وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون- تيارت

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة الحقوق

التخصص: قانون خاص معمق

تحت عنوان:

السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد

من إعداد الطالب:

❖ **بوصرصارة لخضر**

تحت إشراف الدكتور:

بوغرارة الصالح

الأعضاء	الرتبة	الصفة
أ. عابدي عبد الله	أستاذ محاضر –أ–	رئيسا
د. بوغرارة الصالح	أستاذ تعليم عالي	مشرفا ومقررا
أ. ويس فتحي	أستاذ تعليم عالي	عضوا مناقشا
أ. مقني بن عمار	أستاذ تعليم العالي	عضوا مدعو

السنة الجامعية: 2023م– 2024م.

شكر وعرفان

في هذا المقام لا يسعني الا ان أتقدم بالشكر لمن مهد لي طريق العلم والمعرفة؛ جميع أساتذتي الأفاضل لكم مني شكر وعرفان على ما بذلتموه في سبيل ما أنا عليه اليوم، كل باسمه وجميل وسمه.

وأخص بالذكر الأستاذ الفاضل بوغرارة الصالح الذي رافقني في كل صغيرة وكبيرة لإتمام هذا البحث ولم يبخل على بتوجيهاته ونصائحه.

شكرا لكل من دعمني ولو بكلمة، وشكرا لمن كان سندا ولو كان معنويا

شكرا لكل من كان له جميل الأثر فيما نحن عليه اليوم..

إهداء

إلى من أفضلها على نفسي، ولم لا فقد ضحت من أجلي

ولم تدخر جهدا في سبيل إسعادي على الدوام (أمي الحبيبة)

نسير في دروب الحياة، ويبقى من يسيطر على أذهاننا في كل

مسلك نسلكه

صاحب الوجه الطيب، والأفعال الحسنة فلم يبخل على طيلة

حياته (أبي العزيز)

إلى أصدقائي، وجميع من وقف بجواري وساندني بكل ما يملك

إلى الأساتذة الذين رافقوني طيلة مشواري الدراسي

أقدم لكم هذا البحث وكلي أمل أن يحوز رضاكم.

بوصرصارة لخضر

الملخص:

السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد"، حيث تسلط الضوء على دور القاضي في التدخل لتعديل العقود في بعض الحالات المحددة، يتم اســتعراض القاعدة العامة للعقد ومبدأ احترام إرادة الأطراف، ومع ذلك، يتم تحديد الحالات التي يســـمح فيها للقاضـــي بالتدخل بموجب نصـوص صـريحة لإعادة التوازن إلى العقد وحماية الأطراف. تتضـمن هذه الحالات الغبن الناتج عن الاستغلال، الشروط التعسفية في العقود، الظروف الطارئة، وتضـمين العقد شروطًا جزائية مفرطة. يتم تسليط الضوء أيضًا على دور القاضي في الحفاظ على استمرارية العلاقة التعاقدية من خلال منح الأجل القضائي كوسيلة لإصلاح العقد.

الكلمات المفتاحية: القاضي – السلطة التقديرية – القاعدة العامة للعقد – إرادة الأفراد .

Abstract

This paper sheds light on the role of the judge in intervening to modify contracts in certain specified cases. It reviews the general principle of contracts and the principle of respecting the parties' will. However, it identifies the cases in which the judge is allowed to intervene by virtue of explicit provisions to restore balance to the contract and protect the parties. These cases include exploitation-induced injustice, arbitrary conditions in contracts, emergency circumstances, and the inclusion of excessively punitive clauses in contracts. The paper also highlights the judge's role in maintaining the continuity of contractual relationships by granting judicial deadlines as a means of contract rectification.

Keywords: Judge - Discretionary Authority - General Principle of Contracts - Individual Will

قائمة المختصرات: باللغة العربية

ج	الجزء
ج. و	الجريدة الرسمية
د.د.ن	دون دار نشر
د.س.ن	دون سنة نشر
ص	الصفحة
ط	الطبعة
ع	العدد
غ. م	الغرفة المدنية
غ ت ب	الغرفة التجارية والبحرية
ق.إ.م.!	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.م	القانون المدني
م.ق	المجلة القضائية
م . م . ع	مجلة المحكمة العليا

مقدمة

العقد هو الوسيلة المثلى لإشباع حاجات الأفراد حيث يسعى كل طرف إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح على اعتبار أنهم أعلم الناس بمصالحهم ما داموا متساويين أمام القانون مما يجعلهم يضعون العدالة بأنفسهم وهذا تجسده المقولة الشهيرة العقد هو العدل.

فيعرفه الفقه على انه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 54[1] القانون المدني بقوله: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عده أشخاص نحو شخص أو عده أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما."

يقوم العقد على مبدأ سلطان الارادة ويعني ذلك أن للمتعاقدين الحرية المطلقة في إبرام العقود وتحديد الالتزامات التعاقدية بتضمين العقد ما شاء من بنود وشروط سواء تعلق الأمر بموضوع الالتزام أو آجال تنفيذه، وحسب أنصار هذا المبدأ لا أحد يراعي التوازن العقدي أكثر من المتعاقد ذاته ومن ثم فان القاعدة هي حرية التعاقد.

مبدأ سلطان الإرادة يقوم بدوره على عنصرين أساسيين، أولهما هو كيفية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية وهو ما يعبر عنه ب "مبدأ الرضائية"؛ وثانيهما قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانوني وهو ما يعبر عنه بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

حيث أن للعقد قوة ملزمة يكتسبها من إرادة المتعاقدين واتجاههما إلى ترتيب آثاره ومن ثم لا يمكن لفظ العقد أو تعديله إلا وفقا لاتفاق الطرفين، أو للأسباب يقرها القانون بحيث يقوم الأطراف بتنفيذ التزاماتهم وفقا لما جرى عليه الاتفاق في العقد.

وكان مبدأ سلطان الإرادة المبدأ المهين على حياة العقد منذ نشأته إلى غاية تنفيذه، إلا إن تغير العوامل الاجتماعية والسياسية والإقتصادية في المجتمعات الحديثة بفعل التطور العلمي وظهور العولمة جعل مبدأ سلطان الإرادة لا يتلائم مع الواقع المعاش كما أن تطبيقه الصارم ترتب عنه الكثير من النتائج السلبية أهمها استغلال القوي للضعيف بسبب فرضية المساواة بين أطراف العقد.

[1] المادة 54 من القانون المدني.

هذه المستجدات كانت دافعا قويا لإعادة النظر في أسس مبدأ سلطان الإرادة وقواعده ولا سيما مبدأ القوة الملزمة للعقد وبدأت تظهر أفكار جديدة من أهمها التواجد العقدي مما دفع الأطراف والمشرع والقاضي إلى البحث عن وسائل وآليات بديلة تضمن حماية مصالح المتعاقدين وفي نفس الوقت تحافظ على استمرارية العقد ذلك أن الحلول التقليدية مثل البطلان والفسخ لم تعد توفر الحماية الكافية للمتعاقد الضعيف.

ولعل من أهم الوسائل التي تعيد التوازن إلى العقد هي وسيلة التعديل؛ فالتعديل بمفهومه القانوني هو ذاك الإجراء الذي يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عدة عناصر من العقد أو بند من بنوده وذلك بالإنقاص أو الزيادة.

كما عرفه الفقه على انه استبدال بعض الشروط في العقد الأصلي بشروط أخرى أكثر مرونة بغرض مواجهه الصعوبات التي قد تعترض الأطراف بغية تحقيق الهدف من العقد ومراعاة مصالح الأطراف.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اقرها وسيله للتعديل في المادة 106[2] من القانون المدني التي تنص على: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون."

يستخلص من نص المادة 106 أعلاه أن تعديل العقد يعتبر وسيلة لإعادة تنظيم العقد وضمان توازنه الاقتصادي فيمكن للأطراف التدخل لحماية مصالحهم المشتركة من خلال التعديل أثناء إبرام العقد في صورة اتفاق مستقل أو في صورة بند يتضمنه ذلك العقد كما يمكن لأطراف العقد إدراج بنود لاحقه أثناء تنفيذ العقد.

كما أجاز المشرع كاستثناء للقاضي التدخل لتعديل العقد إذا ما اختل توازنه الاقتصادي وهو ما يعرف بالتعديل القضائي للعقد، وهذا التصرف الذي يقوم به القاضي بناء على سلطته التقديرية لا يكون إلا بنص صريح من قبل المشرع وفي حالات محددة على سبيل الحصر، وهو ما سيكون مجال أو موضوع دراستنا.

[2] المادة 106 من القانون المدني.

فالقاضي يتدخل لتعديل العقد متى وجد نفسه أمام حالة من حالات اختلال التوازن العقدي سواء في مرحلة إبرام العقد في حالة ما إذا كان أحد أطرافه مضطرا للتعاقد في ظل ظرف من الظروف، فيستغل الطرف الآخر ذلك، ويشكل غبنا على الطرف الأول ما يجعل تنفيذ الالتزام أو تحمله يفوق ما اكسبه من حقوق بدرجة كبيرة؛ أو يكون أحد أطراف العقد محتكرا لسلعة أو خدمة فيفرض شروطه ويذعن لها الطرف الأخر.

كما يجوز للقاضي التدخل في مرحلة تنفيذ العقد إذا ما حدثت ظروف طارئة لم تكن في الحسبان توقعها عند إبرام العقد تسببت بخسارة فادحة للمدين إذا ما نفذ العقد وفق الشروط المتفق عليها أو تضمن العقد شرطا جزئيا فيه مغالاة وعبنا لأحد أطراف العقد أو كانت حالة المدين لا تسمح له بالوفاء في تلك الفترة التي حل فيها اجل الوفاء لظرف من الظروف.

فهذه الحالات تستدعي تدخل القاضي لرفع الضرر عن المتعاقد المضرور وتنفيذ العقد على أحسن وجه بحيث ينعكس أثره على المجتمع ولا يقتصر أثره على الطرفين لذا كان واجبا على المشرع التدخل لتنظيم إحكامه وحيطته في مراقبه مضمون العقد تجسدت في منح القاضي سلطة التدخل في تعديله كاستثناء يرد على القوة الملزمة للعقد.

ويعتبر الأساس القانوني لتدخل القاضي في تعديل العقد أمرا ذو أهمية بالغة لما من شأنه المساهمة في بناء نظرية التعديل القضائي للعقد حيث يعتبر السبب الدافع الباعث إلى التعاقد هي عدم وجود التفاوت بين أداء المتعاقدين في المرحلتين وتحقيق المساواة بين الطرفين.

السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد تتوسع وتضيق بحسب القيود وهذا يعد استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يلزم القاضي بعدم التدخل في العقود كقاعدة عامة.

من خلال ما سبق الاشارة إليه تظهر أهمية البحث في هذا الموضوع في إعادة التوازن العقدي وإيجاد وسائل تضمن حماية المصلحة المشتركة بين إطراف إلا أننا واجهنا صعوبات في تشعب هذا الموضوع وقلة الاجتهادات القضائية لا سيما في عقود الإذعان.

لكن رغم هذه العقبات حاولنا مناقشة الإشكالية التي يطرحها موضوع مذكرتنا والمتمثلة في: كيف يمكن للقاضي التدخل في عملية تعديل ما تبنى عليه إرادة أطراف العقد في التشريع الجزائري؟

والإجابة على هذه الإشكالية تقتضي منا الاعتماد على المنهج التحليلي لإبراز وفهم أحكام النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، فقمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين، أولهما تحت عنوان سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة إبرامه، أما الفصل الثاني عنوناه بـ: سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء تنفيذه.

الفصل الأول

"سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء مرحلة الإبرام"

تمهيد

سبق القول أنه طبقا للقوة الملزمة للعقد وبعد أن كان مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ المهيمن على العلاقة التعاقدية، بحيث لا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق الأطراف، أي أنه لا يجوز للقاضي تعديل العقد أو إنهائه كأصل عام؛ حيث أن أطراف العقد هي التي تحدد مستقبل الروابط القانونية التعاقدية التي تجمعهم تطبيقا لمبدئي سلطان الارادة والقوة الملزمة للعقد وهذا ما نستشفه من نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين وللأسباب الذي يقرها القانون أي انه لا يجوز للقاضي ولا لأحد طرفي العقد التدخل في مضمون العقد بتعديله أو إنهائه، إلا أنه ومن قبيل الاستثناء ونظرا لاعتبارات العدالة والصالح العام وحماية الطرف الضعيف رخص المشرع الجزائري للقاضي ومنح له سلطة التعديل في بعض الحالات التي يكون فيها خلل في التوازن العقدي بحيث أصبح للقاضي اليوم دورا ايجابيا يتمثل في مراقبة وتعديل العقود منذ إبرامها وخلال تنفيذها إلى غاية انقضائها .

حيث تتسم سلطة القاضي أثناء إبرام العقد بطبيعة وقائية تتمثل في حماية مسبقة للطرف الضعيف في العقد وذلك لأن المتعاقدين سيضعفان باعتبارهما عند إقدامهما على إبرام عقد من العقود لذا حول القانون للقاضي ومنحه سلطة مراجعته أو تعديله، فيحرص منذ البداية على أن يضمن لعقدهما الاستمرار وأن يلتزم حدود القانون تجنبا لأي عارض أو سبب يؤدي إلى تعديل تعاقدهما.

ولعل أبرز تدخل القاضي لتعديل العقد في هذه المرحلة لوقوع أحد الأطراف في الغبن أو الاستغلال (المبحث الأول) أو إما لتضمين عقد من عقود الإذعان شروط تعسفية مرهقه للطرف الضعيف (المبحث الثاني).

المبحث الأول: السـلطة التقديرية للقاضـي في تعديل العقد بسـبب الغبن الناتج عن الاستغلال

يتم العقد بعد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتها ولكي يكون العقد صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية لابد من صحة التراضي والعبرة فيه هي بسلامة رضاء المتعاقد من العيوب المعروفة بعيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه، كما أدرج المشرع حالة أخرى حديثة نسبيا تسمى بالاستغلال[1] نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري بنصها : { إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن. [2]

يعرف الاستغلال على أنه استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يدفع المتعاقد إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض.

ولعل أهم ما يتميز عيب الاستغلال عن قيمة العيوب الأخرى ما يلي:

أولا: أن المشرع ربط عيب الاستغلال بالغبن فإذا وقع أحد المتعاقدين ضحية استغلال من جانب المتعاقد الأخر فلا يكنه طلب إدخال العقد أو الإنقاص من التزاماته إلا إذا أدى ذلك الاستغلال إلى وقوعه في غبن فإن لم يقع في غبن كان العقد صحيحا ومنتجا لأثاره.

