



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الموضوع:

سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد في التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص:

إشراف الأستاذة:

- بن حليلة ليلي

إعداد الطالبة:

- زازومة الشيماء

السنة الجامعية : 2021/2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ملحق بالقرار رقم 17/2021 المؤرخ في 2021-06-17
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا المستضيء أسفله
السيد السيّد زورمة الصفّان أستاذ باحث طالبه
الجامعة (أ) لسطحة تعريف الوثيقة رقم 200337647 والصادرة بتاريخ 2016/16/20
المسجل (أ) بكنية زورمة الصفّان والعلوم السياسية قسم الحقوق
والشريعة (أ) بلعاز أعمال بحث (مذكرات التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة دكتوراه، أطروحة دكتوراه)
عنوانها: سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد في
التسريح الجزائي
أقرت بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العنصرية والمنهجية ومعيار الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2021.06.13

14 جوان 2021

توقيع المعني (أ)

AE

Handwritten signature of the researcher.

عن المجلس الشعبي البلدي
المنطقة
سوق
المنطقة
المنطقة



شكر و عرفان

خير ما أبدأ به الكلام قوله تعالى عز وجل بعد بسم الله الرحمن الرحيم:

(لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ) إبراهيم 07

فأحمد الله حمدا كثيرا أن وفقني لإتمام هذا البحث، وعملا بقوله صلى الله عليه

وسلم: "من لم يشكر الناس لم يشكر الله"، ومن هذا المنطلق النبيل

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير إلى الأستاذة المشرفة "بن حليلة ليلى"

الذي نورتنى بتوجيهاتها ونصائحها زيادة على تكبدها عناء البحث معي، فلم

تبخل علي بشيء فلها مني عظيم الشكر وجزاها الله

عني ألف خير.

رحلت عنا وبقيت ذكراها الجميلة وكلماتها العذبة اللهم ادخل امي الفردوس

بلا حساب ولا سابقة عذاب

امي الحبيبة رغم فراقك عني الا انك بداخلي لن انسي دعمك لي في كل خطوه

في حياتي

وفي الأخير أتقدم بالشكر للذين ساهموا من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا

البحث.

هفتاد و نه

يهدف القانون إلى تحقيق العدالة ولا تتأتى هذه الغاية إلا إذا كانت النظريات التي يستنبط منها القواعد المكونة له، تسائر الضرورات الاجتماعية والاقتصادية التي تنصب عليها، ولكون هذه الضرورات تتغير على مر الزمن، يتعين عليه أن تكون مسابرة لها مواكبة.

ولعل أهم ما يميز الحياة الاجتماعية والاقتصادية هو ضرورة التعاون الذي يتم عن طريق التبادل، هذا الأخير الذي أنشأ نظام العقد، كأقدم رابطة اجتماعية تعبر عن التعاون بين الأفراد داخل المجتمع الواحد، على نحو يجعله من أعظم ما ابتدعه الفكر البشري من أدوات للتعامل، وبذلك يعتبر العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام، إذ أثبت أنه أداة قانونية يستحيل الاستغناء عنها في المجتمعات الحديثة، حيث الزال العقد يمثل أداة رئيسية لتحقيق التبادل الاقتصادي بين الأشخاص في المجتمع الواحد كما استطاع بفضلته أن يهتدي إلى أنظمة متطورة في تداول السلع والخدمات وتوزيع الثروات وتنمية الموارد وإقامة العلاقات التجارية والاقتصادية والمالية على نطاق العالم بأسره، ومصدرا هاما للحقوق والالتزامات المتبادلة بينهم ووسيلة من وسائل التفاهم والتعايش السلمي تحت مظلة القانون.

وقد اكتسب العقد مفهوما قانونيا محددًا وهو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، سواء كان الأثر إنشاء التزام أو نقله أو إنهاؤه.

غير أنه تنازع حول أساس قوته الملزمة، مذهبين فقهيين، ظهر الأول بداية، ويمثل أصحاب النزعة الفردية، وهيمن على نظرية العقد، فذهب أنصار هذا المذهب إلى استناد مفهوم العقد إلى مبدأ سلطان الإرادة، فأسندوا للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار التي تترتب عليه.

ويقوم مبدأ سلطان الإرادة على فكرتين رئيسيتين، فأما الأولى تكمن في أن الإرادة الحرة هي التي تولد الالتزام، فالأصل في الإنسان براءة الذمة، وأن لا أحد ملزما قبل غيره، وبذلك فإن إرادة الإنسان الحرة تشترط بذاتها لذاتها التزاماتها، كما أن الإرادة الحرة لا تقتصر على إنشاء الالتزامات بل تولد كذلك الحقوق من مثل حق الملكية.

وبذلك يتعين على القانون أن يحترم كل مظاهر الحرية التعاقدية وليس من شأنه أن يحمي أيًا من المتعاقدين، إذا ما فرط في حق نفسه، حيث لا يرقى دور القانون إلى إقامة توازن اقتصادي بين المتعاقدين، إذ يقتصر دور القانون على الاعتراف بالأثر الملزم للعقد، كما أراد المتعاقدان، وعلى ضمان تنفيذه، ذلك أن غاية القانون الأولى هي احترام حرية الفرد وإرادته، والمهمة التي يضطلع

القانون إلى تحقيقها هي تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض مع حرية الآخرين، وليس له بعد ذلك أن يتدخل في العقد لا على أساس أخلاقي، ولا على أساس عدم اتفاق مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة، فأبي التزام يفرض على الفرد دون رضاه يتضمن مساسا بحريته واعتداء على حقه، فالفرد الالمجموع هو الذي يحميه القانون، ويترتب على ذلك أن كل ما هو عقدي فهو عادل، إذ كل التزام يستند في نشأته إلى الرضاء والاختيار البدل إلا وأن يكون عادلا.

وأما الفكرة الثانية التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة في العقود، هي أن الإرادة هي التي ترتب أثر العقد، فكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة كذلك الأثر الذي يترتب على العقد فهو خاضع لهذه الإرادة أيضا، وهذا ما يعرف بـ"العقد شريعة المتعاقدين" فالإرادة حرة في تحديد مضمون العقد، ويترتب على ذلك أن ما ارتضاه الملتزم دينا في ذمته، يكون صحيحا وينتج أثره، ويكون ملزما للمتعاقدين ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما، ولا يستقل أحد طرفيه بتعديله، بل ولا يملك القاضي هذه السلطة ولو بداعي تحقيق العدالة، فالعقد يعد أصدق تعبير عن العدل.

وقد وقف مبدأ سلطان الإرادة ردحا من الزمن حائلا دون الإقرار بسلطان القانون على العقد، نتيجة لعوامل اقتصادية أدت إلى انتشار روح الفردية، غير أن هذا المفهوم سرعان ما اصطدم بالواقع العملي عندما تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تأسس في كنفها، فتجمع رؤوس الأموال وتركيز المشروعات والتفاوت في درجة القوة المفرط بين المتعاقدين، جعل من الضروري حماية الأطراف المتعاقدة، فامتسع بذلك الناحية الاجتماعية للعقد على الناحية الفردية، وبذلك لم يعد العقد يخص المتعاقدين فحسب بل أصبح واقعة اجتماعية تم الحياة الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع.

هذه المتغيرات أبرزت عيوب المبدأ ومخاطر الأخذ به على إطلاقه، وشككت في صالحية الإرادة وحدها لإقامة العقد، فأصبح هذا المبدأ قاصرا بذاته عن احتواء نظرية العقد بكاملها بل وعاجزا عن تفسير الكثير من المسائل المتعلقة بها مما أدى إلى إظهار العقد بمظهر يناقض تحقيق العدالة، فتقلص المذهب الفردي وظهر نتيجة لذلك المذهب الاشتراكي، كرد فعل على مساوئ المذهب الفردي وتطبيقاته المتطرفة.

وقد استغل أنصار المذهب الاشتراكي اهتزاز السمعة الأدبية التي لحقت بالعقد في ظل مبدأ سلطان الإرادة، حيث تجاوزت الحرية التي نادى بها المبدأ الحدود التي يجب عليها أن تقف عندها، وبشكل خاص حينما أصبح العقد، في أغلب الحالات أداة قانونية بيد الأقوياء ليستغلوا بها الضعفاء، مما أدى إلى اختلال التوازن في العالقات العقدية، وبذلك وجد الاشتراكيون المناخ الملائم للمناداة

بتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد، فإذا كان العقد أداة نافعة للمتعاقدين، فيجب أن لا تستخدم هذه الأداة لاستغلالهم، ولهذا كان البد من توجيه العقد.

وكان للمذهب الأخير تصوره الخاص للعقد، حيث جاء بمفهوم يتنافى ومبدأ سلطان الإرادة، فاعتبر أن أساس القوة الملزمة للعقد ليس فيما للإرادة من سلطان ذاتي، بل أن القانون هو الذي يرسم للإرادة دائرة تتحرك فيها، ذلك أن غاية القانون هي مصلحة الجماعة لا مصلحة الفرد، وبذلك تسلل التدخل التشريعي على حساب مبدأ سلطان الإرادة.

غير أن هذه القيود التي فرضها المذهب الاشتراكي على مبدأ سلطان الإدارة في العقد، لم تصل إلى حد إهدار هذا المبدأ، فالواقع العملي يصوت لصالح بقاء العقد كأداة رئيسية للتعامل، فالقانون يعترف بهذا المبدأ ولكن يحصره في دائرة معقولة تتفق فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام.

وهكذا فقد أقر المشرع الجزائري مبدأ القوة الملزمة للعقد ضمن نص المادة 106 من القانون المدني "العقد شريعة المتعاقدين، فال يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون" بما يوحي إلى أنه أطلق دور الإرادة في التعاقد وفي تنفيذها للعقود التي تبرمها، غير أنه باستقراء مواد القانون المدني يظهر جليا أن المشرع بإدراجه لنصوص قانونية آمرة تحد من حرية الإرادة في مرحلة تكوين العقد، كما تحد منها أثناء تنفيذه، قيد هذه الإرادة حيث تعطي هذه النصوص للقاضي سلطة تعديل العقد في حال اختلال التوازن العقدي.

ولا شك أن منح القاضي سلطة استثنائية تخرج عن مهامه العادية، هو أمر خطير في حد ذاته لا يبيحه المشرع إلا في حالات يبدوا فيها أن العقد أصبح مخالفا لمبادئ العدالة مخالفة فاضحة تقتضي التدخل القضائي وتبرره، وهدف المشرع من وراء منح هذه السلطة الاستثنائية المبررة لتدخل القاضي هو إعادة التوازن المختل للعقد.

أهمية الدراسة :

من الناحية العلمية يعتبر الموضوع من نتاج قواعد العدالة التي تهدف إلى التخفيف من القوة الملزمة للعقد، ومن الناحية العملية الأوضاع الاقتصادية المتقلبة التي يمر بها العالم بصورة عامة تحتاج إلى وسائل تساعد على المحافظة على التوازن المالي للعقد الذي يتأثر بتلك التقلبات ومن بين أهم هذه الوسائل سلطة القاضي في تعديل العقد.

تتلخص وظيفة القاضي في حماية الحقوق وليس إنشاؤها وهذا هو الأصل، ولأن العدل هو الغاية المثلى التي شرعت من أجلها الشرائع، ويتوقف بلوغ هذه الغاية على مدى سلامة الوسيلة التي

تتولى تحقيقها، فقد خرج المشرع عن هذا الأصل، ومنح القاضي سلطة استثنائية غير تلك السلطة التي هي من صميم اختصاصه وهي الفصل في النزاعات على أساس ما يعرض عليه فالواقع أن القاضي عندما يعدل العقد فهو ال يفسره وال يطبقه، ولكنه يخرج عليه ويقومه، وسيكون حكمه مجددا ومنشأ للحق. هذه السلطة الاستثنائية أثارت لدينا فضوال علميا في البحث بداية في القاعدة العامة التي تعتبر هذه السلطة استثناء منها ثم التطرق لأسس ومبررات هذا الاستثناء.

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

أسباب الدراسة :

ترمي هذه الدراسة من الوصول إلى الأهداف التالية :

دراسة مفهوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والآثار التي تترتب عليها في القانون المدني دراسة تفصيلية باعتبارها الأصل الذي خرج عنه المشرع بمنح القاضي سلطة تعديل العقد.

دراسة التفاصيل المتعلقة بسلطة القاضي في تعديل العقد وذلك من خلال البحث في جميع حالات تدخل القاضي لتعديل العقد، وبيان دور القاضي الإيجابي في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية.

الوقوف الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة القاضي في تعديل العقد، كما تهدف إلى دراسة خصائص سلطة القاضي في تعديل العقد ومضمونها ونطاق هذه السلطة والآثار التي تترتب على ممارستها ودور المشرع في تحديد محتواها، ودورها في تحديد الحقوق وضمنان تنفيذها.

البحث في النصوص القانونية التي تتناول سلطة القاضي في تعديل العقد وتبيان مدى كفايتها ونجاعتها في تحقيق الهدف من منح القاضي سلطة تعديل العقد، وللوقوف على الهدف تعين علينا اللجوء إلى بتطبيقاتها القضائية من خلال تحليل القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا والوقوف على مقاصد هذه القرارات ومدى إمكانيتها في توضيح ما لم يتمكن المشرع من إيضاحه.

التعمق في آراء الفقهاء حول موضوع الدراسة، وسبر هذه الآراء والأدلة التي استند عليها الفقهاء مع ترجيح الرأي الأقوى دليلا وبيان الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري، أو القضاء الجزائري في غياب أو غموض نص صادر من هذا الأول.

بيان الوظائف التي تطلع بها هذه الفكرة (سلطة القاضي في تعديل العقد) سواء بشكل مباشر باعتبارها حدا على إرادة الأفراد، أو بشكل غير مباشر باعتبارها الدرع الواقى لحماية الأسس القيمية والأخلاقية والاقتصادية والاجتماعية، التي هي حصيلة موروث الجماعة وما يعتقدون في مجتمع معين في زمان ومكان معين.

ولا نهدف من خلال هذه الدراسة إلى الخوض في ذلك الجدل الفقهي الذي ثار بين فريقين أحدهما ينكر على القاضي سلطة تعديل العقد والآخر يؤيدها، مدام أن الخوض في مثل هكذا جدال قد تجاوزه الزمن وتجاوزه جل التشريعات وأصبح لا يجدي نفعاً، إذ أن سلطة القاضي في تعديل العقد خرجت عن هذا الجدال العقيم وأصبحت حقيقة راسخة، تستند إلى نصوص قانونية صريحة ال مجال للجدال حولها، إذ لم تعد حالة واقع تستدعي حماية القانون بل أضحت واقعا قانونيا ملموسا.

نطاق الدراسة:

تناولنا لسلطة القاضي في تعديل العقد لا يقتصر على عقد معين بعينه، وإنما يشمل كل العقود المدنية بصفة عامة أي كل ما يمكن أن يدخل تحت نطاق النظرية العامة للعقد، وستكون هذه الدراسة وفق أحكام القانون المدني الجزائري وال نخرج إلى فروع القانون الخاص إلا حين نجد فيها ما يبرر سلطة القاضي في تعديل العقد، كما سنتطوي الدراسة على جانب تطبيقي كلما تقصينا وجود قرار قضائي صادر عن قضاة القانون يتعلق بموضوع الدراسة بغرض تحليله.

إشكالية الدراسة:

يثير موضوع "سلطة القاضي والاطراف في تعديل العقد في التشريع الجزائري" العديد من المشكلات لعل أهمها إلى أي مدى يلتزم القاضي المدني بمضمون العقد؟ ويتفرع عن هذا الإشكال وأطروحات قانونية هامة :

هل للقاضي مطلق الحرية في سلطته في تعديل العقد أم أنه مقيد بضوابط وحدود عند مباشرته تلك السلطة؟

ما هن الحالات اللاتي يتدخل فيها القاضي لتعديل العقد؟

وهل الأحكام القانونية الحالية كافية لتحقيق الغرض الذي شرعت لأجل تحقيقه سلطة القاضي في تعديل العقد؟

للإجابة على إشكالية الدراسة وما تفرع عنها من أسئلة رأينا تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين رئيسيين، نتناول في الفصل الأول سلطة القاضي في تعديل العقد، أما في الفصل الثاني سلطة الاطراف في تعديل العقد

منهج الدراسة:

لغرض الإحاطة بجوانب موضوع البحث كافة، ولأجل الإجابة على التساؤلات المطروحة فيه، اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي الذي يهتم بتحديد الواقع وجمع الحقائق عنه وتحليل بعض جوانبه، بما يساهم في العمل على تطويره.

الفصل الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد

المبحث الأول: سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد.

الفصل الأول

سبق القول انه طبقا للقوة الملزمة للعقد فإنه لا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق أطرافه، أي أنه لا يجوز للقاضي تعديل العقد أو إنهائه، غير أن المشرع نظرا لاعتبارات العدالة والصالح العام منح للقاضي في بعض الحالات استثناءا على القاعدة العامة سلطة تعديل العقد أو إنهائه. وسلطة القاضي في تعديل العقد تعتبر من الموضوعات التي تكتسي أهمية خاصة في فقه القانون المدني، وقد أثارت ولازالت تثير الكثير من الجدل والنقاش باعتبارها في رأي معارضيه تعد انتقاصا للحرية التعاقدية إذ أنها تشكل قيادا على حرية الأفراد في تعاقداتهم وسببا يؤدي الى عدم استقرار المعاملات المدنية.¹

سلطة القاضي في تعديل العقد جاءت وليدة تطور التشريع والقضاء وفقه القانون وفلسفته، فبعد سيطرة مبدأ سلطان الإرادة حدثت عوامل التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي التي أبرزت مخاطر الأخذ بالمبدأ على إطلاقه وما يؤدي إليه من خلل في توازن العلاقات التعاقدية، لذلك حرصت التشريعات الحديثة على إسناد للقاضي دور ايجابي في مجال المعاملات وأصبح ذو سلطة في حماية حقوق الأفراد ومصالح المجتمع يراقب العقد منذ نشأته حتى انتهائه. نتناول في هذا الفصل مبحثين، مبحث أول سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد ومبحث ثاني سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

¹ فؤاد معوض: دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص70.

المبحث الأول: سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد.

