

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون أعمال



كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: الحقوق

رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبين: بوداود خليفة وبوزيان السعيد

تحت عنوان

دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد

لجنة المناقشة:

رئيسا
مشرفا و مقررا
مناقشا

جامعة المسيلة
جامعة المسيلة
جامعة المسيلة

عبدالعزیز بوخرص
عبد الحفيظ بقة
كمال فراحتيية

السنة الجامعية: 2018/2017

شكر وعرهان

الحمد لله والشكر لله على توفيقه وإنعامه علينا بإتمام هذا العمل وأفضل الصلاة وأزكى التسليم على حبيبته وخليله وصفيه من خلقه محمد ابن عبد الله، ثم أما بعد

نتقدم بالشكر والعرهان إلى الشموع التي أضاءت لنا الطريق خلال مسيرتنا في كلية الحقوق بجامعة محمد بوضياف، أساتذتي الأفاضل وعلى رأسهم الدكتور "بقة عبد الحفيظ" الذي لم يبخل علينا بالعلم الذي أمدّه الله به، فكان لنا خير المشرف

كما نتقدم بالشكر إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة الدكتور "بوخرص عبد العزيز" والدكتور "فراحتية كمال"

وشكرنا الموصول إلى كل من مد يد العون لنا وبذل جهدا في مساعدتنا على تخطي ما واجهنا من عقبات خلال فترة إعدادنا لهذه المذكرة.

الإهداء

إلى أجساد رحلت وظلت أرواحها تلازمنا، إلى روح أختي الغالية "مباركة"، و أخي "بن عيسى"،
وخالتي "محمد" وإمامنا وشيخنا "سرايش الطاهر"، رحمهم الله وجمعنا بهم في جنة الخلد.. آمين

إلى أبي الغالي الذي أفنى عمره ليرانا ناجحين وصالحين

إلى والدتي الحبيبة أطل الله في عمرها وأدامها لي نبعا صافيا أمحو به كدر الأيام

إلى من وقفت بجانبني في كل الصعاب، إلى شريكة حلمي ورفيقة دربي "زوجتي" الكريمة

إلى من خير أوقاتي عشية أخلوا إليهما، ولداي وقرّة عيني "وسيم" و"عماد"

إلى أخواتي وإخوتي "امحمد، الميلود، الصالح، الديلمي، الحواس، الرزقي، ناصر، ياسين

وأولادهم"

إلى رفيق دربي في الله وفي سبيل العلم أخي "بوزيان السعيد"

إلى كل من علمني حرفا عرفانا وتقديرا

إلى جميع الزملاء والأصدقاء الذين بادلناهم شعور المحبة بين أحضان الجامعة

إلى كل من ساعدني خلال انجازي لهذا البحث من قريب أو من بعيد ولو بالكلمة الطيبة

إلى كل هؤلاء اهدي هذا العمل المتواضع

خليفة بوداود

الإهداء

إلى من حقق الأمان ملاذاً واسكن الصبر على المتاعب، فيتحول إلى متعة ونصر، إلى أبي أطال
الله في عمره

إلى من كان الوجود منها ولها في حب الحياة، أُمي الحنون حفظها الله وأطال في عمرها

إلى من شاركتني عناء البحث ووقفت الى جانبي في أحلك الأوقات "زوجتي" الغالية

إلى أولادي وقرّة عيني "لينة الله رميصاء، عبد الباري، هبة الله أنفال" والبرعومة "إيمان الهدى"

إلى أختاي وإخوتي "جمال، عبد الرشيد، كمال، مراد، فيصل"

إلى جميع الزملاء والأصدقاء

إلى كل من سار على درب طلب العلم وتذوق طعمه صغيراً وكبيراً

إلى كل هؤلاء اهدي هذا العمل المتواضع

السعيد بوزيان

قائمة بأهم المختصرات

-1 باللغة العربية

ق م ج : القانون المدني الجزائري

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ج : الجزء

ج ر ج ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

د ط : دون طبعة

ص : الصفحة

ص، ص : الصفحة والصفحة

ط : الطبعة

-2 باللغة الفرنسية

P : page ;

P .P : de la page ...à la page ...

