاقدية.

ولتبيان ذلك إرتأينا إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة وفي التعويض الإتفاقي والأجل القضائي

المبحث الأول

سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد

يعتبر العقد من التصرّفات القانونية التي تمكّن الأفراد من إشباع مختلف رغباتهم ولأنّ الإلتزامات التي يتضمّنها كانت محل جدل كبير حول إقتصارها على ما إجهت إليه إرادة المتعاقدين أو إنطواء العقد على إلتزامات أخرى[1]، فإنّه كان من الضروريّ أن تستحدث قواعد إنشائه و تنفيذه حتى تساير تطورات حاجات الأفراد.

فلكي يكون العقد صحيحا ومحققا لجميع المنافع المرجوّة منه وجبّ خضوعه لمجموعة من الضوابط القانونية تضمَنُ عدم إختلال توازنه، ذلك لأنّ المتعاقدان قد يغفلان عن إدراج بعض المسائل في عقدهما فيتدخل القاضي ليكمل النقص.

تأتي عملية تكميل العقد بعد أن ينتهي القاضي من عملية التفسير والتكييف، فبعد إستخلاصه للنيّة المشتركة للمتعاقدين ينتقل ليمارس سلطته في تحديد نطاق العقد ببيان كيفية تنفيذه وتحديد ما يعتبر من مستلزماته[2]، فيقوم بإضافة بعض الإلتزامات التكميلية التي يحتويها العقد.

أقرّت مختلف التشريعات هذه السلطة للقاضي، من بينهم المشرّع الجزائري الذي أسندها له بموجب نصّ المادة 65 ق.م.ج التي جاء فيها "إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية ....وإذا قام خلاف حول المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها فإنّ المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"[3]، كذلك نص المادة 2/107 ق.م.ج التي نصّت كما

[1] خالد عبد حسين الحديثي، تكملة العقد –دراسة مقارنة–، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2012، ص9.

[2] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص80.

[3] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

يلي "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام"[1].

يتضح من خلال المادتين أنّ القاضي قبل تدخله في العقد عليه التّأكد من توفر شروط تسمح له بذلك **(المطلب الأول)** ، كما عليه الخضوع لمجموعة من الضوابط تمكّنه من إعمال سلطته وأداء مهمته التكميلية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

شروط إستكمال العقد

ساهم التّطور الذي حدث من النّاحية الإقتصادية والإجتماعية والدّور الذي لعبته الثورة الصناعية في خلق عدم توازن بين المتعاقدين سواء في الجانب الإقتصادي أو المعرفي[2]، ونظرا لما قد يسببه هذا الإختلال من ضرر لأحد الطرفين، منح المشرّع للقاضي سلطة تحديد نطاق العقد عن طريق إضافة ما نقصّ فيه وهو ما يعرف بالتكميل.

يعرّف التكميل على أنّه قيام القاضي بإضافة إلتزامات إلى مضمون العقد الأصلي وفقا للمعايير التي وضعها المشرع[3]، كما يعرّف أيضا بأنه وسيلة لمعالجة النقص الذي يشوب مضمون العقد[4]، ويعرّف أيضا على أنّه قيام القاضي بإضافة إلتزامات تبعية لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين إلى الإلتزامات الأصلية المنصوص عليها في العقد[5].

من خلال نصّ المادة 65 ق.م.ج نقول أنّه إذا ماعُرضَ على القاضي نزاع حول عقد شامل على المسائل الجوهرية دون التفصيلية يتدخل لإكمال هذه الأخيرة متى تأكد من توفر شروط

---

[1] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع نفسه.

[2] سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم القانون، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2015-2016، ص.ص.8-9.

[3] خالد عبد حسين الحديثي، مرجع سابق، ص10.

[4] سعاد بوختالة، مرجع سابق، ص17.

[5] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص80.

الإستكمال وهي وجود الإتفاق على المسائل الجوهرية **(الفرع الأول)** والإحتفاظ بالمسائل التفصيلية **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول

الإتفاق على المسائل الجوهرية

عرّفها الأستاذ خالد عبد حسين الحديثي كما يلي"...**يقصد بالعناصر الجوهرية للعقد مسألتين، تتعلق أولهما بالعناصر الفنية لإيجاد العقد وصحته وهي ما إتفق الفقهاء على تسميتها بأركان العقد وشرائطها، وثانيهما ما يطرحانه المتعاقدان أو أحدهما أثناء إبرام العقد من شروط يجب أن تكون محل إتفاق أو كان العقد باطلا."**[1].

تعرَّفُ المسائل الجوهرية بأنها تلك المسائل التي يتعذر بدونها معرفة ملامح الرابطة التعاقدية التي كان الطرفان بصدد الدخول فيها وهي المسائل الموضوعية التي تحدد ماهية العقد[2] فمن دونها لا يمكن التعرف على طبيعة العقد، حيث تعتبر المسائل المركزية والخاصة بعقد من العقود والتي تُتَرجم العملية القانونية والإقتصادية التي يريد الأطراف تحقيقها كما تسمح أيضا بتكييف العقد[3].

وحتى يتحقق القاضي من توفر هذا الشرط عليه البحث عما إذا تطابقت إرادة الموجب وإرادة القابل حول جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه[4]، لذلك فالمسائل الجوهرية في العقود المسماة والتي يتم تحديدها عن طريق النّص القانوني **(أولا)** تختلف عن المسائل الجوهرية في العقود الغير مسماة التي تحددها إرادة المتعاقدين **(ثانيا).**

أولا: المسائل الجوهرية في العقود المسماة

---

[1] خالد عبد حسين الحديثي، مرجع سابق، ص17.

[2] عامر علي أبورمان، دور القاضي في إستكمال العقد في القانون المدني –دراسة مقارنة –، دار الحامد للنشر والتوزيع عمان، 2015، ص161.

[3] سعاد بوختالة، مرجع سابق، ص38.

[4] علي فيلالي، مرجع سابق، ص119.

العقد المسمى هو الذي نظّمه المشرع بأحكام خاصّة في الق المدني مثاله عقد البيع الايجار والمقاولة، وفي هذا الصدد جاء عن الأستاذ السنهوري ما يلي " **هو ما خصصه القانون باسم معين و تولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في معاملاتهم...**"[1].

تتحدد المسائل الجوهرية في العقود المسماة بالبحث عن المسائل المميزة فيه[2]، بهدف تمييز العقد المراد إبرامه عن غيره، فلو أخذنا عقد البيع على سبيل المثال نجد المسائل الجوهرية فيه هي المبيع والثمن[3]، وتمثل العيّن المؤجرة والأجرة المسائل الجوهرية في عقد الإيجار وفقا لنصّ المادة 467 ق.م.ج[4]، عليه في مثل هذه الحالات يبحث القاضي إذا ما إتفق الموجب والقابل على المسائل الجوهرية التي نصّ عليها القانون.

يعتّمد القاضي في عملية تحديد المسائل الجوهرية على معيار موضوعي فيستند في ذلك على تحليل العناصر المميزة لكل عقد من العقود[5]، وفقا لهذا المعيار يقف القاضي على أركان العقد وطبيعته ليبيّن المسائل الجوهرية التي هي عناصر ضرورية ولازمة لإنعقاد العقد بمقتضى نصوص التشريع[6]، أو يعتمد على معيار شخصي حيث يلتَفت إلى إرادة المتعاقدين الصريحة والتي تصنع عناصر العقد الجوهرية فالعبرة تكون بالصفات التي دفعت الشخص للتعاقد[7].

ثانيا: المسائل الجوهرية في العقود الغير مسماة

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص130.

[2] سعاد بوختالة، مرجع سابق، ص39.

[3] المادة 351 ق.م.ج "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخرا في مقابل ثمن نقدي".

[4] المادة 467 ق.م.ج "الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الإنتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم".

[5] سعاد بوختالة، مرجع سابق، ص41.

[6] عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص166.

[7] سعاد بوختالة، مرجع سابق، ص42؛ عامر علي أبورمان، ص168.

العقود الغير مسماة هي عقود لم تخضع لتنظيم خاص ولم يوضع لها إسم خاصا لذا فإنها تخضع للقواعد العامة[1]، هذا ما يصّعب تحديد المسائل الجوهرية فيها، ومن أمثلة العقود الغير مسماة العقد الذي يَّتمُّ بين صاحب المزرعة والعامل على أن يفلح الأرض و يعتني بالشجر لقاء السكن بالمزرعة[2].

نظرا لعدم خضوعها لتنظيم معّين تكمن خصوصيتها في كَّون أن محتواها يُوضَعُ ويُحَدد من طرف المتعاقدين ولا يحدهما قيّد غير قيّد عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، لهذا تكون المسائل الجوهرية في مثل هذه العقود غير موحدة عكس النوع الواحد من العقود المسماة[3].

ولأنّ الإرادة تلعب دورا كبيرا في العقد الغير مسمى فهذا يجعل للقاضي سلطة واسعة للإجتهاد فيها، ما يجعله يقف عند كل نقطة أدرجتها إرادة المتعاقدين والغاية المرجوّة من إبرام هذا العقد، كما للقاضي الإستدلال بحجم الضرر الذي يمكن أن يلحق أحد الطرفين من وراء عدم تنفيذ الإلتزام[4].

بحكم أنّ المسائل الجوهرية في العقود الغير مسماة تنشأها إرادة المتعاقدين في هذه الحالة يعتمد القاضي على المعيار الشخصي في تحديدها لأنّه كما أشرنا سابقا هذا المعيار قائم على الإرادة.

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص24.

[2] مثال منقول عن عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص170.

[3] سعاد بوختالة، مرجع سابق، ص42.

[4] عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص170.

الفرع الثاني

الإحتفاظ بمسائل تفصيلية

تعرّف المسائل التفصيلية على أنها المسائل التي لم يتناولها الإتفاق وهي لا تمنع قيام العقد حيث أنها مسائل ثانوية تفترض أنّ الطرفين تركاها لأحكام العرف والقوانين المكملة[1].

بالعودة لنصّ المادة 65 من ق.م.ج التي تنصّ على مايلي" إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد وإحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها، إعتبر العقد مبرما..."[2]، يتبيّن لنا أنّ العقد يعتبر مبرما إذا وجد إتفاق حول مسائله الجوهرية دون التفصيلية بإعتبارها من المسائل الثانوية والتي يمكن الإتفاق عليها لاحقا.

وبما أنّ الغاية الرئيسية من الإستكمال هي إتمام النقص في العقد بإضافة البنود المتضمنةُ للمسائل التفصيلية الغير متفق عليها، فبدون وجود هذا الشرط- الإحتفاظ بالمسائل التفصيلية- يتفرغ دور القاضي من مضمونه، حيث أنّه لا سلطان له على المتعاقدين ولا على العلاقة العقدية[3].

طبقا لمبدأ "**العقد شريعة المتعاقدين**" فإنّ طرفيّ العقد يتمتعان بالحرية التّامة في مسألة الإتفاق حول المسائل التفصيلية طالما لم يخالفا الآداب العامة و النظام العام، حيث يمّكن أن لا يتعرضا لها **(أولا)**، أو يتركان البتّ فيها لوقت لاحق **(ثانيا)**.