يقوم التعاقد كأصل عام على خلو الرضا من العيوب، وتعادل التزامات المتعاقدين. ذلك أن الرضا ركن جوهري في العقد. وهذا الأخير يستمد قوامه منه¹. إلا أنه كثيرا ما تصادف عيبا بين الغبن والاستغلال في العقود، مما يؤدي إلى اختلال توازنها. لذا فمسألة الغبن والاستغلال من أكثر المسائل تعرضا للدراسة والبحث وميدانا واسعا للمناقشة واختلاف وجهات النظر. كما اختلفت الحلول التي توصلت إليها تشريعات الدول المختلفة التي أخذت بهذه الفكرة وذلك حسب المذهب الذي يعتنقه نظامها القانوني. فبالنسبة للدول المتأثرة بالمذهب الفردي فإن فكرة الغبن تشغل حيزا ضيقا استنادا لمبدأي " حرية التعاقد " و " العقد شريعة المتعاقدين "، ويكون تأثيرها محصور على عقود ومجالات معينة. أما الدول المعتنقة للمذهب الاجتماعي فإن فكرة الغبن تشغل حيزا واسعا وتجعل أساسه الاستغلال، وذلك استنادا لقواعد الأخلاق السائدة في المعاملات على أساس العدالة الاجتماعية².

بناء على ما تقدم يمكن القول أن الغبن يتبدى عند تكوين العقد في صورتين، الغبن المجرد والاستغلال. لذا سنتناول في هذا المبحث، سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد (المطلب الأول) سلطة القاضي في تعديل العقد للاستغلال. أما المطلب الثاني سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية لعقود الاذعان.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد للاستغلال.

يؤثر الاستغلال في العقد فيؤدي الى اختلال توازنه، ولقد أخذ به المشرع الجزائري، واعتبره عيبا من عيوب الارادة وذلك مع الابقاء على بعض الحالات في الغبن المادي، وهي المذكورة سابقا. ندرس في هذا المطلب الفرع الاول الغبن والاستغلال، الفرع الثاني مدى سلطة القاضي في رفع الغبن.

الفرع الأول: الغبن والاستغلال.

الغبن هو المظهر المادي للاستغلال، وهو عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه وبمعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد العاقدين.

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

ص14

² عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004، ص 496.

والغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة وبذلك خرجت التبرعات والعقود الاحتمالية، فهذه الأخيرة طبيعتها أن يقع الغبن على أحد العاقدين كما أن عقود التبرع تقوم على إعطاء شيء دون مقابل، لذلك لا يثار عدم التعادل بين الأداءات.¹

والعبرة بتقدير وجود الغبن هو وقت تكوين العقد، ولا يعتد بالغبن إلا إذا كان فاحشا. وقد تطورت نظرية الغبن المادية إلى نظرية الاستغلال النفسية، فإلى جانب عدم التعادل في الأداءات يقوم عنصر نفسي هو استغلال ضعف في نفس المتعاقد قد يكون طيشا بينا أو هوى جامع. ونجد أن أغلب التشريعات الحديثة أخذت بنظرية الاستغلال إلى جانب الاحتفاظ بنظرية الغبن في حالات محددة ومن ذلك المشرع الجزائري الذي أخذ بالاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في المادة 90 من القانون المدني، واحتفظ بالتطبيقات التقليدية للغبن وذلك بنص المادة 91 قانون مدني التي تنص على أنه يراعى في تطبيق أحكام المادة 90 عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود وهي واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة ومبعثرة ولا يجوز التوسع فيها. إذن نميز بين مفهومين:

أولاً: الغبن المجرد:

الذي يؤسس على عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، وهو عيب في العقد ذاته مستقل عن عيوب الرضا المتمثلة في الغلط والاكراه والتدليس.² ودرجة الاختلال في التعادل ينظر إليها نظرة مادية، فهي درجة محددة كالخمس أو الربع أو النصف... الخ. والعقد غير العادل يصطدم بفكرة النظام العام، فطالما اتضح وجود غبن في العقد فالقاضي لا يملك التدخل في تعديله وإنما كل ما يملك هو ابطال العقد إذا لم يكمل الثمن بما يرفع الغبن.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالغبن المجرد ولكن حصر تأثيره على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر وهي: حالة بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس المادة 358 من القانون المدني الجزائري، القسمة الرضائية المادة 732 مدني، شرط الأسد المادتين 420، 426 مدني جزائري، أجر الوكيل طبقاً للمادة 581 فقرة 2 مدني جزائري، الشرط الجزائري 584 من القانون المدني.

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ص 202

² عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، ص 478.

في جميع هذه الحالات يكون تقدير الغبن بالمعيار المادي الموضوعي لا الشخصي كما هو الحال في الاستغلال، ويكون الجزاء إما إبطال العقد أو تكملة الثمن ولا تظهر أي سلطة للقاضي في تعديل العقد في هذه الحالة.

ثانيا: الغبن الاستغلالي:

الاستغلال هو أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامح في آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي إلى غبن فادح به. والاستغلال هو مظهر من مظاهر عيوب الرضا، واختلال التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد لا تحدد برقم معين يجب أن يصل إليه بل تترك لظروف كل حالة على حدى، ويستقل قاضي الموضوع بتقدير عنصري الاستغلال (المادي و النفسي) دون رقابة من المحكمة العليا. وقد نص المشرع الجزائري على الاستغلال في المادة 90 من القانون المدني، ويتبين من هذا النص أن للاستغلال عنصرين:

- 1- **العنصر المادي أو الموضوعي:** وهو اختلال التعادل الفادح كون أن التزامات أحد المتعاقدين لا يتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة أو مع التزامات المتعاقد الآخر.
- 2- **العنصر النفسي أو المعنوي:** هو أن يستغل المتعاقد لآخر في المغبون طيشا بينا أو هوى جامح.¹

والطيش هو الخفة التي تتضمن التسرع وسوء التقدير، أما الهوى فهو الميل الذي يتضمن غلبة العاطفة وضعف الإرادة التي تجعله غير قادر على الحكم على تصرفات معينة وهو الانسياق وراء ما تشتت به النفس دون التبصر بما ينتهي إليه المصير. ولا يكف الطيش البين أو الهوى الجامح بل لابد أن يستغل الطرف الآخر هذا الضعف لحمل المتعاقد على إبرام التصرف الذي أدى إلى غبنه، والاستغلال يلحق عقود المعاوضات وعقود الغرر (العقود الاحتمالية) وعقود التبرع، وهذه الأخيرة هي المجال الكبير لإعمال نظرية الاستغلال. ومجال تدخل القاضي في التعديل هو الغبن الاستغلالي، فعليه أن يتأكد من توافر عناصر الاستغلال ثم يقوم برفع الغبن عن المتعاقد المغبون، وستتناول مدى سلطة القاضي في رفع الغبن في الفرع الثاني.

¹ فؤاد معوض، المرجع السابق، ص 203، 204.

الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في رفع الغبن.

بعد تأكد القاضي من توافر عناصر الاستغلال فله إما أن يقضي بإبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، والاختيار بين دعوى الإنقاص والإبطال متروكة لتقدير المغبون. إذا رفع المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يبيحه إلى طلبه أو يقوم بإنقاص التزامات المغبون إلى الحد الذي يراه كافيا لرفع الغبن عنه وهذا إذا رأى أن المغبون كان يقبل بشروط أقل كلفة، وهي مسألة متروكة لسلطة القاضي.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الرأي مردود عليه من قبل فقهاء قانون الإجراءات المدنية، كون أن القاضي لا يحكم بأكثر مما طلب منه، وإذا فعل ذلك كان حكمه قابلا للطعن فيه بطريق التماس إعادة النظر طبقا للمادة 194 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري. وبذلك إذا رفع المغبون دعوى الإبطال فالقاضي يحكم بالإبطال أو لا يحكم به فحسب. إذا طلب المغبون الإنقاص فلا يملك القاضي الحكم بالإبطال لأنه يعتبر قد قضى بأكثر مما طلبه المدعي، كما أن الإبطال لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بل لابد من تقديم طلب من ذي مصلحة.

وليس للقاضي أن يزيد التزامات الطرف الغابن لأن القانون لم يخوله هذه السلطة كما أن الطرف المغبون ليس له أن يطلب زيادة التزامات الطرف الآخر لأن ذلك مخالف لنص القانون. وقد أجازت المادة 90 للطرف الغابن أن يتوقى دعوى الإبطال التي يرفعها المغبون إذا عرض زيادة في التزاماته بالقدر الذي يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، وهنا يقدر القاضي مقدار الزيادة التي لا يشترط أن تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء بل يكفي أن يصير الغبن يسيرا لا فاحشا.¹ ويجب أن ترفع دعوى الإبطال أو إنقاص الالتزامات خلال سنة من إبرام العقد وإلا كانت غير مقبولة.

¹ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة، 1983، ص 61

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية لعقود الإذعان.

تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة بين أطراف العقد، حيث يملك كل متعاقد حرية مناقشة شروط العقد وفقا لمبدأ سلطان الادارة، إلا أن بعد اتساع دائرة النشاط الاقتصادي، وظهور المشروعات والشركات الاحتكارية، أصبح بإمكان أحد المتعاقدين أن يستغل بوضع شروط التعاقد مقدما، وبشكل لا يسمح للطرف الآخر بمناقشتها، فيقتصر دور هذا الاخير إما على قبول الصفقة كلها، وإما رفضها دون أي حق في تعديلها¹، وغالبا ما يضطر المتعاقد الضعيف الى هذا القبول لسد حاجته، ومنها يكون قبوله أقرب الى التسليم والاذعان منه الى الرضا السليم، وتعرف هذه لعقود بعقود الإذعان أو العقود النموذجية. وتتناول في هذا المطلب فرعين مفهوم عقد الإذعان (الفرع الاول) والطبيعة القانونية لعقد الإذعان (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان.

لا يوجد تعريف محدد لعقد الإذعان، غير أن أبرز تعريف فقهي يمكن الاعتماد عليه هو ما توصل إليه أستاذنا الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بأن عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها.

ولعل أهم ما يميز عقود الإذعان هو تعلق العقد بسلعة أو مرفق أو خدمة ضرورية للجمهور ويكون محل العقد هذا مرهون بسيطرة جهة واحدة أو عدة جهات، بحيث تقل فيها المنافسة على نحو يجعل من هذه الجهة تضمن عقودها شروطا تحقق مصالحها دون أن تعتد بمصالح الجمهور وذلك نتيجة احتكار السلعة أو الخدمة، والقانون الفرنسي يطلق على عقود الإذعان عقود الانضمام، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون مناقشة، وقد أطلق أستاذنا السنهاوري على هذا النوع من العقود عقود الإذعان وهي أصح من التسمية السابقة لأن الإذعان يدل على الاضطرار في القبول، لكن الانضمام أوسع من الإذعان، إذ يشمل عقد الإذعان وكافة العقود الأخرى التي ينضم إليها القابل دون مناقشة.²

كما تتميز عقود الإذعان بعدم وجود اتفاق مسبق أو مساومة سواء من أحد أطرافه أو من الغير بل أن محتوى العقد ومضمونه كان بإرادة منفردة، هذه الإرادة لا يعوزها سوى انضمام إرادة

¹ محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 260.

² عبد الرزاق السنهاوري، مصادر الالتزام المرجع السابق، ص 193، 294.

أخرى وهي إرادة القابل التي لا نستطيع إهمالها كونها تساهم مساهمة فعالة لإعطاء الفعالية القانونية في إثبات وصف العقد على هذه الفئة.

وتجدر الإشارة إلى أن أغلب التشريعات العربية تعرضت إلى عقد الإذعان دون وضع تعريف له، من ذلك المشرع الجزائري في المادة 70 من القانون المدني الذي أورد كيفية حصول القبول فيها بقوله "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها" ومعنى أدق أن التعاقد في عقود الإذعان يتم بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة ثم قبول الطرف المدعن الذي يتم برضوخه للشروط التي وضعها مقدم الخدمة أو السلعة دون مناقشة، لأن الموجب وحده هو الذي يحتكر توريد السلعة أو الخدمة أو أن عرضه أفضل أو لغير ذلك¹، وعقود الإذعان لا تقتصر على العقود المكتوبة وإنما يلحق وصف الإذعان حتى العقود الشفهوية، لكن نظرا لأهمية وحجم المعاملات التي يقع عليها ومدتها فإنه غالبا ما يكون مكتوبا يعده المحترف سلفا ويعرضه على زبائنه، أو تعده هيئة أو منظمة مهنية لاستخدامه من قبل أعضائها، ويتضمن هذا العقد شروطا عامة ترد في قائمة ترفق مع العقد الذي يحيل إليها صراحة أو ضمنا.

كما يتخذ صورة عقد نموذجي مكتوب تتضمنه وثائق مطبوعة يوقع عليها المستهلك، وقد يتخذ صورة إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في محلات استقبال الجمهور كما هو الحال بالنسبة لشركات التأمين.

وهكذا فالقاسم المشترك بينها هو وجود نص مكتوب مسبقا من قبل محترف، يتوجه بفرضه على مجموعة من الأفراد.²

¹ محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن عقود الإذعان_دار النهضة القاهرة، طبعة 2006، ص 36.

² بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2007، ص 14.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.

يتولد على الطريقة التي يتم اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان من رضوخ الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي ومشيعته، جدل فقهي حول الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود¹، حيث انقسم الفقهاء في هذا الصدد الى فريقين، الفريق الاول يقر بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان، حيث يرى أنها عقود حقيقية لا تختلف عن سائر العقود الاخرى، أما الفريق الثاني جاء عكس الاول، حيث نفى صفة التعاقدية لعقد الإذعان ويرى أنه عبارة عن مركز قانوني منظم وليست عقود حقيقية². انقسم الرأي بشأن ذلك إلى اتجاهين:

أولاً: ذهب إلى القول بأنه عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة، مما يبعد وصف العقد عنه لما يفترض في هذا الأخير من التساوي بين أطرافه وكذا حرية إبرامه، في حين أنه لا توجد فيه مساواة ولا مشاركة للطرفين في وضع الشروط وإعدادها. **ثانياً:** والقائل بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية، وأنه مهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المدعن فإنه لا يعد الرضا أو يفسده، وبالتالي فالقبول في عقد لإذعان قبول صحيح ينعقد عند اقترانه بالإيجاب عقد صحيح وحقيقي استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة. فالقانون لا يشترط لقيام العقد أن تجري المساومة بين طرفيه في مضمونه قبل إبرامه ولا أن تتحقق بينهما المساواة الاجتماعية والاقتصادية³.

الفرع الثالث: دور القاضي إزاء عقود الإذعان.

حسب القواعد العامة فإن دور القاضي يقتصر بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها، وخروجاً عن هذه القاعدة ولتوفير الحماية للطرف المدعن في عقود الإذعان اعترف القانون بسلطة استثنائية للقاضي بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري تتيح له إما تعديل الشروط الواردة في العقد أو إعفاء الطرف المدعن منها والوسيلة الثانية خاصة بتفسير هذا العقد.

لذلك سنتناول دور القاضي في نقطتين:

¹ بوكامش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الاسلامي، رسالة دكتوراه كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012، ص.170.

² محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص.33.

³ سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 40 إلى 43.

أولاً: فيما يتعلق بالشروط التعسفية التي يتضمنها العقد نصت المادة 110 من القانون المدني على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان يتضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعى منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

فيكون للقاضي وفقاً للمادة أعلاه سلطة استثنائية لرفع الظلم عن الطرف الضعيف على خلاف القاعدة العامة وهي أن العقد شريعة المتعاقدين.¹ فله أن يعدل الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان أو يعفي الطرف المدعى منها وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة، وللقاضي تقدير ما إذا كان البند تعسفياً فيعده أو يلغيه أو ليس تعسفياً فيبقي عليه.²

وقد حاول بعض الفقهاء تعريف الشرط التعسفي بأنه: "الشرط الذي يورده المحترف في تعاقدته مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقاً لما تقضي به العدالة".³ ويبرر هذه السلطة الواسعة الممنوحة للقاضي من جانب المشرع على خلاف المبادئ العامة في أثر القوة الملزمة للعقد، الخصوصية التي ينفرد بها عقد الإذعان وهي وقوع أحد طرفيه تحت رحمة الطرف الآخر التي أدت ببعض الفقهاء في فرنسا إلى إنكار صفة العقد عليه.

وعلى حد قول أستاذنا السنهوري: "أن هذا النص في عمومته وشموله أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار، والقاضي هو من يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً، فإذا كشف شرطاً تعسفياً في عقد الإذعان فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف، بل أن له أن يلغيه ويعفي الطرف المدعى منه، ولم يرسم له المشرع حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة، ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك لأن هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام...".⁴

وعليه تكمن سلطة القاضي في حالة الشروط التعسفية المرهقة للطرف المدعى في تعديل هذه الشروط أو إلغائها وإعفاء الطرف المدعى منها.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 132.

² محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 125.

³ بودالي محمد، المرجع السابق، ص 60.

⁴ فؤاد معوض، المرجع السابق، ص 276، 277.

فيقوم القاضي بالتعديل بالوسيلة التي يراها ملائمة:

قد تكون الشروط متعلقة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المدعن نظير الخدمة التي سيؤديها عن عقد العمل أو الثمن في عقد البيع أو القيمة التجارية في عقد الإيجار مما يجعلها شروطاً جوهرية في العقد يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعقد ذاته فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف و الضرر عن المغبون.

قد يتعلق التعديل بالإنقاص، بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد.

قد يرد الشرط موضع الطعن في صورة شرط جزائي مبالغ في تقديره فيتدخل القاضي لتعديله أو إعفاء الطرف المدعن منه.

ويلجأ القاضي إلى الإعفاء عندما يقرر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل غير مجدي في إزالة التعسف مثل الشرط المتعلق بعدم المسؤولية في عقد النقل وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد، ولا تتحقق العدالة إلا بإعفاء الطرف المدعن منه. وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو إلغاء بعض الشروط التي يراها تعسفية يقع باطلاً، فمن حق الطرف المدعن أو المستهلك اللجوء إلى القضاء وتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها و هو حق يتعلق بالنظام العام.¹

وفي الأخير نخلص إلى القول أن المشرع خص عقود الإذعان بحكم خطير عن طريق منح القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه كلية إذا اقتضت العدالة ذلك، في حين أن مهمته وفقاً للقواعد العامة تقتصر على مجرد تفسير العقود بغية إعمال حكم القانون فيها.

ثانياً: تفسير عقود الإذعان.

1- بالرجوع إلى المادتين 111 و 112 من القانون المدني الجزائري، يتبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين حالات ثلاث وهي:

2- حالة وضوح عبارة النص وهنا لا يجوز الانحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طريق التفسير أو التأويل.

¹ فؤاد معوض، المرجع السابق، ص 154، 155.

3- حالة غموض عبارة النص، هنا يتعين اللجوء إلى التفسير مع الاسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل والأمانة والثقة وعرف المعاملات.

4- حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، هنا يفسر الشك لمصلحة المدين على أساس أن الأصل هو براءة الذمة.¹

غير أن المشرع خرج عن هذه القاعدة بنصه في الفقرة الثانية من المادة 112 مدني على أن القاضي يفسر الشروط أو العبارات الغامضة دائما لمصلحة الطرف الضعيف المدعى دائما كان أو مدينا.²

فالإبهام الذي يكتنف بعض عقود الإذعان ليس وليد الصدفة أو الرعونة بل يكون متعمدا في أحيان كثيرة، يسمح للمتعاقد القوي بتمرير اشتراطات معينة تحت ستار سحابة من الغموض والإبهام، فلو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر عن التعاقد.

وبمعنى آخر يفترض أن المتعاقد القوي تتوافر لديه من الوسائل ما يمكنه أن يفرض على المدعى عند التعاقد شروطا واضحة بينة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه وتقصيره وحمل تبعته لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض.

فالقانون اعترف للقضاء بسلطة تفسير الشروط الغامضة أو المبهمة، إذ نصت المادة 2/111 من القانون المدني على أنه: (إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ...).

وتضع المادة بين يدي القاضي وسائل يستهدي بها للكشف عن إبهام عبارة العقد بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين في أعماق الإرادة الباطنة إذا تعذر عليه ذلك من الإرادة الظاهرة، منها ما ذكرها النص على سبيل المثال وهي: طبيعة التعامل، الأمانة والثقة وفقا للعرف الجاري في المعاملات، ومنها ما استخلصه الفقه من نصوص القانون المدني الفرنسي ويضاف لها ما اكتشفته المحاكم ذاتها من وسائل من ذلك تغليب الشروط الخاصة على الشروط العامة في حالة التناقض، والشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة أو المرقونة.

¹ بودالي محمد، المرجع السابق، ص 61.

² فؤاد معوض، المرجع السابق، ص 276، 277.

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

المطلب الثالث: نظرية تحول العقد وإنقاصه.

قد لا يجتمع للعقد كامل أركانه مستوفية لشروطها فيكون الجزاء القانوني هو البطلان، ونميز بين نوعين للبطلان، بطلان مطلق وبطلان نسبي.

العقد الباطل بطلان نسبي أو كما أطلق عليه المشرع الجزائري العقد القابل للإبطال هو العقد الذي يقوم مستوفيا لكامل أركانه، غاية ما في الأمر أن ركن الرضا شابه عيب من عيوب الإرادة: غلط، إكراه، تدليس أو استغلال¹

هذا العقد قد يكون مآله عقدا صحيحا إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم أو يصبح باطلا بطلانا مطلقا إذا تقرر إبطاله، فالبطلان النسبي غير مستقل عن البطلان المطلق وإنما يعبر عن حالة عقد يمر على مرحلتين (الأولى عقد له وجود قانوني ومنتج لآثاره، والثانية إما زوال البطلان بالإجازة أو التقادم وإما تقرير بطلان العقد) فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو البطلان المطلق. والبطلان المطلق يكون في حالة انعدام ركن من أركان العقد (الرضا، المحل، السبب، الشكلية في العقود الشكلية)، وانعدام الركن هو اختلال شرط من شروطه.

وبطلان تمليه طبيعة الأشياء أو يفرضه القانون حماية لمصلحة عامة، والعقد الباطل منعدم لا ينتج أثرا ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا تصح إجازته ولا يرد عليه التقادم.

وإذا كان الرضا معيبا غير صحيح هنا يقوم العقد مستوفيا لأركانه وتترتب عليه آثاره ويبقى من حق المتعاقد الذي صدر منه رضا معيب أن يطلب الحماية وذلك بطلب إبطال العقد كما أن له أن يجيزه، وإذا سكت مدة معينة سقط حقه في إبطال العقد للتقادم، ذلك أن الحق في إبطال العقد قرره القانون لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة لا لحماية المصلحة العامة.

ومن أهم الآثار العرضية: نظرية تحول وانتقاص العقد ونظرية الخطأ عند تكوين العقد، هذه الأخيرة لم يأخذ بها المشرع.

¹ فؤاد معوض، المرجع السابق، ص 255، 256.

الفرع الأول: نظرية انتقاص العقد.

في هذه الحالة نكون بصدد بطلان جزئي للعقد كبطلان شرط في العقد، وعندئذ يقتصر أثر البطلان على هذا الشرط ويبقى العقد صحيحا وإذا اتضح أن تجزئة العقد على هذا النحو تتعارض مع مقصود العاقدين فإن العقد كله يبطل، مثال ذلك هبة مقترنة بشرط غير مشروع فتصح الهبة ويبطل الشرط ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع إلى التبرع فتبطل الهبة كلها.

وقد صاغ المشرع الجزائري نظرية الإنقاص في المادة 104 من القانون المدني: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".¹

وبالتالي فشروط انتقاص العقد تتمثل فيما يلي:

أن يكون العقد باطلا في أحد أجزائه دون الأجزاء الأخرى لأنه لو كان باطلا في جميع أجزائه لما كان هناك وجه لانتقاصه لأن أي جزء قد يبقى بعد الانتقاص يكون باطلا، وبذلك فالعقد المنتقاص ينتج أثرا أصليا لا عرضيا باعتباره تصرفا قانونيا لا واقعة مادية، غير أنه لا ينتج أثرا أصليا كاملا.

أن يكون هذا العقد قابلا للتجزئة فإذا كان غير قابل لها بأن تبين أن العقد ما كان ليتم بغير شقه الباطل بمعنى أن هذا الشق الباطل هو الباعث الدافع إلى التعاقد أي لولاه لما أبرم المتعاقدان العقد فإن العقد يبطل بأكمله ولا يجوز انتقاصه، فمثلا وجود شرط باطل في الوصية يبطل الوصية بأكملها إذا كان هو الدافع إلى التصرف، أما إذا كان الشرط الباطل ليس هو الدافع إلى التصرف فإن التصرف يكون قابلا للتجزئة فيجوز انتقاصه.

نخلص مما سبق أن الإنقاص هو تفسير لإرادة المتعاقدين، فإذا تبين أن إرادتهما قد قصدت إما أن يصح العقد كله أو يبطل كله فيمتنع الإنقاص إلا إذا تبين أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد وهو العقد الأصلي بعد الإنقاص لو علما بالبطلان.

وهناك حالات يكون فيها الإنقاص بنص القانون بصرف النظر عما قصده إرادة المتعاقدين،

من ذلك:

الاتفاق على عدم جواز إعفاء القاضي للطرف المدعن من الشروط التعسفية فهذا الشرط يبطل لمخالفته المادة 110 مدني جزائري.

¹ حسبو الفزاري: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة: الإسكندرية، 1979، ص25

اشتراط عدم جواز تعديل العقد بحكم القاضي ولو حدثت ظروف طارئة فهذا الشرط يبطل طبقا للمادة 3/107.

مجاورة الثمن المحدد بقوانين التسعيرة الجبرية أو تجاوز الأجرة الحد القانوني المقرر لها. الاتفاق على البقاء في الشيوخ لمدة تزيد عن 5 سنوات، هنا تخفض المدة إلى 5 سنوات فقط طبقا للمادة 722 مدني.

وبالتالي فالإنقاص يكون حتميا إذا نص القانون عليه و ذلك جزاء لمجاورة بعض الحدود والأوضاع التي يقرها، ففي هذه الأحوال يجب الإنقاص دون حاجة إلى إثبات إرادة المتعاقدين إلى هذا الإنقاص حتى ولو ثبت أن إرادة المتعاقدين ما كانت لتتجه إلى إبرام العقد لولا تجاوز الحدود التي قررها القانون.¹

الفرع الثاني: نظرية تحول العقد.

تقترب نظرية التحول من انتقاص العقد، فتحول العقد يعني تحوله من عقد باطل إلى عقد صحيح أدنى منه، فقد يبطل العقد لعدم توافر شرط من شروط صحته لكنه مع بطلانه يصلح لأن يبقى في صورة عقد أدنى من العقد الباطل لتوافر عناصر هذا العقد الثاني كالبيع بثمن تافه يبطل العقد كبيع لانعدام ركن الثمن ولكنه يتحول إلى هبة صحيحة متى استوفى باقي شروطه، وسفنتجة باطلة لعدم استيفائها البيانات الجوهرية التي يتطلبها القانون التجاري تتحول إلى سند إذني صحيح، والسند الرسمي الباطل قد يصح سند عرفي متى اشتمل على توقيع الطرفين.

وتناول المشرع الجزائري هذه النظرية في المادة 105 مدني: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

يتضح من خلال ما سبق أنه لتحول العقد لابد من توافر الشروط التالية:

أولا: أن يكون العقد الأصلي باطلا بأكمله، فالهبة الصحيحة لا يمكن أن تتحول إلى وصية.

ثانيا: أن يتضمن العقد الباطل عناصر عقد آخر صحيح، فلا يجوز أن يضاف إليها عنصر جديد وإلا فلا يوجد تحول بل نكون بصدد تصحيح للعقد إذا كان القانون يسمح به، مثلا شخص اشترى

¹ محمود زواوي: الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1987. ص120.

شيئا توهم أنه أثري فالعقد قابل للإبطال للغلط فإذا عرض البائع على هذا المشتري الشيء الأثري الذي قصد شراؤه فهنا عنصر جديد لم يكن موجودا في البيع الأول.¹

ثالثا: أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الآخر، بمعنى أنه إذا كانت إرادة المتعاقدين المعلنة قد انصرفت إلى العقد الباطل فإن إرادتهما المحتملة كانت تنصرف إلى العقد الآخر لو أنهما فطنا إلى هذا البطلان، فبيت القصيد هو الوصول إلى الغاية التي ينشدها الطرفان بوسيلة أو بأخرى. وتكمن سلطة القاضي هنا في أنه يحل محل العاقدين بعد أن يستخلص عناصر العقد الباطل ويقيم لهما عقدا جديدا بدلا من العقد الباطل، وبالتالي لم يتحقق الهدف من تدخل القاضي وهو الحفاظ على العقد الأصلي من الزوال وبذلك تخرج نظرية تحول العقد عن موضوع دراستنا.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد.

سوف نحاول من خلال عرضنا لهذا المبحث أن نحدد الحالات التي بمقتضاها منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة التعديل في مرحلة تنفيذ العقد، والتي ستقتصر معالجتها على ثلاث حالات: نظرية الظروف الطارئة، الشرط الجزائي، نظرة الميسرة.

المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة

تفترض نظرية الظروف الطارئة وجود حادث استثنائي عام وغير متوقع أثناء تنفيذ عقد متراخي التنفيذ، يؤدي إلى اختلاف التوازن الاقتصادي مما يلحق بالمدين خسارة فادحة، إلا أن هذا الحادث لا يؤدي إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا، بل يجعله مرهقا فقط مع بقاءه ممكنا، وهذا ما يميزه عن القوة القاهرة.²

بناء على هذا سنتناول تعريف نظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول)، شروط نظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة.

نظرية الظروف الطارئة تفترض الوضع الآتي: عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال (كعقد التوريد)، ويحل أجل التنفيذ فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيرا فجائيا لحادث لم يكن متوقعا، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا مثل ارتفاع سعر السلعة التي تعهد المدين بتوريدها ارتفاعا فاحشا بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد

¹ نجاري عبد الله: الشرط الجزائي في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1983. ص 200.

² فريد بلقاسم، العقود التجارية والمؤسسات، نشرة المحامي، العدد 11، سطيف، 2010، ص 31.

التوريد يتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف، فهل يؤخذ المدين في هذه الحالة بتنفيذ التزامه مهما بلغت الخسارة؟

هنا الحادث الطارئ إذا جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا يكون قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام، وإذا جعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف في التجارة لما كان له أثر، لكن الفرض المقدم أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلا ومن جهة أخرى صار مرهقا يهدد التاجر بخسارة تخرج عن الحد المألوف.

نظرية الظروف الطارئة لا ينقض بموجبها التزام المدين لأن الحادث طارئ و ليس قوة قاهرة، ولا يبق الالتزام كما هو لأنه مرهق، لكن يتدخل القاضي لرد الالتزام الى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه بمشقة ولكن في غير إرهاب¹. وهذه النظرية حديثة، ومع ذلك فالقانون المدني الفرنسي لم يأخذ بها، وذلك لرفضه لها بسبب تعارضها مع مبدأ سلطان الإرادة.

وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة، تستجيب لحاجة ملحة، تقتضيها العدالة، فهي تهدف إلى منح القاضي سلطة تعديل العقد.

وقد تبناها المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 107 من التقنين المدني « غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ».

ونجد تطبيقات هذه النظرية في عدة عقود منها عقد المقاولة طبقاً للمادة 561/3 من التقنين المدني الجزائري، وعقد الإيجار طبقاً لأحكام المادة 510 من التقنين المدني الجزائري.

وقد خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق الظروف الطارئة لإعادة التوازن الاقتصادي، لما يحقق من عدالة واستمرار في تنفيذه، ويتمثل تعديل العقد في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وقبل التعرف على سلطة القاضي في تعديل العقد لابد من تسليط الضوء قبل ذلك على الشروط الواجب توافرها حتى نكون بصدد تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 705، 706.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

لنظرية الظروف الطارئة شروط أربعة نبسطها فيما يلي:

أولاً: أن يكون العقد الذي تثار النظرية بشأنه متراخي التنفيذ. مفاد العقد المتراخي التنفيذ، أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ نفاذه وهذا غالباً ما نجده في العقود الزمنية التي تقتضي طبيعتها أن يمر تنفيذها على مراحل متتالية عبر الزمن سواء كانت مستمرة التنفيذ كعقد الإيجار أو دورية التنفيذ كعقد التوريد، وتطبق هذه النظرية على العقود الفورية التي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها ولكن قد يتم تأجيل تنفيذها إلى أجل متتالية وذلك بموجب اتفاق الأطراف كتأجيل دفع الثمن أو تسليم المبيع، كما تطبق النظرية على العقد الفوري إذا وقع ظرف الطارئ مباشرة بعد انعقاده.¹

كما لا تطبق النظرية إذا تراخى تنفيذ العقد بسبب خطأ المدين، إذ لا يجوز للمدين الاستفادة من تقصيره، كأن يحل أجل وفاء الالتزام فيقوم الدائن بأعذار المدين بوجوب الوفاء فيتقاعس، فإذا حدث ظرف طارئ جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا يجوز للمدين في هذه الحالة أن يتمسك بالنظرية للمطالبة بتعديل التزامه.

وعليه فنظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع العقود التي يتراخى تنفيذها، سواء كانت عقود زمنية أو فورية، إلا أنه يستثنى من هذه الفئة العقود، الاحتمالية التي تحمل طبيعتها الكسب والحسارة، والعقود التي يكون محل التزامها نقوداً طبقاً للمادة 95 من التقنين المدني الجزائري.² وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري سكت في المادة 3/107 من التقنين المدني عن ذكر هذا الشرط، إلا أنه لا يمكن تجاهله أثناء التطبيق، خاصة وأن للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن.

ثانياً: أن تطرأ بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة غير متوقعة.

يشترط المشرع في الحادث الطارئ، أن يكون استثنائياً، وعماماً، وغير متوقع.

1- أن يكون الحادث استثنائياً:

أي أن يكون الحادث غير مألوف ونادر الوقوع كالفيضانات، الزلازل والحروب. وبعد مثلاً الزلزال حادثاً استثنائياً إذا وقع في منطقة لا تتعرض له عادة، بينما لا يعتبر كذلك إذا وقع في منطقة

¹ محمد حسين منصور المرجع السابق، ص 353.

² محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 354.

اعتادت على التعرض له. أي وصف الاستثنائية يقتصر على الحادث ذاته ويذهب بعض الفقهاء¹ إلى إلحاق وصف الاستثنائية بأثر الظرف وليس الظرف نفسه دون النظر إلى طبيعته أو منشأه، فقد يكون الظرف الطارئ عاديا مألوفًا، لكن ما يترتب عنه من نتائج وأثار تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد وجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فمثلا إصابة المحصول بالدودة حادث مألوف، ولكن قد يبلغ من الجسامة حدا غير مألوف وينطبق عليه وصف الحادث الاستثنائي.²

2- أن يكون الحادث الاستثنائي عامًا:

بمعنى أن لا يكون الحادث الاستثنائي خاصًا بالمدين وحده، بل يجب أن يشمل فئة من الناس لأنّ إفلاس المدين، أو هلاك بضاعته لا تكف لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. ويتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص الذين يتأثرون بهذا الظرف، أو قد تنصرف العمومية أيضا إلى الناحية الإقليمية، فيتحدد معيار العمومية بمقدار المساحة الإقليمية التي تأثرت بذات الظرف.³ ويكون الحادث عاما إذا شمل طائفة معينة من الناس ينتمون إلى إقليم أو مدينة واحدة كما هو الشأن إذا أصاب الزلزال مدينة واحدة من مدن الدولة.

وإذا كان الهدف من النظرية هو رفع الإرهاق عن المدين وتحقيق مبدأ العدالة، فما جدوى شرط العمومية إذن لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، خاصة وأنّ إقرار شرط العمومية يؤدي حتما إلى التضييق من تطبيق النظرية، وفي الوقت نفسه احترام مبدأ القوة الملزمة للعقد.

3- أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع:

مفاد الحادث الاستثنائي غير متوقع أنّ المدين أثناء إبرام العقد، لم يكن في وسعه توقع الحوادث الاستثنائية، فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، باختلاف سعر العملة وانتشار دودة القطن حوادث في الوسع توقعها. كما لا يستطيع المدين تفاديه أو دفعه عن نفسه، أو حتى التقليل من آثاره ويرى بعض الفقهاء أنّ شرط عدم التوقع يغني عن كونه استثنائيا، لأنّ الحادث الاستثنائي قد يكون متوقعا، وعلى العكس من ذلك فإنّ الحادث غير المتوقع،

¹ حسبو الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية و تحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الحيزة : الإسكندرية، 1979، ص 307.

² محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 355.

³ حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 313

لا بد أن يكون استثنائيا، وبالتالي لا جدوى من ذكره كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها...¹.

حيث أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا وجب الأخذ به».

ثالثا: أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا:

وهنا نميز بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة، فهما يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا استطاع دفعه إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي، فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه، أما الظرف الطارئ فلا يقضي الالتزام وإنما يردده إلى الحد المعقول فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئا من تبعة الحادث.²

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها³، إلى نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 1996/11/10، القاضي بإلزام مؤسسة ترقية السكن العائلي بتسليم السكن محل النزاع للمدعي (س ع ق) مع إلزام هذا الأخير بأن يدفع للمدعي عليها مبلغ مالي في حدود نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن محل النزاع المحدد باتفاقية البيع المؤرخة في 1990/06/04، «حيث أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا لأحكام المادة 3/107 من التقنين المدني، إذا ما طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام و غير متوقعة من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونون قد أخطئوا في تطبيق المادة 107 من التقنين المدني» والإرهاق الذي يقع فيه المدين نتيجة الظرف الطارئ ذهب غالبية الفقه العربي في تحديد درجته إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي المرن، والذي لا يعتد فيه بشخص المدين وظروفه الخاصة، وإنما يقتصر على الصفة التي أبرمها المدين، فيتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبيرا بين قيمة الالتزام المحددة في العقد، وقيمة العقد الفعلية عند التنفيذ، ولو كان المدين يملك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء.