Op.cit : Opère-citato ;

Vol : volume ;

C.civ.f. : Code civil français;

Art :Article;

مقدمة

تنوع صور التعاون والتبادل فيما يعرف بالمعاملات وتبادل الأعيان والمنافع وتتطور بحسب الزمان والمكان إلا أنها تجتمع على أساس واحد هو التعاقد مع الآخرين ومن ثمة ظهور نظرية العقد ، التي أصبحت تنظم حركة الاقتصاد العالمي، بدءاً بالأفراد الذين لا يكاد يخلو يوم من حياتهم دون إبرام عقد من العقود مختلفة الأشكال والمقاصد ومروراً بالمؤسسات والشركات والمصانع الخاص منها والعام على حد سواء ، وصولاً إلى أنظمة الدول وعلاقتها ببعضها البعض.

يمثل العقد الوسيلة الفعالة التي يستطيع الفرد أن يحقق من خلالها الكثير من مصالحه الاقتصادية والاجتماعية طالما أن هذه المصالح لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة وذلك بالدخول في علاقات قانونية متشعبة مع عدة أطراف من خلال العقد، الذي يعدّ من أبرز التصرفات القانونية الشائعة، والمميزة لسلوك الإنسان قديماً وحديثاً لأنه ينظم الحقوق والواجبات بين الأفراد والجماعات ، بإقرار الحق وفرض الالتزام.

فيعرف العقد بأنه: « اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية ، متمثلة في إنشاء الالتزام، أو نقله ، أو تعديله، أو إنهائه»، فإذا نشأ العقد صحيحاً مستوفياً كامل أركانه وشروطه، رتب مختلف آثاره القانونية ، ومن ثمة اكتسابه القوة الملزمة من حيث الأشخاص ، ومن حيث الموضوع ، تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، هذا الأخير الذي يستند إليه العقد سواء في مرحلة تكوينه أو تنفيذه.

فإرادة الإنسان متى كانت حرة غير مكرهة، فإنها تكفي لإنشاء العقود دون رسميات أو شكليات معينة سواء كانت لوحدها أو مقترنة بإرادة أخرى، نظراً للدور الهام المناط بالإرادة الحرة في التعاقد، فقد تركز لها السلطان الأكبر في إنشاء الروابط العقدية وترتيب آثارها، فللشخص كامل الحرية في إبرامه العقد، أو عدم إبرامه فلا يلتزم المتعاقدين إلا بإرادتيهما، وهذا حسب القاعدة المعروفة "العقد شريعة المتعاقدين"، التي تبناها المشرع الجزائري في المادة (106 ق م ج) بنصها: « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الأطراف، أو للأسباب التي يقرها القانون»، ومعنى ذلك أن ما اتفقت عليه إرادة الأطراف هو القانون الذي يجب أن يُتبع، ويحكم العلاقة بين المتعاقدين، فحرية الإرادة تبدو واضحة وفقاً لهذه القاعدة، فلا يلزم الأطراف إلا بما قرره إرادتيهما وتنفيذ التزاماتهما وفقاً لما جرى عليه الاتفاق في العقد.

فالمستتب لمبدأ "سلطان الإرادة" يجد أنه قد ازدهر في القرنين السابع عشر والثامن عشر، حيث أُعطي للإرادة الحرة في التعاقد أو الامتناع عن ذلك، وكذا تحديد شكل العقد ومضمونه ، وتعديله بعد إبرامه.

غير أن هذا المبدأ ما لبث أن انتكس، وتراجع تأثيره بشكل لافت بعد تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية في القرن العشرين، وانتشار المذهب الاشتراكي الذي كرس تدخل الدولة في شؤون الحياة، الأمر الذي انعكس على المنظومة التشريعية من خلال سن قوانين قلصت من حرية الإرادة، وذلك بفرض شكليات على بعض العقود، وقواعد أخرى حدثت من آثارها، وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

أهمية البحث

تتحلى أهمية معالجة هذا الموضوع، والمتمثل في "دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد"، في كون العلاقات التعاقدية قد تصطدم بعد إبرامها بظروف مغايرة تحول دون استمرارها، حسب ما اتفق عليه، ووفق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، مما يثير التساؤل حول مدى ملائمة سلطان الإرادة للروابط العقدية وإمكانية التلطيف من حدة مبدأ "القوة الملزمة للعقد" المتفرع عنه.