---

[1] علي فيلالي، مرجع سابق، ص213.

[2] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[3] عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص173.

أولا: عدم التعرض للمسائل التفصيلية

إنّ تنظيم العقد تنظيما كاملا ليس بالأمر الهيّن على المتعاقدين، السبب راجع لعدم ظلوعهما وعلمهما بعلم القانون أوالتفاصيل الدقيقة التي يتطلبها التنفيذ الصحيح للعقد بما يحقق الغاية منه، أو الاستعجال في إبرامه بالإقتصار على تنظيم المسائل الجوهرية فقط[1].

فقد يتوقع المتعاقدان المسألة التفصيلية عند إبرام العقد لكنهما لم يتوصلا إلى إتفاق بشأنها فيترُكَانهَا لوقت لاحق دون أَن يعلقَا إبرام العقد على الإتفاق عليها[2]، في حالة ما إذا إتفقا عليها لاحقا يكون العقد قد أُكملَ من طرف المتعاقدين، أما إذا كان العكس يظهر دور القاضي في العقد بحيث يتدخل لتكميل وسدّ النقص فيه.

وعدم تضّمين العقد بالمسائل التفصيلية كان نتيجة إهمال من المتعاقدين، أو سهوا منهما بطريقة غير عمدية[3]، فالقاضي في جميع الحالات يتدخل ويستكمل النقص الموجود فيه وفقا للشروط والضوابط التي أقرّها القانون له.

ثانيا: تأجيل البتّ في المسائل التفصيلية

يتفق المتعاقدان في بعض الأحيان على تأجيل وترك البتّ في المسائل التفصيلية لوقت لاحق أو لفترة معيّنة، ذلك لعدة أسباب كأنّهما ينتظران حتى تتوضّحَ الرُؤية بخصوص تنفيذ العقد و معاملة الطرف الآخر، أو إنتظار منهما لنتيجة معيّنَة أو خبر معيّن[4].

---

[1] خالد عبد حسين الحديثي، مرجع سابق، ص35.

[2] وهوما نصّت عليه المادة 65 ق.م.ج ".....ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها...".

[3] لمزيد من التفصيل في هذه النقطة، أنظر: خالد عبد حسين الحديثي، مرجع سابق، ص.ص. 34-37.

[4] عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص178.

وهذا الإحتفاظ يتم صراحة أو ضمنّيا، كما لهما أن يشيرا إلى أنه ما لم يتّم الإتفاق عليه في هذا العقد يتم البتُّ فيه في إتفاق لاحق مع التّأكيد على إنعقاد العقد والإتفاق حول العناصر الجوهرية[1]، وفي حالة عجَزَهما في الوصول إلى إتفاق حولها لهما الرجوع للقاضي من أجل إستكمال النقصّ الموجود في العقد.

وفي الأخير ننوه إلى ضرورة عدم تعليق إنعقاد العقد على الإتفاق على مسألة من المسائل التفصيلية، فإذا ضمّنّ المتعاقدان هذا الشرط يصبح وجود العقد موقوفا عليها، لذا يجب أن لا يتحقق هذا الشرط حتى يستطيع القاضي التدخل وإستكمال العقد.

ثالثا:حالة وجود خلاف حول المسائل التفصيلية

إنّ إتفاق المتعاقدين على ترك المسائل التفصيلية والبتّ فيها في وقت لاحق ودون تعليق إبرام العقد عليها، لا يشكل أي مشكل لأنّ العقد يعتبر مبرما وفقا لنص المادة 65 ق.م.ج، لكن قد يحدث أن يختلف المتعاقدان عليها ويتمسك كل طرف بمسألة تخدم مصلحته والسؤال المطروح هنا ما مصير العلاقة العقدية في هذه الحالة؟

للإجابة عن هذا التساؤل يجب أن نوضح حالتين:

– الحالة الأولى إذا ما كان الخلاف بعد إنعقاد العقد: في هذه الحالة يكون العقد قائما وصحيحا ووجود الإختلاف بين الطرفي حول المسائل التفصيلية هو إهتمام كل طرف بمصلحته الخاصة فما يخدم مصلحة الطرف الأول لا يخدم مصلحة الثاني و العكس صحيح لذا يميل كل متعاقد إلى تضمين العقد بما يتماشى ومصلحته.

وإختلافهما حول هذه المسائل لا يعني أنها أصبحت مسائل جوهرية فهي تبقى تفصيلية طالما أنّ الإختلاف عليها وقع بعد إبرام العقد[2].

[1] عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص179.

[2] المرجع نفسه، ص180.

– الحالة الثانية إذا ما كان الإختلاف قبل مرحلة إنعقاد العقد: إنّ تمسك أحد المتعاقدين بالخلاف بشأن مسألة تفصيلية يجعل منها مسألة أساسية وجوهرية في العلاقة العقدية بالنسبة له لذلك فالعقد لا ينعقد بدون الإتفاق عليها[1]، كما لو تمسّك المشتري بمكان تسّلمه للمبيع.

وفي هذا الصدد نصّ المشرع في المادة 65 ق.م.ج "....وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها، فإنّ المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"[2] فيحاول القاضي قدر المستطاع إيجاد حل لهذا الخلاف مع مراعاته مصلحة الطرفين والعمل على الموازنة بينهما وتكميل النقصّ الموجود في العقد.

المطلب الثاني

ضوابط إستكمال العقد

تعتبر السلطة التقديرية للقاضي ذات أهمية نابعة من أهمية القضاء ليكون له بذلك دور ملموس في العقد، فتَتَدخَلُ إرادته إلى جانب إرادة المتعاقدين في تنظيم بعض مسائل العقد بعد أن يكون هذا الأخير قد إكتمل[3].

ولإستحالة إحاطة التشريع بكل الأمور والإحتمالات ولكثرة التطورات والعراقيل التي تمس العلاقة العقدية، فتح المشرع الباب أمام القاضي حتى يمارس سلطته التقديرية في إيجاد حلول وسدّ الثغرات و النقص الموجود[4].

[1] عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص180.

[2] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[3] عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد –دراسة مقارنة –، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2012، ص58.

[4] دزيري إبتسام، سلطة القاضي في تكملة العقد، "مجلة بحوث"، المجلد12، العدد 01، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018، ص.ص.147–148.

من بين الحلول التي يعتمدها القاضي في إطار إعمال سلطته التقديرية نجد " إستكمال العقد"، فيقوم بعد تحديد مستلزمات العقد بإضافة إلتزامات ناقصة فيه ويكون أصل هذه الأخير تفصيلية حيث أنّ العقد لا ينعقد إلا بعد الإتفاق على مسائله الجوهرية[1].

على القاضي التأكد من توفّر شروط الإستكمال (**الفرع الأول**)، ثم بعدها يعمد إلى تكميل العقد مستهديا في ذلك بالمصادر التي خولها له المشرّع (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

تحقق القاضي من توفر شروط الإستكمال

قبل أن يمارس القاضي سلطته في تكملة العقد فإنه من الضروريّ أن يتحقق من إستفاء الشروط التي تمَّهدُ له ممارسة هذه السلطة، فيجبّ عليه التأكَّد من إنعقاد العقد فيَّبذُلُ جُهدا كبيرا في دراسته حتى يستخلص الإتفاق في العلاقة العقدية[2].

يبحث القاضي عن توافر أركان العقد من تراضي خالي من العيوب، محَل وسَبَب مشروع، دون الإغفال عن توافر الشروط الشكلية في العقود التي تتطلّب الشكلية.

يعمل أيضا القاضي على تحديد المسائل الجوهرية في العقد، غير أنّ سلطته تكون مقيدة في الحالات التي يكون فيها العقد مسمى، لأنّ القانون نظّمَها، ففي عقد البيع مثلا يعّدُ المبيع والثمن مسائل جَوهرية فالقاضي هنا يتحقق من وجود إتفاق بين المتعاقدين حولها، أمّا في العقود الغير مسماة له سلطة مطلقة لأنها تقوم على الإرادة، فتكون مهمته إعمال سلطته التقديرية في

[1] سعاد بوختالة، مرجع سابق، ص59.

[2] عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص189، وجاء في نفس المرجع " للتأكد من إنعقاد العقد على القاضي أن يتعرضَّ لكافة المسائل و يقوم بدراستها صارفا النظَر عما يسبق العقد من مفاوضات ذلك أن العبرة بما جاء في العقد دون المفاوضات السابقة على إنعقاده." ص.ص.189-190.

تبيان إذا ما تَّمَ الإتفاق على المسائل الجوهرية وتحقُق الشرط أما إذا كان عكس ذلك فيمتنع عن الإستكمال[1].

وبخصوص المسائل التفصيلية فالقاضي يجب أن يتحقق من إحتفاظ المتعاقدين الإتفاق عليها لوقت لاحق غير أنه تعذر عليهما الإتفاق حولها، أو أنّه يوجد خلاف بينهما حال دون الإتفاق فيها، كما عليه التأكد من عدم وجود شرط يفيد بعدم إنعقاد العقد في حالة عدم الإتفاق حول المسائل التفصيلية لأنه إذا تحقق هذا الشرط لا يكون للعقد وجود.

الفرع الثاني

المصادر التي يستهدي بها القاضي

أوضحت مختلف التشريعات المصادر التي يستهدي بها القاضي أثناء تكميله للعقد، من بينها المشرع الفرنسي في نص المادة 1135 ق.م.ف[2] والمشرع المصري في نص المادة 02/148 ق.م.م[3]، وسار المشرّع الجزائري على نفس النهج حيث نصّ في المادة 65 ق.م.ج على مايلي"....وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها، فإنّ المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"[4]، ونصّ في فـ02 من المادة 107 ق م ج " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام"[5].

---

[1] عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص195.

[2] Art 1135 du c.Civ.f « les convention obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. ».

[3] المادة 02/148 قانون مدني مصري"2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكنه أيضا يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة حسب طبيعة الإلتزام".

[4] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[5] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني،المرجع نفسه.

رغمّ أنّ المشرّع منح للقاضي سلطة تقديرية في تكميل العقد إلا أنه قيّدها وفي هذا الصدد جاء عن الأستاذ عامر علي أبورمان ما يلي "..**حدد القانون للقاضي المصادر التي يستكمل منها العقد و عليه فدوره يتأسس على مجرد عمل إرادي يقتصر على إعلان إرادة المشرع، فالمشرع إختار هذه المصادر وحددها للقاضي و ترك له الإختيار بينها، وإختيار القاضي من بَين هذه المصادرما يستكمل به العقد يّعَدُ من قبيل السلطة المقيّدة**"[1].

طبقا لما سلف ذكره فللقاضي مجموعة من المصادر يستعين بها لتكميل العقد وهي طبيعة المعاملة (**أولا**)، القانون(**ثانيا**)، العرف (**ثالثا**) و مبادئ العدالة (**رابعا**).

أولا: طبيعة المعاملة

بالعودة لنصوص القانون المدني نجد أن المشرع لم يضع مقصودا ولم يوضح ما هي طبيعة المعاملة، لذا ذهب الفقه لتوضيح طبيعة المعاملة بناءا على التنظيم القانوني للعقد[2]، حيث عرّفها على أنها نوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه أوهو التنظيم القانوني للمادة التي عالجها المتعاقدان في عقدهما[3].