---

[1]–محفوظ لعشب بن حامد، المبادئ العامة للقانون المدني للقانون المدني الجزائري، ط3، الجزائر، 2006، ص 178

[2]–أمر رقم 75–58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975، معدل ومتمم بـ: القانون رقم 83–01 المؤرخ في 29 يناير سنة 1983 والقانون رقم 88–14 المؤرخ في 3 مايو سنة 1988 والقانون رقم 89–01 المؤرخ في 7 فبراير سنة 1989 والقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 والقانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

ثانيا: أنه وفضلا عن حق المتعاقد المغبون في طلب إبصال العقد أعطى القاضي سلطة التدخل لتعديل العقد بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون خروجا عن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" كما منحه سلطة تقدير العرض الكافي لرفع الغبن اتقاء لإبطال العقد.

لذلك سنتطرق في هذا المبحث لشروط تدخل القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال (مطلب أول) ومدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال (مطلب ثاني).

المطلب الأول: شروط تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال.

لقد تدخل المشرع لتنظيم العلاقة التعاقدية متوخيا في ذلك احترام حرية الأطراف من جهة أو إعادة التوازن في العقد الذي اختل نتيجة التفاوت الكبير بين التزامات لتعديل العقد رفعا لهذا الغبن إذا كان ناتجا عن استغلال الغبن النفسي للمتعاقد المغبون.[1]

باستقراء نص المادة 90 ق.م.ج نجد أنها تضمنت الشروط التي من شأنها توافرها السماح للقاضي بالتدخل لإعادة سلطته في تعديل العقد، وهذه الشروط هي إصابة المتعاقدين يغبن (الفرع الأول)، بسبب استغلال ضعفه النفسي من طرف المتعاقد الأخر، وأن يكون هذا الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد (الفرع الثاني).

لذلك سنتعرض فتمايلي لدراسة كل شرط من هذه الشروط بنوع من التفصيل.

الفرع الأول: إصابة أحد المتعاقدين بغبن

إن الشرط الأول الذي نصت المادة 90 ق.م. الذي يمنح القاضي سلطة التدخل لتعديل العقد هو اختلال التوازن بين الالتزامات العقدية للمتعاقدين أو الفائدة المتحصل عليها من العقد اختلال فادحا، وهو ما يعرف بالغبن وهذا ما يدفعنا للبحث عن تعريف الغبن وتحديد أنواعه (أولا) ثم البحث تقدير المشرع لتفاوت المؤدي إلى الاختلال.[2]

[1] – عرعارة عسالي، نظرية الاستغلال، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية معهد الحقوق والعلوم الادارية، بن عكنون، الجزائر، 1997، ص 3.

[2] – علي بن هادية وبلحسين البليش، القاموس الجديد، ط 7، المؤسسة للكتاب، الجزائر، ص 720.

أولا: تعريف الغبن وتحديد أنواعه.

أ- تعريف الغبن:

تعتبر الفقرة الأولى من المادة 90 ق.م تعريفا للغبن الذي يعتبر العنصـــر المادي لنظرية الاستغلال، حيث عرفه المشرع على أنه تفاوت الكثير في النسبية مع ما يحصل عليه المتقاعد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر، كما أطلق المشـــرع على ضحية الاستغلال وصف المغبون.

أما الفقه فيعرفه على أنه اختل التوازن الاقتصـــادي في عقد المعاودة نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل متعاقدين فيه وما يعطيه فهو غابن إذا أخر أكثر مما أخطا وهو مغبون إذا أعطى أكثر مما اخذ ويعتبر الغبن المظهر المادي للاســـتغلال بحيث يتميز عنه بميزتين أساسيتين:

- **الميزة الأولى** إن الغبن لا يتصـــور في عقد التبرع فهو لا يقع إلا في عقده في عقود المعاوضـــة لان المنعقد فيها يقدم أداء معين دون مقابل فحين إن الاســتغلال يقع في جميع العقود.

- **الميزة الثانية** إن الغبن يقاس بمعيار مادي فينظر فيه إلى ما بين الادعاءات المتقابلة من تفوت في القيمة المادية في حين إن الاستغلال أمر نفسه يقاس بالمعيار الشخص لامادي فهو عبارة عن اســـتغلال أحد المتعاقدين لحاله الضـــعف الذي يوجد فيها التعاقد الأخر للحصـــول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تفاوت مع هذه المنفعة التفاوت غير مألوف.[1]

وبهذا وصـــل إلى إن الغبن عيب في العقد ذاته وليس عيبا في الارادة فهو يتحقق بمنتزه تفوت المادي بغض النظر عما إذا كانت أراده المغبون سليمة أو مشبوهة بأي عيب من عيوب الارادة إما في الاســتغلال فلا ينظر إلى عدم تعادل بين الالتزامات في حديده بل

[1] - علي بن هادية، مرجع سابق، ص 655.

باعتباره لأنه فضـلا عن عدم التعادل لابد إن يسـتغل أحد الطرفين حالة الضـعف التي يوجد فيها الطرف الأخر بحيث تفسر إرادته فيدفعه إلى التعاقد تحت تأثير هذا الاستغلال.

ب/ أنواع الغبن:

لقد سلك المشرع عن مدني الجزائري الطريق الذي سارد عليه القوانين الجديدة فأخذ يفكر الاســـتغلال كعيب عام في الارادة متى ثبت الطيش البين او الهواء الجامع المادة 90 قانون المدني وذلك مع الإبقاء على بعض الحالات المادي بمقتضى نصوص قانونيه خاصة متفرقة حيث المادة 91 القانون المدني على انه بداعي في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالإحكام في الغبن في البعض العقود

من خلال اســـتقراء النص المادتين 90 –91 من القانون المدني يتبين أن هناك نوعين من الغبن يختلفان من الناحية القانونية إذ أن هناك نوع من الغبن يســـتدعي تدخل القاضي لتعديل لتعديل العقد وهو ما يسمى عند الفقهاء بالغبن الاستغلالي في حين لا يتدخل القاضـي في النوع الثاني الذي أطلق عليه اسم الغبن المجرد لذلك لا بد من التطرق للحالتين لتوضيح المسألة بدقه وتحديد الغبن المقصود بالدراسة.[1]

- **الغبن المجرد:**

الغبن كما ســـبق تعريفه هو عدم تعادل ما يأخذه أحد الأطراف في العقد مقارنةً بما يعطيه، وهذا ينطبق فقط على العقود المعاوضـــة إذ أن من طبيعة هذه العقود أن يكون فيها تبادل متعادل. يُنظر إلى الغبن نظرة مادية، وهو يُحدد بدرجات معينة مثل الخمس أو الربع أو النصف إلى آخره.

والعقد غير العادل يُصلح بفكرة النظام العام. فطالما اتضح وجود غبن في العقد، فإن القضاء لا يملك التدخل في تعديله، وإنما كل ما يملكه هو إبطال العقد إذا لم يتم تكملة الثمن من قِبل الطرف الذي أحدث الغبن.

[1] – العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 467

وقد اخذ المشرع الجزائري على عقود المعينة على سبيل الحصر وهي حاله بيع عقار يزيد عن الخبز المادة 358 من قانون المدين الجزائري القسمة الرضائية المادة 732 مدني شرط الأسد مادتين 42 426 مدني جزائري اجروا الوكيل طبقا لماذا 581 فقره مدنيه 584 من القانون المدني في جميع هذه الحالات جعل تقديره الغبن بالمعيار المهدي الموضـــوعي للشخصي كما هو الحال في الاستغلال ويكون الجزائر إما إبطال العقد أو تكبيده الثمن ولا تظهر إي سلطة للقاضي في تعديل العقد في هذه الحالة.

- الغبن الناتج عن الاستغلال (الغبن الاستغلالي):

إذا كان الغبن المجرد لما سبق القول يؤسسوا على واقعه عدم التوازن بين الادعاءات المتقابلة في العقد ومعياره مادي بحيث عن الاســتغلال لا ينظر عند تقديره إذا قيمه شـــيء ماديه بل إلى قيمته الشخصية باعتبار ظروف تعاقده في الغبن لا يقع إلا إذا أعطى شخص ثمنا أكبر من القيمة الشـخصـية للشـيء وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهما في قيمته[1]، أو مخدوعا فيها أو مضطرا إلى التعاقد، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو عدم تجربة.

وفقا للنظرية الموضـــوعية للغبن، نظرية مادية محددة برقم كالخمس أو الربع أو النصف، والغبن الذي يصل هذه الدرجة هو الذي يعتد به ويكون جزاؤه إلزام المتعاقد الغابن بتكملة الثمن فالغبن المجرد لا تراعى فيه الظروف النفسية للمتعاقد المغبون وإنما يكتفي بعدم التعادل المادي فقط، وهو تقدير حســـابي مقدر بالنظر إلى البدل الذي يعطيه المتعاقد ولا يكون متناسبا مع القيمة الحقيقية وكذلك عقد المقايضة الذي رتب عليه المشرع سريان أحكام عقد البيع بموجب نص المادة 415 من القانون المدني، فقياســـا على الغبن في بيع العقار يترتب على ذلك إذا كانت الأشـياء المقايض فيها غير متســاوية القيمة، ما يجعل التزامات المتعاقدين لا تتعادل البتة ووصـــل التفاوت بين القيمتين إلى حد وقوع الغبن في تقدير

[1] – عبد الرزاق الســنهوري، نظرية الالتزام بوجه العام، مصـــادر الالتزام، الجزء الاول، دار النهضـــة العربية، القاهرة، 1981، ص 478.

المتعاقدين، جاز للمتعاقد المغبون أن يرفع دعوى الغبن متى توافرت شروطها، وكذلك القسمة الاتفاقية.

فالعقد المعيب بالغبن المجرد لا يمكن للقاضـــي التدخل لتعديله ولا يمكن للمتعاقد المغبون طلب ابطاله بل يكون أمام هذا الأخير إذا كنا أمام حالة بيع عقار مثلا حق طلب تكملة الثمن، ويقع عليه عبء إثبات عدم التعادل بين المبيع والثمن[1] .

وتتخذ درجة تحديد الاختلال في التوازن بين الالتزامات المتقابلة في العقد معيارا مرنا، فهي لا تحدد برقم يجب أن يصـــل إليه الغبن كما هو الشـــأن في الغبن المجرد، وإنما تشـــترك لظروف كل حالة، وتجدر الإشـارة إلى أن سـلطة القاضـي عند تقدير الغبن في هذه الحالة تكون أكثر إطلاقا منها في الغبن المجرد، وتعتبر من بين أهم مجالات تدخل القاضـــي في تعديل العقد.

أخذ المشـرع الجزائري بنظرية الاسـتغلال كعيب عام يمكن أن يؤثر في جميع العقود في المادة 90 من القانون المدني، واحتفظ بالتطبيقات التقليدية للغبن في حالات محددة[2] .

وعليه يمكن القول بأن ســـلطة القاضـــي مســـتبعدة في تعديل العقد في خالة الغبن المجرد، في حين نجد أن القاضي يمارس هذه السلطة كاملة لرفع الغبن الناتج عن الاستغلال وإعادة التوازن إلى العقد متى توافرت الشروط المقررة قانونا:

-التفاوت بين التزامات المتعاقدين: ويعني مقارنة الالتزام الذي يتحمله المتعاقد المغبون وقيمة الالتزام المقابل الذي يتحمله المتعاقد الآخر، حيث تكون متفاوتة كثيرا.

-التفاوت بين التزامات المتعاقد المغبون والفائدة التي تحصـــل عليها: ويعني أنه متى كانت قيمة المنفعة التي حصـــل عليها المتعاقد من العقد تقل عن قيمة المنفعة المقابلة التي تحصل عليها المتعاقد الآخر.

[1] – محمد بودالي، حماسة المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، ط01، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص61.

[2] –انظر المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: معيار تقدير التفاوت بين الالتزامات

مسألة في غاية الأهمية وذلك لعدم وجود نسبة محددة أو رقم ثابت لتقدير التفاوت كما هو الحال في الغبن المجرد، فينظر إليه نظرة موضوعية، تكون بحسب قيمة الأشياء في السوق وقد ينظر إليه نظرة شخصية تختلف فيها القيمة، باختلاف المتعاقدين.

للقاضي سلطة واسعة في تقدير التفاوت الذي يقتضي الحماية ويكون وفقا لظروف الحال وما تعارف عليه الناس في السوق بالنظر في الاسعار. فمسألة التفاوت مسألة واقع وليس قانون، ولا رقابة للمحكمة العليا عند تقديره له[1] .

الفرع الثاني: استغلال الضعف النفسي للمتعاقد المغبون

وهو بحث القاضي عن الحالة النفسية لمن وقع عليه الاستغلال أي العنصر النفسي في وجود حالة من حالات الضعف النفسي للمتعاقد المغبون (أولا)، وأن يستغل المتعاقد الآخر هذا الضعف (ثانيا)، وأن يكون هذا الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد (ثالثا) .

أولا: الضعف النفسي للمتعاقد المغبون

حصر المشرع الجزائري نواحي الضعف الانساني في المادة 90 من القانون المدني، هذا من جهة، ومن ناحيتين فقط هما: طيش بين (أ) وهوى جامح (ب).

أ-الطيش البين: ويقصد به الإقدام على اتخاذ القرارات دون تفكير سابق أو التسرع في إبرام التصرفات دون تقدير عواقبها، وعدم الخبرة بالأمور والاستهانة الشديدة بعواقبها (خفة) ويشترط أن يكون الطيش بينا أي واضحا وظاهرا.

ب-الهوى الجامح: يقصد به الميل الشديد أو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد تفقده سلامة الحكم على أعمال معينة دون أن يدري.

هذا وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير الطيش البين والهوى الجامح تبعا للظروف والأحوال التي تختلف من شخص لآخر، والمشرع لم يضع معيارا محددا لإثباتهما[2] .

[1] – العربي بلحاج، مرجع سابق، ص471.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 400.

ثانيا: استغلال حالة من حالات الضعف النفسي للمتعاقد

يتحقق هذا الشرط إذا ما كان من تعاقد مع الطرف المغبون استغل فيه طيشا بينا أو جامحا أدى به إلى إبرام العقد.

المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال.

تدخل المشرع لإعادة التوازن بين طرفي العقد من خلال منحه للقاضي سلطة يتحدد نطاقها إما بإبطال العقد أو الإنقاص من التزامات الطرف الذي وقع عليه الغبن بسبب الاستغلال إلى حد عاب إرادته، بالإضافة إلى سلطة تقدير العرض الذي يتقدم به الطرف المستفيد من الغبن لتوقي دعوى الإبطال (الفرع الأول)، إلا أن نطاق هذه السلطة أورد عليه المشرع بعض القيود يجب على القاضي مراعاتها قبل التدخل لتعديل العقد وإلا كان حكمه معرضا للطعن بالنقض لمخالفته أحكام القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال.