كما تتحلى أهمية الموضوع أيضا في كون سلطة القاضي في تعديل العقد تشكل حسب الفقه والقضاء خروجاً عن أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد، والمتمثل في قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، الذي لا يجوز لأي كان المساس بقوته الملزمة، بما في ذلك القاضي وبهذا اكتسب الموضوع أهمية واحتاج إلى نظر وتأمل وببحث.

الأمر الذي دفع بالمشرع في ظل هذه الظروف والمتغيرات، وفي حالات استثنائية إلى منح القاضي سلطة تعديل العقد لاعتبارات تتعلق بالعدالة العقدية، سواء في مرحلة تكوينه بسبب الغبن والاستغلال وكذا عقود الإذعان متى تضمنت شروطاً تعسفية بالنظر إلى طبيعتها، أو في مرحلة تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة والشرط الجزائي، أو عدم سماح حالة المدين بالوفاء في الفترة التي حل فيها أجل الوفاء، كما منح المشرع للقاضي أيضاً سلطة في حمل المدين على الوفاء متى امتنع عن ذلك وتعتت، حفاظاً على التوازن المالي للعقد.

فهي حالات تستدعي تدخل القاضي، وبسط سلطته لدفع الضرر عن المتعاقدين وتنفيذ العقد على أحسن وجه وتجنب فسخه، بما يضمن تناسب منافع طرفيه.

أسباب اختيار الموضوع

هي أسباب عديدة نلخصها في النقاط التالية:

- الموضوع ذو صلة كبيرة بالواقع الاجتماعي وما يبرمه الشخص من عقود في حياته اليومية ورفعها إلى القضاء في حالة النزاع.
- الميول الذاتي للدراسات المتعلقة بالقانون المدني.
- الإسهام قدر المستطاع مع من سبقونا في تناول هذا الموضوع ببيان دور القاضي وسلطته في تعديل العقود خاصة المدنية منها.

الدراسات السابقة

ليست هذه الدراسة هي أول ما كتب في هذا الموضوع، بل سبقنا إلى ذلك مجموعة من الباحثين بالكتابات التالية:

- حميد بن شنيقي: سلطة القاضي في تعديل العقد (رسالة دكتوراه سنة 1996).
- محمد بوكماش: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقه الاسلامي (رسالة دكتوراه سنة 2012).
- زينة صاغي ونسيمة مقري: سلطة القاضي في تعديل العقد (مذكرة ماستر سنة 2014).

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

صعوبات البحث

أمر طبيعي أن تصادف الباحث صعوبات وعوائق أثناء إعدادة لبحثه العلمي ومن بين الصعوبات التي واجهتنا وحاولنا تجاوزها قدر المستطاع نذكر منها:

- قلة المراجع على مستوى مكتبة الكلية، إلا أننا استطعنا الحصول على مراجع خارج الكلية والحمد لله.
- وكذا صعوبة تكتنف الموضوع ذاته كونه مترامي الأطراف، فكل جزء منه يحتاج إلى بحث مستقل، خاصة أمام حصر الإدارة لعدد صفحات المذكرة بستون صفحة.

اشكالية البحث

قد يواجه العقد ظروفًا تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، فيتعذر معها ويصعب تنفيذه بالصورة الصحيحة، سواء كان ذلك في مرحلة تكوين العقد، أو في مرحلة تنفيذه، مما دفع بالمشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة بالسماح للقاضي بسط سلطته ورفع الضرر عن المتعاقدين وتنفيذ العقد على أكمل وجه.

فما مدى دور وسلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد من خلال تعديله؟

وما يترتب عن هذه الإشكالية من أسئلة فرعية تتمثل في الآتي:

- ما هو نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد؟
- وما مدى حرّيته في ممارسة سلطته التعديلية؟
- أو هل سلطة القاضي التعديلية للعقد مطلقة أم تحكمها حدود وضوابط؟

منهج البحث

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا إعمال واعتماد المنهج التحليلي، لأننا بصدد الإحاطة بموضوع يتطلب استقراء بعض النصوص القانونية، وتصنيفها للوصول إلى قواعد وأحكام وعرض الآراء وبيان المتناقض منها، وترجيح الآراء والتوفيق بينها.

كما اتبعنا المنهج المقارن من خلال الاستعانة بقواعد الفقه، والشريعة الإسلامية في بعض مراحل البحث لانسجامها مع الموضوع وارتباطها به تاريخياً، ولأنها نظام صالح لكل زمان ومكان.