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

² عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 722، 723.

³ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1999، ص 95.

والمعيار الموضوعي يقدر الإرهاق فيه على ضوء الالتزامات والحقوق الناجمة عن العقد¹ ، لأن الهدف من ذلك هو إيجاد توازن اقتصادي للعقد.

وأما مقدار الإرهاق فإن المشرع طبقا للمادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري لم يحدده بل اكتفى فقط بأن تكون الخسارة فادحة.²

بمعنى أنها غير مألوفة وفيها نوع من الظلم للمدين. وسكوت المشرع معناه ضمينا أنه خول للقاضي سلطة لتعديل العقد أثناء التنفيذ بسبب الاختلال في التوازن العقدي، وبالتالي للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتقديره حسب الظروف المحيطة بالعقد.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

إذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولم يحدد المشرع في المادة 3/107 من القانون المدني طريقة لرد الالتزام المرهق وإنما ترك له الحرية في اختيار طريقة مناسبة لذلك، فقد يرى إنقاص الالتزام المرهق، وقد يرى زيادة الالتزام المقابل، وقد يرى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ.³

أولا: إنقاص الالتزام المرهق.

استخدم المشرع الجزائري في النص العربي للمادة 107/3 من التقنين المدني عبارة «... أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...» أما النص الفرنسي فقد استعمل عبارة "إنقاص" "Réduire" على الرغم من أن الإرادة الحقيقية للمشرع تظهر من خلال النص الفرنسي، وبالتالي هناك تضيق لسلطة القاضي في تعديل العقد عن طريق الإنقاص، وكلمة "الرد" توحى بمعنى التعديل عن طريق إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل.⁴

أي أن القاضي يتدخل في توزيع عبء الظرف الطارئ وذلك بإيجاد توازن في شروط العقد حتى لا نكون أمام تجاوزات فاحشة نتيجة الظرف الطارئ. ويتدخل القاضي لتعديل العقد عن طريق الإنقاص سواء تعلّق الإنقاص من حيث الكم أو من حيث الكيف.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 195.

² الخسارة الفادحة « هي تلك التي تخرج عن حدود المألوف و تجعل التزم المتعاقد بتنفيذ التزامه ضريا من الظلم»، راجع: اسعد الكوراني، (نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية)، مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد الأول، السنة الأربعون، ص 241.

³ عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 735.

⁴ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 197.

من حيث الكم كأن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لأحد مصانع الحلوى ثم تقل كميات السكر المتداولة في السوق لحادث طارئ (حرب منعت استيراد السكر أو إغلاق بعض المصانع) الأمر الذي يجعل توريد الكميات المتفق عليها أمراً مرهقاً، فيجوز للقاضي أن ينقص من كمية السكر المتفق عليها حتى يرد الالتزام المرهق إلى الحد الذي يستطيع التاجر القيام بتوريده.¹ ولا ينصب الإنقاص على كميات و عدد الأشياء، بل ينصب الإنقاص أيضاً على قيم الأشياء، فإذا أدت الظروف الطارئة إلى انخفاض أسعار السلع مما يؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة، وإرهاق في تنفيذ عقود البيع مثلاً، فيجوز للقاضي في هذه الحالة أن ينقص الثمن المتفق عليه بما يزيل الإرهاق أو يخفف منه بالنسبة للمشتري، أي أنه إذا كان الالتزام المرهق هو ثمن المبيع جاز للقاضي انقاصه أو إنقاص فوائده أو اسقاطها أو مد الأجل التي يدفع فيها.

من حيث الكيف كأن يلتزم شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة ومن صنف متفق عليه، ثم تطرأ حوادث استثنائية تجعل الحصول على هذا الصنف بالذات مرهقاً للمدين، سواء بسبب ارتفاع الأسعار، أو لندرة هذه السلع، ففي هذه الحالة يستطيع القاضي أن يرخص للمدين في أن يفني بنفس الكمية ولكن من صنف أقل جودة.²

ثانياً: زيادة قدر الالتزام المقابل.

إذا أدى الظرف الطارئ إلى ارتفاع فاحش في الأسعار، يقوم القاضي بزيادة السعر المبين في العقد، حتى يتحمل الطرفان الزيادة غير المألوفة، وذلك بزيادة التزامات الدائن، بهدف الوصول إلى التوازن بين مصلحة الطرفين. والقاضي عندما يرفع السعر لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر بل يخيره بين الشراء والفسخ، فإذا اختار الفسخ كان ذلك أصلح للمدين إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر الحادث الطارئ.³

إلا أنّ المشرع الجزائري طبقاً لأحكام المادة 107/3 من التقنين المدني، النص الفرنسي لم يأخذ بوسيلة زيادة قدر الالتزام المقابل، بل اكتفى بعبارة الإنقاص (Réduire) أمّا النصّ العربي فاستعمل عبارة "يرد" التي تقابل التعديل، سواء عن طريق الإنقاص أو زيادة قدر الالتزام المقابل، ولكن المشرع الجزائري لو أراد إضافة وسيلة الزيادة لنصّ عليها صراحةً، كما هو الشأن في المادة 561

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، المرجع نفسه، ص 726، 727.

² حسبوا الفزاري، المرجع السابق، ص 701.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 726.

من التقنين المدني « ... على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من ربّ العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة، لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ... جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر.... »

وبالتالي فالمشرع الجزائري أخذ بوسيلة الزيادة في قدر الالتزام المقابل كحلٍ استثنائي طبقاً للمادة 561 من التقنين المدني.

ويلاحظ في حالتي الإنقاص للالتزام المرهق و زيادة الالتزام المقابل أن القاضي لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة للحاضر ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف، فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل وتعود له قوته الملزمة كما كان في الأصل.¹

ثالثاً: وقف تنفيذ العقد.

يلجأ القاضي إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد إذا تبين له أنّ الظرف الطارئ مقدّر له الزوال في وقت قصير، وأنّ اللجوء إلى وسيلة الإنقاص أو الزيادة يؤدي إلى اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وفي هذه الحالة يأمر القاضي بوقف التنفيذ لفترة محدّدة، أو غير محدّدة من الوقت، حتى تزول آثار الظرف الطارئ.²

ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار بعض مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً بسبب حادث طارئ، لكن هذا الارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد، فيوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه حتى يتمكن من القيام بالتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى.³، والحكم بوقف التنفيذ لا يؤثر على مضمون العقد، سواء من الناحية الموضوعية أو المادية، فتظلّ الالتزامات فيه طيلة الظرف الطارئ محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت.⁴، أي أن مضمون العقد لا يتأثر بالوقف، إلا أنّ المشرع الجزائري لم ينصّ على هذه الوسيلة رغم كونها وسيلة ناجعة لمواجهة الظروف غير المتوقعة.

ونخلص إلى القول أن الهدف من إقرار نظرية الظروف الطارئة هو إعادة التوازن الاقتصادي للعقد في حالة اختلاله، والمحافظة على بقاء العقد و تنفيذه في ظروف حسنة بعكس اللجوء إلى فسخ

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 727.

² أنور سلطان، أحكام الالتزام، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية بيروت، 1980، ص 236.

³ عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 725.

*فؤاد معوض، المرجع السابق، ص 234.

⁴ حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 702، 703.

العقد الذي يعني إنهاءه، فالمشرع الجزائري في المادة 107/3 من التقنين المدني لم ينصّ على الفسخ، لا صراحةً ولا ضمناً كوسيلة لردّ الالتزام المرهق، بعكس المشرع الإيطالي في المادة 1467 من القانون المدني الذي منح للقاضي وسيلة فسخ العقد في حالة وقوع حوادث استثنائية أدت إلى أن تنفيذ الالتزام أصبح مرهقاً بطلب المتعاقدين، فلا يجوز للقاضي الحكم بالفسخ إلا إذا تحقق شرط مطالبة المتعاقدين به.

ولكن المشرع الجزائري، واستثناء على نص المادة 107/3 من التقنين المدني، قد حوّل للقاضي بموجب أحكام المادة 561/3 من التقنين المدني سلطة فسخ العقد «... جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد...»

وإقرار الفسخ كوسيلة لردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، لا يترتب عنه التعويض، بل هناك إعفاء للمدين عكس المادة 119 من التقنين المدني الجزائري، والملاحظ أنه لا جدوى من الفسخ في هذه الحالة لأنه يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية.

المطلب الثاني: الشرط الجزائي.

لقد شاع استعمال الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي في الحياة المعاصرة، حيث برز في العقود كمظهر من مظاهر الحرية التعاقدية التي كفلتها معظم التشريعات المدنية الحديثة¹، فمثل هذا الشرط يعتبر شريعة المتعاقدين، فمتى وقع الخطأ وترتب عليه ضرر للمتعاقد الآخر، وكان مستوفيا لجميع الشروط الأخرى استحق المضرور التعويض الذي سبق الاتفاق عليه، وفي حالة عدم تناسب درجة الضرر مع التعويض الاتفاقي، يتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي (إعادة تقديره). وتناول في هذا المطلب ثلاث فروع: تعريف الشرط الجزائي (الفرع الأول)، شروط استحقاق الشرط الجزائي (الفرع الثاني) و تعديل الشرط الجزائي (الفرع الثالث).

¹ بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 224.

الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي.

يراد به الاتفاق مقدّمًا بين الدائن والمدين على مقدار التعويض الذي يستحقّه الدائن في حالة إخلال المدين بالتزامه التعاقدية، ويتمثل هذا الإخلال في صورة عدم تنفيذه أصلاً أو التراخي في تنفيذه أو تنفيذه على غير النحو المتفق عليه مما يسبب ضرراً للدائن.¹ فهو اتفاق على تعويض ضرر لم يقع بعد، فإذا وقع الخطأ وترتب عليه ضرر لحق بالطرف الآخر وقامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، استحق المشتراط التعويض الذي سبق الاتفاق عليه ويعرفه الدكتور أنور سلطان على أنه: "اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه".

ويعرفه الحجازي في كتابه موجز النظرية العامة للالتزام على أنه: "اتفاق المتعاقدين مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ التزامه أو تأخر في تنفيذه". ويستخلص من هذه التعاريف أن الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض، سواء عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، ويحدد مقدماً قبل وقوع الضرر بحكم المادة 183 مدني التي تنص على أنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 مدني، أما ما يحصل بعد وقوعه فهو عقد صلح تحكمه المادة 459 وما بعدها من القانون المدني وليس شرط جزائي. مثال ذلك عقد نقل ينص فيه على تحديد المبلغ الذي يدفعه الناقل في حالة فقد البضاعة أو تلفها. فغالبا ما يوضع الشرط في العقد الأصلي لكن لا يوجد مانع من وضع هذا الشرط في اتفاق لاحق، بشرط أن يكون هذا الاتفاق سابق على واقعة إخلال المدين بالتزامه.

وعادة ما يكون الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية العقدية، غير أنه قد يدخل نطاق المسؤولية التقصيرية كأن يتفق صاحب المصنع مع جيرانه على مقدار التعويض عن الضرر الذي قد يصيبهم مستقبلاً من الدخان أو أصوات الآلات.²

ونخلص إلى القول بأن الشرط الجزائي هو ضمان لتنفيذ مختلف العقود، بمقتضاه يلتزم المتعاقد الذي يخل بالتزامه بأداء معين لصالح المتعاقد الآخر، هذا الأداء قد يكون مبلغاً من المال أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

¹ فؤاد معوض، المرجع السابق، ص 307.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 263.

الفرع الثاني: فائدة ودور الشرط الجزائي

أولاً: يقوم الشرط الجزائي بدور الشرط المخفف لمسؤولية المدين أو المعفي منها إذا كان أقل من الضرر الفعلي أو كوسيلة للخروج من التعاقد بأقل كلفة.

ثانياً: يقوم بدور التهديد المالي أو كوسيلة للضغط إذا كان أكبر بشكل ملحوظ من الضرر الفعلي.

ثالثاً: يقوم بدور التقدير الجزائي للتعويض إذا كان معادلاً للضرر الفعلي بقدر الإمكان، بحيث يعلم المدين مقدماً مقدار ما سيلزم عند عدم التنفيذ.

وللشرط الجزائي ثلاث مميزات كما يلي:

رابعاً: أنه التزام تابع للالتزام أصلي ويأخذ حكمه، فإذا كان الالتزام الأصلي باطل كان الشرط باطلاً، وفي حالة انقضاء الالتزام الأصلي لسبب ما ينقضي الشرط الجزائي.

خامساً: أنه التزام احتياطي، فهو تعويض والتعويض طريقة احتياطية عند عدم التنفيذ العيني، فلا يطالب الدائن بقيمة الشرط الجزائي ولا يعرضها المدين إلا إذا استحال التنفيذ عينا بخطأ المدين.

سادساً: أنه تقدير جزائي للتعويض لأنه اتفاق مسبق على تقدير التعويض عند عدم التنفيذ أو عند التأخر في التنفيذ، ويشترط لاستحقاقه الخطأ والضرر والعلاقة السببية والإعذار كلما كان واجبا لاستحقاق التعويض.

الفرع الثالث: شروط استحقاق الشرط الجزائي.

يشترط لاستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه توافر جملة من الشروط أهمها الخطأ، الضرر، العلاقة السببية، اعذار المدين.¹

أولاً: الخطأ.

نكون أمام خطأ المدين في حالة امتناعه عن تنفيذ التزامه العقدي أو تأخره، ويعتبر الخطأ أساس الشرط الجزائي ويكون مبنياً على أساس موضوعي قوامه الاعتداد بواقعة مادية بحتة هي عدم التنفيذ²، ويشترط في عدم التنفيذ بعض الخصائص:

1- أن يكون عدم التنفيذ نهائياً لاستحقاق مبلغ التعويض الاتفاقية فلو كان مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ولا يستحق الشرط الجزائي.

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 265.

² عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1983، ص 115.

2- أن يكون عدم التنفيذ كلياً: لاستحقاق الدائن الشرط الجزائي كاملاً لا بد أن يكون عدم التنفيذ كلياً، لأن التنفيذ الجزئي يحول للدائن الاستفادة من الشرط الجزائي تحت تحفظ تخفيضه من قبل القاضي، طبقاً لأحكام المادة 2/184 من التقنين المدني الجزائري.

وعبء إثبات الخطأ يقع على الدائن، وينتقل إلى المدين في حالة التنفيذ الجزئي، وبالتالي يستطيع المدين التخلص من المسؤولية وذلك بإثبات السبب الأجنبي لقطع العلاقة السببية بين خطئه و الضرر الذي أصاب الدائن.

وبالتالي فالخطأ هو الشرط الأساسي لاستحقاق التعويض، وفي حالة عدم وقوعه فلا جدوى من الشرط الجزائي.

ثانياً: الضرر.

يعتبر الضرر أساس تقدير التعويض الواجب أدائه في حالة إخلال المدين بالتزامه سواء بسبب عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذه، ويترتب عن انتفاء الضرر عدم استحقاق الشرط الجزائي، وهذا ما نصت عليه المادة 184/1 من التقنين المدني الجزائري « لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أنّ الدائن لم يلحقه أيّ ضرر »، فلا يكف خطأ المدين وحده بل لا بد من وقوع ضرر بالدائن وعليه إثباته.

غير أن القضاء الفرنسي جرى على عدم اشتراط إثبات الضرر وأن الشرط الجزائي معناه أن الطرفين سلماً بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضرراً وأنهما اتفقا مقدماً على مقدار التعويض اللازم له منعا لأيّ جدل مستقبلاً.

وهذا الشرط (وقوع الضرر) من النظام العام لا يمكن للأطراف استبعاد تطبيقه بشرط اتفاقي آخر يجعل الشرط الجزائي مستحقاً حتى في غياب الضرر طبقاً لأحكام المادة 3/184 من التقنين المدني الجزائري.¹

ويشترط في الضرر أن يكون محققاً، مباشراً، ومتوقعاً كما هو الحال في القواعد العامة، أمّا فيما يتعلق بالإثبات فإنّ المشرع خرج عن القواعد العامة و أصبح عبء الإثبات على المدين بدلاً من الدائن، أي على المدين أن يثبت بأنّ الدائن لم يلحقه ضرر طبقاً للمادة 184/1 من التقنين المدني الجزائري، فإذا استطاع إثبات ذلك، فلا جدوى في هذه الحالة من استحقاق الشرط الجزائي من جهة، وانتفاء مسؤوليته من جهة أخرى.

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 245.

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

مفاد العلاقة السببية بين الخطأ والضرر هي أن امتناع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي، أو تأخره في تنفيذه هو الذي ألحق بالدائن ضرراً، أي النتيجة الحتمية لإخلال المدين بالتزامه، و الذي بسببه تضرر الدائن ولكن يجوز للمدين قطع هذه العلاقة، إذا أثبت أن الضرر راجع لسبب أجنبي أو قوة قاهرة أو حادث فجائي أو كان ضرراً غير مباشر أو غير متوقع.¹

وبالتالي لا يكون المدين مسؤولاً في هذه الحالة، مع ملاحظة أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، ويعتبر هذا الشرط بمثابة اتفاق على تشديد المسؤولية.
رابعاً: الإعذار.

وهو دعوة المدين من قبل الدائن إلى تنفيذ التزامه و تنبيهه إلى أن تأخره في هذا التنفيذ يوجب مسؤوليته عن تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة هذا التأخر.² والمشرع الجزائري اشترط الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي إضافة إلى الخطأ والضرر والعلاقة السببية طبقاً لأحكام المادة 179 من التقنين المدني، فإعذار المدين على تنفيذ التزامه عند حلول أجل الاستحقاق يكون واجباً. إذن فالإعذار واجب بمجرد قيام الدائن بدعوة المدين إلى تنفيذ الالتزام، وكذلك عند حلول أجل الاستحقاق، وذلك حتى يتمكن الدائن من الاستفادة من التعويض المتفق عليه، إلا أن هناك حالات يُعفى فيها الدائن من إعذار المدين طبقاً لأحكام المادة 181 من التقنين المدني الجزائري³، ويجوز للدائن إعذار المدين بمختلف الطرق القانونية أو الاتفاقية وهذا ما تضمنته المادة 180 من التقنين المدني الجزائري.⁴

وبناء على ما سبق إذا تحقق القاضي من توافر هذه الشروط فله أن يحكم بالتعويض المقرر في الشرط الجزائي وله في حالات نص عليها المشرع أن يعدل الشرط الجزائي.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 859.