فالطبيعة ما هي إلا موّجه يسيّر القاضي على هَديه للوصول إلى البنود المُستكملَة والتي تتفق وهدف المشرع[4]، لذا يقال أنها ليسَت مصدرا مستقلا وإنّما تكتمل المصادر الأخرى بها[5]، فهي فهي بالتالي لا تصلُحُ كَوَسيلَة مستقلة للإستكمال إنّما يستكمل القاضي العقد بإحدى الوسائل الباقية مسترشدًا بطبيعة المعاملة[6].

---

[1] عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص198.

[2] سعاد بوختالة، مرجع سابق، ص68.

[3] دزيري إبتسام، مرجع سابق، ص.ص.147-148.

[4] عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص199.

[5] رجاء عيساوي، نطاق فكرة إستكمال العقد وأبعادها، "المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد"، مجلد3، العدد01، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص174.

[6] عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص199.

ثانيا: القانون

إنّ المشرع عند ذكره لأحكام القانون كمصدر من مصادر الإستكمال لم يبّين إذا كانت القواعد القانونية الآمرة هي المقصودة أم القواعد المكملة[1]، لكن بإستقراء نصّ المادة 65 ونصّ المادة 107 ق.م.ج يتضح المقصود أنها القواعد المكملة، لأنّ القواعد الآمرة قواعد لا يجوز الإتفاق على مخالفة ما جاء فيها، رغمّ ذلك يمكن للقاضي أن يستعين بكلاهما في التكميل لكنه ليس مجبرا على الإعمال بالقاعدة الآمرة لأنّه في كل الأحوال يلزّم المتعاقدان بإحترامها[2].

وتكون النصوص المكملّة واجبة التطبيق بالنسبة للمتعاقدين طالما لم يستيبعداها من العقد بشرط صريح لأنّ تلك القواعد تعدُّ جزأ لا يتجزأ من العقد[3].

ثالثا: العرف

يعتبر العرفُ مصدرا إحتياطيا رسميا بعد مبادىء الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 01 الفقرة 02 من الق.م.ج التي جاء فيها " وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف"[4].

يعرّف العرف أنّه ممارسة الأفراد لسلوك معين مع شعورهم بإلزامية ممارسة هذا السلوك وفي هذا الصدد جاء عن الأستاذ خالد عبد حسين الحديثي ما يلي "**العرف مصدر تلقائي فطري بطيء ينبع من مشاكل الناس وما يحيط بهذه المشاكل من واقع ،لا يتدخل في تكوينه إرادة مفكرة مدبرة،و إنما يتكون بطريقة غير محسوسة وغير محددة فلا أحد يعلم كيف و متى ظهرت القاعدة و كيف تطورت**"[5].

---

[1] رجاء عيساوي، مرجع سابق، ص174.

[2] دزيري إبتسام، مرجع سابق، ص 148.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص620.

[4] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[5] خالد عبد حسين الحديثي، مرجع سابق، ص111.

وحتى يعتّمد القاضي على العرف كمصدر لإستكمال العقد يجب عليه مراعاة حالة المتعاقدين وظروف العلاقة العقدية للوقوف على القصد الحقيقي للمتعاقدين[1]، فيقدّر مدى ملائمته و صلاحيته لسدّ الفراغ في العقد حتى يسترشد به.

رابعا: مبادئ العدالة

إنّ الغاية من توجيه المشرع القاضي إلى العدالة كمصدر لتكميل العقد هو إجتهاد القاضي في رأيه لحل المسألة المطروحة أمامه، بإستخرجه للقاعدة التي يراها مناسبة ومحققة للعدالة مع مراعاة ما يلابس ويحيط بالمسألة من وقائع، فتزداد بذلك سعة سلطته التقديرية لأنه في مثل هذه الحالات القاضي من يخلق المعيار الذي يستخدمه في إعمالها سواء كان معيار شخصي أم موضوعي[2].

لا يجوز للقاضي أن ينظر إلى العدالة وفقا لمفهومه الخاص أو أن يعمل بفكرته الشخصية عنها عند إعتمادها كمصدر لتكميل العقد وإنّما عليه الإنطلاق من إعتبارات موضوعية تنسجم مع طبيعة العقد، ليكون هدفه من تبنيها كمصدر هو إعادة التوازن للعقد وهذا ما يبّرر إضافة إلتزامات جديدة لهذا الأخير[3].

العدالة المقصود بها هنا، هي العدالة المكملة لأثار العقد عند عدم تنظيم المتعاقدين لأثاره في مسألة معينة[4]، ويعتبر هذا المصدر على غرار باقي المصادر مثالا حيا على سلطة القاضي التقديرية حيث تكون سلطته كاملة الإطلاق ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا كّونَ ما يتعلق بالعدالة من مسائل الموضوع لا من مسائل القانون[5].

---

[1] عامر علي أبورمان، مرجع سابق، ص203.

[2] بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والإجتهادات القضائية العربية والفرنسية –دراسة مقارنة–، المصادرالإرادية–العقد والإرادة المنفردة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص479.

[3] سعاد بوختالة، مرجع سابق، ص100؛ خالدعبد حسين الحديثي، مرجع سابق، ص123.

[4] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص82.

[5] سعاد بوختالة، مرجع سابق، ص101؛ عامرعلي أبو رمان، مرجع سابق، ص203.

رغمّ أنّ للقاضي سلطة واسعة في إستكمال العقد و سدّ الفجوات التي فيه بالإستعانه بمختلف المصادر التي حددها له القانون غير أنّه يخضع لرقابة المحكمة العليا في المسائل القانونية[1].

فقد ذهبت المحكمة العليا في إجتهاداتها[2] إلى "أنّ الإتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. ولما كان ثابت في قضية الحال أنّ المجلس الذي صرح بصحة الوعد بالبيع الذي لم يثبت فيه إتفاق الطرفين على سعر معين لبيع العقار المتنازع عليه، يكون بقضائه كما فعل أساء تطبيق القانون، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه".

[1] بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري وفق أخر التعديلات، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر 2014، ص248.

[2] قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مؤرخ في 03/26/ 1990، ملف رقم 56500، مجلة المحكمة العليا، العدد الثالث لسنة 1992، ص112.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

وفي التعويض الإتفاقي والأجل القضائي

يمكّن أن تكون إلتزامات المتعاقدين متوازنة في مرحلة إنشاء العقد، بحيث يتمتع المتعاقد بمركز القوة أثناء إبرامه للعقد ويناقش جميع شروطه إلا أنّ هذا المتعاقد قد يختل مركزه التعاقدي في مرحلة تنفيذه، لذا نصّ المشرّع الجزائري على حالات محددة حصرا تسمح للقاضي أن يتدخل بموجبها وفي حدود السلطات الممنوحة له وذلك دون الخروج عن الأحكام المقررة قانونا حفاظا منه على العلاقة العقدية.

يتدخل القاضي لتعديل العقد الذي تمّ إبرامه في ظل ظروف عادية غير أنّه قبل تمام تنفيذه طرأت حوادث جعلت تنفيذ الإلتزام على الوجه الذي تمّ التعاقد عليه مرهقا وهو ما يطلق عليه بالظروف الطارئة(**المطلب الأول**)، كما يمكن أن يتدخل القاضي لتعديل التعويض الإتفاقي في العقد والذي لا يتوافق مع الضرر الحقيقي الحال بأحد أطراف العقد أثناء التنفيذ، بالإضافة إلى إمكانية تدخله في حالة عدم قدرة المدين على تنفيذ إلتزامه خلال الأجل المتفق عليه، فيكون له سلطة تقديرية واسعة بشأن تعديل التعويض الإتفاقي وكذلك سلطته في منح الأجل القضائي (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

يقصّد بالظروف الطارئة كل حالة إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان وغير متوقعة وتطرأ أثناء الفترة الممتدة مابين إبرام العقد وتنفيذه[1]، هذا ما يدفع بالقاضي للتّدخل وإعادة النظر في العقد من أجل إحداث التّوازن فيه في حال ما إذا تغيرت شروط تنفيذه عن الحالة التي كانت عليه في مرحلة الإنعقاد بشكل مرهق على حساب أحد طرفيه، مما يترتب على تنفيذه خسارة فادحة ويحدث ذلك في كثير من الأحيان عند تنفيذ العقود المستمرة أو التي تراخى تنفيذها[2].

تستوجّب نظرية الظروف الطارئة أن تكون الإلتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل، أي أن يثبت التراخي بالنسبة للدائن والمدين مع ضرورة إستمرار الحالة إلى ما بعد الحادث الطارئ، كما يجب أن يكون تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين دون إعتبار ما إذا كان الإلتزام المقابل قد تمّ تنفيذه أو كان تنفيذه متراخيا[3]، بالتالي فإنّ النّطاق الطبيعي لهذه النظرية هو العقود المستمرة والعقود الفورية المؤجلة ولا تنطبق على العقود الإحتمالية لأنّها تقوم على المخاطرة من جانب المتعاقدين وإصلاح ما يتعرض له من إختلال في التّوازن العقدي بسبب وقوع الظروف الطارئة[4].

---

[1] بخدومة حكيمة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص أساسي، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2016-2017، ص 10.

[2] يقصد بالعقود المستمرة: العقود التي يدخل الزمن في تعيين محلها فيكون الزمن عنصرا جوهريا فيها بحكم طبيعة الأمور بحيث لا يتصور الأداء إلا ممتدا مع الزمن، إما لأنّه لا يمكن تحديدها على أساس الزمن كما هو الشأن في الإلتزامات التي يكون محلها الإنتفاع، وإما لأنّ المتعاقدين قد إتفقا على تكرارها فترة زمنية معينة. أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص166؛ محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص 302.

[3] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.ص.305-306.

[4] بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999، ص256.

وتجد هذه النظرية أساسها القانوني في نص المادة 3/107 ق.م.ج التي نصّت فيها "غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، سار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[1].

يفهم من خلال نص المادة 3/107 ق.م.ج أنّ القاضي بإمكانه أن يتدخل ليعدّل العقد أو الالتزام الوارد فيه متى حدث ظرف طارئ استثنائي عام لم يتوقعه احد المتعاقدان، مراعيا توفّر مجموعة من الشروط **(الفرع الأول)**، كذلك يجب أن يتقيّد القاضي بعدة ضوابط في حال تعديله للعقد **(الفرع الثاني)** وذلك بالإستعانة بمجموعة من الوسائل تساعده في تأدية مهمته **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

الأصل أنّه لا يجوز تعديل العقد إلا بإتفاق أطرافه على ذلك وفقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين " الذي أخذ به المشرّع الجزائري في المادة 106 من ق.م.ج، إلا أنّ المشرع أجاز للقاضي وعلى سبيل الإستثناء أن يحّل محل إدارة المتعاقدين لإجراء تعديل في العقد إذا ما توفّرت الشروط اللاّزمة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ووفقا لقواعد العدالة فإنّه يقتضي أن يتحمل الطرفان معا هذه الظروف الطارئة فيتدخل القاضي ليعدل الإلتزامات الناشئة من العقد بما يتناسب مع الحادث الطارئ وهذا هو مضمون نظرية الحوادث الطارئة[2].