تقسيمات البحث

وعليه فقد قسمنا دراستنا إلى فصلين رئيسيين

- الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه.
- الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه.

الفصل الأول

دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

تمهيد

إذا كان الأصل العام في التعاقد يقضي بأن إرادة الأطراف هي التي تحدد مستقبل الروابط التعاقدية التي تجمعهم و هو ما جسده المشرع الجزائري في قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" من خلال المادة (106 من ق م ج) بنصها: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون»، فإنه ونظراً لاعتبارات العدالة، و المصلحة العامة وبصفة استثنائية عن الأصل، أجاز المشرع الجزائري للقاضي سلطة مراقبة وتعديل العقد نتيجة خلل في توازن العلاقات التعاقدية، سواء تعلق الأمر بتكوين العقد أو تنفيذه إلى غاية انقضائه، فقد يتضمن العقد غبناً، أو استغلالاً لأحد المتعاقدين، أو يتضمن شروطاً تعسفية لا تتفق مع مقتضيات العقد التي توجب أن يقوم العقد على أساس من العدالة والمساواة وعدن الإكراه

وعليه فإن دور القاضي في مرحلة تكوين العقد يتميز بطبيعة وقائية في حالة وجود خلل يشوب هذا العقد و أن سلطته من النظام العام، لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين كما يلي:

المبحث الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد بسبب الغبن و الاستغلال

المبحث الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد بسبب الشروط التعسفية في عقد الإذعان

المبحث الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال

انطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة، وكذا مبادئ المذهب الفردي، لم يهتم القانون الفرنسي القديم بتعديل التزامات المتعاقدين، والسبب في ذلك أن العقد وفقاً لهذا المذهب هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة وضمانها بين أفراد المجتمع، ذلك أنه يستحيل أن يبرم أحدهم عقداً مضراً بمصالحه.

إلا أن التشريعات الحديثة استحدثت أحكاماً تعالج من خلالها مشكلة عدم تعادل التزامات المتعاقدين، و على غرارها المشرع الجزائري الذي عالج هذه المسألة في المادة (90 من ق م ج) التي تناولت الغبن و الاستغلال كعوامل اختلال توازن العقد اختلالاً واضحاً.¹

وعليه سنتناول سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن المادي في المطلب الأول، ثم سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد بسبب الاستغلال في المطلب الثاني.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن المادي

سنتناول في هذا المطلب تباعاً، تعريف الغبن (فرع أول)، ثم خصائصه (فرع ثان) و كذا حالاته (فرع ثالث)، و بعد ذلك نتناول دور القاضي في الغبن (فرع رابع).

الفرع الأول: تعريف الغبن

نتناول تباعاً تعريف القانوني للغبن، ثم التعريف الفقهي القانوني له، بعدها نتطرق إلى الغبن في الشريعة الإسلامية.

أولاً: التعريف القانوني للغبن: لم يعرف المشرع الجزائري الغبن، واكتفى بالنص على حكم الغبن المجرد عن الاستغلال في حالات خاصة، و هو ما تبينه المادة (91 ق م ج) بنصها: " يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود."²

فهذه التطبيقات واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة من القانون المدني الجزائري، و تتمثل في بيع العقار بغبن فاحش، المادة (358 ق م ج)، و كذا القسمة الرضائية، المادة (732 ق م ج).³

ثانياً: تعريف الفقه القانوني للغبن: يقصد بالغبن اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة، أي عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد، و ما يأخذه فهو الخسارة التي تلحق بأحد العاقدين في ذلك العقد.⁴

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص ص، 146 - 149.

² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام و التصرف القانوني (العقد و الإرادة المنفردة)، الجزء الأول، ط2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص ص، 208.

³ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص ص، 133 - 135.