² عبد الحميد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة: بغداد، 1977، ص 29.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 687.

⁴ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 125.

الفرع الرابع: تعديل الشرط الجزائي.

يتدخل القاضي لتعديل مضمون الشرط الجزائي عن طريق التخفيض سواء كان الشرط الجزائي مفرطاً (مبالغ فيه)، أو إذا قام المدين بالتنفيذ الجزئي لالتزامه طبقاً لأحكام المادة 184/2 من التقنين المدني الجزائري. واستثناء، فإنّ المشرع منح للقاضي سلطة التعديل عن طريق الزيادة في التعويض المتفق عليه إذا ثبت أنّ المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً طبقاً للمادة 185 من التقنين المدني الجزائري، وهذا ما نوضحه في النقاط التالية:

أولاً: تخفيض الشرط الجزائي.

حسب مقتضيات المادة 2/184 مدني، فإنه يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما: المبالغة أو التقدير المفرط للتعويض والتنفيذ الجزئي للالتزام.

1- تخفيض الشرط الجزائي بسبب التقدير المفرط فيه:

نصت المادة 184/2 من التقنين المدني الجزائري « ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أنّ التقدير كان مفرطاً »، فالمشرع استخدم مصطلح "الإفراط"، عكس المشرع المصري، الذي استعمل عبارة « مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ».

والإفراط معناه عدم التناسب الكبير بين قيمة التعويض المتفق عليه، والضرر اللاحق بالدائن مما يؤدي إلى التعسف، أي أن يكون هناك تفاوت كبير بين التعويض المتفق عليه والضرر اللاحق بالدائن مما يترتب عليه إلحاق ظلم بأحد المتعاقدين.

أ- تقدير القاضي للإفراط:

بالرجوع إلى نصّ المادة 184 من التقنين المدني الجزائري نجد المشرع الجزائري قد اكتفى بتحديد حالات تدخل القاضي دون أن يرشده إلى كيفية تقدير الإفراط، أو العناصر التي يمكن أن يستند عليها في تقديره، إلاّ أنّه جرى العمل باللجوء إلى المعيار الموضوعي، والذي مفاده مقارنة مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر الذي لحق بالدائن، أي عدم التناسب الفاحش، وكذلك اللجوء إلى المعيار الذاتي والذي مفاده تقدير المسؤولية التعاقدية للمتعاقدين، مثل الظروف الشخصية للمدين من حسن نية أو سوءها.¹

وحتى يمارس القاضي سلطته في التخفيض وجب أن تكون المبالغة كبيرة، لأنّه يترتب عليه إثراء الدائن على حساب المدين، وعلى القاضي أن ينظر أثناء تقديره، فيما إذا كان عدم التناسب فاحشاً

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 860.

أو معقولاً، وأن يراعي مصالح الأطراف بهدف إيجاد التّناسب بين الضّرر، وقيمة التّعويض والتّخلص من كل التّجاوزات التي تلحق ظلماً بأحد المتعاقدين، على أساس العدالة، وإذا كان عدم التّناسب معقولاً فلا جدوى من إجراء عملية التخفيض، أمّا إذا تبين أن عدم التّناسب فاحش، فبعد انتهاء القاضي من عملية التّقدير، ينتقل إلى عملية التخفيض وفقاً لما يراه مناسباً.

ب- تخفيض القاضي للتّعويض.

سكوت المشرع عن تحديد طريقة أو عناصر يستند عليها القاضي لممارسة سلطته في التخفيض تعبير ضمني على أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة مستمدة من مبدأ العدالة، كما أن له الحرية الكاملة في ممارسة سلطته للتدخل في التعديل.

فإذا تبين له أن المبالغة في الشرط الجزائي كانت فاحشة وترتب عنها ظلم للمدين، يقوم بإيجاد توازن بين قيمة التعويض و الضرر اللاحق بالدائن كما يقع عليه عبء البحث عن نية المدين إذا كانت حسنة أو سيئة من خلال ظروف وملابسات العقد، وهذا ما يعرف بالمعيار الذاتي، إضافة إلى ذلك فالقاضي يسعى للمحافظة على استمرار واستقرار المعاملات بما يوجبه تنفيذ العقود من حسن نية ونزاهة والابتعاد عن الإجحاف الذي قد يصيب أحد الأطراف، ويقع عبء الإثبات على المدين إذا كان مقدار الشرط الجزائي مبالغاً فيه.¹

2- تخفيض الشرط الجزائي بسبب التّنفيد الجزئي للالتزام الأصلي:

تنصّ المادة 184/2 من التقنين المدني الجزائري « ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين ... أنّ الالتزام الأصلي قد نُفِّد في جزء منه».

ومفاد ذلك قيام المدين فعلاً بتنفيذ التزامه، إلاّ أنّه توقّف في جزء منه، وأن الجزء المتبقي الذي لم ينفذه المدين قد ألحق ضرراً بالدائن، وليس من العدل أن يلزم المدين بالوفاء بالمبلغ المتفق عليه كلياً. كما يجوز للأطراف التّوقع مسبقاً حالة التّنفيد الجزئي للالتزام الأصلي، وإدراجه ضمن الاتفاق طبقاً للعقد شريعة المتعاقدين، لأنّ القاضي ملزم باحترام إرادة الأطراف، ولا يكون الالتزام الأصلي قابلاً للتّنفيد الجزئي إلاّ إذا كان قابلاً للانقسام، وإنّ مسألة قابليّة أو عدم قابليّة الالتزام الأصلي للانقسام، هي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، حيث منحت المادة 184/2 من التقنين

¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 192.

المدني الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة، إلا أنه يعاب عليها أنها ناقصة، كونها لم تحدّد للقاضي العناصر التي يعتد بها سواء في التقدير أو التخفيض.¹

ويلزم القاضي بالتخفيض إذا طلب منه المدين ذلك، وتحقق الضرر فعلاً للدائن، و أثبت المدين قيامه بالتنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، ويراعي القاضي أثناء عملية التخفيض الضرر اللاحق بالدائن، ويقارنها بالفائدة التي عادت عليه، أي يقوم بعملية المقارنة على عنصري الضرر والفائدة. أما إذا لم يتحقق الضرر فعلاً فلا مجال لاستحقاق الشرط الجزائي، وهذا ما نصت عليه المادة 184/1 من التقنين المدني الجزائري، ومن خلال عنصر الفائدة يتبين للقاضي ما إذا تحققت مصلحة الدائن في التنفيذ الجزئي أم لا، كما أنّ القاضي لا يسع إلى البحث عن مساواة حقيقية بين الضرر اللاحق بالدائن ومقدار التعويض، بل يكفيه التخلّص من التجاوزات الفاحشة من جهة، و أن يراعي مصلحة الدائن من جهة ثانية، وحقه في ضمان التنفيذ من جهة ثالثة.

والهدف في الحالتين السالفتين الذكر هو حماية المدين، لذلك فهما من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفهما، وأكدت ذلك المادة 184/فقرة أخيرة من القانون المدني بقولها:
"ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

ثانيا : زيادة الشرط الجزائي.

تنصّ المادة 185 من التقنين المدني الجزائري « إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أنّ المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.»

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد منع القاضي من التدخّل لأجل الزيادة في الشرط الجزائي بصفة مبدئية، إلا أنه واستثناء على ذلك خوّل له رخصة الزيادة في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم.
-زيادة مقدار التعويض بسبب غش المدين أو خطئه الجسيم:

هنا على الدائن أن يثبت أنّ المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، و أنّ الضرر اللاحق به أكبر بكثير من مقدار التعويض المتفق عليه لكي يستفيد من أحكام الزيادة المنصوص عليها بالمادة 185 من التقنين المدني.

ففي هذه الحالة يجوز للقاضي التدخّل لتعديل الشرط الجزائي عن طريق الزيادة، و يسعى القاضي إلى زيادة مقدار التعويض حتى يتساوى مع الضرر الواقع¹، فالقاضي في هذه الحالة يبحث

¹ أنور سلطان، أحكام الالتزام، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية بيروت، 1980، ص 236.

عن النية الحسنة أو سوءها، وسوء النية واجب الإثبات على عاتق الدائن، لأنه ملزم بإثبات أنّ المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه مقدار التعويض.

وبالتالي فالحكم للدائن بالتعويض الإضافي أساسه الغش و الخطأ الجسيم، لأنّ الطرفان لم يتوقعا ذلك في الاتفاق، ولهذا فالدائن يطالب بالتعويض غير المتوقع، ومصدره الضرر الناتج عن غش المدين وخطئه الجسيم، وكذا التعويض المتوقع ومصدره الشرط الجزائي.

وعليه للدائن الحق في المطالبة بالتعويض و يكون أساسه غش المدين وخطئه الجسيم وكذا الشرط الجزائي، ففي الأولى نكون أمام تعويض غير متوقع، أما الحالة الثانية فأمام تعويض متوقع.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية²، إلى اعتبار " أن المدين الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيما عن قصد وذلك بأن يرفض تنفيذ التزاماته العقدية حتى وإن كان هذا الرفض لا يتعلق بقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر وعليه يحكم بزيادة مقدار التعويض عن التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي "

كما أنّه لا يجوز للمدين اشتراط الإعفاء، أو التخفيف من مسؤوليته بالتعويض في حالتي ارتكاب غش أو خطأ جسيماً، لأنّ هذا الاشتراط لو وضع لكان مشجعاً على ارتكاب الغش ودون خشية من الجزاء و هذا ما يخالف النظام العام، وبالتالي لا جدوى من إدراج الشرط الجزائي ضمن العقد.

أما إذا كان الشرط الجزائي أقلّ من الضرر الواقع، ففي هذه الحالة لا يقوم القاضي بزيادة مقدار التعويض لمساواته مع الضرر اللاحق، بل يحكم به كما هو³، ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف أو إعفاء من المسؤولية، والإعفاء جائز في المسؤولية العقدية طبقاً لأحكام المادة 178/2 من التقنين المدني الجزائري⁴ (لكن الإعفاء من المسؤولية التقصيرية باطل حتى في حالة الخطأ اليسير).

كما أنّه لا يمكن للقاضي زيادة مقدار التعويض ليتساوى مع الضرر اللاحق بالدائن، لأنّ تخفيف المسؤولية الناتج عن الغش أو الخطأ الجسيم من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين جائز طبقاً للمادة 178/2 من التقنين المدني الجزائري.

¹ عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 97 ، 98.

² Cass civ 1re ch , 04 fevrier 1969, Recueil Dalloz , jurisprudence, 1969, p.77

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 877.

⁴ المادة 2/178 قانون مدني جزائري « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم... » ص30.

وعليه فللقاضي سلطة تقديرية واسعة في البحث عن حسن النية وسوئها، وله الحرية الكاملة في رفض طلب الدائن الرامي إلى الزيادة في مقدار التعويض، إذا ما تبين له أنّ المدين كان على حسن نية، ونكون أمام حالة الزيادة إذا ما تبين للقاضي أن المدين سيئ النية.

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

الأجل وصف يقتزن بالالتزام فيجعله متراخي النفاذ (الأجل الواقف) أو محدد النفاذ (الأجل الفاسخ)، ويجد مصدره في الاتفاق، القانون، والقضاء. فالأجل الاتفاقي هو أن يتفق الأطراف على وقت معين يقوم فيه المدين بالوفاء بالتزامه، والأجل القانوني يتكفل المشرع بتحديدده، مثل ما فعل بالنسبة لحق الانتفاع الذي ينقضي بوفاء المنتفع، وكذلك ما يقرره المشرع في الأزمات الاقتصادية من تأجيل لبعض الديون. أما الأجل القضائي الذي هو موضوع دراستنا أو ما يعرف بنظرة الميسرة أو المقدره هو أن القانون يجيز للقاضي بتوافر شروط معينة أن يمنح للمدين أجلا أو آجالا يفي فيها بدينه.

وتعد نظرة الميسرة حالة من الحالات التي يستند إليها القاضي للتدخل في العقود بالتعديل، ونجد أغلب التشريعات نظمت فكرة الأجل، والذي يهمننا هو السلطة الواسعة التي منحها بعض هذه النصوص القانونية للقاضي في هذا المجال والمتمثلة في سلطته في تعديل الأجل المتفق عليه في العقد أو منحه بما يعرف خروجاً عن مبدأ سلطان الإرادة الذي يهيمن على العلاقات العقدية. وقد نظم المشرع الجزائري الأجل القضائي بالمواد: 119، 210، 280 من القانون المدني، والمادة 411 من قانون الإجراءات المدنية.¹

والأصل في نظرة الميسرة أن المدين يجب عليه الوفاء بدينه في الميعاد المتفق عليه، إلا أنه إذا استدعت حالته الرأفة به، ولم يلحق الدائن من التأجيل أي ضرر، ولم يوجد في القانون نص يمنع ذلك، يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا أو آجالا معقولة يفي فيها بدينه. ونظرة الميسرة كنظرية الظروف الطارئة يراد بها التخفيف من عبء التزام المدين الجدير بالرأفة، وهي تخفيف العبء من حيث الإفساح في أجل الوفاء، ومنح الأجل القضائي أمر جوازي متروك للسلطة التقديرية للقاضي غير أنه لا بد من مراعاة شروط معينة في منح الأجل القضائي.

¹ فؤاد معوض، المرجع السابق، ص 484، 485

الفرع الأول: شروط منح الأجل القضائي.

يجب أن يراعي القاضي توافر شروط معينة في منح الأجل القضائي تتمثل فيما يلي:

أولاً: ألا يوجد نص قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة، فسلطة القاضي في هذا المجال ممنوحة له من قبل المشرع وممارستها تعتبر تطبيقاً للنصوص القانونية، فإذا ما ورد نص يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة في حالة من الحالات، فإن القاضي احتراماً لهذا النص لا يستطيع أن يمنحها لأنه يتقيد في هذه الحالة بقيد قانوني ملزم، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 467 من القانون التجاري الجزائري على أن الأجل القضائي لا يمنح في قضايا السفاتج والسندات لأمر والشيكات.

ثانياً: أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك بأن يكون حسن النية في تأخره في الوفاء أي بأن يكون غير متعمد في عدم الوفاء ولا مقصر في ذلك، وأن يكون عنده مال كاف للوفاء بالتزامه وليس في مقدوره مؤقتاً أن يبيع هذا المال ليقوم بالوفاء، كأن يكون المال عقاراً أو منقولاً لا يتعذر بيعه في الحال فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم لذلك¹.

ويستخلص هذا الشرط من المادة 2/119 من القانون المدني: "...ويجوز للقاضي ان يمنح المدين أجلاً حسب الظروف"، فحالة المدين هي من الظروف التي قد تقتضي منح نظرة الميسرة لأن منح هذه النظرة لن تكون إلا لدواعي مصلحة المدين.

ونصت كذلك المادة 281 مدني بقولها: "غير أنه يجوز للقضاة نظراً لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف..."

وعبارة مركز المدين تعني حالته الاقتصادية وهي ظرف من الظروف التي تستدعي منح أجل قضائي للمدين حتى يتمكن من تنفيذ التزامه.

ثالثاً: أن لا يصيب الدائن من جراء منح المدين نظرة الميسرة ضرراً جسيماً فليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن، فإذا كان يلحق بالدائن من جراء التأجيل ضرر جسيم يمتنع القاضي عن منح الأجل، كأن يكون الدائن معولاً على الدين لإبرام صفقة يعود فوائدها عليه بضرر جسيم أو لأداء دين عليه لا يستطيع التأخر في وفائه².

وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري كما فعل ذلك المشرع المصري صراحة.

¹ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة: بغداد، 1977، ص 29.

² عبد الرزاق السنهوري، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، ص 95.

رابعا: أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين في نظرة الميسرة أجلا معقولا فلا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا طويلا يعطل فيه على الدائن حقه بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري لتمكين المدين من الوفاء، وقد حدد القانون هذا الأجل بما لا يزيد عن سنة واحدة.

فإذا ما توافرت هذه الشروط جاز للقاضي أن يمنح المدين هذا الأجل أو هذه الآجال والأمر في النهاية يرجع إلى تقديره ولا رقابة عليه من المحكمة العليا.

والقاضي يمنح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ وأيضا بمناسبة دعوى الفسخ التي نصت عليه المادة 119/2 من التقنين المدني الجزائري.

فإذا كانت نظرة الميسرة في طلب التنفيذ هي استثناء علي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فنظرة الميسرة حسب نص المادة 2/119 مدني هي أداة للحد من الفسخ والرغبة في الإبقاء علي العقود ومن هنا قال الفقهاء باختلاف الأساس الذي تقوم عليه نظرة الميسرة في كل حالة، واختلاف سلطة القاضي في منح النظرة حسب اختلاف هذا الأساس.

ففي الحالة الأولى تقوم على أساس التخفيف من قوة مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي يملك القاضي منح المدين المعسر أجلا أو آجلا متعاقبة يستطيع خلالها تنفيذ العقد. أما الحالة الثانية فالهدف منها توقي فسخ العقد وبالتالي لا يملك القاضي أن يمنح المدين فيها إلا أجلا لمرة واحدة.¹

ونخلص إلي القول أن نظرة الميسرة هي إحدى طرق تعديل العقد في نطاق المدة المتفق عليها للوفاء بالالتزام، والقاضي وهو بصدد ممارسته لسلطة التعديل تحكمه عدة ضوابط وهي:

1- أن يكون حق الدائن حال الأداء فإذا لم يكن كذلك فلا يجوز المطالبة به قبل حلول الأجل المتفق عليه.

2- أن تتحقق عسرة المدين وهذه العسرة لها وجهان أولهما أن يثبت أنه لا يملك مالا علي الإطلاق إلا ما أستثني لحاجته الضرورية، فإن ادعى أنه معسرا وكان اليسار باديا عليه تقع عليه البينة، وثانيهما أن يكون له مال ولكن لا يستطيع الوفاء بالدين عند حلول الأجل لكونه يملك أعيان لا يستطيع التصرف فيها أو كانت له حقوق لدي الغير لم يصل أجلها بعد ففي هذه الحالات يكون المدين معسرا يستحق الإنظار.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء ، المرجع السابق، ص 100.

3- أن لا يكون عدم الوفاء راجعا لمماظلة المدين ذلك أنه إذا كان لديه مال وقادرا على الوفاء ورغم ذلك امتنع عن الوفاء فيعد سيء النية وبالتالي لا يستحق إنظاره إلى ميسرة.
وتجدر الإشارة لأن نظرة الميسرة هي أمر جوازي بالنسبة للقاضي إن شاء أمهل المدين وإن شاء لم يمهل.¹

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على نظرة الميسرة.