[1] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[2] محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص303.

وحتى يتمكّن القاضي من تطبيق نظرية الظروف الطارئة فإنّه بحسب نصّ المادة 03/107 من ق.م.ج يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط منها ما يتعلق بالظرف الطارئ بحد ذاته **(أولا)** ومنها ما يتعلق بالمتعاقد **(ثانيا)**.

أولا: شروط متعلقة بالظرف الطارئ بحد ذاته

يجب أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع حتى يطبّق القاضي نظرية الظروف الطارئة، أي أن يكون المتعاقد المدين لم يتوقعه وليس في وسعه توقعه وقت إبرام العقد وقبل تنفيذه أو أثناء التنفيذ.

غير أنّ توقع الحادث أو عدم توقعه من الأمور النسبية التي تختلف بإختلاف الأشخاص والمهنة والمناطق، فما هو متوقع بالنسبة لشخص قد يكون غير متوقع بالنسبة لشخص آخر الأمر الذي يطرح مشكلة المعيار الواجب إعتماده لتقدير توقع الحادث الطارئ من عدمه[1]، إذ على القاضي أن يتساءل هل متعاقدين عاديين في نفس الظروف كان في إمكانهم توقع وقوع الحادث أم لا[2]، بالتالي على القاضي أن يراعي الظروف والأحوال الموضوعية التي أحاطت بالعملية العقدية أثناء فصله في النزاع المعروض عليه فإذا أمكن توقعها فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة[3].

[1] علي فيلالي، مرجع سابق، ص375.

[2] لحلو خيار غنيمة، نظرية العقد، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص172.

[3] محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي –بحث مقارن–، "مجلة المجمع الفقهي الإسلامي"، العدد 02، بيروت، (د.س.ن)، ص143.

كما يجب أن يكون الظرف الطارئ إستثنائيا، بمعنى أنّه غير مألوف ونادر الوقوع[1] بحيث يبدو شاذا بحسب المألوف من شؤون الحياة فلا يعول عليه الرجل العادي ولا يدخل في حسبانه[2].

ويجب أن يراعي في تحديد الحادث الإستثنائي معياري المكان والزمان، فما يكون إستثنائيا في بلد قد يكون عاديا في بلد آخر وما يكون إستثنائيا في زمن يبدو مألوفا في زمن آخر عليه إذا كان الحادث مألوفا فلا يعتّد به ولا تنطبق النظرية عليه لأنّه من عادة المألوف أن يكون محتملا بحكم العادة أو التعامل[3].

وخير مثال يذكر في الوقت الراهن أنّه بعد تفشي وباء فيروس كورونا (كوفيد – 19) وإعلان منظمة الصحة العالمية أنّه جائحة عالمية عابرة للحدود أخذت الدول تبعا لذلك فرض حالة الطوارئ مما أدى إلى تعطيل الحياة العملية في مختلف دول العالم، فترتب عليه عدم القدرة على الوفاء بالإلتزامات التّعاقدية التي دخلت إجباريا تحت بنديّ القوة القاهرة والظروف الطارئة، على إعتبار أنّ جائحة كورونا حالة إستثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين، بحيث لا يمكن توقعها ولا دفعها بالنسبة للأطراف المتعاقدة، ونظرا للأضرار التي خلّفتها هذه الجائحة كان من الأجدّر أن يقوم المشرع بإصدار قانون يتعلق بها كنظيره المغربي والفرنسي.

يجبّ أيضا أن يكون الظرف عاما، يقصد بذلك أن لا يكون الظرف الطارئ خاص بالمدين الذي يطلب تعديل العقد بل يجب أن يشمل أثره رقعة جغرافية معينة أو طائفة من الناس أو على الأقل فئة منهم أي لا تمس هذه الظروف المدين لوحده كالوباء المنتشر على مجموعة من

[1] محمد الكشبور، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة–دراسة مقارنة من وحي حرب الخليج، (د.د.ن) مراكش، 1993، ص138.

[2] خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد(دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص 72.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص643.

الناس أمّا الظروف المتعلقة بالمدين بحد ذاته ولو كانت إستثنائية مثل حريق شب في محصوله أو إفلاسه أو موته أو كساد أعماله كل هذه ليست بظروف عامة[1].

فعمومية الظّرف الطارئ قد تنصرف إلى الناحية الشخصية، فيتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف وقد ينصرف إلى الإقليمية فيتحدد بمقدار المساحة أو عدد الأقاليم التي تأثرت به وقد يندمج العنصران معا في تحديد العمومية[2].

لا لشك أنّه من خلال إشتراط أن يكون الحادث عاما بتطبيق المادة 03/107 من ق.م.ج أراد المشرع أن يحصر اللجوء إلى تطبيق نظرية الحوادث الطارئة، فليس كل حادث إستثنائي وغير متوقع يفتح مجال لتعديل العقد على أساس هذه النظرية بل ينبغي أن يكون ذلك الحادث مسّ جماعة من المتعاقدين أو كل المجتمع.

ثانيا: شروط متعلقة بالمتعاقد

إضافة إلى الشروط المتعلقة بالظّرف الطارئ بحد ذاته هناك شروط أخرى متصلة بالمتعاقد، إذ لا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة بدونها كما أنّه يعتبر من بين المعايير التي يستند إليها القاضي من أجل التوصل إلى إمكانية تعديل العقد بسبب الظرف الطارئ.

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يتطلب الأمر أن يكون الحادث أو الظّرف الطارئ إستثنائيا عاما لم يكن في الوسع توقعه وإنما يتطلب أيضا أن يكون الظرف مما لا يستطيع المتعاقد تفاديه وتحاشيه أو دفعه عن نفسه أو التقليل من أثاره[3].

---

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص99.

[2] بن يحي شارف، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، "الأكادمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية"، المجلد02، العدد02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2010 ص.ص.51-52.

[3] خمسين صالح ناصر عبد الله المنصوري، مرجع سابق، ص 82.

فالحادث الذي لا يمكن توقعه يجب أن يكون أيضا مما لا يستطاع دفعه، ففي حال إستطاعة دفعه يستوي في شأنّه أن يكون متوقعا أو غير متوقع ولا يكون حينئذ حادثا[1]، ويجب على المدين أن يفعل كل ما في وسعه للتّقليل من أثار الظرف الطارئ، فحتى يكون العقد بريئا من التدليس يجب أن لا يدخله غش أو سوء نية في تنفيذه[2].

يشترط أيضا أن لا يكون للمتعاقد أية علاقة بالظرف الطارئ سواء كان ذلك عن عمد أو إهمال، أو أن يكون هناك نوع من التقصير من جانبه في مواجهة الخطر ببذل الجهود اللاّزمة لتوقي الظرف الطارئ أو توقي الآثار الناجمة عنه.

فيجب أن يكون الحادث الطارئ خارج عن إرادة المتعاقدين، فإذا كان أحد الطرفين السبب في وقوع الحادث الطارئ مما أدى إلى الإرهاق عند تنفيذ الإلتزام فإنّ ذلك يترتب عليه تغييرا في العلاقات التي كانت موجودة بين المتعاقدين وبالتالي لا يجوز له طلب تخفيف ذلك الإرهاق بل عليه تنفيذ الإلتزام كاملا[3]، فلا يعقل أن يتسبب المدين في إعاقة تنفيذ إلتزامه ثم يطالب بتطبيق نظرية الظروف الطارئة قاصدا من خلال ذلك رفع الإرهاق عنه في حين أن ما حدث هو ثمرة ما إقترفته يداه[4].

يشترط كذلك أن يكون تنفيذ الإلتزام مرهقا وليس مستحيلا يفهم من هذا الشرط أنّه يجب أن يكون تنفيذ الإلتزام مرهق بالنسبة للمدين ولكن لا يجب أن يصل ذلك الإرهاق إلى حد الإستحالة، إذ أنّه في حال ما إذا وصل إلى ذلك الحد نكون أمام قوة قاهرة وليس ظرف طارئ وهنا نجد الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فمع أنّهما يشتركان في أنّ كل منهما لا يمكن توقعه

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص 722.

[2] فداق عبد الله، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017-2018، ص37.

[3] المرجع نفسه،ص.ص.37-38.

[4] رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الإقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 ص449.

ولا يستطاع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا، أمّا الحادث الطارئ فيجعله مرهقا[1].

لم يعيّن المشرّع الجزائري مقدارا حسابيا للإرهاق أي مقدار التفاوت بين الإلتزامات الذي يجعل تنفيذ العقد مرهقا، بل إكتفى بوصف هذا الإرهاق بالخسارة الفادحة بمعنى الخسارة غير المألوفة، مما يستدعي تدخل القاضي لتقدير مدى فداحة الخسارة وهو يتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة[2]، فالإرهاق الذي يقع على المدين من جراء الحادث الطارئ ليس له مقدار ثابت ومحدد بل يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقا لمدين قد لا يكون مرهقا بالنسبة لآخر وما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا له في ظروف أخرى، لكن المهم في هذه الحال أن يصبح تنفيذ الإلتزام بحيث يهدده خسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي لأنّ التعامل كسب وخسارة[3].

الفرع الثاني

تدخل القاضي لردّ الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول

يجوز للقاضي التّدخل في مضمون العقد بعد تحققه من مدى توفّر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 107 من ق.م.ج ، وذلك بعد مراعاته لمجموعة من الضوابط القانونية عند مباشرته لسلطته التقديرية **(أولا)**، فيقوم بردّ الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول وفقا لصور مختلفة على حسب الظروف المحيطة **(ثانيا)**.

[1] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص307.

[2] علي فيلالي، مرجع سابق، ص377.

[3] المرجع نفسه، ص377.

أولا: ضوابط سلطة القاضي في ردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

وجب على القاضي التقيّد بمجموعة من الضوابط ذلك من أجل الإبتعاد عن أي ظلم قد يُلحقُه بأحد المتعاقدين، فوفقا لنصّ المادة 107 ق.م.ج[1] يجب عليه الإلتزام بالظروف المحيطة بالقضية، فكل قضية تحيطها ظروف خاصة بها تميزها عن غيرها تختلف نظرية الظروف الطارئة من عقد إلى آخر ومن قضية إلى أخرى[2]، بالتالي يجب على القاضي أن لا يهمل أيّة واقعة أو أيّ ظرف محيط بالقضية المعروضة عليه، فعبارة "**تبعا لظروف**" الواردة في نص المادة 03/107 من ق.م.ج تفتح للقاضي مجالا واسعا في أداء مهمته في تعديل العقد المختل إقتصاديا المطروح عليه، فهذه العبارة وإن إعتبرت ضابط من ضوابط هذه السلطة إلا أنّها لا تشكل قيدا على تدخل القاضي في تعديله للعقد[3].

كما يجب أن يلتزم القاضي بتحقيق التّوازن بين طرفي العقد ويعتبر هذا الضابط من أهم الضوابط التي تقيّد القاضي، فالقانون يوجب على القاضي في جميع حالات التعديل أن يتقيد بمبدأ الموازنة بين مصلحة الطرفين[4]، وهو المبدأ الذي عبر عنه المشرّع بعبارة " **بعد مراعاة مصلحة الطرفين**" فمن منطلق العلاقة التّنافسية بين المتعاقدين في مصالحهم المختلفة، لابد أن لا تنصرف عدالة القاضي إلى أحد المتعاقدين على حساب الآخر، وهنا تبرز أهمية هذا الضابط في إستخلاص العبء الطارئ ذاته عن طريق القياس أو الإستنتاج المنطقي أو عن طريق الإستعانة بذوي الخبرة والإختصاص[5].