⁴ - العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص ص، 126 - 127.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

فالغبن يمثل المظهر المادي للاستغلال ذلك أنه عيب في محل العقد ، لا في الإرادة.¹

ثالثا: الغبن في الشريعة الإسلامية: لقد حرمت الشريعة الإسلامية قبل خمسة عشر قرناً الربا الفاحش، كسبب من أسباب فسخ العقود، و يفرق فقهاء الإسلام بين صورتين من الغبن هما (الغبن الفاحش) و (الغبن اليسير).²

فيرى الأحناف أن الغبن مفسداً للعقد إذا كان فاحشاً، و يكفي في مذاهب أخرى أن يكون الغبن شاداً عن المعتاد، و أن يكون المغبون عديم الخبرة، أما الإمام مالك، فإنه لا يرى فسخ المبيعات بسبب الغبن إلا بتوفر شروط ثلاث:

- أن يكون البائع أو المشتري جاهلاً بالأسعار؛
- أن يقوم به قبل مضي عام؛
- أن يكون ما حصل به الغبن الثلث فأكثر.³

الفرع الثاني: خصائص الغبن

يتضح مما سبق أن الغبن يتميز بالخصائص الآتية:

أولاً: لا يكون إلا في عقود معاوضة محددة: أي بمفهوم المخالفة استبعاد عقود التبرع، ذلك أن القانون يحصر الغبن في حالات معينة، و المتمثلة في بيع العقار بغير فاحش أو القسمة الرضائية، حيث يخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع.⁴

ثانياً: يقدر بمعيار مادي: بحيث يُنظر إلى هذا التفاوت وفقاً لمعايير مادية، و أرقام ثابتة يحددها القانون، إذا توافرت كان العقد مختل التوازن، كحالة الغبن في بيع العقار، إذا بيع بغير يزيد عن الخمس $\frac{1}{5}$ ، و إثبات الغبن يتم بإقامة الدليل على عدم التعادل المادي.⁵

ثالثاً: يقدر عند وقت إبرام العقد: ذلك أن الغبن لا يمكن الكلام عنه إلا عند إنشاء العقد ، فينظر إلى تعادل الأداءات في هذا الوقت، أما إذا تغيرت القيمة بعد وقت إنشاء العقد، فارتفعت قيمة ما يؤديه أحد العاقدين، فلا نكون بصدد غبن،⁶ و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بقرارها القاضي بأن الغبن يقدر وقت البيع، إذا ما كان يزيد عن خمس العقار محل البيع.⁷

¹ - ادريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، إعادة الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص96.

² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 127-128.

³ - محفوظ لعش، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 187، 188.

⁴ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير الإرادية، دراسة فقهية و قضائية، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص71.

⁵ - إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 96.

⁶ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 202.

⁷ - قرار المحكمة العليا، رقم 245195، الصادر بتاريخ 2000/09/12، المنشور بالمجلة القضائية، عدد02، 2001.

الفرع الثالث: حالات الغبن و شروطه

تناول المشرع الجزائري الغبن المجرد عن الاستغلال في حالات خاصة بحيث تنص المادة (91 ق م ج) على أنه: «يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود».¹ فكما ذكرنا سابقا أن هذه التطبيقات واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة، ولا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها، وعليه سنتناول في هذا الفرع حالات الغبن (أولا)، ثم شروطه (ثانيا).

أولاً: حالات الغبن: أورد المشرع الجزائري حالات الغبن على سبيل الحصر في القانون المدني وهي كالآتي:

1- القسمة الرضائية: الأصل أن تكون القسمة الرضائية عادلة، فيتفق فيها الشركاء جميعا على أن يأخذ كل منهم نصيبه من المال طبقا لما تراضوا عنه، ذلك أن هذا النوع من القسمة يعد بمثابة عقد، إذ تلزم جميع الشركاء و خلفهم. غير أنه إذا ظهر غبن بعد القسمة، فإن القسمة الرضائية تنقض بسبب الغبن، ويقر القانون أن الغبن الذي ينقض القسمة هو الغبن الفاحش، و قد حدده المشرع الجزائري بما يزيد عن الخمس من قيمة حصة الشريك المغبون²، وفي هذا الصدد نصت المادة (732 ق م ج) على أنه: «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي، إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس $\frac{1}{5}$ على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة».

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينيا ما نقص من حصته».

و نقض القسمة بسبب الغبن مقصور فقط على القسمة الاتفاقية مما يجعل العقد قابلا للإبطال عن طريق رفع دعوى نقض القسمة من طرف الشريك المغبون، وبصدور الحكم بإبطالها تعد كأن لم تكن³، والعبرة في تقدير قيمة الشيء عند نقض القسمة بسبب الغبن تكون بقيمة الشيء وقت إبرام التصرف.⁴

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 208.

² - نادية عويسي و صليحة غياطو، القسمة الرضائية في العقار - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، 2012-2013، ص 27.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1964، ص ص، 808-809.