من الآثار المترتبة على نظرة الميسرة ما يلي:

يوقف التنفيذ حتى ينقضي الأجل الذي منحه القاضي للمدين، وإذا كان الدائن ينفذ بموجب سند رسمي ثم منح المدين نظرة الميسرة وجب وقف إجراءات التنفيذ، وإذا استمر الدائن فيها كان ما باشره منها بعد نظرة الميسرة باطلا، فإذا ما انقضى الأجل الذي منحه القاضي للمدين ولم يوف هذا الأخير بالدين، فإن الدائن يواصل إجراءات التنفيذ.

وإذا كان القاضي قد قسط بالدين على المدين بأن منحه آجالا متعاقبة، فإن تأخر المدين في أي قسط من هذه الأقساط يجعل جميع الأقساط الباقية حالة ويستطيع الدائن أن ينفذ عليه.

لنظرة الميسرة أثر نسبي فهو مقصور على المدين الذي منح له الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامين معه، مادام هؤلاء لم يمنحوا مثله نظرة الميسرة، وهذا على خلاف القاعدة التي تقضي بان ما يفيد أحد المدينين المتضامين يفيد الباقي ذلك لأن نظرة الميسرة إنما تمنح للمدين نظرا لظروفه الشخصية فلا يتعدى أثرها إلى غيره من المدينين ممن ليست لهم هذه الظروف باستثناء الكفيل الذي يتنفع بذلك وإلا لجاز للدائن أن يرجع عليه ليتقاضى منه الدين، ويرجع الكفيل فيما بعد على المدين بما وفاه للدائن فلا تكون هناك فائدة من منح المدين نظرة الميسرة.

وأثر نظرة الميسرة مقصور كذلك على الدائن الذي حكم في مواجهته بها، فلا يتعد إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامين مع الدائن الأول لأن الحكم على أحد الدائنين المتضامين لا يضر بالباقي، والواجب على المدين أن يدخل كل الدائنين المتضامين في الدعوى ليحصل على حكم في مواجهتهم جميعا بمنحه نظرة الميسرة.

وخلاصة القول أن السلطة في منح الأجل القضائي تعد تدخلا حقيقيا في نطاق العقد وتمس بمبدأ قانوني مقدس لدى أنصار الحرية التعاقدية ألا وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.²

¹ فؤاد معوض، المرجع السابق، ص 485 إلى 490.

² عبد الرزاق السنهوري، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء، المرجع السابق، ص 90.

وكخاتمة لفصلنا هذا نخلص إلى القول بأنه إذا كان للأطراف الحرية الكاملة في إدراج ما يشاءون من شروط في عقودهم، حماية لاستقرار المعاملات من جهة، وحماية لمصالحهم الخاصة من جهة أخرى، فإنه قد يشوب العقد منذ تكوينه خلافاً يستوجب تدخل القاضي لإعادة التوازن الاقتصادي له فيتدخل لرفع الغبن عن الطرف الضعيف عن طريق إبطال العقد أو انقاص التزامات المتعاقد المغبون، ويتدخل لتعديل الشروط التعسفية لعقود الاذعان أو إعفاء الطرف المدعن منها، وإذا كان العقد باطلاً في أحد أجزائه فإن للقاضي سلطة انتقاص العقد بإبطال الجزء الباطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير ذلك الشق، وإذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، وتبين أن نية المتعاقدين اتجهت إلى إبرام هذا العقد فإن القاضي يحل محل المتعاقدين و يقيم لهما عقداً جديداً بدلاً من العقد الباطل.

وقد تعترض العقد في مرحلة تنفيذه ظروف استثنائية، عامة غير متوقعة تؤدي إلى إرهاق المدين في تنفيذ الالتزام العقدي، فيتدخل القاضي لإزالة عبء الظرف الطارئ. وفي حالة اتفاق الأطراف مسبقاً على تعويض يستحقه الدائن عند إخلال مدينه بالتزاماته أو تأخره في التنفيذ، أو ما يسمى بالشرط الجزائي، يتدخل القاضي لتعديله في حالة التقدير المفرط أو التنفيذ الجزئي للالتزام، أو في حالة استخدام المدين لغش أو خطأ جسيم.¹ كما يتدخل القاضي لتعديل العقد في نطاق المدة المتفق عليها للوفاء بالالتزام، وذلك بمنح المدين المعسر أجلاً لتنفيذ التزامه.

وكل هذه الوسائل المخولة للقاضي في التعديل، تهدف إلى المحافظة والإبقاء على كيان العقد.

¹ كيرة حسن: المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف: الإسكندرية، 1974، ص 21.

الفصل الثاني

سلطة الأطراف في تعديل العقد

المبحث الأول : آليات التعديل الاتفاقي

المبحث الثاني : التعديل الإتفاقي وأثره على العقد.

الفصل الثاني: سلطة الأطراف في تعديل العقد

يقصد بتعديل العقد حسب الأستاذ روزي العمل القانوني الذي بمقتضاه يتفق الأطراف على أن يغيروا أثناء فترة التنفيذ، واحداً أو أكثر من عناصر الاتفاق الذي يربطهم مع الاحتفاظ بالرابطة العقدية.

بهذا التعريف أعتبر التعديل مفهوماً قانونياً. له مجال خاص للتطبيق ونظام قانوني متميز. عن غيره من المفاهيم القانونية مثل التجديد والصلح.

ويرى جانب من الفقه أنه العملية التي تحدث أثناء تنفيذ العقد ويكون من مقتضاها، دون أن تضع نهاية للعقد إدخال تغيير في أي عنصر من عناصره.

إن الظروف التي ينشأ فيها العقد يفترض فيها أنها نفسها التي تصاحب تنفيذه، لذا فإن تغيير تلك الظروف من شأنه أن يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد. فيرتب عنه ضرر بأحد المتعاقدين أو كليهما وعدم تحقق الهدف المنشود منه، باعتباره وسيلة قانونية لتحقيق العمليات الاقتصادية، الأمر الذي يدفع بالأطراف للبحث عن آليات من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، مع الإنقاص من حدة تلك الظروف دون إلحاق ضرر بالمتعاقدين في ظل احترام حرية التعديل و كذا حدود مضمون العقد ومستلزماته، لذا وجب تناول هذه النقاط في مبحثين نتعرض إلى الآليات التي يضعها المتعاقدين أثناء إبرام العقد لمعالجة مستجدات قد تطرأ عند تنفيذه كمبحث أول، وفي مبحث ثان نتحدث عن مدى حرية الأطراف عند التعديل وضوابطه.¹

المبحث الأول : آليات التعديل الاتفاقي

إن للأطراف كامل الحرية في تعديل عقودهم بما يتوافق ومصالحهم المشتركة، سواء كان ذلك عند التنفيذ أو حتى قبل البدء فيه، ومرد ذلك أنهم الأكثر دراية بالظروف المحيطة بالعقد أو التي قد تطرأ عليه ومن شأنها أن تحيده عن تحقيق الغرض المقصود منه.

لذلك يلجأ الأطراف إلى التعديل بوضع حلول عملية لمواجهة الصعوبات التي قد تعترضهم أثناء مرحلة التنفيذ.

وتتمثل هذه الحلول العملية في إدراج بنود لتعديل العقد، فإذا تم الاتفاق عليها أثناء إبرام العقد تسمى "البنود التلقائية" وأهمها بند التقييس، أما إذا تم الاتفاق عليها لاحقاً عند التنفيذ فيطلق عليها

¹ تناغو سمير عبد السيد: نظرية الالتزام، منشأة المعارف: الإسكندرية، 1975، ص55.

"البند غير التلقائية" كبند إعادة التفاوض، وهذا ما سنحاول التعرض له في هذا المبحث بالتطرق إلى آليتي التقييس وإعادة التفاوض.

المطلب الأول: بند التقييس

إن أهم البنود التي يلجأ لها الأطراف في مرحلة الإبرام قصد حماية التوازن الاقتصادي للعقد، خاصة في جانبه المالي هو بند التقييس، إذ يسعى لحماية العملة النقدية وتوفير الثقة بين الأطراف مما يسمح لهم الابتعاد عن تهريب العملة التي تشكل العنصر الأساسي للتضخم، كما أن هذا البند ينصب على العقود المستمرة أو المؤجلة التنفيذ و ذلك بتوقع قيمة الأداءات بدلالة معيار اقتصادي أو نقدي.

فبند التقييس هو "البند الذي يغير سعر الدفع بدلالة رقم مرجعي، هذا الرقم هو الذي يشكل قيمة السلعة أو الخدمة"، فهو بذلك آلية تسمح بالتغيير التلقائي لسعر الخدمات، أو البضائع بدلالة رقم مرجعي ليتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف وغالبا ما يتم تحديده بناءا على السلع الأكثر استعمالا كالعملة الصعبة والذهب، وللإحاطة أكثر بهذا النوع من الآليات لا بد من معرفة شروط صحة بند التقييس والجزاء المترتب عن عدم توافر أحد هذه الشروط.¹

الفرع الأول: شروط صحة بند التقييس

إن أساس بند التقييس هو الرقم المرجعي، لذا فالأطراف ملزمون بالاتفاق عليه، وحتى يكون بند التقييس صحيحا لا بد أن يكون للرقم المرجعي علاقة مباشرة بنشاط أحد أطراف العقد أو بمحله.

أولا: علاقة الرقم المرجعي بنشاط أحد أطراف العقد

إن ما جرى عليه العمل والأكثر انتشارا أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بالنشاط المهني لأحد المتعاقدين، كما أنه لم يشترط أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بالنشاط المهني الرئيسي لأحد الأطراف، فالعناصر المهنية التي تم أخذها وجب أن تكون أساسية بالنسبة للنشاط الرئيسي أولا، وذلك لارتباطها المباشر به، وذلك حتى يمكن اعتبارها فعالة لصحة بند التقييس، ومثالنا في ذلك عقد بيع محل تجاري - مخبزه وحلويات- ويكون التقييس على أساس سعر الزبدة والخميرة واللوز، وفي حالة تغيير النشاط المهني لا بد من الأخذ بعين الاعتبار النشاط المهني الممارس عند إبرام العقد.

¹ البدرابي عبد المنعم: المرجع السابق، ص 230.

ورغم اختلاف النشاط المهني للأطراف، إلا انه يكفي اختيار نشاط أحدهما كأساس لتوقع بند التقييس، أما فيما يتعلق بتقدير العلاقة بين الرقم المرجعي والمختار والنشاط المهني فتخضع إلى رقابة قضاة الموضوع.

ثانيا: علاقة الرقم المرجعي بمحل العقد

يجب أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بمحل العقد، ففي عقد القرض المتفق عليه مثلا لبناء أو شراء منزل، يمكن أن يكون الرقم المرجعي هو سعر البناء، وهذا الأخير على علاقة مباشرة بمحل العقد، كما يمكن توسيع تطبيقه لحاجات مهنية كأن يكون البناء عبارة عن مطعم. كما أنه لا يمكن تصور علاقة مباشرة بين الإيجار وأجرة البناء، وعليه فإن بند التقييس يكون صحيحا إذا تحققت العلاقة بين الرقم المرجعي والنشاط المهني لأحد المتعاقدين أو بمحل العقد، وفي حالة عدم احترام هذه الشروط تترتب جزاءات تنطرق لها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني : الجزاءات المترتبة عن تخلف شروط صحة بند التقييس

إن أهم ما يراد به عند وضع بند التقييس هو ضمان فعاليته عند ظهور أي عقبة اقتصادية خاصة فيما يتعلق بانتهاء أو صعود العملة، لذا فان اشتراط العلاقة بين الرقم المرجعي ونشاط أحد المتعاقدين أو محل العقد أمر لا بد منه، ومن باب أولى أن يكون بند التقييس مشروعا غير مخالف للنظام العام لذلك فان تخلف أي شرط يترتب عنه إما بطلان الرقم المرجعي أو استبداله.¹

أولا : بطلان الرقم المرجعي

إذا تبين للأطراف عند تنفيذ العقد أن الرقم المرجعي غير مشروع فان هذا يؤدي إلى بطلان بند التقييس، وهو الجزاء الأكثر انتشارا، ونكون أمام البطلان المطلق لبند التقييس إذا كان مخالفا للنظام العام أو مستحيلا أو محظورا بقوة القانون. أما إذا كان العيب بعيدا عن اعتباره ماسا بالنظام العام، نكون أمام بطلان نسبي ونطبق في الحالتين الأحكام العامة المتعلقة بالبطلان النسبي أو المطلق فيما يخص الطرف المخول له إثارته ومدى سلطة القاضي في إثارته من تلقاء نفسه.

لكن هل بطلان بند التقييس يؤدي إلى بطلان العقد بكامله؟

¹ عابد فايد عبد الفتاح فايد: تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص142.

لقد أجاب القضاء الفرنسي عن هذا التساؤل بقوله إن قيام الأطراف بإدراج شرط صريح غير قابل للتجزئة في العقد يترتب عنه بطلان بند التقييس والذي يمس بدوره العقد بكامله لأن رضا الأطراف قد أخذ بعين الاعتبار بند التقييس سببا لالتزامه، وإلغاء الشرط يستلزم معه إلغاء السبب وهذا يؤدي بالضرورة إلى انهيار العقد لغياب ركن فيه.¹

أما إذا اتفق الأطراف على اختيار رقم مرجعي غير مشروع، فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان العقد بل يكفي حذف الجزء غير المشروع وفق نظرية إنقاص العقد طبقا للمادة 104 من القانون المدني الجزائري.

ثانياً : استبدال الرقم المرجعي.

غالباً ما يتفق الأطراف أثناء إبرام العقد على الاستبدال التلقائي للرقم المرجعي الباطل، وذلك بتوقعهم لرقم مرجعي آخر احتياطي صحيح يحل محل الرقم المرجعي الذي تم إبطاله، أي أن الرقم المرجعي الاحتياطي يحل محل الرقم المرجعي الباطل بأثر رجعي، وذلك بامتداده إلى الماضي. كما تثار الصعوبة في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيارهم لرقم مرجعي احتياطي، فيكون بإمكانهم في هذه الحالة اختيار رقم مرجعي جديد، إلا أنه لا ينسحب بأثر رجعي، أي لا يمتد أثره إلى الماضي ليحل محل الرقم المرجعي الباطل، عكس ما هو عليه في حالة الاتفاق المسبق للأطراف على اختيار رقم مرجعي احتياطي.²

كما ترد صعوبة أخرى في حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق حول اختيار رقم مرجعي جديد، فهل يجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى العدالة للمطالبة بالاستبدال؟

هناك من ينكر إمكانية تدخل القاضي للاستبدال، لأنه لا يملك سلطة الحلول محل الأطراف، أي وجب على الأطراف رغم اختيارهم السابق لرقم مرجعي إدراج شروط تتضمن أرقام مرجعية أخرى مقارنة للرقم المرجعي المختار إذا ما تبين أثناء مرحلة التنفيذ أنه غير مشروع، وبالتالي إبعاد تدخل القاضي في استبدال الرقم المرجعي، مما يجسد المحافظة على إرادة المتعاقدين في اختيارهما للرقم المرجعي كأساس لبند التقييس، وبالتالي مراعاة النية المشتركة للأطراف و اقتصاد العقد.

¹ حسبو الفزاري: المرجع السابق.ص45

² محمد حسنين: المرجع السابق، ص122.

ويتم استبدال رقم مرجعي غير مشروع برقم مرجعي مشروع إذا ما كانت للأطراف الرغبة في المحافظة على العقد واقتصاده بما يتماشى وحاجاتهم، كما يقوم الأطراف بزيادة في الالتزامات إذا كانت هناك تقلبات في العملة بسبب رقم مرجعي غير موجود، أو توقف عن النشر، أو باطل. وعملية الاستبدال وسيلة يستخدمها الأطراف أيضا للمحافظة على العقد واستمراره من انخفاض العملة، وبالتالي تكريس الهدف من التعديل.

وعليه فأساس شرط التقييس هو الرقم المرجعي الذي تم اختياره، والاتفاق عليه أثناء إبرام العقد وذلك بتوقع الصعوبات الاقتصادية والاجتماعية التي قد تعترض تنفيذ العقد مما يؤدي إلى التغير التلقائي للرقم المرجعي.¹

كما يهدف بند التقييس إلى إعادة تنظيم العقد مع تقلبات الرقم المرجعي و هذا في حالة وجود تضخم، أما في حالة الاستقرار النقدي فتتعدم قيمته، و يكون بند التقييس ذا أثر إيجابي على العقد إذا كان صحيحا بأن يكون له علاقة مباشرة بالنشاط المهني لأحد الأطراف أو بمحل العقد، إضافة إلى ذلك وجب أن يكون الرقم المرجعي مشروعاً وموجوداً و فعالاً، كما يجوز للغير (قاضي، محكم، خبير) التدخل بناء على طلب الأطراف لاستبدال رقم مرجعي غير مشروع برقم مرجعي مشروع أو إبطاله، كما يضمن بند التقييس للأطراف العدالة العقدية واستقرارها والمحافظة على إرادة الأطراف تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثاني: بند إعادة التفاوض.

قد يتفق الأطراف أثناء إبرام العقد على إدراج بعض الشروط، إلا أن هذه الأخيرة قد لا تحقق الأهداف المرجوة منها، وذلك لوجود صعوبة في البحث و الاتفاق على رقم مرجعي، مما يؤدي إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وهذا ما يدفع الأطراف أثناء تنفيذه إلى اللجوء إلى شروط إعادة التفاوض.

وينصب هذا النموذج من الشروط على العقود ذات المدى الطويل، أو المستمرة أو دورية التنفيذ التي قد تعترضها ظروف غير متوقعة، والتي غالبا ما تأخذ بعين الاعتبار القوة الملزمة للعقد، وتغيير الظروف، ويقتصر هذا الشرط على تبادل المناقشات والاقتراحات والوصول إلى اتفاق يخدم مصالح الأطراف، وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال مرحلة إعادة التفاوض والنتائج المترتبة عنها.

¹ محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 65.

الفرع الأول: مرحلة إعادة التفاوض.

تتضمن بنود إعادة التفاوض إلزام الأطراف بإعادة تنظيم العقد من جديد، إذا ما كانت هناك ظروف أدت إلى تغيير في المسائل الجوهرية للعقد، وبالتالي إلى الاختلال في التوازن العقدي. إذن فبند إعادة التفاوض هو إلزام الأطراف بمناقشة وتبادل الاقتراحات في ظروف حسنة، نتيجة لتغيرات خارجة عن إرادتهم، و التي اعترضت العقد أثناء تنفيذه، مما يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثل ما يحدث في الاتفاقات الجماعية للعمل.