فالقاضي في هذه الحالة لابد أن يوازن بين مصلحتين متضاربتين، أولهما مصلحة الدائن التي تهدف إلى التمسك بضرورة تنفيذ الإلتزام بحسب ما تم الإتفاق عليه بداية، مهما كانت درجة

---

[1] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[2] جعفري بلال، سلطة القاضي الوطني في تعديل العقد الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017-2018، ص81.

[3] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص254.

[4] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص261.

[5] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص 724.

الخسارة التي يتكبّدها المدين الذي تقتضي مصلحته الأخذ بيده لإنتشاله من الخسارة وتبعات الإفلاس[1].

يلتزم أيضا القاضي بمراعاة الحد المعقول أثناء رد الإلتزام المرهق وهذا ما جاء في نص المادة 03/107 ق.م.ج[2] على أنّه يجوز للقاضي بعد مراعاة الظروف ومصلحة الطرفين أن يقوم برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ليفهم من ذلك أن المشرّع الجزائري حاول قدر الإمكان توقي فسخ العقد وأوجب على القاضي رفع الحرج عن المدين بعد ثبوت إرهاقه من خلال رده الإلتزام إلى الحد المعقول، والمراد به هو أن يشترك أطراف العلاقة العقدية معا في الخسارة التي سببتها تلك الظروف الطارئة.

يعتبر الحد المعقول كمعيار مرن ينظر فيه القاضي وفقا لسلطته التقديرية ذلك من خلال بحثه في القضية المعروضة عليه وبعد مراعاته للظروف المحيطة بها وبين مصلحة أطراف العلاقة العقدية[3].

ثانيا: وسائل القاضي في ردّ الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول

يكون رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول من طرف القاضي على حسب الوقائع والظروف التي يستخلصها من القضية المعروضة عليه وذلك على النحو التالي:

– إنقاص الإلتزام: يمكن للقاضي التدخل في تعديل العقد لوقوع الظرف الطارئ بالإنقاص من مقدار الإلتزام المرهق والذي يعتبر الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين، ذلك بإعفائه من تنفيذ قسط مما إلتزم به.

يرجع القاضي إلى هذه الوسيلة عند إرتفاع سعر محل الإلتزام الذي يحدث لعدة أسباب كأن يكون ملزم بألف قنطار من السكر فلا يلزم تبعا للظروف الطارئة إلا بنصف المقدار المتفق

[1] عبيد نجاة، مرجع سابق، ص107.

[2] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[3] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص256.

عليه، كما يمكن أن يتمثل الإنقاص في تخفيض ثمن الشراء إذا كانت قيمة الشيء مرهقة بالنسبة للمشتري وقد يتمثل الإنقاص كذلك في إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة كالتي تتعلق بأجل التنفيذ أو بجودة الشيء[1].

ولما كانت الغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليص من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين، فإنّ القاضي لا يتقيّد بعملية حسابية في ذلك بل يجب عليه مراعاة الوقائع والظروف المحيطة بالقضية، بمعنى أنّ المدين سيتحمل حتما الخسارة المألوفة بينما يحاول القاضي أن يوزّع مقدار الخسارة الفادحة بين المتعاقدين مراعيا مصلحة كل منهما[2].

– الزيادة في إلتزام الدائن: كما يمكن أن يتحقق رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول من طرف قاضي الموضوع في بعض الحالات عن طريق الزيادة في إلتزامات الدائن، إذا توصل إلى إختيارها كأفضل وسيلة لإعادة التّوازن للعقد المختل[3].

إلا أنّ المشرّع الجزائري لم يورد هذه الحالة في نص المادة 107 من ق.م.ج الذي يعدّ النص العام المتضمن إمكانية تعديل القاضي للعقد بسبب وقوع الظرف الطارئ، غير أنّه أوردها في نصّ المادة 3/561 من ق.م.ج " ...على إنّه إذا إنهار التوازن الإقتصادي بين إلتزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد"[4].

– وقف تنفيذ العقد: في إطار محاولة القاضي الموازنة بين إلتزامات الطرفين قد يتضح له أنّه لا الإنقاص أو الزيادة يرفع الإختلال عن العقد، بل لابد من وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال أثر

[1] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص256؛ علي فيلالي، مرجع سابق، ص379.

[2] علي فيلالي، مرجع سابق، ص379.

[3] فداق عبد الله، مرجع سابق، ص 51.

[4] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

الظرف الطارئ، إذا تبين له أنّه ظرف مؤقت وعلى وشك الزوال وأنّ الدائن لا يلحقه ضرر كبير جراء هذا الوقف المؤقت، كما تظل الإلتزامات فيه محتفظة بقيمتها ومقدارها دون تأثر[1].

ومثال ذلك: كأن يتعهد مقاول ببناء مبنى في مدة محددة وبأجرة محددة وفجأة ترفع أسعار بعض مواد البناء إرتفاعا فاحشا لوقوع ظرف الطارئ، لكن هذا الإرتفاع مؤقت وعلى وشك الزوال لقرب إنفتاح باب الإستيراد، فيوقّف القاضي في هذه الحالة إلتزام المقاول بتقديم المبنى في الموعد المتفق عليه إذا لم يكن في هذا الوقف ضررا جسيما يلحق صاحب المبنى[2]، لكن في حال ما إذا إستغرق الوقف المدة المحددة أصلا لتنفيذ الإلتزام فإنّه قد يؤثر على الأجل المتفق عليه بين الطرفين، فمثلا إذا كانت المدة المحددة لتنفيذ الإلتزام ثلاثة أشهر وهي نفس المدة التي أوقف فيها الإلتزام فإنّ العقد حينما ترد له قوّته التنفيذية فهي تعود لمدة ثلاثة أشهر كاملة أي أنّها تكون مساوية إلى المدة التي أوقف الإلتزام فيها[3].

[1] دعاء موسى عبد الرحمن برهم، مرجع سابق، ص177.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص880.

[3] فداق عبد الله، مرجع سابق، ص54.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي

ومنح الأجل القضائي

أجاز المشرّع للمتعاقدين التحكم في الآثار المترتبة على المسؤولية العقدية والتي من بينها تحديد قيمة التعويض المستحق ذلك إحتراما منه لإرادتيهما، إلا أنّه لم يترك لهم الحرية المطلقة في تحديد تلك القيمة بل قيّدها بسلطة الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي عليها.

فقد يتفق المتعاقدان أثناء إبرامهما للعقد على تحديد قيمة التعويض الإتفاقي، على أنّه في حالة عدم قيام أحدهما بتنفيذ إلتزامه أو تأخر فيه، أوتمّ تنفيذه على النحو الغير المتفق عليه، بحيث يسبب ضررا للمتعاقد الآخر وكان مستوفيا لجميع الشروط المطلوبة إستحق المتضرر التعويض الذي سبق الإتفاق عليه، غير أنّه في بعض الأحيان تقدير هذا التعويض يكون مبالغ فيه بدرجة لا تتناسب مع الضرر الذي لحق بالمتضرر، ونظرا لتطور وإزدياد حاجة الإنسان في عصرنا الحاضر، كثيرا ما تكون الإلتزامات التي تتضمنها بعض المعاملات مؤجلة وللزمان شأن في تنفيذها، فعند تخلف المدين عن أداء ما عليه ضمن الأجل المحدد لظرف من الظروف يتدخل القاضي بتعديله.

منح المشرّع للقاضي سلطة في تعديل مبلغ التعويض إذا كان تقديره مفرط وفقا لأحكام المادة 02/184 ق.م.ج **(الفرع الأول)**، كما أجاز له التدخل ومنح أجل للمدين حتى ينفذ إلتزامه وفقا لنصّ المادة 02/119 ق.م.ج ونصّ المادة 02/281 ق.م.ج **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي

يعرّف التعويض الإتفاقي بأنّه إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بأمر معين –يكون في الغالب مبلغ من النقود– في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك[1].

يعرّف أيضا على أنّه إتفاق تبعي قد يرد في ذات العقد أم في عقد لاحق، يلتزم بمقتضاه المدين بدفع مبلغ من المال أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل في حالة إخلاله بإلتزام ترتب في ذمته سواء ظهر هذا الإخلال في شكل عدم تنفيذ كلي عدم تنفيذ جزئي، تأخر في التنفيذ أو تنفيذ معيب[2].

أمّا المشرّع الجزائري فلم يقدم أي تعريف له، لكن نظمه بموجب نصوص المواد 182،183، 184، 185 من ق.م.ج، عليه إذا كان الأصل أن العقد يتمتع بقوة إلزامية، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الأطراف إلا أن المشرّع خرج عن هذه القاعدة، حيث أجاز للقاضي التدخل لإحداث التوازن بين الضرر والتعويض في نص المادة 2/184 من ق.م.ج وذلك من خلال تعديل قيمة التعويض الإتفاقي إما بتخفيضه**(أولا)**، أو بزيادته**(ثانيا)**.

---

[1] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، أحكام الإلتزام، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الكتاب الحديث للنشر والتوزيع، مصر، 1992، ص177؛ بوكماش محمد، مرجع سابق، ص326.

أطلق الفقه والقضاء والقانون عدة تسميات فيما يتعلق بالتعويض الإتفاقي، منها مصطلح البند الجزائي، الشرط الجزائي، الجزاء الإتفاقي، الجزاء التعاقدي، التعويضات الجزائية، إلا أن عبارة الشرط الجزائي نجدها الأكثر إستعمالا لأنها تشير بصفة عامة إلى كل شرط مضاف إلى العقد، والمصطلح الذي أخذ به المشرع الجزائري هو مصطلح " **التعويض الإتفاقي**".

[2] قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014–2015، ص 14.

أولا: تخفيض قيمة التعويض الإتفاقي

يتضح لنا من خلال نص المادة 02/184 ق.م.ج التي نصّت فيها مايلي" ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أنّ الإلتزام الأصلي قد نفّذ في جزء منه"[1] أنّ المشرع الجزائري حدد حالتين يجوز فيهما للمدين اللجوء إلى القضاء لأجل طلب تعديل العقد بخصوص التعويض المتفق عليه مسبقا وهما:

– حالة الإفراط في تقدير قيمة التعويض: يجوز للقاضي في هذه الحالة تخفيض ما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أنّ تقدير التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة تلحق ضررا به.

لم يبيّن لنا المشرّع كيفية تقدير الإفراط وطريقة تخفيضه فقد إكتفى بتحديد حالات تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي في المادة 184 من ق. م.ج، فلم يحدد قدر أو نسبة المغالاة التي تجيز للقاضي تعديله للعقد المطروح أمامه ولا العناصر التي تساعد هذا الأخير على التمييز بين التعويض الإتفاقي المبالغ فيه والتعويض الإتفاقي المعقول، بعبارة أخرى لم يضع أي ضابط لتحديد الإفراط تاركا تقديره لقاضي الموضوع[2]، لكنّ هذا الأخير لا يمكن له أن يجري التخفيض من تلقاء نفسه وإنّما يجب على المدين أن يثبت أن مبلغ التعويض مفرطا بالنسبة إلى الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ[3].