⁴ - سليمة مقroud، القسمة الرضائية في العقار المشاع في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون عقاري، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، 2014-2015، ص 10.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

2. بيع العقار بغبن فاحش: نصت على ذلك المادة (358 ق م ج) بأنه: « إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس $\frac{1}{5}$ فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس $\frac{4}{5}$ ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس $\frac{1}{5}$ أن يُقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع ». «

و نصت أيضا المادة (360 ق م ج) على أنه: « لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون».

ثانيا: شروط الغبن في بيع العقار: يتضح من المادتين (358 و 360 من ق م ج) سالفتي الذكر، أنه للأخذ بالغبن في بيع العقار يجب توافر الشروط التالية:

1. أن يكون العقد بيعا لعقار أو حق عيني عقاري: فلا يجوز الطعن بالغبن إذا ورد البيع على حق شخصي، كما لا يجوز الطعن بالغبن في حق عيني وارد على منقول سواء كان مادي أو معنوي، كما يدخل ضمن مفهوم العقار في حساب الغبن العقار بالتخصيص، رغم أن هذا الرأي غير صحيح على إطلاقه إذ يشترط أن يباع العقار مع العقار بالتخصيص بعقد واحد و ثمن واحد حتى تقبل دعوى الغبن،¹ و لا يلحق بالبيع أيضاً تقديم شريك حصة في الشركة.²

2. ألا يكون البيع قد تم بطريق المزاد العلني: وهو ما قضت به المادة (360 ق م ج)، حيث يشترط لقبول دعوى الغبن أن يكون العقار قد بيع بطريقة رضائية، فلا طعن في بيع يتم بالمزاد العلني بمقتضى القانون، والحكمة في ذلك أن البيع الذي يفرض القانون أن يتم بالمزاد العلني تتخذ فيه إجراءات رسمية كفيلة بالحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار، فلا مبرر للطعن فيه بالغبن بعد ذلك، كما أن المشرع ما يهمله من بيع العقار في المزاد العلني، هو أن يصل ثمن العقار إلى مبلغ يكفي لتسديد الديون، والمصاريف المترتبة عن ذلك بغض النظر عن بيع العقار بغبن فاحش أم لا.³

3. أن يصل الغبن إلى أكثر من خمس قيمة العقار: وهذا يعني أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع العقار إلا إذا بيع العقار بأقل من أربعة أخماس $\frac{4}{5}$ من قيمته الحقيقية، و العبرة في تقدير الثمن تكون بالنظر إلى قيمة العقار وقت البيع. مثال: إذا بيع مسكن بـ 140 مليون سنتيم و قيمته وقت البيع 200 مليون سنتيم.

فإن مقدار الغبن يساوي القيمة الحقيقية ناقص الثمن أي $140 - 200 = 60$ مليون سنتيم و هو مقدار الغبن، ويتعين تكملة الثمن إلى أربعة أخماس من قيمة العقار.⁴

4. يجب أن ترفع دعوى الغبن خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع: وذلك طبقاً لنص المادة (359 ق م ج) التي تنص على أنه: « تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم

¹ - الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع (دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة)، د ط، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 102

² - زينة صاغي ونسيمة مقري، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة ليل شهادة الماستر تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2013-2014، ص 9.

³ - الحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص ص، 102-103.

⁴ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 133.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

انعقاد البيع»، وبالنسبة لعديمي الأهلية من يوم انقطاع سبب العجز المادة (2/359 ق م ج)، ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع المادة (3/359 ق م ج).¹

الفرع الرابع: دور القاضي في رفع الغبن

على الرغم من أن تقدير الغبن المادي في العقار من خلال تقدير ما إذا كانت قيمة العقار تفوق الثمن بأكثر من الخمس أم لا، تخضع لاختصاص القاضي، و له الاستعانة في ذلك بخبير،² إلا أن هذه السلطة أضيق نطاقا من حيث تعديل العقد، ذلك أن المشرع حدد حالات استثنائية وردت في القانون المدني على سبيل الحصر،³ ومن بينها الغبن في بيع العقار باعتباره سببا لتكملة الثمن إلى أربعة أخماس $\frac{4}{5}$ من قيمة العقار، و ذلك متى توافرت شروط الطعن بالغبن المذكورة سالفًا، حيث يكتفي القاضي بالتأكد من عدم التعادل الذي مسَّ النسبة المحددة لكي يقرر جزاء الغبن وهو الأمر الذي دفع البعض من الفقهاء إلى تسميته بالغبن الحسابي.