وبند إعادة التفاوض يضع على عاتق الأطراف مجموعة من الالتزامات أهمها:

أولاً: إلزام الأطراف باتخاذ جميع التدابير المنصوص عليها في العادات وحسن النية، لأن سير المناقشات وجب أن يكون نزيهاً وجدياً، أي وجب عليهم تقديم اقتراحات عادلة، يقوم بمقتضاها كل طرف بتقديم ما في وسعه لتسهيل التنفيذ للطرف الآخر، وذلك بتقديم اقتراحات تبين حسن نيته واتجاه إرادته إلى بقاء الرابطة العقدية المشتركة، دون تضحية بمصلحه لإعادة التوازن العقدي.¹ كما أنّ إعادة تفاوض الأطراف و بإرادتهم وبحسن نية هو التزام ببذل عناية، يخول للأطراف الحرية الكاملة في الدخول في المناقشات أو رفض الاستمرار فيها دون تبرير ذلك²، إلا أنّ هذه الحرية قد تكون مصدرًا لتعسف أحد المتعاقدين في استعمال حقه في إعادة التفاوض.

ثانياً: يقع على عاتق الطرفين عبء الإعلام بكل المسائل الجوهرية و الثانوية التي قد تصادف تنفيذ العقد، وذلك في إطار احترام قانون الأطراف، وكذا احترام سرية المعلومات أثناء هذه المرحلة. **ثالثاً:** إلزام الأطراف بالتعاون، وذلك بتبادل الحد الأقصى للمعلومات، حتى تبقى العلاقات قائمة على أسس صلبة، وذلك لتسهيل تنفيذ العقد و الوصول إلى اتفاق يتماشى ومصلحهم، كما تشترط هذه المرحلة سير المناقشات في آجال معقولة، لأنّه قد ينجم عن تمديدها إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين، وتنشئ هذه الشروط على عاتق الأطراف التزامًا مزدوجًا.

ونشير إلى أن العقد يستمر أثناء إعادة التفاوض في ترتيب جميع آثاره القانونية إلاّ إذا كان هناك شرط واقف.

¹ فؤاد معوض: المرجع السابق.ص77.

² عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977.ص54.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن مرحلة إعادة التفاوض.

إن الأطراف ملزمون بمناقشة وتبادل الاقتراحات بغية إعادة تنظيم العقد، إذا ما واجهت تنفيذها صعوبات خارجة عن إرادتهم، أدت إلى الاختلال في التوازن العقدي .
إلا أن إلزام الأطراف بإعادة التفاوض قد ينجم عنه مجموعة من النتائج، نعالجها في النقاط التالية:
أولاً: حالة نجاح المفاوضات.

إذا تم احترام شروط مرحلة إعادة التفاوض كما ذكرناه سابقاً، و ذلك بتحمل الأطراف كافة الأعباء الناجمة عن صعوبة تنفيذ العقد، آخذين بعين الاعتبار أهم الالتزامات الناتجة عن تنفيذ العقد، من التعاون لتسهيل عملية التفاوض، والامتناع عن كل إرادة تسعى إلى فشل المفاوضات، وإعلام كليهما عن كل الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقد، وكذا حسن النية وما تفرضه من الثقة والإخلاص من الطرفين، وأخذ المناقشات والاقتراحات بجدية ونزاهة من كليهما.
فالنتيجة تكون حتماً إيجابية، وهي المحافظة و الإبقاء على العقد دون إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين.
ثانياً: حالة فشل المفاوضات.

مؤدى فشل المفاوضات في هذه الحالة أن الأطراف لم تسع إلى إنجاح المفاوضات كما امتنع أحدهما عن التفاوض، أو تقديم اقتراحات تخدم مصالح أحدهما دون الآخر مما يسبب ضرراً للطرف الآخر.¹

ونكون أمام إخلال أحد المتعاقدين للالتزام بالنزاهة، إلا إذا ما تمسك بفائدة قليلة من الإخلال بالتوازن العقدي للمطالبة بتعديل العقد، ونكون أمام نفس النتيجة في حالة رفض التفاوض، وقطع المفاوضات بسوء النية، كرفض الالتقاء أو الرد عن مراسلات الطرف الآخر، فيكون بذلك قد ارتكب خطأً عقدياً، لأنهم ملزمون بالتمسك بإبداء اقتراحات جدية، وذلك في إطار التمسك بقيام بعمل كعرض جدي للمتعاقد الآخر، ولا يجوز لأحدهما استغلال هذه المرحلة لإفشالها.

كما يجوز للطرف المتضرر من رفض التفاوض أو قطع المفاوضات اللجوء إلى العدالة للمطالبة بالتعويض على أساس الضرر الذي لحق به نتيجة فشل المفاوضات بسبب الطرف الآخر، أي الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية طبقاً لأحكام المادة 124 من التقنين المدني الجزائري كما أن العقد يستمر بصفة مبدئية في إحداث آثاره أثناء فشل المفاوضات، في حالة الظروف العادية.

¹ عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق، ص 20

أما إذا كانت الظروف التي يتم فيها التفاوض قد أدت إلى ظهور قوة قاهرة، فإنه يتم الوقف لاستحالة التنفيذ في هذه الحالة، ويعمد الأطراف إلى إدراج بنود الفسخ إلى جانب بنود إعادة التفاوض في العقد، لأنه في حالة فشل المفاوضات، وعدم الوصول إلى اتفاق، يكون لهم حق فسخ العقد، كما ذهبت محكمة استئناف باريس في قرارها إلى فتح طريق جديد في حالة فشل المفاوضات، حيث أيدت إرادة الأطراف، وفرضت عليهم البحث عن اتفاق و ذلك بوضع شرط المحافظة من جهة، ومن جهة أخرى فرضت على الأطراف أثناء التفاوض إضافة "ملاحظ" قادر على مساعدتهم للوصول إلى حل مشترك لإعادة تنظيم العقد، وفي حالة فشل هذه المفاوضات الموجهة فإن محكمة الاستئناف تحتفظ بالنظر في الحلول سواء بالإبطال أو فرض صيغة مقترحة.¹

وبقرارها هذا تكون محكمة الاستئناف قد ابتعدت على الأساس الذي انطلقت منه وهو إرادة الأطراف، وذهب بعض الفقهاء إلى التساؤل عما إذا كان تسبب قرار محكمة الاستئناف مؤسس إذ كيف يمكن للقاضي أن يفرض تعديل اتفاقا باسم الأطراف وحيث أن هناك فشل في المفاوضات. وعليه فإن بند إعادة التفاوض يبقى وسيلة للمحافظة على استمرار العقد وتنفيذه، فالأطراف بإدراجهم شروطاً في العقد لتوقع ظروف غير متوقعة أرادوا حماية مصالحهم عن طريق استخدام آليات تمكنهم من ذلك سواء أثناء إبرام العقد (بند التقييس)، أو أثناء تنفيذه (بند إعادة التفاوض)، ورغبتهم في تنفيذ العقد بما يقتضيه حسن النية والنزاهة والتعاون والعدالة.

المبحث الثاني : التعديل الإتفاقي وأثره على العقد.

تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين..." وبالتالي فقد أعطى المشرع الجزائري صراحة حرية تعديل العقد للأطراف لجعله يتماشى والتغيرات التي طرأت وحتى يحقق أفضل النتائج المرجوة منه.² لكن السؤال الذي يفرض نفسه هو هل أن هذه الحرية مطلقة، أم أن لها ضوابط وقيود لا بد من احترامها عند تعديلهم لعقدهم؟

وهذا ما سنحاول دراسته في المطلب الأول (حرية تعديل العقد والقيود الواردة عليها) لننتقل في مطلب ثان (أثر حرية التعديل على مصير العقد) إلى أثر هذا التعديل على العقد.

¹ محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن: عقود الاذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص41.

² البدرابي عبد المنعم: المرجع السابق، ص55.

المطلب الأول: حرية تعديل العقد والقيود الواردة عليها.

حرية تعديل العقد أمر مكرس فعلا في القانون المدني الجزائري، لكن ليس المقصود بالتعديل لأجل التعديل فقط بل لابد من مبررات ودوافع، من بينها المحافظة على العلاقة العقدية في حال وإن طرأت ظروف لا تخدم العقد بالحالة التي هو عليها، كما يجب أن يكون هذا التعديل أيضا بقصد إعادة التوازن الاقتصادي له باعتبار ذلك عنصرا أساسيا بالنسبة للأطراف. نتناول في هذا المطلب حرية الأطراف في تعديل العقد (الفرع الأول) والقيود الواردة على حرية التعديل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حرية الأطراف في تعديل العقد.

يستمد الأطراف حق حرية التعديل من مبدأ سلطان الإرادة المكرس في المادة 106 من القانون المدني الجزائري، إذ لا يجوز لأي من المتعاقدين أن ينفرد بتعديل العقد، لأن هذا الأخير هو ثمرة اتفاق بين إرادتين، فلا يمكن تصور أن يحصل التعديل من جهة واحدة.¹

قياسا على حرية الأطراف في إبرام ما يشاءون من تصرفات قانونية بما يتماشى ومصالحهم المشتركة دون المساس بالنظام العام، وكذلك الشكلية إن اشترطها القانون فإن للأطراف كامل الحرية في تعديل عقدهم، بأن تكون إرادتهم جادة للقيام بالتعديل.

وحرية التعديل حق مخول لأطراف العقد لتمكينهم من القيام بالتعديلات التي يرونها مناسبة لمضمون العقد. سواء كانت مسائل جوهرية أو ثانوية، سيما إذا لم تتحقق مصالح الأطراف من إبرام العقد الأصلي، فهنا تتجه إرادتهم رغم اختلاف وتنوع الأسباب والظروف إلى تعديل العقد، باتفاق الأطراف على تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقد الأصلي. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا² حين قضت بأنه ليس للمستخدم الانفراد بتعديل شروط العقد إذ قضت:

"حيث أنه يتبين من الحكم المطعون فيه ووثائق الدعوى أن المطعون ضده رسم بموجب قرار تثبيت رقم 90/805 في منصب سائق آلة الصقل ابتداء من تاريخ 1990/02/21، وتم تحويله إلى ورشة أخرى كعامل يدوي بسيط ابتداء من تاريخ 1995/05/29 أين رفض ذلك.

¹ حسن كيرة: المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف: الإسكندرية، 1974، ص 41

² قرار المحكمة العليا في 97/06/18، ملف 122 144 المجلة القضائية عدد 1 سنة 1997، ص 21.

حيث أنه من الثابت فقها و قضاء أن التغيير في وظيفة العامل لا يتم إلا بناء على الإرادة المشتركة للطرفين. و من ثمة فإن تطبيق قاضي الموضوع للمادة 63 من القانون 11/90 في محله.

حيث أن المستخدمة لم تثبت أن لها صلاحية التصرف فرديا في تعديل شروط العقد وتنفيذ علاقة العمل بناء على عقد العمل أو النظام الداخلي أو الاتفاقية الجماعية خاصة وأن الأمر يتعلق بالتنزيل من سائق آلة إلى عامل بسيط مما يجعل الوجه في غير محله".

إن ما انتهت إليه المحكمة العليا هو تأييد الحكم الذي أقر مبدأ عدم جواز تعديل العقد بالإرادة المنفردة فيما يخص علاقة العمل وهذا تطبيقا لنص المادة 63 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل التي تنص على أنه " يمكن تعديل شروط عقد العمل وطبيعته بناء على الإرادة المشتركة للعامل والمستخدم مع مراعاة أحكام القانون"، وبمفهوم المخالفة للنص فإنه لا يجوز تعديل شروط عقد العمل أو طبيعته إلا باشتراك إرادتي كل من العامل والمستخدم.¹

والتعديل عامل لاستقرار الرابطة العقدية وحمايتها، كونه يسمح بالابتعاد عن إنهاء العقد أو عدم تنفيذه و بالتالي يضمن العلاقات القانونية فيجسد استمرار وبقاء العقد وكذا الابتعاد عن خطر إنهائه كالفسخ مثلا، ويكرس الأطراف حرية التعديل كلما اقتضت المصلحة المشتركة للمتعاقدين ذلك، ويكون بأن يعبر أحد الطرفين عن رغبته في تعديل العقد لذا يشترط في المتعاقد الذي يبدي إرادته في التعديل بأن تكون هذه الأخيرة صحيحة خالية من عيوب الإرادة المنصوص عنها في القواعد العامة من استغلال وتدليس وإكراه، فإن اعترت إرادة الطرف الذي أبدى رغبته في التعديل أحد العيوب المذكورة، فإن التعديل هو من يخضع إلى قواعد الإبطال ولا يمكن أن يشمل ذلك العقد كله.²

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في أحكام المرسوم التشريعي المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، حينما اعتبر السعر تقديري و كفيات مراجعته من مشتملات بيع العقار على التصاميم، ويقع تحت طائلة البطلان في حالة تخلفه ويقوم المتعامل في الترقية العقارية ببيع بناية أو

¹ عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المصري و اللبناني و السوري و العراقي والليبي و الكويتي و السوداني، دار النهضة العربية: بيروت، 1974. ص245.

² عبد المنعم فرج الصدة، المرجع نفسه، ص260

جزء منها لأحد المشتريين قبل إتمام الإنجاز طبقاً لأحكام المادة 09 من المرسوم المذكور أعلاه ويلتزم فيه المتعامل في الترقية العقارية بتقديم ضمانات أما المشتري فيلتزم بتقديم تسبيقات وسلف ودفعات مجزئة طبقاً للمادة 10 من نفس المرسوم.

أما فيما يتعلق بالسعر التقديري فقد ترك المشرع للأطراف الحرية الكاملة لتحديده، إلا أنه في حالة اعتراض التنفيذ ظروف اقتصادية صعبة كأنهيار العملة أو ارتفاع الأسعار خاصة بالنسبة للمواد كثيرة الاستعمال والتي من شأنها أن تؤثر على سعر التكلفة، يتدخل الأطراف لتعديل السعر التقديري بإدراج شروط تتضمن كيفية مراجعته، وهذا البند مذكور حرفياً في المادة 10 من المرسوم بنصها - السعر التقديري وكيفية مراجعته إن اقتضى الأمر - وذلك بالاتفاق على اختيار أرقام مرجعية تتناسب وتغيرات تكاليف مواد البناء.

كما أن هذه الفئة من القيود ذات أهمية اقتصادية كبيرة وليس من العدل أن يستأثر البائع بمراجعة السعر التقديري لوحده نظراً لحرفيته.¹

ولأجل ذلك وجب على المشتري اللجوء إلى أشخاص ذوي خبرة في الميدان لمراجعة السعر مع البائع ويجب على الطرف الآخر الذي عرض عليه التعديل الرد سواء بالقبول أو الرفض، فإذا كان الرد بالقبول تم التعديل، أما إذا كان الرد بالرفض لأسباب واهية نكون أمام حالة تعسف في استعمال الحق، وهذا لا يمنع بأن يكون مقترح التعديل هو من تعسف في استعمال حقه إذا كان اقتراحه للتعديل غير مبرر، وبدافع خدمة مصالحه على حساب مصالح الطرف الآخر، وبهذا يكون قد أدخل بأهم مبادئ تنفيذ العقد ألا وهو حسن النية كما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني لذا وجب إلزاماً فرض قيود على حرية الأطراف لتعديل عقدهم لتفادي أي تجاوز.

¹ محمد حسنين: المرجع السابق، ص 25.

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية التعديل.

سبق القول أن ترك حرية أطراف العقد بدون قيود فيما يخص تعديل العقد، من شأنه أن يعقد الأمور أكثر، بأن ييدي أحدهما رغبة في التعديل فيتعرض الآخر بحجة استعماله بحقه، وكما هو معروف في مجال التصرفات القانونية والتي تخضع إلى أربعة مبادئ وهي:

النظام العام الذي يشكل الإطار العام للعقد الأصلي الذي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخرج عنه فما بالك عند التعديل لذا فهو خارج عن دراستنا، أما المبدأ الثاني وهو التعسف في استعمال الحق، وهو أنه ليس لأي شخص أن يستعمل حقه بشكل يخرج عن العادة وبالأوجه التي ذكرتها المادة 128 مكرر من القانون المدني، والمبدأ الثالث هو مبدأ حسن النية والرابع فهو الشكلية كركن فيها.¹

أولاً: الكتابة

بعيدا عن اعتبار الكتابة وسيلة إثبات، فإن الكتابة المقصودة هنا هي تلك التي اعتبرها المشرع ركن انعقاد، كما هو الحال في بيع العقار والتصرفات الواردة على المحل التجاري، فتعديل هذا النوع من العقود يخضع لنفس القواعد التي فرضها المشرع على العقد الأصلي.²

وهذا ما كرسته المحكمة العليا (1) بالزامية ورود التعديل في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يتطلبه، إذ قضت بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 07 نوفمبر 1994، والذي أيد الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة حسين داي في 14 نوفمبر 1993 الذي قضى بدفع مبلغ إضافي نظرا لتوسيع الأشغال المتفق عليها في العقد الأصلي، في حين كان لزوما على المقاول عند توسيع تلك الأشغال في وقت لاحق أن يدرجها كتابة في العقد الأصلي.

ومن ثمة فإن قضاة الموضوع بقضائهم هذا خالفوا حكم القانون المنصوص عليه في المادة 561 من القانون المدني الجزائري بقولها " إذا أبرم العقد بأجر جزائي و يجب أن يحصل هذا الإتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد أتفق عليه مشافهة...".

¹ عبد المنعم فرج الصدة : عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية: بيروت، 1974، ص155.

² لعشب محفوظ بن حامد: المرجع السابق، ص65.

لكن هذا القيد يؤخذ بتحفظ كبير ذلك أن نص المادة 561 من القانون المدني المذكور ضمن أحكام المقابلة ولم يرد في الأحكام العامة للعقد، لذا فإن نقطة الاستفهام تبقى عالقة فيما يخص نطاق مجال القيد، خاصة وأن الأمر تكرر في نص المادة 324 مكرر عندما أخضعت جملة من العقود إلى الكتابة الرسمية لتضيق في الأخير مسألة شكل تعديل عقد الشركة الذي يجب أن يكون مطابقا لشكل العقد التأسيسي، فهل يقتصر القيد على عقدي المقابلة والشركة أم أن الأمر سيان بالنسبة لكافة العقود؟! لقد ذهب البعض إلى التفرقة بين أمرين بفرض الكتابة عند التعديل إذا تعلق الأمر بمسائل جوهرية إذا كان العقد الأصلي يشترط ذلك. أما إذا كان العقد الأصلي لا يشترط الشكلية في المسائل الثانوية فإن التعديل إذا وقع عليها لا يشترطها أيضا¹.

ثانيا: التعسف في استعمال الحق

إن تعديل العقد حق منحه المشرع لأطرافه حتى يمينوا عقدهم بالشكل الذي يتماشى و المستجدات التي طرأت، ولهذا ليس لأحد الأطراف أن يستعمل حقه على نحو غير مشروع، ويكون ذلك حسب ما نصت عليه المادة 125 مكرر من القانون المدني الجزائري بقولها:

"يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
 - إذا كان يرمى إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
 - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".
- ومثالنا في ذلك المؤجر الذي يقترح رفع الأجرة رغم علمه المسبق بتجاوزه للدخل الشهري للمستأجر، متخذا بذلك وسيلة لإنهاء عقد الإيجار، والأمر نفسه بالنسبة للبائع في الترقية العقارية في عقد البيع على التصاميم، حين يرفع السعر إلى أضعاف المبلغ المتفق عليه بحجة وجود أشغال جديدة مما يترتب عنه ضرر للمشتري، متجاوزا بذلك الاعتبارات العادلة للعقد والمصالح المشتركة للأطراف.