فيجب على القاضي عند قيامه بتقدير الإفراط أن ينظر إذا كان عدم التناسب فاحشا أم لا، ففي حال ما إذا كان عدم التناسب معقولا فإنّ ذلك لا يستدعي إجراء تخفيض، بينما في حال ما إذا ثبت أن عدم التناسب كان فاحشا فإنّ القاضي يقوم بعملية التخفيض بحسب ما يراه مناسبا ليوافق قيمة التعويض والضرر اللاحق بالدائن[4].

---

[1] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[2] عبيد نجاة، مرجع سابق، ص129.

[3] جعفري بلال، مرجع سابق، ص93.

[4] فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2002، ص97.

وعليه يتعيّن على القاضي أن يتأكد من تقدير مبلغ التعويض إذا كان مفرطا قبل الحكم بتخفيضه، لأنه إستثناء على الأصل لا ينصرف إلا في حالة المبالغة في التقدير الذي يكون معه فاحشا وعلى ذلك إذا كان في التقدير زيادة دون مبالغة فلا يجوز تخفيضه، لأنّ الأصل بأن يحكم القاضي بما إتفق عليه الطرفين ومادام قد تخلف شرط من شروط الإستثناء وجب الرّجوع إلى الأصل[1]، ويتم إثبات هذه المبالغة في التقدير بكافة طرق الإثبات، لأنها واقعة مادية قوامها هو عدم التناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الذي حل بالدائن[2].

– حالة التّنفيذ الجزئي للإلتزام: يجوز للقاضي التّدخل لتخفيض التّعويض الإتفاقي إذا أثبّت المدين أنّه نفّذ جزء من الإلتزام، رغم أنّ التّنفيذ الجزئي لا يؤدي إلى تحقيق أهداف المتعاقدين من العقد إلا أنّه من التّعسف إهدار التّنفيذ الجزئي والتمسك بإلتزام المدين بالوفاء بالمبلغ المتفق عليه كاملا[3] ولا يلزم القاضي بالحكم بتخفيض مقدار التّعويض لأنّ المشرّع جعله جوازيا يقدره في ضوء الظروف المحيطة أو ما تمّ تنفيذه من الإلتزام كان تافها[4].

ليست سلطة القاضي في تخفيض التّعويض الإتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي سلطة مطلقة وإنّما هي سلطة مقيّدة بضوابط محددة، أو شروط يلزم توفرها حتى ينفتح المجال أمام القاضي لتخفيض أو زيادة التّعويض الإتفاقي، حيث يجب أن يكون الإلتزام قابل للتجزئة فهناك إلتزامات لا تقبل التجزئة لذلك على القاضي التأكد من قابلية الإلتزام للتجزئة[5]، كما يجب أن لا يقبل الدائن التّنفيذ الجزئي، ففي حال ما إذا إتفق المتعاقدين عند إبرامهم للعقد الأصلي أو التكميلي على إمكانية وكيفية التخفيض التّعويض الإتفاقي في حالة التّنفيذ الجزئي، أو قبل الدائن ذلك التنفيذ الجزئي بعد حدوثه، فلا دخل للقاضي في ذلك ويجب عليه أن يسعى إلى إفراغ إرادتهما

[1] قارس بوبكر، مرجع سابق، ص90.

[2] محمد شتا أبو السعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية (د.س.ن)، ص238.

[3] جعفري بلال، مرجع سابق، ص 94.

[4] محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص.ص. 221-222.

[5] عبيد نجاة، مرجع سابق، ص131.

بحسب ما اتفقا عليه وفي حدود ما يراه عادلا[1]، يجب أيضا أن يحقق التّنفيذ الجزئي مصلحة الدائن إذ يتعين على القاضي أن يبحث في مسألة أولية قبل تخفيض التعويض الإتفاقي، هي إلى أي حد إستفاد الدائن من التّنفيذ الجزئي ومدى الضّرر الذي يحل به من جراء عدم قيام المدين بإكمال التّنفيذ[2].

ثانيا: زيادة التعويض الإتفاقي

قد يتم تحديد التّعويض الإتفاقي بمبلغ قليل إلى درجة كبيرة بحيث لا يتناسب مع الضرر الذي قد يصيب الدائن إذا أخل المدين بتنفيذ إلتزامه والأصل أنّ القاضي لا يزيده ليكون مساويا للضرر بل يحكم به كما هو وإلا فقد التّعويض الإتفاقي معناه[3]، بالتالي فإنّ الدائن ليس له أن يطالب المدين إلا بالقيمة المتفق عليها في العقد، لكن المشرع أورد إستثناء في نص المادة 185 ق.م.ج التي جاء فيها " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أنّ المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيما"[4]، عليه فإنّه يجوز للدائن أن يطالب بزيادة قيمة التعويض الإتفاقي إذا أثبت أن المدين إرتكب غشا أو خطأ جسيما.

يفهم من ذلك أنّ القاضي يزيد في مقدار التّعويض الإتفاقي حتى يصبح معادلا لضرر الذي وقع ولا يمنعه من ذلك أنّ قيمة التّعويض الإتفاقي مقدرة مسبقا في العقد، على أساس أنّ الدائن عند إتفاقه مع المدين على تقدير التّعويض لم يدخل في حسابه إمكانية وجود غش من

[1] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص345.

[2] عبيد نجاة، مرجع سابق، ص.ص. 131-132.

[3] فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه القانون، مرجع سابق، ص 101.

[4] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

طرف هذا الأخير أو إمكانية إرتكابه لخطأ جسيم[1]، بشرط أن يطالب الدائن بنفسه بتلك الزيادة كما يقع عليه عبئ إثبات أنّ المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيما حتى لا ينفذ إلتزامه[2].

بالتالي إذا لم يرتكب المدين غشا أو خطأ جسيما أو لم يتمكن الدائن من إثبات وجود غش أو خطأ جسيم مرتكب من طرف المدين، فلا يستطيع له أن يطالب إلا بالقيمة المتّفق عليها مسبقا حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي أصابه ولن يحصل على أيّة زيادة في مبلغ التعويض[3]، ولم يعالج المشرّع الجزائري حالة إرتكاب المدين لخطأ يسير يمكن أن ينجم عنه ضرر فادح، فلا تعويض للدائن عن هذا الضرر رغم ثبوت إنعدام التّوازن العقدي إلا أنّ القاضي يقف مكتوف الأيدي لأنّ سلطته في التعديل لإعادة التّوازن إستثنائية وليس له أن يمارسها إلا بوجود نص خاص[4].

الفرع الثاني

سلطة القاضي في منح الأجل القضائي

وردت نظرة الميسرة في القرآن الكريم في قوله تعالى { **وَإِن كَانَ ذُو عسرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلىَ مَيّسَرَةٍ وَإِن تَصَدَقُوا خَيرٌ لَكُم إِن كُنتُم تَعلَمُونَ**}[5].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات– أثار الإلتزام، الجزء الثاني، درا النهضة العربية، القاهرة، 1938، ص878.

[2] عبيد نجاة، مرجع سابق، ص135.

[3] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص182.

[4] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص299.

[5] سورة البقرة، الآية 280.

ومعناها إن كان غريم (ذو عسرة) عليكم تأخيره، (فنظرة إلى ميسرة) بفتح السين وضمها إلى وقت اليسر، (وان تصدقوا) بالتشديد على إدغام التاء أي تتصدقوا على المعسر بالإبراء، (خير لكم إن كنتم تعلمون) أنّه خير ففعلوه. أنظر: تفسير الإمامين الجلالين، جلال الدين السيوطي وجلال الدين المحلي، مكتبة رحاب– الجزائر حققه ونسقه الشيخ محمد صادق القمحاوي، ص 40.

كما أنّ نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي هي أحد أنواع الآجال القضائية وهي أن يقوم القاضي بإنظار المدين المعسر إلى ميسرة في العقود التي حلّت آجال الوفاء فيها فإذا أصبح المدين المعسر ميسرا كان ملزما بالوفاء[1].

عرّفت نظرة الميسرة على أنّها مهلة التّنفيذ أو الأجل القضائي التي يمنحها القاضي للمدين العاثر الحظ حسن النية إذا إستدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم وذلك حتى ينفذ إلتزامه ويتوقى الفسخ[2]، كما عرّفت أيضا على أنها الأجل الذي يكون مصدره القضاء حيث يجيز القانون للقاضي أن يمنح المدين حسن النية أجلا أو آجالا معقولة للوفاء بدينه دون أن يلحق ذلك بالدائن ضرر جسيم[3].

أما المشرّع الجزائري فلم يورد أي تعريف بخصوص نظرة الميسرة وإكتفى بتنضيمها في نصّ المادة 281 والمادة 2/119 ق.م.ج، وذلك بتبيان الشّروط والضّوابط اللاّزمة توفرها لمنحها **(أولا)** كذلك سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ العقد**(ثانيا)**.

أولا: شروط منح القاضي للأجل القضائي

منح المشرّع الجزائري للقاضي سلطة التّدخل لإعطاء المدين أجلا قضائيا وذلك كي يتمكن من تنفيذ إلتزامه بمقتضى نصّ المادتين 2/119 و2/281 من ق.م.ج، لكن قبل ذلك يتعيّن على القاضي مراعاة جملة من الشروط التي على أساسها يمكنه منح المدين أجلا أو آجالا متعاقبة لتنفيذ إلتزامه وتتمثل في:

- ألا يقوم مانع قانوني يمنع منح الأجل القضائي: إنّ سلطة القاضي في منح الأجل القضائي مستمدة من القانون وتعد تطبيقا للنصوص القانونية في إطار ما خوله القانون، بالتالي إذا وجّد نصّ قانوني يمنع القاضي من منحه هذا الأجل، فلا يكون أمامه سوى احترام ذلك وإلا عدّ مخالفا للقانون فيترتب على ذلك تعرض حكمه للنقض[4].

---

[1] فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري مطابع حلي، (د.ب.ن)، 1999، ص 439.

[2] عبد الحكم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص454.

[3] رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص288.

[4] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص374.

ومن أمثلة النصوص القانونية التي تكون عائق لمنح القاضي الأجل القضائي نذكر:

المادة 120 من ق.م.ج التي تنصّ على" يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشّروط المتّفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي"[1]، كذلك نصّ المادة 392 من ق.م.ج التي جاء فيها " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثّمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع ودون سابق إنذار إذا لم يدفع الثّمن عند حلول الأجل، وهذا ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك"[2].

– أن تكون حالة المدين تستدعي منحه أجلا حتى يستطيع تنفيذ إلتزامه: بمعنى أن يكون المدين في عسر مؤقت ويرتبط بهذا الشّرط أن يكون المدين حسن النيّة[3]، فحسن النيّة يعتبر قرينة بسيطة ومفترضة في كل متعاقد، بحيث يجوز إثبات عكسها ممن له مصلحة في ذلك، ففي حالة ما إذا تم إثبات أن المدين سيء النيّة فإنّه لا يستفيد من منحه للأجل القضائي[4].