فحسب المادة (1/358 ق م ج)، فإنه: « إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس $\frac{1}{5}$ فللبائع الحق في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس $\frac{4}{5}$ ثمن المثل... »، كما يجب أن ترفع دعوى تكملة الثمن خلال ثلاثة سنوات من يوم انعقاد البيع المادة (1/359 ق م ج).⁴

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد بسبب الاستغلال

تأسيساً على أن العقد العادل هو عقد تتساوى فيه الالتزامات كأساس للعدالة العقدية فكل واحد يقدم مثلما يأخذ، وأن المساواة في التبادل هي أساس هذه العدالة.

فإن نظام الاستغلال أو الغبن الاستغلالي كما يصطلح عليه في بعض التشريعات، يعد آلية فعالة لضمان سلامة ونزاهة المعاملات كعيب بديل عن عيوب الإرادة لكونه يحمي الطرف الأضعف عقدياً والذي عُبن في العقد بسبب طيشه أو هواه، مع مراعاة الاستقرار العقدي، وهو ما يعرف بالنظرية النفسية للغبن التي جاء بها المشرع الجزائري في المادة (90 ق م ج)⁵ بنصها: « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيش بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص من التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة ويجوز في عقد المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كاف لرفع الغبن»

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 133-134.

² - زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص 250.

³ - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 213.

⁴ - زمام جمعة، المرجع السابق، ص 251.

⁵ - المرجع نفسه، ص 249.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

فمن خلال نص المادة (90 ق م ج) يتضح أن المشرع الجزائري وصف الضحية بالمغبون مما يذكرنا بمفهوم الغبن الذي اعتمده المشرع في بعض الحالات الخاصة، ويشير في نفس الوقت إلى فعل استغلال الضعف النفسي، وهو ما يذكرنا كذلك بعيوب الرضا،¹ وعليه سنتناول في هذا المطلب مفهوم الاستغلال (فرع أول)، ثم تدخل القاضي لرفع الاستغلال (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم الاستغلال

بالرجوع الى المواد (90 و 91 من ق م ج)، فإن المشرع الجزائري اعتبر الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة، مع النص في المادة (91 من ق م ج) على عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود²، وعليه سنتناول فيما يلي تعريف الاستغلال (أولاً) ثم شروطه (ثانياً) وبعد ذلك مجاله (ثالثاً).

أولاً: تعريف الاستغلال وتحديد عناصره: سنتناول تعريف الاستغلال لغة، ثم تعريفه اصطلاحاً، وبعد ذلك

نتناول عناصر الاستغلال كمايلي:

1- تعريف الاستغلال: نتناول تعريف الاستغلال لغة، ثم اصطلاحاً كمايلي:

أ- لغة: هو الانتفاع من الغير بدون حق.

ب- اصطلاحاً: رغم تعدد تعاريف الاستغلال إلا أنها تتفق على أنه طيش بين أو هوى جامع ومن هذه التعاريف:

▪ هناك من يعرف الاستغلال بأنه: « استغلال الطيش البين أو الهوى الجامع الذي يعترى المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض».³

▪ وهناك من يعرفه بأنه: «استغلال شخص طيشاً بين أو هوى جامعاً في آخر لكي يبرم تصرفاً يؤدي إلى غبن فادح به».⁴

▪ ونحن نرجح التعريف الأتي لأنه يتضمن عناصر الاستغلال مما يجعله اشمل وأدق: «غبن مصحوب بالجانب النفسي الذي يؤثر على سلامة التقدير، نتيجة لعاملين عامل في الطرف المغبون، كالطيش البين، والهوى الجامع، وعامل في الطرف الغابن، وهو قصد استغلال ذلك العيب للحصول على مزايا تفوق كثيراً قيمة المبادلة».⁵

2- عناصر الاستغلال: من خلال تعريف الاستغلال، وبالرجوع الى نص المادة (90 ق م ج) يتضح أنه يشترط لقيام

الاستغلال عنصرين أساسيين هما:

¹ -علي فيلاي، ط 2008، المرجع السابق، ص ص، 201-202.