إذا توصل القاضي إلى وجود عيب الاستغلال في رضا أحد طرفي العقد محل الدعوى المطروحة أمامه أدى إلى وقوعه في غبن ، انتقل إلى دراسة الطلب القضائي الذي تقدم به هذا الأخير، و الذي ينحصر في طلب إبطال العقد أو تعديله بانقاص التزاماته إلى الحد الذي يكفي لرفع الغبن عنه ، فالمشرع الجزائري خيره بين طريقين لرفع الغبن عنه و هو ما لم يمنحه لمن عيبت إرادته بأحد العيوب الأخرى (الغلط ، التدليس و الإكراه كما سبق الذكر ، إذ يختلف جزاء عيب الغبن الناتج عن الاستغلال عن جزاء باقي عيوب الرضا ، و يتمثل ذلك في قيام دعويين، دعوى إبطال العقد (أولا) ، مع مكنة توقي هذه الدعوى إذا عرض الطرف الآخر ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن (ثانيا) ، و دعوى تعديل العقد (ثالثا).

أولا: سلطة القاضي في دعوى إبطال العقد.

لإزالة اختلال التوازن العقدي الناشئ عن الغبن الذي سببه الاستغلال، أقر المشرع الجزائري دعوى الإبطال كوسيلة قانونية لصالح المتعاقد المغبون[1] ، يتوقف إعمالها على

[1] _ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 234.

إرادته الحرة دون أن يكون للقاضي الحق في إثارتها من تلقاء نفسه كما يمكنه أن يتنازل عن هذا الحق ويكون بذلك قد أجاز العقد. [1]

فالعقد المعيب في أحد أركانه وهو الرضا الاستغلال إرادة الطرف الضعيف فيه) هو عقد باطل بطلانا نسبيا، والبطلان النسبي وفقا للقواعد العامة ليس من النظام العام لا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه إلا إذا أثاره أحد الأطراف وهذا ما نصت عليه المادة 99 ق.م: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير العرض الكافي لتوقي دعوى الإبطال

حفاظا على استقرار العقد والحقوق المكتسبة، أتاح المشرع للمتعاقد المستفيد من الغبن فرصة اتقاء إبطال العقد المشوب بعيب الاستغلال إذا كانت له مصلحة في إبقاء العقد، وذلك بعرضه على الطرف المغبون زيادة في التزاماته (كالزيادة في الثمن بحيث تكون هذه الزيادة كافية لرفع الغبن ولا يمكن لهذا الأخير أن يعترض على ذلك.

إذ تعتبر مسألة الزيادة في التزامات المتعاقد المستغل أمر إرادي محض يتم برضا المتعاقد وبإرادته التلقائية.[2]

والقاضي ملزم بقبول عرض المستغل من حيث المبدأ إلا أن تقدير الزيادة الكافية لإزالة التفاوت الفاحش بين الالتزامات يبقى خاضع لتقديره فهو من يقدر حجم الزيادة في الأداء المقابل، ويعود بالاختلال الفادح بينهما إلى التوازن المعقول، فالمطلوب من القاضي ليس إعادة المساواة بين الأداءات المتقابلة بل أن تصبح متعادلة قدر الإمكان لرفع التفاوت الفاحش فقط [3].

[1] _ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 250.

[2] _ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 162.

[3] _ محمد بوكماش، مرجع سابق، ص 124

ثالثا: سلطة القاضي في دعوى إنقاص الالتزامات.

تحقيقا لمبدأ استقرار المعاملات ومراعاة المصلحة أطراف العقد منح المشرع للمتعاقد المغبون حق اللجوء إلى القضـــاء لرفع دعوى يطلب من خلالها الإنقاص من التزاماته في العقد[1] الذي تقررت قابليته للإبطال بسبب الاستغلال كوسيلة يراها مناسبة لرفع الغبن عنه بدلا من طلب إبطال العقد، ويكون القاضي في هذه الحالة ملزما بالحكم وفقا لطلبات المدعي وذلك بإنقاص التزاماته إلى حد رفع الغبن الكثير عنه.

إلا أن تقدير نســـبة الإنقاص من الالتزامات لإعادة التوازن إلى العقد أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي، يقدره حسب الظروف المحيطة بالعقد وطرفيه، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، غير بأي حال الأحوال أن يؤدي إلى المســـاواة بين التزامات الطرفين، ولكن أن هذا الإنقاص لا يكفي أن يكون إلى حد يرفع معه الغبن الكثير الذي وقع على المتعاقد المغبون، وبالتالي فالســـلطة التقديرية الممنوحة للقاضـــي في تعديل العقد في هذه الحالة واسعة المجال.

على خلاف دعوى الإبطال، لا يجوز للقاضي أن يقضي بإبطال العقد إذا ما اقتصر طلب المتعاقد المغبون على إنقاص التزاماته إذ لا يجوز له الحكم بأكثر مما طلب منه احتراما للقواعد العامة في التقاضي والا سيعرض حكمه للنقض. [2]

الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال.

إن نشـــاط القاضـــي التقديري في مجال إعادة التوازن العقدي من خلال تدخله لتعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال ليس نشاطا يمارسه القاضي كيف ومتى يشاء، وإنما يجب عليه مراعاة القيود المتعلقة بصـــفة الشـــخص الذي يحق له رفع دعوى الغبن (أولا)،

[1] _ محمود عبد الرحمان محمد، الإستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، دراسة مقارنة في القانون الوضعي المصري والسوداني والشريعة الإسلامية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 134

[2] _ على فيلالي، المرجع السابق، ص 162.

ونواحي التي وضعها له المشرع، والضعف النفسي المنوطة بالحماية (ثانيا)، وكذا مراعاة الأجل المحدد قانونا لرفع هذه الدعوى (ثالثا).

أولا: صاحب الحق في رفع الدعوى.

يقتصر الحق في رفع دعوى رفع الغبن الناتج عن الاستغلال على المتعاقد المغبون الذي وقع عليه الاستغلال وحده دون غيره كما ورد في نص المادة 90 ق.م.: بناء على طلب الطرف المغبون...".

فهو المتضرر من العقد وبالتالي هو صاحب الصفة والمصلحة في رفع الدعوى، فله حرية رفع دعوى الإبطال أو الإنقاص، كما له قبول العقد والإبقاء عليه رغم علمه بأنه ضحية استغلال.[1]

ثانيا: نواحي الضعف النفسي.

لقد قيد المشرع من سلطة القاضي فيما يخص حالات الضعف النفسي المنوطة بالحماية بموجب المادة 90 ق.م بحالتين فقط وهما الطيش البين والهوى الجامح.

وبالتالي لا يتدخل القاضي لحماية الطرف المغبون نتيجة لاستغلال نواح أخرى من الضعف الإنساني المتعددة كالحاجة أو الضرورة، أو عدم الخبرة أو ضعف الإدراك وغيرها من الحالات الأخرى التي من شأنها إضعاف إرادة الشخص ودفعه إلى التعاقد دون اختيار وتتطلب دواعي العدالة حمايته إذا وقع فيها.

في هذا الصدد يرى الأستاذ العربي بلحاج أنه : "من المستحسن لو جاءت المادة 90 ق.م في شكل مبدأ عام ، أي بمقتضى صياغة عامة ، تركز على اعتبار الاستغلال عيب عام في الإرادة ، دون إيراد تفاصيل لذلك ، إذ أن الاستغلال يكون في الواقع العملي متى ثبت الطيش البين ، أو الهوى الجامح ، أو الحاجة الملحة أو النفوذ الأدبي ، أو الضرورة لضعف نفسي أو مرضي أو ضعف ظاهري ، أو غيرها من الحالات المشابهة ، كالجهل و

[1] _ فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 300.

عدم الخبرة و نقص التجربة أو المهنية ، و غيرها من الظروف يســـتغلها المتعاقد الآخر أو الغير ، مع علم هذا المتعاقد أو سهولة علمه بذلك[1].

ثالثا: ميعاد رفع الدعوى.

حتى ولو توافرت أمام قاضي الموضوع جميع شروط قيام حالة الغبن الناتج الاستغلال وتبين له بعد الاطلاع على العقد محل النزاع، أن ســنة كاملة من تاريخ إبرامه قد انقضــت، قضى بسقوط الخصومة، وبالتالي فإن المشرع يكون بجعله ميعاد رفع الدعوى بسنة واحدة قد قيد من سلطة القاضي من حيث الزمان[2].

لذلك يجب رفع دعوى رفع الغبن الناتج عن الاســتغلال خلال مدة ســنة تســري من تاريخ إبرام العقد، هذا ما نصــت عليه المادة 90 ق.م في فقرتها الثانية بقولها "يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة".

وتعتبر هذه المدة مدة ســقوط لا مدة تقادم فلا تقبل القطع ولا الوقف لذلك وجب رفع الدعوى قبل انتهائها، فبعد ذلك يصــبح العقد نافذا وبأثر رجعي، أي من يوم إبرامه وليس من يوم انقضاء المدة، وبذلك لا يجوز إثارة إبطاله لا في صورة دعوى ولا في صورة دفع[3].

[1] _ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.475

[2] _ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 400

[3] _ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 202

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان.

الأصـل هو احترام القاضـي للعقدي الذي يربط المتعاقدين متى كان سـليما ومتوازنا وهذا هو الشـأن في جميع العقود التي تخضـع فيها العملية التعاقدية المبدأ المسـومة بين إطراف العقد فهو لا يملك شرطه التدخل في العقد احتراما لمبدأ سلطان الإرادة الذي لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بالا راده المشتركتين في الطرفين.

غير إن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه قد يجافي العدالة ذلك لأنه بعد اتسـاع دائرة النشـاط الاقتصـادي وظهور شـركه الاحتكارية ازداد عدد العقود التي لا تسـاوي فيها المركز القانونية للمتعاقدين عقود الاذعان.

حيث تمكن الطرف القوي من التعسف في شروط العقد ولا يسمعه بقبول المناقشة بها من الطرف الأخر حيث يقتصـر دور هذا الأخير على قبول العقد كله أو رفضـه دون إن يكون لـه الحق في تعديلـه لذلك تدخل المشـرع رغبـه منـه في إيجاد توازن لهذه العلاقة التعاقدية.

وحماية للطرف الضـعيف لا سيما عندما تؤدي ظروف إلى اختلال هذا التوازن فمنح القاضـي سـلطة التدخل في العقد لاسـترجاع التوازن العقدي من قبل المشـرع الجزائري الذي راعى هذا التفاوت في الإمكانيات كما منح للقاضـي السلطة التقديرية في تحديد الشرط والقول أن عقد الإذعان يتضمن شروط التعسفية فإذا ثبت له ذلك جاز له إن يعدل هذا العقد بتعديل الشـروط التعسـفية الواردة فيه أو إعفاء الطرف المذعن منها كلية[1] وفقا لما تقتضـيه المادة 110 ق.م التي تنص: " إذا تم العقد بطريقه الاعلان وكان قد تضـمن شروط التعسفية جاز للقاضـي إن يعدل هذه الشـروط أو إن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضـي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك لذلك سـنتطرق لشـروط تدخل القاضـي لتعديل عقد الإذعان.

[1] – محفوظ العشـب بن جامد، عقد الادعائي في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسـسـة الوطنية للكتاب الجزائر 1990، ص 152.

المطلب الأول: شروط التدخل القاضي لتعديل عقد الإذعان.

باستقراء نص المادة 110 ق م، نجد أنها تتضمن الشروط التي من شانها توافرها السماح القاضي بتدخل لإكمال سلطته في تعديل عقد الإذعان خروجا على مبدأ حرية التعاقد ممثلا في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبما تقتضيه القاعدة من عدم تدخل القاضي في تعديل موضوع العقد أو إلغائه وذلك احتراما لإرادة المتعاقدين[1].

تتمثل هذه الشروط في: أن يكون هناك عقد إذعان (الفرع الأول) وإن يتضمن هذا العقد شروطا تعسفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وجود عقد الإذعان.

تبدأ مهمة القاضي في بحث عناصر العقد والوقوف على طبيعته القانونية ليتبين له هل ثم هذا العقد بطريقه الاذعان بحيث تشمله حماية القضائية أم لا؟

لذلك يثار تساؤل حول تعريف عقد الإذعان والخصائص التي تميزه عن غيره من العقود (أولا) والطبيعة القانونية (ثانيا).

أولا: مفهوم عقد الإذعان.

على السلطة القاضي في تعديل عقد الاذعان سنتعرض بداية إلى تفريق عقد الإذعان(أ) ثم الإذعان ثم إلى خصائصه (ب).

أ- تعريف عقد الاذعان

لم يعرف المشرع الجزائري عقد الاذعان في القانون المدني لذلك سنتعرض بعض التعريفات التي خص بها الفقه هذا النوع من العقود على انه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقرره يفعلها الطرف الأخر ولا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلاح أو مرافقه ضرورية تكون محل احتكار قانون أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها وعرفه الأستاذ عادي فيلالي على انه عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبله ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة احد

[1] - محفوظ العشب بن جامد، مرجع سابق، ص 152

المتعاقدين على الأخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها وترجع هذه السيطرة عاده إلى الاحتكار فعل أو قانون للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي.

ومن أمثلة عقود الإذعان التعاقد مع شركة التأمين، شركة النقل شركة الكهرباء والغاز شـركة المياه أي لا يقبل فيها النقاش وقد نصـت المادة 70 ق م يحصـل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها فيها.

يتبين من خلال تعريف عقد الإذعان انه يتميز بمجموعة من الخصـائص سـنتناولها فيما يلي:

- يتعلق العقد بسلع أو خدمة تعد من الضروريات الأساسية للمجتمع.
- أن يكون أحد أطرف العقد في موقع اقتصادي قانوني يخول له احتكارا وسيطرة على تقديم سـلعة او خدمة عمومية إيجابية إلى الجمهور مثل من يبيع بأسـعار محددة في مجالات كبرى وبشروط معينة ولا يعتبر البيع بالمزاد عقد إذعان.[1]

الطبيعة القانونية لعقد الإذعان:

هناك من الفقه من يرى أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم تنشؤه إرادته المنفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون مما يسقط عنه وصف العقد لما يفترض في هذا الأخير من التسـاوي بين أطرافه وكذا حرية إبرامه وجانب آخر يرى بأنه عقد حقيقي ينشـأ من توافق إرادتين ويخضـع لسـائر القواعد التي تخضـع له العقود على أسـاس أن إرادة الموجب تكفي وحدها لا يمكن إن تسـتنتج أثرها إلا بعد تقابلها إرادة القابل لها وان المسـاواة القانونية هي المطلوبة في العقد وليست المساواة الاقتصادية[2].

ب – الموقف المشرع الجزائري من طبيعة العقد الإذعان.

حسب التشريع المدني، فإن القبول يحصل في عقود الإذعان بمجرد التسليم للشروط المقررة يضعها الموجب ولا يقبل النقاش فيها.

[1] – على فيلالي، المرجع السابق، ص 60.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 247– 283.