– أن لا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضررا جسيما: بحيث لو كان في منح القاضي للمدين أجلا قضائيا إلحاق أضرارا جسيمة بالدائن، فإنّه عليه الإمتناع عن ذلك فليس من الصواب التخفيف على المدين في مقابل الإضرار البليغ بالدائن[5].

– أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلا معقولا: فيقاس بقدر ما هو ضروري ليتمكن المدين من الوفاء[6]، وبمقتضى نصّ المادة 2/281 من ق.م.ج فإنّه يجوز للقاضي أن يمنح المدين

---

[1] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[2] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع نفسه.

[3] المشرّع الجزائري نصّ على مبدأ حسن النيّة في المادة 1/107 التي تنصّ كمايلي" يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية". ويقصد بحسن النيّة " تلك النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع أو القصد السيئ، فهي النية الصادقة الصريحة الحسنة المضادة لسوء النية أو الغش أو الرغبة في الإضرار بالغير، وبصفة عامة فإن المبدأ يعبر عن كل إحساس بالأمانة وإستقامة الضمير"، أنظر: عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 152.

[4] عبيد نجاة، مرجع سابق، ص142.

[5] زناش ليلى، فرحاوي ايمان، أحكام نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون الأعمال، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2018–2019، ص67.

[6] بوكماش محمد، مرجع سابق، ص378.

المدين آجلا متعاقبة لا أجلا واحدا وذلك بتقسيط الدين على أقساط على أن لا يتجاوز الأجل الممنوح سنة.

إنّ الشروط المذكورة ليست خاصة بممارسة القاضي لسلطته التقديرية في منح المدين أجلا قضائيا بمناسبة دعوى التنفيذ وإنّما هي عبارة على شروط عامة تشمل سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ أيضا[1]، وإنّ توفر هذه الشروط لا يعني أنّ القاضي ملزم بمنح الأجل القضائي للمدين وإنّما تكون له سلطة تقديرية في تقدير مدى وجوب منحها من عدمه[2].

ثانيا: سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ العقد

الأصل إذا إتفقت الأطراف المتعاقدة على أجل محدد لإتمام تنفيذ العقد فإنّه بحلول ذلك الأجل يكون الإلتزام المترتب عنه مستحقا، غير أنّ المدين قد يمتنع عن التّنفيذ على الرّغم من إمكانية التّنفيذ العيني وعدم إستحالته، في هذه الحالة منح المشرّع للقاضي سلطة التّدخل لتعديل أجل تنفيذ العقد ومنح الأجل القضائي ويكون ذلك بعد رفع دعوى قضائية من طرف الدائن للمطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بتنفيذه.

قد يتدخل القاضي لمنح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ وهذا وفقا لما نصّت عليه المادة 119 ق.م.ج التي جاء فيها " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التّعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات"[3].

يفهم من خلال نصّ المادة 119 من ق.م.ج أنّه في العقود الملزمة للجانبين إذا إمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزامه يجوز للمتعاقد الآخر إمّا المطالبة بالتّنفيذ أو طلب فسخ العقد والذي

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات– أثار الإلتزام، مرجع سابق، ص868.

[2] زناش ليلى، فرحاوي إيمان، مرجع سابق، ص 68.

[3] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

يعتبر كجزاء يقرّر على المتعاقد المخل بإلتزامه، والقاضي في المقابل ليس مجبرا على الحكم بالفسخ بل له السلطة التقديرية في ذلك، بالتّالي يمكن للقاضي في حال رفع دعوى الفسخ من طرف الدائن أن يمنح للمدين أجلا للوفاء بإلتزامه، ذلك بعد تأكده من صحة الإجراءات المطلوبة قانونا وتواجد الشّروط اللاّزمة لرفع دعوى الفسخ، دون أن يتقيّد القاضي بآجال محددة يتعيّن عليه أن لا يتجاوزها ولا يجوز الفسخ إذا قام المدين بالوفاء في غضون الأجل الممنوح له، كما يمكن للمدين أن ينفذ إلتزامه قبل صدور الحكم النهائي وللقاضي تقدير هذا التّأخير وفي ما إذا كان هناك محل للحكم بالتعويض عنه[1].

وتقدير الظّروف التي تستدعي منح المدين أجلا مسألة موضوعية تدخل ضمن سلطة القاضي التّقديرية ولا يخضع في شأن ذلك لرقابة المحكمة العليا، طالما أعطى حكمه سببا كافيا لذلك[2].

يتدخل القاضي أيضا لمنح الأجل القضائي بمناسبة دعوى تنفيذ إذ يحق للدائن عند حلول أجل تنفيذ العقد رفع دعوى قضائية يطالب فيها المدين بتنفيذ إلتزامه، بالمقابل يحق للمدين أن يطلب من القاضي منحه أجلا للوفاء بإلتزامه وذلك أثناء الدعوى التي يقيمها الدائن أو عندما يقوم الدائن بمباشرة إجراءات التنفيذ بسند رسمي[3].

وإذا لم يستطيع المدين أن يطلب الأجل القضائي في الدعوى المقامة ضده لا يكون أمامه سوى اللّجوء لرفع دعوى إشكال في التنفيذ، يطلب فيها من القاضي المطروح أمامه الإشكال أن يمنحه أجلا لتنفيذ إلتزامه، لكن في حال ما إذا كان الدائن يباشر حكمه بموجب حكم قابل للتنفيذ

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998 ص691.

[2] طبيب فايزة، مرجع سابق، ص307.

[3] طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة ماجيستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2014-2015، ص21.

فإنّه لا يجوز له ذلك لأنّ الحكم واجب التّنفيذ كما هو وهذا لأنّه لا يجوز للمدين أن يدخر طلب منحه أجلا قضائيا إلى مرحلة تنفيذ الحكم[1].

وقد جاء في نصّ المادة 2/281 من ق.م.ج "غير أنّه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظّروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقفوا التّنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها"[2].

يفهم من خلال هذه المادة أنّه يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا أو عدة آجال للوفاء بالدين على أقساط شريطة أن لا تتجاوز المدة الإجمالية سنة واحدة، كما أنّ المدين في حالة إستفادته من المهلة القضائية، فإنّ جميع إجراءات التنفيذ تتوقف إلى حين إنقضاء المهلة الممنوحة له من طرف القاضي، بحيث لو كان الدائن يقوم بإجراءات التّنفيذ على المدين بموجب سند رسمي ثم مُنحَ للمدين في هذا الوقت مهلة للوفاء، وجب وقف إجراءات التنفيذ إلى حين إنقضاء الأجل الممنوح له.

تجدر الإشارة إلى أنّه ما تمّ من إجراءات قبل منح الأجل يبقى قائما وصحيحا ومرتبا لأثاره وبإنقضاء الأجل دون الوفاء يكون للدائن الحق في مواصلة إجراءات التّنفيذ من حيث تركها موقوفة، دون الحاجة إلى إعادة الإجراءات من جديد[3].

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الأوصاف–الحوالة–الإنقضاء الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن)، ص 784.

[2] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمم، مرجع سابق.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الأوصاف–الحوالة–الإنقضاء، مرجع سابق، ص785.

خاتمة

بعد إتمام دراستنا لموضوع " دور القاضي في مجال العقد المدني"، تبيّن لنا أنّ الإرادة هي جوهر قيام العقد، إذ تلعب دورا مهمّا في إبرامه وتحديد أثاره هذا ما جسّده المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني. فالأصل أنّ المتعاقد لا يلتّزم إلا بما ورد في العقد وفي حدود ما أفصحت عنه إرادته ونيّته الحقيقية حتى ولو كان في مركز ضعيف أثناء التعاقد، غير أنّ هذه الوضعية الأخيرة قد تثير بعض الإشكالات أثناء إبرام العقد أو تنفيذه، الأمر الذي يتطلب تدخل القاضي لإعادة النظر فيما تم الاتفاق عليه بين الطرفين لتحقيق التوازن بينهما.

من أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة نذكر منها:

- ✓ أنّ تدخل القاضي في مجال العقد لا يمسّ بإرادة المتعاقدين، إنّما يسعى من خلاله إلى تحقيق التوازن العقدي.
- ✓ أنّ سلطة القاضي في تعديل العقد ليست مطلقة، بل مقيدة بمجموعة من الضوابط والمعايير التي يتعين عليه مراعاتها في إعمال سلطته.
- ✓ إنّ تدخل القاضي في مرحلة تكوين العقد له طابع وقائي وذلك حماية لإستمرارية العلاقة التعاقدية، أمّا في مرحلة التنفيذ فله طابع علاجي وذلك حتى يحقق العقد هدفه.
- ✓ يتبين من خلال النصوص القانونية التي إعتمدنا عليها في هذه الدراسة أنّ سلطة القاضي في العقود المدنية سلطة جوازية.

وفيما يلي نقدم بعض الاقتراحات:

- ✓ إدراج المشرع الجزائري في نص المادة 111 من القانون المدني المعايير التي يعتمدها القاضي للتمييز ما بين العبارات الواضحة عن العبارات الغامضة.
- ✓ إضافة مادة قانونية متعلقة بسلطة القاضي في تكييف العقد، على إعتبار أنّ قواعد القانون المدني جاءت خالية من ذلك، وأنّ المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تفي بالغرض المطلوب.

- ✓ مراجعة وتعديل شرط العمومية الوارد في نص المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري، ذلك حتى يتسنى للقاضي إعمال سلطته التقديرية بتكييف كل حالة على حدى فينقص الالتزام أو يزيد فيه أو يوقف التنفيذ إلى حين زوال الظرف الطارئ.
- ✓ تبيان الحالات التي تدخل ضمن الظروف الطارئة ضمن المادة 107 أو في نص قانوني منفصل عنه.
- ✓ إعادة النظر في نص المادة 185 من القانون المدني الجزائري والنصّ على حكم إرتكاب المدين لخطأ يسير يسبب ضررا فادحا للدائن، مع ضرورة تحديد المعايير التي يعتمد عليها القاضي لاعتبار الخطأ جسيما أو يسيرا.

قائمة المراجع

أولا: باللّغة العربية

I. القرآن الكريم

II. الكتب

1) أحمد إبراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1999،

2) أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون الأردني(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2005.

3) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

4) ـــــــــــ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري وفق أخر التعديلات، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر، 2014.

5) ـــــــــــ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية للعقد والإرادة المنفردة، طبعة الثانية، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر، 2015.

6) ـــــــــــ، مصادر الإلتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والإجتهادات القضائية العربية والفرنسية (دراسة مقارنة)، المصادر الإرادية–العقد والإرادة المنفردة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015.

7) بودالي محمد، الشروط التّعسفيّة في العقود في القانون المدني الجزائري–دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر–، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر، 2010.

8) توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، دون سنة النشر.

9) جلال الدين السيوطي، جلال الدين المحلي، تفسير الإمامين الجلالين، حققه ونسقة الشيخ محمد الصادق القمحاوي.

10) خالد عبد حسين الحديثي، تكملة العقد –دراسة مقارنة–، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2012.

11) خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في القانون المدني، مصادر الإلتزام، الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

12) رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

13) رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

14) زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي في بعض المسائل، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر، 2014.

15) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، أحكام الإلتزام، الجزء الرابع الطبعة الثانية، دار الكتاب الحديث للنشر والتوزيع، مصر، 1992.

16) عامر علي أبورمان، دور القاضي في إستكمال العقد في القانون المدن –دراسة مقارنة –، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2015.

17) عبد الحكم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1993.

18) ــــــــــــ، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002.

19) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة النشر.

20) ــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات– أثار الالتزام، الجزء الثاني، درا النهضة العربية، القاهرة، 1938.

21) ــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام الأوصاف–الحوالة–الإنقضاء، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة النشر.

22) ــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة النشر.

23) ــــــــــــــــ، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

24) عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد –دراسة مقارنة –، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت 2012.

25) علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2003.

26) علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

27) علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام أحكام الالتزام، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.

28) فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، مطابع حلي، دون بلد النشر، 1999.

29) لحلو خيار غنيمة، نظرية العقد، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

30) محمد الصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار الهدى للتوزيع والنشر، الجزائر، دون سنة النشر.

31) محمد الكشبور، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة من وحي حرب الخليج، دون دار نشر، مراكش، 1993.

32) محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر،2002.

33) محمد شتا أبو السعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون سنة النشر.

34) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية(دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

III. الرسائل والمذكرات الجامعية

أ-الأطروحات الجامعية

1) إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره- دراسة مقارنة- رسالة مقدمة لنيل دكتوراه في القانون والسياسة، شعبة الأنظمة، جامعة الامام محمد بن السعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2003.

2) بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011.

3) دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد –دراسة مقارنة– ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2015–2016.

4) سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم القانون تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2015–2016.

5) طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، قانون خاص، جامعة عبد الرحمن بن باديس مستغانم، 2018–2019.

6) فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2002.

7) مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي – دراسة مقارنة –، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، جامعة السانيا، وهران 2008–2009.

ب– المذكرات الجامعية

– مذكرات الماجستير

1) بلبشير هجيرة، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013–2014.

2) خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد(دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017.

3) دعاء موسى عبد الرحمن برهم، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية –دراسة مقارنة–، رسالة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة 2018–2019.

4) زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، مذكرة الماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.

5) طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2014-2015.

6) عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2015-2016.

7) علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير مقدمة إستكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

8) قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015.

- مذكرات الماستر

1) بخدومة حكيمة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص أساسي، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم 2016-2017.

2) جعفري بلال، سلطة القاضي الوطني في تعديل العقد الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017-2018 .

3) زناش ليلى، فرحاوي ايمان، أحكام نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة 8 ماي 1945، قالمة 2018-2019.

4) سهيلة لخضر، دور القاضي في العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص جامعة عبد الحميد بن باديس، مسغانم، 2018-2019.

5) صاغي زينة، مقري نسيمة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013-2014.

6) فداق عبد الله، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم 2017-2018.

IV. المقالات

1) بردان رشيد، بوراس نجية، القاضي وتفسير العقد، "مجلة القانون والمجتمع والسلطة "، المجلد07، العدد01، جامعة سيدي بلعباس، 2018، ص.ص.7-25.

2) بن يحي شارف، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، "الأكادمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية"، المجلد02، العدد02 جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2010، ص.ص.46-56.

3) جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا عليه "مجلة قانون العمل والتشغيل"، المجلد03، العدد01، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم 2018، ص.ص.416-427.

4) دزيري إبتسام، سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، المجلد12، العدد01، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018، ص.ص.135-156.

5) رجاء عيساوي، نطاق فكرة إستكمال العقد وأبعادها، "المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد" مجلد03، العدد01، 2018، ص.ص.163-187.

6) فاضل خديجة، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، "مجلة حوليات" المجلد30، العدد03، جامعة الجزائر1، الجزائر، دون سنة النشر، ص.ص.305-330.

7) محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي -بحث مقارن- "مجلة المجمع الفقهي الإسلامي"، العدد 03، بيروت، دون سنة النشر، ص.ص.121-181.

V. النصوص القانونية

1) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78 مؤرخ في 30 سبتمبر1975، معدل ومتمم.

2) أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
3) أمر رقم 03-05، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ج.ر.ج.ج عدد 44، مؤرخ في 23 يوليو 2003 .
4) قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر.ج.ج عدد17 مؤرخ في 25 أبريل 1990، معدّل ومتمم.
5) قانون رقم 04 -02، مؤرخ في23 يونيو2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج. ر.ج .ج عدد41، مؤرخ في 27 يونيو2004، معدّل ومتمم.
6) قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر.ج.ج عدد 21، مؤرخ في 23 أبريل 2008.
7) مرسوم تنفيذي رقم06-306، مؤرخ في 10سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر.ج .ج عدد 56 مؤرخ في11 سبتمبر2006.

VI. الأحكام والقرارات القضائية

1) قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ، ملف رقم 33528، مؤرخ في 1985/04/03 مجلة المحكمة العليا، العدد الرابع، 1989.
2) قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 149300، مؤرخ في 1997/7/23 مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 1997.
3) قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 427599، مؤرخ في 2008/09/17 مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009.
4) قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 446655، مؤرخ في 2008/12/24 مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009.
5) قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0771640، مؤرخ في 2013/05/09 مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2013.

VII.المواقع الإلكترونية

1) المرسوم التشريعي 84، المؤرخ سنة 1949، المتضمن القانون المدني السوري، الصادر في 1949/05/18 الوارد في:
www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=201&nid=12162&ref=tree
تم الإطلاع عليه في 2020/07/22 على الساعة 00:06.

ثانيا: باللّغة الفرنسية

I. Articles :

1) AURELIEN Bamdé, « L'interprétation du contrat et le juge », consulté sur le site :
https://aurelienbamde.com/2017/07/10/linterpretation-du-contrat-et-le-juge/

2) LEFEBVRE Brigitte, «le contrat d'adhésion » , *La Revue du Notariat* N° 01, Vol. 105, septembre 2003 , pp.443-490.

II. Sites internet :

1) Code civil francais , vue sur le site :
https://www.codes-et-lois.fr/code-civil/
consulté le 18/08/2020 a 03 :59.

فهرس

العـنـــوان **الصفحة**

مقدمة..... 1

الفصل الأول: سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد..... 5

المبحث الأول: سلطة القاضي في التعديل 7

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والإستغلال..... 8

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن..... 9

أولا: شروط الغبن 10

ثانيا: الحالات التي يجوز الطعن فيها بالغبن..... 10

ثالثا: دور القاضي في رفع الغبن..... 12

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الإستغلال..... 14

أولا: شروط الإستغلال..... 14

ثانيا: دور القاضي في رفع الإستغلال..... 16

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التّعسفيّة..... 17

الفرع الأول: شروط تدخل القاضي لتعديل الشروط التّعسفيّة..... 19

أولا:أن يتعلق النزاع بعقد إذعان..... 19

ثانيا:أن يتضمّن العقد شروط تّعسفيّة..... 20

الفرع الثاني: تحديد الشروط التّعسفيّة..... 21

أولا:الأسلوب التشريعي..... 22

ثانيا:الأسلوب الإداري..... 24

ثالثا:الأسلوب القضائي..... 25

الفرع الثالث: صور تدخل القاضي في حالة وجود الشروط التّعسفيّة..... 26

أولا:تعديل الشرط التعسفي..... 26

ثانيا:إلغاء الشرط التعسفي..... 27

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تحديد مضمون العقد..... 30
المطلب الأول: سلطة القاضي في تفسير العقد..... 31
الفرع الأول: تدخل القاضي لتفسير عبارات العقد..... 32
أولا: حالة العبارات الواضحة..... 32
ثانيا: حالة العبارات الغامضة..... 34
الفرع الثاني: العوامل التي يعتمد عليها القاضي في تفسير العقد..... 36
أولا: طبيعة التعامل..... 36
ثانيا: الأمانة والثقة..... 37
ثالثا: العرف الجاري في المعاملات..... 38
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تكييف العقد..... 39
الفرع الأول: دور القاضي في تكييف العقد..... 40
أولا: القاضي ملزم بتكييف العقد..... 40
ثانيا: القاضي غير ملزم بالتقيّد بتكييف الخصوم..... 41
ثالثا: القاضي مقيّد بالتكييف وفقا للقانون..... 42
الفرع الثاني: العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تكييفه للعقد..... 43
أولا: صفة المتعاقدين..... 44
ثانيا: شكل العقد..... 44
ثالثا: تحديد الإلتزام..... 45
الفصل الثاني: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد..... 47
المبحث الأول: سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد..... 49
المطلب الأول: شروط إستكمال العقد..... 50
الفرع الأول: الإتفاق على المسائل الجوهرية..... 51
أولا: المسائل الجوهرية في العقود المسماة..... 52

ثانيا: المسائل الجوهرية في العقود الغير مسماة..... 53
الفرع الثاني: الإحتفاظ بمسائل تفصيلية..... 54
أولا: عدم التعرض للمسائل التفصيلية..... 55
ثانيا: تأجيل البتّ في المسائل التفصيلية..... 55
ثالثا:حالة وجود خلاف حول المسائل التفصيلية..... 56
المطلب الثاني: ضوابط إستكمال العقد..... 57
الفرع الأول: تحقق القاضي من توفر شروط الإستكمال..... 58
الفرع الثاني : المصادر التي يستهدي بها القاضي في..... 59
أولا: طبيعة المعاملة..... 60
ثانيا: القانون..... 61
ثالثا: العرف..... 61
رابعا: مبادئ العدالة..... 62
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئ
وفي التعويض الإتفاقي والأجل القضائي..... 64
المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة..... 65
الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة..... 66
أولا: شروط متعلقة بالظرف الطارئ بحد ذاته..... 67
ثانيا: شروط متعلقة بالمتعاقد..... 69
الفرع الثاني: تدخل القاضي لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول..... 71
أولا: ضوابط سلطة القاضي في رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول..... 72
ثانيا: وسائل القاضي في رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول..... 73
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي
ومنح الأجل القضائي..... 76

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي..... **77**
أولا: تخفيض قيمة التعويض الإتفاقي..... **78**
ثانيا: زيادة التعويض الإتفاقي..... **80**
الفرع الثاني: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي..... **81**
أولا: شروط منح القاضي للأجل القضائي..... **82**
ثانيا: سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ العقد..... **84**
خاتمة..... **87**
قائمة المراجع..... **90**
الفهرس..... **100**
الملخص.....

الملخص

تناولنا في هذه الدراسة سلطة القاضي في مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه بإعتبارها إستثناء عن مبدأ سلطان الإرادة، حيث سمح له المشرع بالتدخل بمقتضى القانون لتعديل الإلتزامات العقدية حتى يحقق التوازن في العقد ويحافظ على الروابط العقدية.

Résumé

Dans cette étude, nous avons traité de l'autorité du juge aux stades de la formation et de l'exécution du contrat comme étant une exception au principe de l'autorité de la volonté, puisque le législateur lui a permis d'y intervenir conformément à la loi et de modifier les obligations contractuelles afin de parvenir à l'équilibre contractuel.