¹ محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص 125.

ولتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق يكفي نية الإضرار بالغير دون الحاجة إلى عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها أي أن تكون للمتعاقد المحجم عن التعديل أو مقترحه نية الإضرار بالمتعاقد معه، أو يحقق من وراء ذلك منفعة قليلة بالنظر إلى الضرر الذي قد يصيب الطرف الآخر.

وفي هذه الحالة للطرف المتضرر اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه على أساس المادة 125 مكرر من القانون المدني باعتبارها صورة من صور الخطأ. وإحدى تطبيقات المادة 124 من القانون نفسه.

ثالثا: حسن النية

تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، وحسن النية مبدأ قانوني يقتضي من المتعاقد أن يجتاز في تنفيذ العقد موجبات الأمانة والنزاهة في التعامل، وكذا تعاون الأطراف في تنفيذ العقد.¹

أما عند التعديل فتكون حسن النية بتعاون الطرفين عن طريق تقديم تسهيلات من أجل القيام بالتعديل، بأن تجمعهما الجديدة في إعادة تنظيم الرابطة العقدية وذلك بما تقتضيه متطلبات العقد وحاجاته.

وفي حالة رفض أحد المتعاقدين للتعديل رغم إمكانيته، يكون بذلك سيء النية، وسوء النية يفسد كل شيء حتى التعديل.

رابعا: أن يبقى التعديل على العقد الأصلي

إن التعديل الذي يمس العقد دون أن يخلق عقدا آخر أمر لا بد من توافره فالتعديل الذي يغير مراكز المتعاقدين أو يزيل الالتزامات والحقوق الأصلية للعقد مع خلق التزامات جديدة لا يعتبر تعديلا بل هو عقد جديد له سبب ومحل، وبالطبع إرادة غير التي كانت في العقد الأول.

¹ محمود زاوي، المرجع السابق، ص 45.

والمهم في التعديل هو المحافظة على استمرار واستقرار الرابطة العقدية الأصلية. فالتغيير في محل وسبب العقد يؤدي إلى التغيير في الطبيعة القانونية للتصرف أي التغيير في التكييف القانوني للعقد من عقد إيجار إلى عقد عارية بإلغاء بدلات الإيجار مثلا. فنكون أمام نشأة عقد جديد وليس تعديل في العقد الأصلي.¹

وعليه فإن حرية التعديل هي حق يمكن الأطراف من تعديل العقد كلما تعرض إلى اختلال في التوازن الاقتصادي أو أصبح بالصيغة التي هو عليها لا يخدم المصلحة المشتركة للطرفين وبغية إعادة تنظيمه. إلا أن هذا الحق ليس مطلقا بل هو مقيد بمبدأ حسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق والكتابة. وعدم الخروج عن العقد الأصلي.

المطلب الثاني: أثر حرية التعديل على مصير العقد.

إذا كان التعديل إجراءً وقائياً يحمي العقد من مخاطر الفسخ وعدم التنفيذ، فإن حرية الأطراف في تغيير عناصر العقد الأصلي سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الحذف يترتب عليه تغيير في مضمون العقد مع بقاءه، مما يدفعنا إلى التساؤل عن مصير العقد الأصلي. نتناول في هذا المطلب فرعين الإبقاء على الشروط الجوهرية (الفرع الأول)، الإبقاء على الشروط الثانوية للعقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الإبقاء على الشروط الجوهرية.

رغم التغييرات التي قد ترد على عناصر العقد، إلا أنها لا تؤثر في جوهر العقد ومن ثم استمراره، وذلك في حالتين، حالة بقاء الشروط الجوهرية للعقد، و حالة بقاء الشروط الثانوية تعتبر العناصر الجوهرية شروطا عامة مطلوبة لصحة العقد لا يتم إبرام العقد بدونها.²

فإذا تم استبدال محل العقد الأصلي بمحل آخر جديد مماثل له دون التأثير على المحل الأصلي، فهذا الاستبدال المماثل هو الذي يحافظ على الرابطة القانونية، وغالبا ما نجد ذلك في حالة اتفاق الأطراف على استبدال المحل الأصلي بمحل جديد، ومثال ذلك في حالة استبدال الشيء المبيع بشيء آخر ودون اللجوء إلى مناقشة ثمن الشيء المبيع، رغم أن الثمن يعد ركنا من أركان عقد البيع، وهو

¹ خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية جامعة الجزائر، 2001 ص 67.

² زهدي يكن، عقد البيع، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصرية شركة الطبع و النشر اللبنانية: بيروت، بدون تاريخ، ص 89.

المبلغ الذي يتعهد بمقتضاه المشتري أن يدفعه للبائع مقابل الشيء المبيع ، وهو عبارة عن القيمة التي يقدر المتعاقدان بها المبيع و لا يشترط أن يكون معادلاً للقيمة الحقيقية أو التجارية.¹ وبالتالي نجد أنفسنا أمام نفس الثمن الذي تم الاتفاق عليه أثناء إبرام العقد الأصلي، أي أمام عقد البيع الأصلي نفسه مما يؤدي إلى بقاءه.

الفرع الثاني : الإبقاء على الشروط الثانوية للعقد.

إن استمرار الرابطة العقدية يترتب عليها ضمان عدم المساس بلواحق العقد، سيما إن كانت من عمل الأطراف.

فإذا كانت التأمينات المقدمة من قبل الغير فإنها تختفي في حالة التعديل ليس بسبب انقضاء الرابطة القانونية، ولكن لكونها لا تتعلق بالمتعاقدين، فمثلا التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المستأجر، وهو الكفيل العيني إذا كان قد قدم رهنا رسميا أو حيازيا، أو الكفيل الشخصي إذا لم يكن قد قدم تأمينا عينيا فلا يمكن أن يحتج عليه بعمل صدر من المستأجر لأن المادة 509 من التقنين المدني الجزائري، قد اشترطت صراحة موافقة الكفيل العيني أو الكفيل الشخصي لانتقال التأمين إلى الإيجار الجديد.

أما إذا قام أحد الأطراف بتقديم التأمين فهذا الأخير يبقى مبدئياً إذ أن التعديل يفرض على كل من وافق عليه، و أن الرابطة القانونية التي بمقتضاها يتم تأييد التأمين تبقى قائمة. فإذا رجعنا إلى التفرقة بين النظام القانوني للعقد المعدل والتجديد، فإن لواحق العقد في الحالة الأولى تستمر تلقائياً، أما في الحالة الثانية، فإنها تختفي بسبب انقضاء العقد.

أي أن الملحقات لا تنتقل إلى الالتزام الجديد في حالة التجديد، إلا إذا نص عليها القانون أو تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف طبقاً لأحكام المادة 291 من التقنين المدني الجزائري²، فمثلا المشرع الجزائري قد خالف القاعدة التي تفترض انقضاء التأمينات التي قدمها المستأجر في الإيجار

¹ زهدي يكن، المرجع السابق، ص 208.

² المادة 291 القانون المدني الجزائري "يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه و إنشاء التزام جديد مكانه، و لا تنتقل التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص القانون أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى غير ذلك".

القديم، بانقضاء هذا الإيجار تطبيقاً لفكرة التبعية، فتتقضي التأمينات بانقضاء الدين المضمون، فالمشروع نص على انتقال التأمينات العينية إلى الإيجار الجديد في حالة تجديد الإيجار الضمني طبقاً لأحكام المادة 509 من التقنين المدني الجزائري، مع تقييد انتقال التأمينات العينية التي قدمها المستأجر بقواعد الشهر العقاري.

ويراد بذلك أنه على المؤجر أن يقوم بإجراء قيد جديد للرهن الرسمي أو الرهن الحيازي بحسب مرتبته من تاريخ إجراءه وليس من تاريخ القيد الأول، حتى لا يترتب على انتقال التأمينات على هذا الوجه إضراراً بحقوق الغير الذي شهر حقه في الفترة بين قيد الرهن القديم وإجراء القيد الجديد.¹ أما الملحقات التي تم إدراجها من قبل الأطراف في العقد الأصلي فتبقى مستمرة أثناء تعديله، وذلك بسبب استمرار الرابطة العقدية.

وعليه فإن مضمون العقد لم يتعرض للتغيير في الحالتين السابقتين، مما يترتب عليه بقاء العقد الأصلي كما تم اشتراطه من قبل.

وختاماً لفصلنا هذا نخلص إلى القول أن تعديل العقد الهدف منه إعادة تنظيم الرابطة العقدية بما يتماشى والمصلحة المشتركة للطرفين وكذا المستجدات التي من شأنها التأثير على الهدف المرجو منه، وذلك بإدراج آليات يتم الاتفاق عليها مسبقاً في العقد أو في مرحلة تنفيذه.²

كما أن للأطراف الحرية في التعديل مع الحفاظ على المبادئ المقررة بالنسبة للتصرفات القانونية من شكلية وعدم تعسف في استعمال الحق وحسن النية هذا كله دون الخروج عن المضمون الأصلي للعقد.

¹ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 304

² لعشيب محفوظ بن حامد: المرجع السابق، ص 125.

الختمة

جوهر العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فبمجرد تمام إبرامه صحيحا، يصبح العقد قانون المتعاقدين إذ ارتضى كل منهما بما تم الاتفاق عليه، والتزما بالنتيجة لذلك بتنفيذه ومستلزماته بما يتفق و مبدأ حسن النية الواجب توافره في جميع العقود، وهذا ما يعرف بمبدأ القوة الملزمة للعقد «la force obligatoire du contrat» .

وقد عبر المشرع الجزائري عن مبدأ القوة الملزمة للعقد بنصه في المادة 106 من القانون المدني على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فال يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ."

وينصرف العقد بما رتبه من حقوق والتزامات، سواء تلك التي تضمنها أو تلك التي تعتبر من مستلزماته، إلى المتعاقدين ويمتد إلى الخلف العام والخاص في حدود معينة.

أولا : توصلنا الى النتائج التالية:

1- إن دور القاضي لم يعد سلبيا في مجال المعاملات، اذ اصبح في ظل التشريعات الحديثة يقوم بدور ايجابي فعال في مجال العقد، بواسطته تتحقق حماية الافراد قانونيا داخل المجتمع، مما يمكن أن يتعرضوا له في حياتهم من مظاهر الغبن والاستغلال.

2- إن تمتع القاضي بسلطة تعديل العقد تشريعا - ولو كانت قاصرة على حالات استثنائية - له فائدة عملية، حيث سيجد من مظاهر الغبن والاستغلال والتعسف بصفة عامة، خصوصا تلك السلطة التي تكون وقت ابرام العقد او في مرحلة تكوينه، حيث يحرص المتعاقد ابتداء على تفادي التعسف في حق الطرف الاخر ليضمن استقرار المعاملة، لأنه يعلم أن القاضي له الحق في التدخل لدفع الغبن في اي مرحلة كان عليها العقد.

3- إن المشرع حينما قرر منح القاضي سلطة تعديل العقد في حالات استثنائية خروجاً عن المبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين" كان يميل الى تقييد وحصر هذه السلطة بصورة جعلها قاصرة على ان تحقق الهدف الذي توخاه المشرع منه.

ثانيا : الاقتراحات والتعديلات

1- وضع تعريف خاص وواضح للتعسف سواء في القانون المدني أو في القوانين الاخرى مثل قانون الاستهلاك وتحديد شروطه.

- 2- التدخل بوضع قوانين تمنع العمل، في مختلف انواع العقود التي تحتوي على شروط تعسفية، سواء كان هذا العمل فرديا او جماعيا.
 - 3- وضع امكانية رفع دعوى امام القضاء ضد اي شخص طبيعي او معنوي، تتضمن عقوده شروطا تعسفية او ضد كل عامل او متعاقد يقبل العمل او التعاقد بتلك الشروط التعسفية.
 - 4- فتح المجال للقاضي بالبحث في الحلول العادلة و المنصفة، بعيدا عن تلك التي قيد بها في التشريع وذلك تحت رقابة المحكمة العليا من أي حكم قضائي مخالف للقانون.
 - 5- إلغاء شرط العمومية في نظرية الظروف الطارئة كونها مجحفة في حق المدين المرهق.
 - 6- إلغاء حرية القاضي في قبول أو رفض الحكم بالتعديل، و اعتبارها إلزامية وذلك لضمان عدالة أكثر للطرف المتضرر.
 - 7- مراقبة السوق والمنتجات التي تعتبر ضرورية، والزام المؤسسات الكبرى التي تحتكر تلك المنتجات ببيعها بسعر يناسب الجميع تفاديا لاحتكار الطرف القوي على الضعيف.
- إلا اننا يمكن ان نقول ان سلطة القاضي والاطراف في تعديل العقد في التشريع الجزائري ليس من شأنه أن تؤدي الى تحقيق المساواة بالضرورة بين المتعاقدين، ولكن حتى يكون العقد جدير بالاحترام لا بد ان يكون خاليا من التعسف، ولكي يتحقق فيه ذلك لا بد له أن يحترم فيه العدل.

المصادر والمراجع

قائمة المصادر:

النصوص القانونية والتنظيمية

- 1- قانون 89 - 02 المؤرخ في 07 فيفري 1989، المتعلقة بحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 6، المؤرخ في 08 فيفري 1989.
- 2- قانون 90 - 11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتعلقة بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 17، المؤرخ في 25 أفريل 1990.
- 3- أمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975.
- 4- أمر 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 101، المؤرخ في 19 ديسمبر 1975.
- 5- مرسوم تشريعي 93 - 03 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلقة بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، المؤرخ في 03 مارس 1993

قائمة المراجع :

أ - المراجع العامة

- 1- البداوي محمد علي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الجامعة المفتوحة طرابلس، 1993.
2. البدرأوي عبد المنعم: النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني و القانون المدني المصري، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية للطباعة، بيروت، 1968.
3. أنور سلطان: أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت 1980.
4. بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 1998 .
5. تناغو سمير عبد السيد: نظرية الالتزام، منشأة المعارف: الإسكندرية، 1975.
6. عبد الرزاق الصنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، 1960.
- الوسيط في شرح القانون المدني عقود الغرر و عقد التأمين، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، الجزء السابع، بدون سنة.
- الوسيط في شرح القانون المدني الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، بدون سنة.
7. عابد فايد عبد الفتاح فايد: تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005 .

8. عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني، دار النهضة العربية: بيروت، 1974.
9. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977.
10. فؤاد معوض: دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
11. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
12. كيرة حسن: المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف: الإسكندرية، 1974.
13. لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990.
- 14- محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية، 1983.
15. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن: عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
16. محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى الجزائر، 2004.
17. محمد سعيد جعفرور: نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر، 1998.
18. يكن زهدي: عقد البيع، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصرية، شركة الطبع والنشر اللبنانية: بيروت، بدون سنة.
19. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

ب- المراجع المتخصصة و الرسائل الجامعية

- 1- الفزاري حسبو: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة: الإسكندرية، 1979.
- 2- نجاري عبد الله: الشرط الجزائي في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1983.
3. محمود زواوي: الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1987.
4. خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية جامعة الجزائر، 2001.
5. بوكامش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الاسلامي، رسالة دكتوراه كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012.
6. عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004.

	شكر وإهداء
	فهرس
1	مقدمة
8	الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد
9	المبحث الأول: سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد
9	المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد للاستغلال
9	الفرع الأول: الغبن و الاستغلال
12	الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في رفع الغبن
13	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية لعقود الإذعان
13	الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان
15	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان
15	الفرع الثالث: دور القاضي إزاء عقود الإذعان
19	المطلب الثالث: نظرية تحول العقد و إنقاصه
20	الفرع الأول: نظرية انتقاص العقد
21	الفرع الثاني: نظرية تحول العقد
22	المبحث الثاني: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد
22	المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة
22	الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة
24	الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
27	الفرع الثالث: سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول
30	المطلب الثاني: الشرط الجزائي
31	الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي
32	الفرع الثاني: فائدة ودور الشرط الجزائي
32	الفرع الثالث: شروط استحقاق الشرط الجزائي
35	الفرع الرابع: تعديل الشرط الجزائي
39	المطلب الثالث : سلطة القاضي في منح الاجل القضائي
40	الفرع الأول: شروط منح الاجل القضائي
42	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على نظرة الميسرة

44	الفصل الثاني: سلطة الأطراف في تعديل العقد
44	المبحث الأول: آليات التعديل الاتفاقي
45	المطلب الأول: بند التقييس
45	الفرع الأول: شروط صحة بند التقييس
46	الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة على تخلف شروط صحة بند التقييس
49	المطلب الثاني: بند إعادة التفاوض
49	الفرع الأول: مرحلة إعادة التفاوض
50	الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن مرحلة إعادة التفاوض
52	المبحث الثاني: التعديل الاتفاقي وأثره على العقد
52	المطلب الأول: حرية تعديل العقد والقيود الوارد عليها
53	الفرع الأول: حرية الاطراف في تعديل العقد
56	الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية التعديل
59	المطلب الثاني: أثر حرية التعديل على مصير العقد
60	الفرع الأول: الابقاء على الشروط الجوهرية
60	الفرع الثاني: الابقاء على الشروط الثانوية للعقد
62	الخاتمة
65	المصادر و المراجع
68	الفهرس
70	الملخص

الملخص :

تناولت هذه الرسالة سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد في التشريع الجزائري في مرحلتي التكوين والتنفيذ باعتباره استثناء عن مبدأ سلطان الإرادة المجسد في قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " منح بموجبها المشرع للقاضي سلطة مراجعة العقد في حالات حددها حصرا متى تبين له أن هذا الأخير فقد توازنه في مرحلة تعديل العقد وتكوينه.

الكلمات المفتاحية :

العقد، الغبن، الاستغلال، عقد الاذعان، نظرية الظروف الطارئة، الشرط الجزائي، الأجل القضائي.

Résumé :

Cette thèse portait sur l'autorité du juge et des parties à modifier le contrat dans la législation algérienne dans les étapes des formation et d'exécution, par dérogation au principe de l'autorité de la volonté consacré par la règle du contrat, la loi du parties contractantes, selon lesquelles le législateur a conféré au juge le pouvoir de réviser le contrat dans les cas qu'il précise exclusivement.

Mots clés :

Contrat, lésion, exploitation pou lésion, contrat d'adhésion, théorie de l'imprévision, clause compromissoire, terme judiciaire

تم

الله

بمحمد