فالمشـــرع أدرج عبارة شـــروط المقررة لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه وقد يتعسف في ذلك واستعمل مصطلح التسليم لإبراز ضعف الطرف المذعن.

فيجب أن يكون احتكارا وقد يكون فيه عرض خدمة أو ســلعة على الجمهور وفقا لشــروط مقررة سـلفا ولا يقبل نقاشـها فإذا تأكد القاضــي من توفر هذه العناصــر في العقد اعتبره عقد إذعان وإن انتقل إلى مرحلة البحث في جوهر الدعوى في مدى تعســفية الشــروط التي يتضـمنها هذا العقد من اجل التدخل لإكمال سـلطته التقديرية بتعديلها أو إعفاء طرف المعني منها.

الفرع الثاني: إن يتضمن العقد شرطا تعسفيا.

بعد ان يتحقق القاضـــي من أن النزاع المطروح أمامه يتعلق بعقد الإذعان بعد توافره على الخصائص السابقة الذكر يبحث فيما إذا كان هذا العقد يتضمن الشروط التعسفية أم لا وهذا ما يدفعنا للبحث عن تعريف الشـــرط التعســـفي (أولا) ومعايير وطريقة تقديره من قبل القاضي المختص ثانيا حتى يستطيع التدخل لإعادة التوازن إلى العقد محل النزاع.

أولا: تعريف الشرط التعسفي.

من التشـــريع الجزائري ومن خلال نص المادة 3 من القانون 04/02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارســات التجارية، إذ نصــت المادة 05/03 منه على أن الشــرط وكل بند أو شــرط بمفرده أو مشــتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شــروط أخرى من شــأنها الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد.

والشــروط التعســفية نوعان وصــنفين؛ شــروط تعســفية بذاتها وشــروط تعســفية بحكم اســتعمالها فالصــنف الأول من الشــروط يظهر فيه التعســف منذ إدراجه بالعقد أما الصــف الثاني فلا تظهر صفة التعسف عند إدراجه بالعقد وإنما عند تطبيقه بالتمسك، أي أن الصنف الأول يكون تعسفا عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه ومنح القاضــي سلطة تعديله برد الموجب إلى صوابه إذا تمسك بمثل هذه الشروط[1] .

[1] – محفوظ العشب بن حامد، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 31.

ثانيا: معايير وطرق تقدير الشرط التعسفي.

بالرجوع إلى نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشـرع الجزائري قد نص على أن العدالة وحدها كمعيار لتقدير القاضـي للطابع التعسـفي للشـرط، ولكن ومع التطورات التشـريعية التي مسـت الشـروط التعسـفية تعددت معاييرها وتقديرها، كالعدالة التي نصـــت عليها المادة 110 من القانون المدني الجزائري، ومعيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد في تعريفه للشـرط التعسـفي في نص المادة 03 فقرة 05 من القانون 04/02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1] .

أما فيما يخص طريق تقدير الطابع التعسـفي للشـرط، فتجدر الإشـارة إلى أن المادة 110 من القانون المدني تعتبر أداة قوية في يد القاضـي لحماية الطرف المذعن من الشروط التعســفية التي فرضـــها الطرف الآخر (المذعن له)، وتقدير ما إذا كان الشـــرط ذو طابع تعسفي أم لا ؛يدخل في إطار السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي، الذي إذا ما قرر أن شرطا ما يعتبر ذو طابع تعسـفي في عقد الإذعان، وكنتيجة لذلك يكون له سـلطة تعديل هذا العقد وفق ما بإمكانه إزالة أثر التعسف، وإلا فيكون له أن يلغيه ولا يتقيد بأي قيد سوى ما تقتضيه العدالة ولا رقابة للمحكمة العليا على سلطته في ذلك .

المطلب الثاني: نطاق وخصائص السلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان.

وفقا للقواعد العامة يقتصـر دور القاضـي بالنسـبة للعقود على مجرد تفسـيرها بغيت إحكام حكم القانون عليها إلا انه هو خروجا على هذه القاعدة وبحجه توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان اعترف المشـرع في المادة 110 ق م، للقاضـي سـلطة اسـتثنائية تتيح له تجاوز الدور السـابق إلى تعديل الشـروط الوالدين إذا تبين أنها تعسـفية بغية أعادة

[1] _ القانون 04/02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية الجزائرية، الصادرة في 27 جوان 2004 .

توازن إلى العقد الفرع الأول وهذه السلطة تميزها مجموعه من الخصائص عن غيرها من السلطات الممنوحة القاضي نظرا لأهميتها وخطواتها في نفس الوقت الفرع الثاني.[1]

الفرع الأول: النطاق سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

إذا تبين للقاضي أن شرطا ما مدرج بعقد الإذعان تعسفيا، يتعين عليه إن يتدخل من اجل تعديل العقد بموجب المادة 110 ق م التي حددت له نطاق التدخل بوسيلتين إما تعديل الشروط الواردة بت أو إعفاء الطرف المتعلم منها أولا وبالإضافة إلى سلطة التعديل منح المشرع للقاضي سلطة التفسير عقد الإذعان.

أولا: وسائل التدخل القاضي لتعديل عقد الإذعان المتضمن الشروط التعسفية بإحدى الرسالتين إما بتعديل الشرط التعسفية الواردة فيه أو إلغائها تصحيحا له وتعتبر هذه السلطة قيده على حرية المتعاقدة في التعاقد إلا إن القاضي إذا أسقط الشرط فاند يكون بذلك قد الغي جزء من العقد لأن الشرط عقد كما يقال وبالتالي يكون عمله تعديلا للعقد الذي انعقد برضا أطرفه.

أ- تعديل الشرط التعسفي.

فهو يعني الإبقاء عليه بحيث يتدخل القاضي لرفعه أوجه التعسف التي تتضمنها شروط العقد بالوسيلة التي يراها ملائمة وتعددت الأوجه لذلك وتتمثل في قد تكون هذه هي الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المدعين نظير الخدمة التي سيؤديها أو قد تكون هذه الشروط متعلقة بالوسائل التنفيذ أو متوفر يكون التعديل إما بالزيادة أو النقصان بحيث يتحقق من خلال ذلك أزالت المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي توخاه المشرع.

[1] – عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط03، منشأة المعارف الإسكندرية، 1975، ص 46.

ب- إلغاء الشرط التعسفي:

إما بالنسبة للسلطة الإلغاء فان القاضي إذا ما رأى إن شرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي وان مجرد تعديله يتحقق الالتزام الذي يفرضه على عاتق طرف المدعم لا ينفي بفرض الحماية المطلوبة له فان يستطيع إن يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المدعم منه لا من تنفيذه مخالفا بذلك قاعدة العقد الشريعة المتعاقدين كما لو كان الشرط ممثلا في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية جاز للقاضي إلغاء الشرطي ليخضع العقد للف وهنا تتضح السلطة الاستثنائية للقاضي الموضوع.[1]

ثانيا: موقف الفقه من السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل عقد الإذعان.

لقد تباين موقف الفقه هنا بين معارض ومؤيد.

أ- الموقف المعارض:

التوسع في حماية الطرف المدعين عن طريق إعطاء القاضي سلطة التعديل أو إلغاء الشروط التعاقد سوية في عقد الخادعان كونهم خروق عن حدود مهنته العادية وخروج القضائي وحلول مختلفة للمسالة واحده لذلك يقتضي الحد من حرية القاضي بموجب

ب- الموقف المؤيد:

يرى أنصار هذا الموقف إن توجه المشرع لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان امرأ محمودا ويتفق مع التغير الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع المعاصر وان القاضي هو شخص مختصر ومحايد يستطيع بنظرته الموضوعية إن يرى أين يقع التعسف وبالتالي يتدخل للموازنة بين مصلحه طرفي العقد ويستطيع بحسه القانوني وبالاستعانة الطرف المذعن.

[1] _ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة لخضر، باتنة، 2012، ص 165,164.

ثالثا: سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان.

لقد اهتم المشرع الجزائري بحماية الطرف الضعيف في العقود الإذعان وحاول حمايته قدر المستطاع عن تعسف الطرف الأخر في العقد ومن اجل ذلك أعطى للقاضي سلطته تعديل الشرطة التعسفية الوالدة فيها أو إلغائها بنص المادة 110 ق م وفضلا عن ذلك لتوفير حماية أكثر من الطرف المزاعم خرج المشرع عن القاعدة العامة في تفسير عند الغموض عبارات العقد المنصوص عليها في المادة 112 ق م ألا وهي تأويل الشك في مصلحة المدين إذ نص المادة 2/112 ق م غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الضامنة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن.

استثناء إذا في عقود الإذعان تراع مصلحه الطرف الضعيفين حيث يفسر شروطها الغامضة في حالة نزاع بموجب نص المادة 2/111 قم التي تنص إما إذا كان هناك محل لتأكيد العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند الحرف للألفاظ مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل ولما ينبغي إن يتوفر من أمانة وثقه بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات.[1]

نخلص إلى القول إن القاضي في تفسير العقد المذعن يأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين ويستخلصها عن طريق معايير موضوعية تمكنه فلا هو يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة ولا هو يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة وإنما يأخذ الإرادة الباطنة التي يستطيع التعرف عليها.

للإشارة فإن العديد من التشريعات المقارنة اتجهت إلى اعتناق هذه القاعدة التفسيرية الاحتياطية الحماية في مجال عقود الإذعان نظرا لمبرراتها القانونية والمنطقية في نص في نفس الوقت[2].

[1] العربي بلحاج، مصادر الالتزام: المصادر الإدارية العقد والإرادة المنفردة، ج 02، دار الثقافة للنشر، عمان، 2015، ص785.

[2] – العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 785.

الفرع الثاني: خصائص سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان.

تتميز سلطة القاضي حيث تدخله التعديل عقد الإذعان المتضمن شروطا تعسفية بعيد الخصائص فوردها فيما يلي:

أولا: سلطة القاضي غير محددة.

لم يضع المشرع حدودا يقف عندها القاضي عند إكمال سلطته في تعديل أو إلغاء شروط التعسفية في عقد الإذعان إلا ما تقتضيه العدالة وهذا ما نست عليه المدى **110** وذلك وفقا لما تقتضيه بت العدالة

ثانيا: شرطه القاضي عن النظام العام

تعتبر السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل عقد الإذعان من النظام العام فلا يجوز للمتعاقدين إن ينزع من القاضي سلطته في التعديل أو الإغراء باتفاق ذلك لأن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا فمن حق الطرف المدعين اللجوء إلى القضاء لطلب تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها باعتباره حقا يتعلق بالنظام العام[1]

وحسن ما فعل المشرع في نصه على هذه المسالة بصرح العبارة في نص المادة 110 ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك الأقوى يكون غالبا شخصا محترفا سيقوم بإدراج هذا الشرط في العقد ليستبعد بموجبه سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشرط الذي يراه تعصيا وبالتالي لا يكون هناك حماية جدية للطرف المدعين كما أرادها المشرع

ثالثا: سلطة القاضي جوازية.

أي أن السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل عقد الإذعان بموجب ماده 110 هي سلطة جوازية للقاضي وليست وجوبيه إذ رغم وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان الامتناع عن استعمال الرخصة المخولة له من المشرع إذ المسالة تخضع لتقديره ومدى اقتناعه

[1] – علي فيلالي، مكافحة الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، ط 01، دار الفجر للنشر، القاهرة، 2007، ص 76.

باســـتخدامها من عدمه كون المادة جاءت 110 جاز للقاضـــي ولا رقابة عمليه من محكمه العليا[1].

[1] – العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 186.

خلاصة:

وفقًا لما سبق، يُشترط لممارسة القاضي سلطته في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، والتي منحها المشـــرع الجزائري في المادة 110، أن يتعلق النزاع بعقد إذعان وأن يتضــمن هذا العقد شــروطًا تعســفية. يتم ذلك بغض النظر عما إذا كان الطرف المذعن قد علم بهذه الشروط عند إبرام العقد أم لم يعلم، وسواء كانت هذه الشروط واضحة أم غامضة.

هذا بالنسبة لسلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه، أي أثناء إبرامه، حيث ســـعى المشـــرع الجزائري إلى تحقيق نوع من التعادل بين التزامات الأفراد في بعض العقود عندما يصل التفاوت فيها إلى حد الجسامة. لذا، منح القاضي سلطة التعديل لإعادة التوازن إلى العقد.

الفصل الثاني

"سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد أثناء مرحلة التنفيذ"

تمهيد:

إن العدالة يجب تطبيقها في البداية عند إبرام العقد وفي نهاية عند تنفيذه لان العدل يقضـــي بعدم إيقاع الظلم على إي من الطرفين المتعاقدين وان الاختلال التوازن الاقتصـــادي في العقد لا يظهر فقط إثناء مرحله تكوينه بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال أو تطمين عقد من عقود الاذعان شـــروطا تعســـفية جائزة فقد يتمتع المتعاقد بمركز القوه إثناء إبرامه العقد ويناقشـه جميع شـروطه إلا إن هذا المتعاقد قد يختل مركزه التعاقدي إثناء تنفيذه العقد بسـبب ظروف اسـتثنائية عامه وغير متوقعه أو بسـبب ما يحدث من تقلبات اقتصـاديه تقلب موازين العقد إي يكونوا إمام حاله الظروف الطارئة المبحث الأول.

كما قد يتفق المتعاقدين على تقرير تعويض يستحقها الدائم إذا ادخل المدينة مستقبلا بالتزاماته تعاقديه سـواء كان هذا الاختلال في صـوره عدم التمرين أو تأخر فيه ويسـمى هذا التعويض بالتعويض الاتفاقي أو شرط الجزائي إلا هذا الشرط قد يكون فيه مغالة وتحيزا لأحد أطرف العقل كما إن تنفيذه الالتزام يكون جزئيا فقط لذلك وجب تدخل لأعاده التوازن إلى هذا العقد وقد يتعرض احد المتعاقدين لمشـــاكل وعراقيل تجعل تنفيذ العقد في الأجر المطلوب صـــعبا فيكون المدين أمام خطر عدم التنفيذ مما يســـتدعي إيجاد طريقه تجعله قادر على الوفاء فكان الحل هو منحه أجلا وفقا لما هو منصوص عليه قانونا (المبحث الثاني) .

والحل الأنسـب لمواجهه جميع تلك الظروف والمحافظة على العقد هو منح القاضـي سلطة تعديل العقد وهذا بتبديل أحد عناصره أو شروطه لخلق التوازن فيه من جديد.

المبحث الأول: سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.

قد يحدث عند حلول لأجل تنفيذ العقد إن تحل ظروف اقتصـاديه بسـبب حديث غير متوقع فيصـــبح تنفيذ الالتزام على النحو المتفق عليه شـــاقا هو مرهقا إلى حد يهدد المدين بخسارة فادحه دون إن يكون لإرادته دخل في ذلك فهي هذه الحالة يعتبر القاضي هو المنوط بإقامة العدل وتسـير الحقوق تحت ما يسـمى بنظريه الظروف الطارئة طبقا للمادة 107 ق. ح التي تنص :"يجب تنفيذ العقد طبق الدماء اشـتمل عليه وبحسـن نية "[1]، ولا يقتصـر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناولون أيضـا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون غير انه إذا طرأت حوادث اسـتثنائية عامه لم يكن في الوسـع توقعها وترتب على حدودها إن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصـبح مسـتحيلا صـادرا من مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسـارة فاتحه جاز لقاضـــي تبع لظروفي وبعد مراعاة لمصـــلحه الطرفين إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

وتنص المـادة 3/561 ق م. ح على أنهم إذا انهـار التوازن الاقتصـــــادي بين الالتزامات كل من رب العالمين وقت التعاقدي وتداعي بذلك الأســـاس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد المقاولة جازت القاضي إن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد.

من خلال هاتين المادتين يتبين لنا مدى السلطة التي منحها المشرع للقاضـي للتدخل في مجال العقود بداية بالتقييد بضـــوابط تطبيق نظرية الظروف الطارئة (المطلب الأول) ثم تطبيق هذه النظرية عن طريق مجموعة من الوســـائل تســـمح برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (المطلب الثاني).[2]

[1] _ سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، مصر، 2006، ص 38 .

[2] – محمد محي الدين إبراهيم ســـليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإســـلامي، دراســـة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص 41.

المطلب الأول: ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظريه الظروف طارئة

على الرغم من أن المشـرع قد منح للقاضــي بموجب نص المدى 107 /3 قاف ميم ســلطة التدخل لتعديل العقدي بســبب ظروف الطارئة وذلك بفرض إعادة التوازن الذي اختل بسبب تغيير تغير الظروف في تحقيقا للعدالة.

إلا أن هذه السـلطة رغم ما يظهر من اتسـاعها مقيده بتحقيق الشـروط التي بتطلبها المشــرع في الظرف الطارئ الفرع الأول بالإضــافة إلى مراعاة القاضــي للظروف المحيطة بالقاضـي الفرع الثاني وأخيرا قيام القاضـي بموازنة بين مصـلحة الطرفين لرد الالتزام المرهقين إلى الحد المعقول (الفرع الثالث).[1]

الفرع الأول: مراعاة القاضي للشروط نظريه الظروف الطارئة.

إن المشــرع عندما تجاوز مبدأ القوة الملزمة للعقد بإقراره لنظريه الظروف الطارئة لم يشــاء إن يكون إي ظرف مهما كان نوعه أو مصــدره ســببا لتطبيق وإنما ســعى إلى تقييد الظروف شروط معينه لإمكانية تطبيق هذه النظرية وهي كالاتي:

أولا: أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ.

المقصــود بهذا الشــرطي أن تكون مده زمنيه بين تاريخ انعقاد العقدي وتاريخ نفذه ســواء قصــيرة أو طويلة وهذا غالبا ما نجده في العقود الزمنية والتي لا تقضــي طبيعتها ان يمر تنفيذها على مراحل متتالية عبر الزمن كالعقود المدة المســتمدة التنفيذ (مثل عقود الايجاري والمقاولات).[2]

يجب الاشــارة هنا إلى أن للقاضــي ســلطة كذلك في تطبيق نظريه الظروف الطارئة على العقود الفورية التي لا يكون الزمن فيها عنصــرا جوهريا ولكن قد يتم تأجيل تنفيذها إلى اجل متتالية ذلك بموجب اتفاق الطرفين على تأجيله (مثل البيع بالتقسيط).

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 717.

[2] – العربي بلحاج، مصادر الالتزام في ق.م.ج، المرجع السابق، ص 796.

كما يمكن تطبيق هذه النظرية على العقد الفوري إذا وقع الظرف الطارئ مباشـره بعد انعقاده بشرط ان لا يتحد وقت انعقاد العقد مع وقت تنفيذه.

أما بالنسـبة للعقود الاحتمالية والعقود المضـاربة في البورصـة حتى اسـتبعادها من نطاق تطبيق هذه النظرية لأنها تحتوي على خسارة او الربح بطبيعتها

ويستثنى من هذه النظرية العقود التي يكون محل التزامها نقودا فالوفاء في هذه العقود يكون تسـديد المدين لمبلغ النقود المسـتحقة في موعده المحدد في العقد نوعا ومقدارا وبالعملة المتفق عليه حيث زادت قيمتها او نقصت وقت الوفاء وهذا ما نص عليه المادة 95 ق.م.ج.[1]

في جميع الأحوال لا تطبق هذه النظرية إذا ترى تنفيذ الالتزام بخطأ من المدين.

على سـبيل المثال إذا تم إدراج الشـرط في العقد يتعلق بمدى تنفيذه والتماطل فيه في التنفيذ إلى إن انتهت المدة المتفق عليها فهنا إذا حدثت تدور طارئة بمفهوم المادة 107 ق.م.ج خارج الأجل المتفق عليه فهنا يتحمل المدين وحده تبعات هذه الظروف ولا يمكن بالتالي المطالبة بتعديل العقد.[2]

لم يفرق القانون بين العقود المزمنة للجانبين والعقود الملزمة للجانب واحد في شـــيء تطبيق النظرية فهي تطبق في جميع العقود.

أما بالنسـبة للعقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها بين الطرفين فلا يتهوروا في شـأنها لاحظوا بنظريه بل نظريه الاستغلال إذا توافرت شروطها

ومن أهمية تطبيق نظريه الظروف الطارئة خاصـة والقاضـي له سلطة تقديريه إلا أن المشـرع لم يتكلم عنه ضـمن المادة 107 /3 ق.م.ج أي لم يحدد العقود التي تنطبق عليها هذه النظرية تاركا الأمر للفقه والقضاء معتديا بذلك فهذا الشرط غالبا ما يكون ضروري.

[1] _ المحكمة العليا، غ.م ، قرار 2005/04/04، رقم الملف: 345144، م.م.ع، ع02، 2005، ص 223 .

[2] _ المحكمة العليا، غ.م، قرار بتاريخ، 2007/02/21، رقم الملف: 324034، م.م.ع، ع.01، 2007، ص 211 .

ثانيا: أن يطرح حديث استثنائي عام غير المتوقع أثناء مرحله التنفيذ

يشترط في الظرف الذي يؤدي إلى تطبيق نظريه الظروف الطارئة أن يكون استثنائيا **أ** عاما **ب** وليس في المكاني توقعه او دفعه **ج** .

أ- ان يكون الحديث استثنائيا:

تعد نظريه الظروف الطارئة استثناء على القوة الملزمة للعقد لذا فان الدعامة الرئيسية لهذا الاستثناء هي أن يكون الظروف الطارئة أنها شيئا عن حادث استثنائي غير مألوف والظرف الطارئ لا يمكن حصر تعدده نظرا للتغيير والتزايد المستمر له عبر الأيام ويقصد بالحديث الاستثنائي الذي يندر وقوعها ولا يدخل في الحسبان (مثل زلزال، الفيضانات، الحروب الثورات، جفاف، انتشار الوباء أو بسبب تغييرات اقتصاديه (كفرض تسعيرة جبرية).[1]

ب - أن يكون الحادث استثنائي عام

بمعنى ألا يكون الحديث الاستثنائي خاصا بالمدين وحده بل يجب أن يشمل فئة من الناس الذين ينتمون إلى إقليم معين أو مدينه أو حي من أحياء أو طائفة معينه كالمزارعين أو متعاقدين فيها.[2]

إذا كان الهدف من نظرته هو رفع الإرهاق عن المدينة وتحقيقي نظريه الظروف الطارئة خاصة إقرار شرط العمومية تؤدي حجما إلى التطبيق في تطبيق نظريتي وفي الوقت نفسه احترام القوة الملزمة للعقد.

ج - الذي يكون الحديث الاستثنائي متوقع

غير متوقع ولم يكن بالإمكان توقعه شانه في ذلك شان القوه القاهرة ويرى بعض الفقهاء أن شرط عدم التوقع يغني عن كونه لان الحادث الاستثنائي قد يكون متوقعا وعلى العكس من ذلك فان الحديد غير المتوقع لابد أن يكون استثنائيا وبدليل جدوى من ذكره كشرط لتطبيق نظريه الظروف الطارئة وهذا ما ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر

[1] _ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 797.

[2] _ أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج 01، المكتب الجامعي الحديث، 2001، ص 416.

بتاريخ1993/10/10 حيث أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين البادرة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي فان ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا وجب الأخذ به.[1]

ثالثا: أن يجعل الحديث الاستثنائي تنفيذا لالتزامه مرهقا

يشترط في الظرف الذي يراد الاستناد إليه لتعديل العقد أن يترتب عليه جعل الالتزام مرهقا والإرهاب وسوف يلحق بالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذها للالتزام مهددا إياه بخسارة فاتحه نتيجة تأثر هذا الالتزام بعد إبرام العقدين يجعل تنفيذهم مرهقا وليس مستحيلا أو هو الأثر المترتب على نشوء حادثة إنسانية عامه لم يكن في الوسع توقعها.

هذا ما ذهبت إليه محكمه العليا عند نقضها للقرار الصادر عن مجلس القضاء باتنة بتاريخ 1996/11/10 القاضي مؤسسه تلقيه السكن العقاري بتسليم السكن محل النزاع للمدعي سين عين التزام هذا الأخير بان يدفع للمدعي عليها مبلغ 10% من السعر الإجمالي للسكن محل النزاع المحدد باتفاقيه البيع المؤرخة في 1990/6/4 حيث إن القضاة الموضوع لما قرروا زيادة 10% من سعر إجمالي لسكن وفقا للسكن فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد تبقى للأحكام المادة 3/147 من التقنين المدني إذا ما طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام وغير متوقعه من شانها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة فإنهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق المادة 107 /3."[2]

والمعيار المعتمد في تحديد وتقدير الخسارة هو المعيار الموضوعي إذ ينظر إلى الإرهاق نظر موضوعيه بالرجوع إلى ظروف الصفقة ذاتها التي ابرم العقد بشأنها وليس إلى ظروف المتعاقد الشخصية، فيتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبيرا بين قيمه الالتزام المحدد في العقد

[1] _ المحكمة العليا، غ.م ، قرار 1993/10/10، رقم الملف: 99694، م.ق، ع01، 1994، ص 217.

[2] – المحكمة العليا، غ.م، قرار 1999/10/24، رقم الملف: 191705، مق، ع02، 1999، ص 95.

وقيمه العقد الفعلية عند تنفيذ ولو كان المدين يملك من الوســـائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء.[1]

والمعيار الموضــعي يقدر الإرهاق على ضـوء الالتزامات والحقوق الناجمة عن العقد لان الهدف من ذلك هو إيجاد توازن اقتصادي العقد.[2]

وأما مقدار الإرهاق فان المشــرع طبقا للمادة 107 /3 ق ح لم يحدده بل اكتفى فقط بان تكون الخســارة فادحه وهو معيار ليس له مقدار ثابت يتغير بتغيير ظروفه والأحوال وقد يختلف بين الظرف لظرف الأخر ومن مدينـه إلى مدينـه أخرى فما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينه قد لا يكون مرهقا لمدين أخر لان الخسارة تتأثر بتغير الظروف.

بمعنى أنها غير مألوفة وفيها نوع من الظلم للمدين وسكوت المشرع معناه ضمنيا انه خول القاضـــي ســـلطة لتعديل العقد أثناء التنفيذي وســـلطة تقديريه في تقدير وقوع الإرهاق من عدمه بسـبب الاختلال في توازن العقد وبالتالي له سـلطة واسـعة لتقدير حسـب الظروف المحيطة بالعقد.[3]

الفرع الثاني: مراعاة القاضي بظروف المحيطة بالقضية.

نصت على هذا الضابط صراحة مدى 3/107 على انه يجوز للقاضي ان يرد الالتزام المرهق إلى أحد المعقول تبعا لظروف.

بمعنى إن القاضــي لا يسـتطيع إن يتدخل لتعديد مضـمون العقد إلا بتوافر الشـروط الواجبات لتطبيق النظرية مبدئيا ثم وحســـب كل عقد على حد يتعامل مع الالتزام المدين المرهق فمثلا عقد البيع بالإقســاط وبمعنى لنص المادة هناك تضــييق لســلطة القاضـــي في تعديل العقد عن طريق الإنقاص وكلمه الرد توحي بمعنى تعديل عن طريق الإنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل فالقاضـــي يجب عليه أن لا يهمل أي ظرف من الظروف

[1] _ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية، ج 1، دار النهضة العربية، 1990، ص 486.

[2] – محكمة العليا، قرار بتاريخ: 1993/10/10، ملف 1996/94، م ق ج، 1، 1994، ص 217.

[3] – على فيلالي، المرجع السابق، ص 195.

المحيطة بالقضـية المطروحة تبع لظروف تفتح مجالا واسـعا في أداء مهمته في تعديل العقد المختل اقتصـاديا من عدمه كما انه من شـان النظر في الظروف المحيطة بالقضـية أن يقرر القاضـــي تأجيل تنفيذ الالتزام مؤقتا اذ يتبين له أن الحادثة الاسـتثنائية حديث وقتيه يقدر لها الزوال او يقرروا الرفض التدخل لتعديل والإبقاء على العقد بالرغم من توافر حاله الظروف اذ يتبين له أن المدين تماطل لكان الالتزام قد تم تنفيذه في ظروف العادية حسـب ما اتفق عليه في العقد حيث يحمله عبء التمهيدي ومثال ذلك ان يدعى هذا مقاول بإقامة مبنى وترتفع أسعار بعض مواد البناء جاز للقاضي أن يوقف التزام المقاول بتسليم المبنى في موعد المتفق عليه.

الفرع الثالث: قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة طرفي العقد.

تقوم الظروف الطارئة على أســاس العدالة مما يقتضـــي من القاضـــي الموازنة بين المصــالح المتضــاربة لمتعاقدين وهنا تبرز أهميته هذا الضــابط عبأته عن طريق الاسـتعانة بذوي الخبرة والاختصـــاص بمعنى ذلك فالقضـــية يجب عليه إن يوازي بين مصـــلحتين متضـاربتين أولهما مصـلحه الدائن التي تذهب إلى التمسك بضـرورة التنفيذ التزامه بحسب ما تم اتفاقه عليه بداية مما مهما كانت درجه الخســارة التي يكبدها المدين وثانيهما مصـــلحه المدينة التي يقتضي إن يخضع لانتشاره من الخسارة وتبعات الإفلاس.[1]

وبعد إن يتحقق القاضـي من تواصـل شـروط نظريه الظروف المحيطة بالقضـية ويقوم بالموازنة بين مصـلحه المتعاقدين يقوم باسـتخدام سـلطته التقديرية في اختيار الوسـيلة لرضـي إلى حد معقول الذي يعني به إزالة في الجزء الغير العادي منه. [2]

يجب الإشـارة في هذه الحالة انه على القاضـي تطبيق ماده العربي لوجود تناقض بين النص العربي والفرنسي 03 من الدستور اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية.[3]

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 924.

[2] – محمد بوكماشش، المرجع السابق، ص 256.

[3] – تنص المادة 03 من الدسـتور على ان اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسـمية، أنظر المرسـوم الرئاسـي رقم 96 – 438 المؤرخ في 26 رجب 1417 – 07 ديسـمبر 1996، المتعلق بإصـدار نص تعديل الدسـتور، المصـادق عليه في

المطلب الثاني: وسائل تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف طارئة.

إن الوسائل المتاحة للقاضي للتدخل لتعديل العقد بسبب الظروف الرائعة ليست محدده على سبيل الحصر إذ أنها لم ترد ضمن نص قانوني بل كانت اجتهادات فقهيه وقضائية فالمشرع في هذه الحالة يكون قد منح للقاضي سلطة تقديريه واسعة في اختيار الوسيلة الكفيلة لرضي الالتزام المراهق إلى الحد المعقول ومن بين الوسائل المتاحة للقاضي بسبيل أعاده التوازن العقدي هو إما إن يقوم القاضي بالإنقاص من الالتزام المرهق أو الزيادة في الالتزام المقابل (الفرع الأول) أو إن يوفق تنفيذ العقد لحين زوالي الظرف (الفرع الثاني) أو يقضي بفسخ العقد رغم ما فيه من اختلاف فقهي (الفرع الثالث)

الفرع الأول: سلطة التقديرية للقاضي في تعديل الالتزام.

قد يرى القاضي إن الوسيلة التي تحقق له العدالة وتعيد التوازن إلى العقد الذي اختلى بسبب الظروف الطارئة هي إما الإنقاص الالتزام المرهق أولا أو الزيادة في الالتزام ثانيا.

أولا: سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق.

ويكون هذا الإنقاص، من الالتزام المدين للقاضي من ناحية الكمية [1]ومثل ذلك كان يتعهد التاجر بتوليد كميات من زبده لأحد مصانع الحلوى ثم تقع ظروف طارئة كالحربي منعه غلق مصانع الزبدة مما يؤدي إلى نقص الكمية التي اتفق عليها فيحوز للقاضي أن ينقص الكمية الزبدة المتبقية عليها إلى حد الذي يستطيع التاجر القيامة به

وهذا من جهة ومن جهة أخرى التعديل في سوره الإنقاص من ناحية الكيف الذي يقصد به الجودة أي نوعيه بحيث يقوم القضيب بتعديل الالتزامات المرهق للمدين من ناحية الجودة وذلك بترخيص له بالوفاء بنفس الكميه المتفق عليها ولكن من سلعه اقل جوده منها يكون الحصول عليها دون إرهاق بسبب ظروف طارئة وحوادث استثنائية جعلت الجودة التي

استفتاء 1996/11/28، ج.ر، ع 76، 1996، المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل 2002، والقانون 08- 19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008.

[1] المحكمة العليا، غ.م ، قرار 1999/10/24، رقم الملف: 191705، م.ق ، ع02، 1999، ص 223

اتفق عليها مسبقا نادرة او بسبب غلائها جعلت الالتزام مرهقا للمدين طبقا لنص المادة 481 ق.م[1].

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الالتزام المقابل.

إذا كان إنقاصه من الالتزام المدينة المرهق وسيله مهمة للقاضي لإعادة التوازن العقدي الى نصابه وفقا للعدالة فهناك وسيله أخرى لا تقل عنها أهمية وهي الزيادة في الالتزام المرهق بحيث يتحمل الدائن جزءا من زيادات غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام إما المدينة فيتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة.[2]

ومثال ذلك رب العمل مع المقاول بسبب حوادث استثنائية عامه جاز للقاضي أن يحكم بزيادة أو فسخ العقد.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في وقف تنفيذ الالتزام.

قد يجد القاضي في العقد محل تعديل أن الوسيلة المناسبة لردي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هو وقف تنفيذه فإذا كانت الظروف الطارئة مؤقتة بحيث ستزول بعد فتره قصيرة ولن تلحق إضرار بداء يحوز للقاضي وفق تنفيذ العقد حتى تزول تلك الأسباب أو الحاويات الطارئة وعندئذ يعاود العقد ترتيبه أثاره على طرفيه بذات شروط المدرجة فيه.[3]

ويعتبر من قبيل وقف التنفيذ حتى يزول الحديث طارئ ما قضت به المحكمة العليا من المدين اجل لتنفيذ التزامهم مع مراعاة للحديث في قرارها المؤرخ في 2000/01/12 حيث جاء فيه أن قضاة المجلس عندما منحوا المطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها معتمدين

[1] – رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، ط01، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 576.

[2] _ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص 444

[3] – عبد الحميد بن شنيني، المرجع السابق، ص 65.

بذلك على الظروف الأمنية السائدة في منطقة الاخضرية التي ترتب عنها عدم الوفاء عن العقد بصيغه المؤقتة يكون قد طبق القانون تطبيقا سليما.[1]

الفرع الثالث: سلطة القاضي في فسخ العقد.

لم يأخذ القانون الجزائري بجزاء الفسق كوسيلة لمعالجه الإرهاق وذلك بناء على المدى 107 /3 ق فتح فانه ليس من الجائز أن يقضي بفسخ العقد فالقانون قد أعطى له سلطة التعدي العقد فهو لم يعطيه سلطته فسخه.[2]

إلا انه تمكن القاضي بسبب الظروف في حالتين فقط أولى نصت عليها المادة 3/561 على انه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين الالتزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب الحوادث الاستثنائية عمل لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتدعي بذلك الاساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقولة الجزائر القاضي ان يحكم بزيادة الاجر او الفسخ العقد.

أما الحالة الثانية التي تجيز للقاضي بفسخ العقد فهي إذا ما طلبه الدائن لم يقبل بالتعديل الذي قام به القاضي وهنا على هذا الأخير الحكم بالفسخ ولا يجوز له أن يفرض على الدائن تعديل العقد.[3]

وقد اعتبر المشرع الجزائري نظريه الظروف الطارئة من النظام العام إذا نص في أخر المادة 107 ق.م.ج على انه يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

ويكون هنا المشرع قد جعل نظريه الظروف الطارئة قاعدة أمنه لا يجوز الاتفاق عليها مخالفتها وهدف من جعلها أميره إن الجزء سيصبح صوريا لاقيه له إذ سمح للمتعاقدين بان يتفق مقدما على مخالفتها فيستطيع المتعاقد القوي إن يملا شرطه على المتعاقدين الضعيف.[4]

---

[1] _ المحكمة العليا، غ.م ، قرار 2000/01/12، رقم الملف: 212782، م.ق، ع01، 2001، ص114.

[2] _ عبد السلام الترمانيتي، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، د ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1971، ص 166 .

[3] _ عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والفوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 92 .

[4] _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 728 .

وفي الأخير إشارته إلى إن المحكمة العليا تمارس رقبتها على تطبيق نظريه الظروف الطارئة بحيث لا يكون للقاضي سلطة تقديريه في استعمال الرخصة ممنوحة له[1]

خلاصه ما سبق ذكره إن الأصل في القانون المدني الجزائري إن العقد شريعة متعاقدين ولا اثر لظروف الطلاء على وجوب تنفيذ الالتزام فما دام إن الحادثة طارئ لم يجعل الالتزام مستحيل التنفيذ فان المدينة لا يستطيع الاستناد إليه لتهرب من تبريد العقد غير انه إذا جعل الحادثة طارئ تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين إرهاقا شديدا بحيث يهدده بخسارة بمادحه بالنظر إلى الصفقة موضوع عبد العقد جاز للقاضي استثناء التدخل لتعديل العقد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مع مراعاة مصلحه الطرفين الدائن والمدين لأعاده التوازن إلى العقد.

[1] _ عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 180 .

المبحث الثاني: شرط القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح الاجل القضائي

عادة ما يعمد المتعاقدان إلى تضمين تعاقدهما أضافه إلى الالتزامات الاصلية اتفاقا على تعويض مقدرين سلفا سواء حين التعاقد أو في وقت لاحق يتحمله الطرف الذي اخذ بالتزاماته التعاقدية هذا الاتفاق الإضافي على التعويض يعتبر شرطا من شروط اتفاقهما الأصلي وذلك أطلق على تسميه الشرط الجزائي.[1]

كان هذا الشرط في ظل المذهب الفردي الذي يسوده مبدأ السلطان الإرادة شرطا مقدسا غير قابل لزيادة أو النقصان مهما زادت قيمه ضرار أو قله عن القيمة المحددة به غير انه مع بداية القرن 20 وبعد إن شهد مبدأ السلطان الإرادة تقلص المستمران حيث تدخلت الدولة لتنظيم الكثير من العقود أصبح هذا الشرط قابلا لتعديل وفقا لتقدير القاضي كلما تضمن ظلما فادحا بالنسبة للمدين أو الدائن الذي أصيب بالضرر بسبب عدم التنفيذ الالتزام من طرف المدين أو تنفيذ جزء منه نتيجة غشه أو خطئه الجسيم قيمه تعويض المحددة بالشرط (المطلب الأول).

كما قد يلجا الإفراد إلى إبرام بعض العقود التي تتضمن التزامات مؤجله بتاريخ تنفيذها إلى حلول الأجل المتفق عليه لكن قد يحدث هو إن يتخلق المدينة في أداء ما عليه ضمن الأجر المتفق عليه لظرف خاص به يقدر القاضي انه مبرر فيمنحه آجلا للوفاء وهي ما يعرفه بالأجل القضائي (المطلب الثاني)

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

قد يضع المتعاقدان في اتفاقهما المشير للالتزامات الأصلي شرطا جزئيا يرجع اليه في حاله ما إذا أخل أحدهما بتنفيذ التزاماته او تلاقي في تنفيذه او قام بتنفيذه على غير الوجه المتفق عليه بحيث يسبب ضررا للمتعاقد الأخر هذا الشرط يعتبر اتفاق تعويض عن

[1] – بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 224.

الضـرر لم يقع بعد فإذا وقع الخطأ وترتب عليه ضـرر وكان مستوفيا لجميع شـروط الأخرى المقررة قانونا يستحق المشترط التعويض الذي سبق الاتفاق عليه.[1]

لكن قد يحدث وان يتفق المتعاقدين على مبلغ مفرط للتعويض أو إن يكون الاتزان الأصلي قد نفذ في جزء منه فهنا تدخل المشرع وضح للقاضـي سلطة التدخل لأعاده التوازن بين المتعاقدين بتعديل الشرط الجزائي.

إلا انه يجب على القاضـــي قبل التدخل لتعديل العقد التحقق من وجود شـــرط جزائي في هذا العقد ليتمكن من تقديره الفرع الأول ومن ثم يتسنى له تعديل العقد بحسب ما تقضيه العدالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقدير القاضي لوجود الشرط الجزائي.

للشرط الجزائي عده خصائص تميزه عن غيره من المفاهيم القانونية أولا وله شروط إذ نقضت ينتهي هذا الشرط ثانيا.

أولا: خصائص الشرطة الجزائي.

يتميز الشـرطة الجزائي بخصـائص ثلاثة وهي انه اتفاق المسبق على تقليل التعويض (أ) وانه تابعه للالتزام الأصلي (ب) وأخيرا انه التزام احتياطي (ج) [2].

أ- الشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقرير التعويض:

ينشـــا الجزائري بناء على إرادة المتعاقدين فالاتفاق الإرادي للمتعاقدين هو المصـــدر الوحيد لهذا الشـــرط وليس القانون وعليه فان الشـــرط الجزائي يقوم إلا إذا تدخلت أراده الدائن من جهة لتقرير تعويض الاتفاق ضـــمنا الالتزام العقدي وأراده المدينة من جهة أخرى بقبوله من خلال الالتزام به في حال الإخلال بالالتزام الأصـلي لان الشـرط الجزائري وليد اتفاق بين

[1] _ العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسـة المقارنة، د ط، دار هومة للطباعة والنشـر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 222 .

[2] _ أنور سلطان، أحكام الالتزام، د.ط، دار النهضة للطباعة، بيروت، 1980، ص 71.

المتعاقدين طبقا للمادة 183 ق م التي تنص يجوز للمتعاقدين ان يحدد مقدما قيد التعويضي بالنص عليهما في العقد او في اتفاق لاحق وأساسه الإخلال عن مدينه بالتزامه العقدي. [1]

ويشترط النص عليه أن يكون الاتفاق الطرفين قبل الاخلال لأنه إذا وقع بعد الإخلال نتيجة خطا وقع فعلا فإننا لا نكون شـــرط فإننا لا نكون شـــرط جزائي وإنما يعتبر بمثابة صلح.

أ- الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي:

يعتبر الشـــرط الجزائري التزام تابع للالتزام الأصـــلي فلا يجوز بذلك الاتفاق عليه مستقبلا فهو يقوم إلى جانب الالتزامين أخر وهو الالتزام الأصلي.[2]

ومن ثم فان الشـــرط الجزائي يقومون مع الالتزام الأصـــلي وجودا أو عدما اذ دائما العبرة بالالتزام الأصـلي بحيث كلما انه إذا كان الالتزام الأصـلي صـحيحا والشـرط الجزائي باطلا ففي هذه الحالة يقتصد البطلان على الشاطئ الجزائريون إن يمتد إلى الالتزام الأصلي إلا إذا كان الشـرط الجزائي هو الباعث الدافع إلى إبرام العقد فان بطلانه يترتب عليه بطلان العقد كله[3]

ج- الشرط الجزائي الالتزام احتياطي:

أي هو وسـيله تعويضـيه احتياطيه لا يلجا إليها الدائن إلا في حاله عدم تنفيذ المدين الالتزام الأصـــلي عينا ودائن في هذه الحالة عليه إن يقوم بالمطالبة بتنفيذ الأصـــلي إذا كان ممكنا إما إذا اســـتحالة تبيض على المدين كان للدائن المطالبة بالالتزام الاحتياطي المتمثل في الشرط الجزائي[4].

---

[1] _ منذر الفضـــل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراســـة مقارنة بين الفقه الإســـلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج 02، أحكام الالتزام، ط01، مكتبة دار الثقافة للنشر، 1992، ص 81.

[2] – محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق ص 80.

[3] – محمد صبري، المرجع السابق، ص 83.

[4] رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 126.

ثانيا: شروط الاستحقاق الشرط الجزائي

يشترط للاستحقاق الدائن مقدار تعويض المتفق عليه توافر جمله من الشروط أهمها الخطأ الضرر العلاقة سببيه المدين ذلك ما نصت عليه المادة 182 و183 ق والشرط الأخير 179 ق ح قبل التدخل لأجراء تعديل المناسب.[1]

أ - الخطأ:

نكون أمام خطا مديني في حاله امتناعه عن تنفيذه التزامه العقد او تأخره ويعتبر الخطأ أساس الشرط الجزائي وعليه الدائن إثبات الخطأ[2]

ب- شرط الإعذار:

وهو دعوه المدينة من قبل الدائن إلى تنفيذ التزامه وتنبيهه إلى أن تأخره في هذا التنفيذ يوجب مسؤولية عن تعويضي الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة هذا التأخر ويكون عند حلول اجر الاستحقاق يكون واجبا وذلك حتى يتمكن دائما من الاستفادة من التعويض المتفق عليه إلى إن هناك حاله يغظ فيها الدائن عن إعداد المدين تبقى لنص المادة 181 ق.م.

وبناء على ما سبق إذا تحقق القاضي من توفر الشروط الجزيئي وله في حاله نص عليها المشرع أن يعدل الشرط الجزائي.[3]

الفرع الثاني: نطاق سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

لقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائري المتفق عليه بين طرفي العقد استثناء في مبدأ السلطان الإرادة إذا كان مبالغا فيه حماية لطرف الضعيف إلا إن سلطته في ذلك ليست مطلقه حيث يتدخل في الحدود التي رسمها له المشرع في نص

[1] - العربي بلحاج، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 821.

[2] _ أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة المقارنة، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 222

[3] - محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 82 .

المادتين 2/184; 1/185 حيث منحه سلطة التخفيض قيمه التعويض الوارد في هذا الشرط كقاعدة عامة.

أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي.

يقرر القاضـــي الحق في التدخل لتعديل العقد بتخفيض الشـــرط الجزائي الوارد في حالتين هما حاله الشـرط الجزائي المفرد الذي يقصـد بالعبارة المفرطة انه شـرط مرتفعون إلى درجه كبيره بمعنى عدم وجود تناســـب بين قيمه التعويض المتفق عليه والضـــرر اللاحق بالكائن كما إن القاضـية يسـتند عند تعديله للشـرط الجزائي على مبدأ أسـاسـي في العقد وهو وجوب تنفيذ العقد بحسن النية تبقى للمادة 107 ق.م.ج والتي تنصص يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحزن النية.

فإذا كان الشرط الجزائي مرتفعا فانه ليس من حسن النية في شـيء إن يطالب الدائن بتنفيذه فان فعل ذلك بالرغم مما ينطوي عليه من تعســـف يعتبر النية ويقع عبء إثبات المبالغة في مقدار الشـــرطة الجزائي على عاتقي المدين انه التعويض هذا قد انطوى على مبالغة إلى درجه كبيره بحيث لا يتناسب مع حجم الضرر الواقع فعلا.[1]

وبعد مفهوم المفرط إي الشـــرط الجزائي المفروض نقول إن المشـــرع الجزائري بتحديد حالات التدخل القاضـــي لتعديل الشـرط الجزائي في المادة 184 ق ح دون إن يبين كيفية تقدير الإفراط وطريقه تخفيضـه بعبارة أخرى لم يضـع إي ضـابط لتحديد الإفراط تاركا تحديده للقاضـــي الموضـــوع ولكن لم يبقى الحال كما هو بل اتجه الفقه والقضـــاء إلى محاوله وضـــع معايير لتقدير الإفراد فخلصـــوا إلى معيارين أســـاســـيين هما المعيار الموضـــوعي والمعيار الشخصي.[2]

[1] _ علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، د م ج، بن عكنون، الجزائر، 1994، ص 184 .

[2] – محمد بدوالي، المرجع السابق، ص 89.

المعيار الموضوعي:

أساس هذا المعيار هو الأخذ بفكره الضرر الحقيقي عند التقدير فالقاضي يقارن بين الضرر الحاصل فعلا وقيمه التعويض المتفق عليها في العقد في تقدير الإفراط.

المعيار الشخصي:

أساس هذه المعياري هو تقدير المسؤولية التعاقدية لكل من المتعاقدين فالقاضي وفقا لهذا المعيار يأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية وحالته المادية:[1]

الحالة الأولى السلطة التقديرية للقاضي:

المستمدة من مبدأ العدالة في اعتماد المعيار الذي يحده بمقتضى سلطته أكثر ملائمة لتقدير الإفراط بقيمته الشرط الجزائي تبع لظروف وملابسات كل قضية فإذا تبين القاضي وجود مبالغة في تقدير قيمه تعويض مقارنه بالضرر الذي أصاب الدين ففي بتخفيضه إلا الحد الذي يراه معقولا.

أما إذا تبين له إن قيمه التعويض معقولة إي هناك تناسب بين هذه القيمة والضرر الذي أصاب الدائن فله إن يرفض طلب التخفيض ويحكم بما كتبه في العقد ويكون وقت تقدير الإفراط هو يوم استحقاق التعويض الاتفاق إي عند وقوع الضرر بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

الحالة الثانية سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي:

وهي سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بسبب عدم التنفيذ الجزئي للالتزام إذا كان الشرطة الجزائي الشروط النظام التنفيذي وكان الالتزام الأصلي قد نفذ منه فان للقاضي يمارس سلطته في تخفيض الشرط الجزئي المتفق عليه وهذه السلطة تقوم على أساس مجموعه من المبررات.[2]

[1] _ ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 102.

[2] – محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 339

المبررات التخفيض الذي يقوم بت القاضـــي عندما ينفذ الالتزام الأصـــلي تفيدا جزئيا يجد ما يبرره فيما يلي من الحجج.

احترام أراده متعاقدين يفرض تخفيض الشـرط الجزائي إذا نفذ لالتزامه الأصـلي جزئيا إذا إن إرادتهما قد نصـت على الشـرط الجزائري لتغطيه عدم التنفيذ، وعلى أن يخفض الجزاء بقدر ما تم تنفيذه.

هذا وقد نص المشـرع الجزائري صـراحة على سـلطة القاضـي في تعديل الشـرط الجزائي عن طريق تخفيضه في حاله التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي.

الضوابط التخفيض حتى يتمكن القاضي من تخفيض الشرط الجزائي لابد من التنفيذ الجزئي للالتزام والقيام هذه الحالة لابد من توافر الشروط التالية:

- إن يكون تفيد الجزئي مفيدا.
- إن يكون تنفيذ جزئيا ممكنا.
- الذي يكون هناك اتفاق خاص بالتنفيذ الجزئي.
- إن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي.
- إن يتم تنفيذ الجزئي في التزام المستقبل.[1]

أساس التخفيض:

يتمتع القاضـي بحريه في التدخل لرفضـي أو قبول الشرط الجزائي بسبب التنفيذ جزئي للالتزام الأصـلي فله إن يوفي أو يقبل ويكون ذلك على أسـاس المبلغ التعويض المتفق عليه وليس على أساس تعويض الذي يحكم بت القاضي عند عدم وجود الشرط الجزائي.[2]

إذا قرر قاضي التدخل لتعديل العقد بتخفيض الشرط الجزائري في حاله التنفيذ الجزئي للالتزام التعاقدي فانه سـيجد أمامه أربع نظريات يتعين عليه الأخذ بإحداهما بحسـب اختيار المشرع نتطرق لها كالتالي:

[1] – محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 346

[2] _ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 56 .

نظريه حرية التخفيض:

تقوم هذه النظرية على أساس إن القضية يملك الحرية الكاملة في التخفيض في حاله التنفيذ الجزئي بحسب الظروف التي تبدو إمامهم دون ضابط يحدد هذه السلطة.[1]

نظريه التخفيض بنسبه الفائدة:

هذه النظريات تنادي بضـرورة تقييد شـرطه القاضـي في تخفيض التعويض الاتفاقي الوارد في الشرط الجزائي بنسبه الفائدة التي وصل عليها الدائن من التبريد الجزئي للالتزام.[2]

نظريه التخفيض بنسبه ما نفذ من الالتزام:

سـلطة القاضـي غير مطلقه وإنما تحدد بنسـبه ما منفذه من الالتزام الأصـلي على أساس إن الجزائر يشمل الكل فيمكن إن يجزا بنسبه ما نفذ من الالتزام الأصلي.[3]

نظريه التخفيض إلى الحد المناسب:

مفاده هذه النظرية إن القاضـية يقوم بتخفيض إلى الحد المناسـب فلا يتحمل المدينة تنفيذه جزء من التزامه ويدفع ما يقابله من جزاء وبالمقابل إلا يكون من شـان التخفيض أن يضـع مزايا الشـرط الجزائي من بين يدي الدائن فتكون العدالة بين الطرفان دون الإفراط أو التفريط.[4]

ومن خلال ما سبق نرى انه في حاله التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي يجوز للقاضي أن يخفض مقدار تعويض الاتفاقي لان المدين قد نفذ جزء من التزاماته إلا إن هذا التخفيض هو أمر جزائي للقاضـي فله ان يرفض تخفيض مقدار التعويض إذا تبين له ان الجزء الذي نفذ تافه او ان الدائن لم يحصل على فائدة من التنفيذ الجزئي الذي قام به المدين.

---

[1] – أحمد محمد الرافعي، الحماية المدنية للمسـتهلك إزاء المضـمون العقدي، د ط، دار النهضـة العربية، مصـر، 1994، ص 178 .

[2] _ عبد الحميد بن شـنيتي، سـلطة القاضـي في تعديل العقد، رسـالة دكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1996، ص 92 .

[3] _ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 195 .

[4] _ عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 97 .

ثانيا: سلطة القاضي في الزيادة في الشرط الجزائي

ان يريد المبلغ المحدد في الشـــرط الجزائي يطلب الدائن الزيادة وان يثبت إن المدين ارتكب او خطا جسـيما في عدم تنفيذ التزاماته ويجب على القاضـــي في هذه الحالات تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة.[1]

ثالثا: القيود الواردة على السلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

لا يستطيع القاضـي ممارسه سلطته في تعديل من تلقاء نفسه دون طلب المتعاقدين المضـرور فتدخله يكون من المدين بتخفيض من قيمه التعويض المدرجة في الشـرط الجزائي أو كان من طرف الدائن الزيادة في قيمه التعويض نجد إن يثبت إن المدير قد ارتكب غشـــا أو خطأ جسيما تسبب في حاله عدم تنفيذ الالتزام.[2]

هذا على العموم ما يمكن القول في سلطة القاضـي في تعديل الشرط الجزائي إما عن سلطته في منح الأجر القاضي فهي تتناولها في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي.

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في منح الأجل القضائي للمدين المعسر، وذلك بموجب المادة 281 من القانون المدني الجزائري. يُراعى في ذلك الحالة الاقتصـــادية للمدين وظروفه الشـخصـية، بهدف تحقيق التوازن والعدالة في التنفيذ. تمنح هذه السلطة القاضـي القدرة على تعليق التنفيذ مؤقتًا أو تمديد المدة المحددة للوفاء بالدين، شريطة أن يكون المدين قد تصـرف بحسن نية وبذل قصارى جهده للوفاء بالتزاماته.

الفرع الأول: شروط التدخل القاضي لمنح الأجل القضائي.

يعتبر إعطاء القاضي للمدين مهلة لتنفيذ التزامه مظهر من مظاهر تدخل القاضي في تعديل العقد خروجا على مبدأ ســـلطان الإرادة الذي يهيمن على العلاقات العقدية ، و هو

[1] _ عبد الرزاق أيوب ، ســـلطة القاضـــي في تعديل التعويض الإتفاقي، دراســـة مقارنة، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، ص 162 .

[2] _ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 182 .

للسلطة أمر جوازي يخضع التقديرية للقاضي ، غير أن الفقرة الثانية من المادة 281 ق.م قد وضعت لنا الشروط الواجب توافرها لمنح المدين هذه المهلة، وهي أن لا يكون هناك مانع قانوني يمنع منح الأجل القضائي (أولا)، وأن تكون حالة المدين تستدعي منحه الأجل القضائي (ثانيا) ، بالإضافة إلى أن لا يصيب الدائن ضررا من التأجيل (ثالثا)، وأن يكون الأجل الممنوح أجلا معقولا (رابعا).

أولا: عدم وجود مانع قانوني لمنح الأجل القضائي.

الأصل أن العقد الصحيح يرتب التزامات على الأطراف المتعاقدة، ويجب الوفاء بها تحت طائلة التنفيذ الجبري، فإذا ما اتفق الأطراف على أجل معين للوفاء فإنه يكون الأصل العام، غير أن المادة 281 ق.م، أجازت تأجيل الوفاء المتفق عليه عملا بأحكام نظرة الميسرة والتي تنص: "يجب أن الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي لغير ذلك.

غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها". أما إذا وجد نص قانوني يمنع تطبيقها، عاد المتعاقدين إلى الأصل العام وهو تنفيذ الالتزام في الأجل المتفق عليه في العقد، وعلى القاضي احترام النص القانوني وعدم منح المدين أية مهلة وإلا كان حكمه معرضا للطعن بالنقض[1]

ثانيا: أن تكون حالة المدين تستدعي منحه الأجل القضائي.

يستخلص هذا الشرط من نص المادة 119 ق.م التي تنص: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

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

[1] _ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 183.

وفقًا لنص المادة 281 من القانون المدني، الفقرة الثانية، التي تنص على: "غير أنه يجوز للقضـــاء، نظرًا لمركز المدين ومراعاةً للحالة الاقتصـــادية، أن يمنحوا آجالًا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة ســـنة، وأن يوقفوا التنفيذ مؤقتًا، إبقاءً على جميع الأمور على حالها". يقصـد بذلك أن يكون المدين في حالة عسـرة مؤقتة ينتظر زوالها، كأن يكون له مال ولكن ليس تحت يده وقت الوفاء.

كما أن منح المدين المعسر أجلًا قضائيًا يتطلب أن يكون المدين حسن النية، بمعنى أن يكون قد تصـرف بنزاهة واسـتقامة، وتعامل بصـدق وشـرف. يجب أن يكون المدين قد تصـرف تصـرف الرجل الحريص على الوفاء بدينه، ورغم كل محاولاته لتنفيذ التزامه والوفاء في الميعاد المحدد، وبذله كل ما في وسعه، إلا أنه لم يتمكن من التنفيذ. يجب على القاضي أن يقدر جميع الظروف المحيطة بالحالة.[1]

ثالثا: عدم تضرر الدائن من جراء منح الأجل القضائي.

من لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط، لكنه يعتبر شرطا ضروريا إذ لا يجب أن يلحق بالدائن هذا التأجيل ضـــررا جســـيما، لأنه لا يجوز تغليب مصـــلحة المدين على مصلحة الدائن، كأن يكون الدائن معتمدا على الدين في إبرام صفقة يعود فواتها عليه بضرر جسيم، فليس للقاضي في هذه الحالة[2].

أن يمنح للمدين أجلا لأنه ليس من العدالة أن يغلب مصـــلحة المدين على مصـــلحة الدائن الذي يعتبر الأولى بالرعاية[3]

رابعا: أن يكون الأجل الممنوح للمدين أجلا معقولا.

لا يجوز للقاضـــي أن يمنح للمدين أجلا طويلا يعطل فيه الدائن حقه، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضـروري ليتمكن المدين من الوفاء، وقد حدد المشـرع الجزائري في المادة 281 ق.م، مدة الأجل القضـائي بسـنة واحدة لا يجوز تجاوزها بقوله: ... أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز مدة السنة ...".

---

[1] _ مصـــطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج 1، ط 4، منشـــورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 123.

[2] _ نورية طرطاق، المرجع السابق، ص. 35

[3] _ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 377.

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

الفرع الثاني: نطاق سلطة القاضي في منح الأجل القضائي.

لقد جعل المشرع الجزائري أمر منح الأجل القضائي أو رفض منحه، أمرا جوازيا للقاضي ومتروك لتقديره، إذ له سلطة تقديرية واسعة في هذه المسألة شرط أن يسبب حكمه[2]

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

أولا: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ.

يحق لكل طرف في العقد أن يتقدم أمام القضاء بدعوى التنفيذ ضد المتعاقد الآخر إذا ما حل أجل لهذا الأخير في هذه الحالة أن يطلب من القاضي منحه أجلا الالتزام طالبا منه تنفيذ التزاماته لذلك.

أساس سلطة القاضي في منح الأجل القضائي في دعوى التنفيذ هو العدالة التي تقتضي التخفيف شدة قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" الواردة في نص المادة 106 ق.م، وذلك مراعاة لمصالح الطرفين القائمة على الرغبة المشتركة لديهما في الإبقاء على العقد[3].

إن للقاضي بمناسبة هذه الدعوى أن يمنح المدين أجلا واحدا أو أجالا متعاقبة كأن يقسط الدين على أقساط كلما استدعت حالته ذلك، على أن يراعي في مواعيدها قدرة المدين على

---

[1] نورية طرطاق ، المرجع السابق، ص. 33 .

[2] _ تنص المادة 11 ق.إ.م.إ على أنه : "يجب أن تكون الأوامر و الأحكام والقرارات مسببة " ، كما تنص المادة 358 ق.إ.م. إ:" لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية : ... انعدام التسبيب ، قصور التسبيب ، تناقض التسبيب مع المنطوق

[3] _ عبد الحميد بن شنيتي ، المرجع السابق ، ص.107

الوفاء، مع مراعاة الشـــروط القانونية المقررة لذلك لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على اســـتبعاد الأجل الذي يمنحه، والقاضي، لأنه يعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته[1]

ثانيا: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ

يعتبر الفسخ جزاء على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبه العقد من التزامات في ذمته، فيحق لكل متعاقد في العقد الملزم لجانبين أن يطلب حل الرابطة التعاقدية إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه، ويتقرر الفسخ عادة بحكم قضائي.[2]

ولقد نص المشرع على الفسخ في المادة 119/1 ق.م التي ورد فيها بأنه: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

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

[1] _ عبد الكريم بلعيور، نظرية فســـخ العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجســـتير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1983، ص181.

[2] _ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.349

خلاصة الفصل:

ختاما يمكن القول أن منح المشـرع للقاضـي سـلطة تعديل العقد أثناء مرحلة تنفيذه، في حالة حدوث ظروف طارئة أو وجود شـرط جزائي في العقد فيه مضـرة لأحد طرفي العقد على حسـاب الطرف الآخر أو من أجل منح المدين المعسـر أجلا للوفاء بالتزاماته للتيسـير عنه، ما هو إلى دليل على مراعاة المشـرع لمبادئ العدالة و المسـاواة بين أفراد المجتمع و حرصه على حماية الضعيف منهم.

خاتمة

تعتبر سلطه القاضي تعديل العقد حماية لمصالح الأطراف العلاقة التعاقدية وتحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف في حاله التوازن العقدي سواء الأسباب تتعلق بالمتعاقدين أو خارجه عن إرادتهما.

فقد يشوب عيب في العقد منذ تكوينه يستوجب تدخل القاضي لأعاده وزنه فيتدخلوا لرفع أو الاستغلال حماية طرف المغبون، أو التعديل التعسفية في عقد الإذعان، كما يجوز للقاضي إن يتدخل لتعديل العقد في مرحله تنفيذه لمواجهه الظرف.

الظرف الطارئ لم يكن في الحسبان توقعها عند إبرام العقد وذلك برد الالتزام المغلق إلى حد معقول لإيجاد عبء الظرف الطارئ الذي قد يثقل كاهل المدين مراعاة وصحه الدائن اذ يجب على القاضي الموازنة بين مصلحه الطرفين وفقا لمقتضيات المادة 107 ق ح والأحكام المادتين 148 و185 ق م، لتعديل الشرط الجزائي.

القاضي ان يتدخل لتعديل مده المتفق عليها بين المتعاقدين لتنفيذ العقد وذلك بمنحه المدين مهله لتنفيذ التزامه ما يعرف بالنظرة المسيرة وقد خلصنا بعد دراستنا لهذا الموضوع إلى بعض النتائج أهمها:

- انه أصبح للقاضي دورا ايجابيا في ظل تشريعات الحديثة.
- ان منح المشرع القاضي سلطه تعديل العقد واعتباره خروقا عن مبدأ العام في تعاقدي العقد شريعة المتعاقدين.
- ان المشرع لم يكتفي بحماية الطرف الضعيف بل تحقيق التوازن العقدي.
- ان السلطة القاضي في تعديل ليست مطلقه بل قيده المشرع بالقيود.

من خلال ما سبقنا ونخلص إلى القول انه لكي يمارس القاضي سلطته في تعديل العقد على أكمل وجه تحقيقا لهدف الذي ابتغاه المشرع من منحه هذه السلطة إلا وهو إعادة التوازن إلى العقد المختلي حفاظ على استمراريته حيث لو يتدخل المشرع الذي يتدارك بعض النقائص منها وذلك بتعديد بعض الإحكام ويجعله للقاضي سلطه مطلقه في تعديده وتدخل متى تبين له وجود التفاوت بين الالتزامات وجعلي سلطته وجوبيه ومن تلقاء نفسه ومنحيه

سلطة واسعة في استعمال أي وسيله مناسبة تعيد التوازن العقدي ووضع الظروف الطارئة أي أحكامها في المادة 106 كاستثناء على مبدأ العام العقد شريعة المتعاقدين بدلا من إدراجها في المادة 107 ق ح.

وفي الأخير يمكنني القول إن السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقدي رغم أنها تشكل أساسا بمبدأ السلطان الإرادة وانتهاك للقوه الملزمة للعقد إلا أنها تضمن استمرارية تنفيذ العقد وتوازنه في المصالح المشتركة للأطراف دون هدم العقد من قبل المشرع والقاضي.

قائمة المصادر

والمراجع

المراجع:

الكتب:

1. أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراســـة المقارنة، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

2. أحمد محمد الرافعي، الحماية المدنية للمســـتهلك إزاء المضـــمون العقدي، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 1994.

3. أنور سلطان، أحكام الالتزام، د.ط، دار النهضة للطباعة، بيروت، 1980.

4. أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج 01، المكتب الجامعي الحديث، 2001.

5. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

6. رشـوان حسـن رشـوان أحمد، أثر الظروف الاقتصـادية على القوة الملزمة، ط01، دار النهضة العربية، مصر، 1994.

7. رمضـان أبو السـعود، أحكام الالتزام، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصـر، 2006، ص 126.

8. ريما فرج مكي، تصـحيح العقد، دراسـة مقارنة، ط 1، المؤسسـة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.

9. سـعيد السـيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشـريعة الإسـلامية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، مصر، 2006.

10. عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والفوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999 .

11. عبد الرزاق السـنهوري، نظرية الالتزام بوجه العام، مصـادر الالتزام، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

12. عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي، دراسة مقارنة، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب.

13. عبد السلام الترمانيتي، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، د ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1971.

14. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية، ج 1، دار النهضة العربية، 1990.

15. العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة المقارنة، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

16. العربي بلحاج، مصادر الالتزام: المصادر الإدارية العقد والإرادة المنفردة، ج 02، دار الثقافة للنشر، عمان، 2015.

17. علي بن هادية وبلحسين البليش، القاموس الجديد، ط 7، المؤسسة للكتاب، الجزائر.

18. علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، د م ج، بن عكنون، الجزائر، 1994.

19. علي فيلالي، مكافحة الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، ط 01، دار الفجر للنشر، القاهرة، 2007.

20. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

21. محفوظ العشب بن جامد، عقد الادعائي في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1990.

22. محفوظ لعشب بن حامد، المبادئ العامة للقانون المدني للقانون المدني الجزائري، ط3، الجزائر، 2006.

23. محمد بودالي، حماسة المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، ط01، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.

24. محمد محي الدين إبراهيم سـليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

25. محمد محي الدين إبراهيم سـليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

26. محمود عبد الرحمان محمد، الإستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، دراسة مقارنة في القانون الوضعي المصري والسوداني والشريعة الإسلامية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

27. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج 1، ط 4، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.

28. منذر الفضـل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسـة مقارنة بين الفقه الإسـلامي والقوانين المدنية الوضـعية، ج 02، أحكام الالتزام، ط01، مكتبة دار الثقافة للنشر، 1992.

القوانين والمراسيم:

1. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضـان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975، معدل ومتمم بـ: القانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير سـنة 1983 والقانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو سـنة 1988 والقانون رقم 89-01 المؤرخ في 7 فبراير سنة 1989 والقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايـو سنـة 2007.

2. انظر المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

3. تنص المادة 03 من الدسـتور على ان اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسـمية، أنظر المرسـوم الرئاسـي رقم 96 – 438 المؤرخ في 26 رجب 1417 – 07 ديسـمبر 1996، المتعلق بإصـدار نص تعديل الدستور، المصـادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج.ر ،

ع 76، 1996، المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل 2002، والقانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008.

4. تنص المادة 11 ق.إ.م.إ على أنه : "يجب أن تكون الأوامر و الأحكام والقرارات مسببة " ، كما تنص المادة 358 ق.إ.م. إ:" لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية : ... انعدام التسبيب ، قصور التسبيب ، تناقض التسبيب مع المنطوق.

5. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط03، منشأة المعارف الإسكندرية، 1975.

6. القانون 04/02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية الجزائرية، الصادرة في 27 جوان 2004 .

7. المحكمة العليا، غ.م ، قرار 2000/01/12، رقم الملف: 212782، م.ق، ع01، 2001.

8. المحكمة العليا، غ.م ، قرار 2005/04/04، رقم الملف: 345144، م.م.ع، ع02، 2005.

9. المحكمة العليا، غ.م ، قرار 1993/10/10، رقم الملف: 99694، م.ق، ع01، 1994.

10. المحكمة العليا، غ.م ، قرار 1999/10/24، رقم الملف: 191705، م.ق ، ع02، 1999.

11. المحكمة العليا، غ.م، قرار 1999/10/24، رقم الملف: 191705، مق، ع02، 1999.

12. المحكمة العليا، غ.م، قرار بتاريخ، 2007/02/21، رقم الملف: 324034، م.م.ع، ع.01، 2007.

13. محكمة العليا، قرار بتاريخ: 1993/10/10، ملف 1996/94، م ق ج، 1، 1994.

رسائل جامعية:

أطروحات دكتوراه:

1. عبد الحميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1996.
2. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة لخضر، باتنة، 2012.

رسائل ماجستير:

1. عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1983.
2. عرعارة عسالي، نظرية الاستغلال، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية معهد الحقوق والعلوم الادارية، بن عكنون، الجزائر، 1997.

الملاحق

الملحق رقم (01):

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون – تيارت-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

فريق ميدان التكوين :

إذن بالإيـــــــــداع

أنا الممضي أسفله الأستاذ: بوعمارة الصالح

المشرف على المذكرة الموسومة بـ : سلطة المقدم في تعديل العقد

من إعداد الطالب (01) : بوعمارة لخضر

الطالب (02): .....

تخصص : قانون خاص معمق

امنح الإذن للطلبة بإيداع المذكرة على الأرضية الرقمية لاستكمال إجراءات المناقشة

الأستاذ المشرف

الصالح بوعمارة

فهرس المحتويات

شكر وعرفان	
إهداء	
الملخص	
قائمة مختصرات	
فهرس المحتويات	أ
الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء مرحلة الإبرام	
المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال	7
المطلب الأول: شروط تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال	8
الفرع الأول: إصابة أحد المتعاقدين بغبن	8
الفرع الثاني: استغلال الضعف النفسي للمتعاقد المغبون	13
المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال	14
الفرع الأول: نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال	14
الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال	16
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان	19
المطلب الأول: شروط التدخل القاضي لتعديل عقد الإذعان	20
الفرع الأول: وجود عقد الإذعان	20
الفرع الثاني: إن يتضمن العقد شرطا تعسفيا	22
المطلب الثاني: نطاق وخصائص السلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان	23
الفرع الأول: النطاق سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان	24
الفرع الثاني: خصائص سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان	27

الفصل الثاني: سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد أثناء مرحلة التنفيذ	
المبحث الأول: سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة	**32**
المطلب الأول: ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف طارئة	**33**
الفرع الأول: مراعاة القاضي للشروط نظرية الظروف الطارئة	**33**
الفرع الثاني: مراعاة القاضي بظروف المحيطة بالقضية	**37**
الفرع الثالث: قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة طرفي العقد	**38**
المطلب الثاني: وسائل تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف طارئة	**39**
الفرع الأول: سلطة التقديرية للقاضي في تعديل الالتزام	**39**
الفرع الثاني: سلطة القاضي في وقف تنفيذ الالتزام	**40**
الفرع الثالث: سلطة القاضي في فسخ العقد	**41**
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح الاجل القضائي	
المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي	**43**
الفرع الأول: تقدير القاضي لوجود الشرط الجزائي	**44**
الفرع الثاني: نطاق سلطه القاضي في تعديل الشرط الجزائي	**46**
المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي	**51**
الفرع الأول: شروط التدخل القاضي لمنح الأجل القضائي	**51**
الفرع الثاني: نطاق سلطة القاضي في منح الأجل القضائي	**54**
خاتمة	**58**
قائمة المصادر والمراجع	**61**
الملاحق	**67**