² - محمد صبري السعدي، ط 2004، المرجع السابق، ص 203.

³ - علي فيلاي، ط 2005، المرجع السابق، ص 151.

⁴ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 203.

⁵ - محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 185.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

أ- **العنصر المادي للاستغلال (الموضوعي):** ويتجسد في عدم تعادل التزامات الطرفين مطلقاً، فلا يكفي أن يكون عدم التعادل ضئيلاً،¹ بمعنى آخر أن تكون التزامات المتعاقدين مختلفة، وغير متكافئة مقارنة بما قدمه المتعاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب هذا العقد.²

فهذا العنصر المادي أو الموضوعي للاستغلال، هو أول ما يتجه إليه البحث عند النظر في الاستغلال، والعبارة في تقدير الاختلال هي بقيمة الشيء وقت التعاقد، وليس بعد ذلك، وأن يُعتد بقيمة الشيء في نظر المتعاقد المتضرر،³ والفداحة في اختلال التعادل معيار مادي، إلا أن هذا المعيار ليس رقماً ثابتاً، بل هو معيار متغير تبعاً للظروف في كل حالة.⁴

ب- **العنصر المعنوي للاستغلال:** يتحقق العنصر المعنوي إذا استغل أحد الطرفين الطيش البين أو الهوى الجامع لدى الطرف الآخر، حتى يحصل عدم التوازن في قيمة الالتزامات،⁵ وبالتالي فهو عنصر مزدوج يقوم في جانب كلا الطرفين ذلك أنه بالنسبة لأحد الطرفين ضعف نفسي، وبالنسبة للطرف الآخر الاستفادة من هذا الضعف، وضعف أحد الطرفين لا بد أن يكون من أمرين إما طيش بين أو هوى جامع وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (1/90 من ق م ج).⁶

ومن الأمثلة البارزة التي يعرفها القضاء، حال امرأة ترغب في الزواج من غير زوجها فتتعهد بدفع مبلغ كبير جدا من المال لزوجها نظير طلاقها منه والزواج من الشخص الذي تريده، فيستغل الزوج هذه الرغبة.⁷
ثانياً: **شروط الاستغلال:** بالرجوع إلى نص المادة (90 ق م ج)، يستخلص أنه يشترط في الاستغلال حتى يعيب الإرادة توافر الشروط التالية:

1- **اختلال التعادل بين التزامات المتعاقدين اختلالاً فادحاً:** فلا نكون بصدد استغلال إلا إذا كان هناك عدم تعادل بين التزامات أحد المتعاقدين، وبين ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو بينها وبين التزامات المتعاقد الآخر، ومعيار تقدير عدم التعادل يكون على أساس القيمة الشخصية للالتزامات المتقابلة وليس قيمتها الاقتصادية، ويعود تقدير فداحة الاختلال بين التزامات الطرفين إلى قاضي الموضوع على اعتبار ذلك مسألة واقع تخضع لسلطته التقديرية.⁸

¹- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص67.

²- إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص99.

³- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص، 129-130.

⁴- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص363.

⁵- إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص100.

⁶- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص، 130-131.

⁷- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص206.

⁸- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012، ص112.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

2- استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح: ويقصد بالطيش البين خفة وقلة اتزان في أعمال الإنسان و أوضاعه كالشباب الذي يبدد الثروة التي ورثها، أما الهوى الجامح فهو ميل شديد في النفس إلى أمر تغلب فيه العاطفة على الإرادة، كحال الرجل المسن المتزوج من زوجة صغيرة السن، استغلت هواه لها، وحملتة على إبرام عقود لمصلحتها،¹ ولا يكفي اختلال التعادل بين التزامات المتعاقدين اختلالاً فادحاً، أو توافر وجود شرط الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد من أجل قيام الاستغلال، بل يجب توفر شرط القصد والنية لدى المتعاقد الآخر للاستفادة من هذا الضعف النفسي،² وهذا يقتضي بأن يكون المتعاقد الذي استغل الطيش البين أو الهوى الجامح في المتعاقد الآخر على علم بوجود هذا الضعف النفسي فيه، وهذا من خلال المادة (90 ق م ج) بنصها على ما يلي: «... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً...».³

ولا يشترط أن يكون صاحب القصد أو النية هو نفسه المستفيد من التصرف، فقد تعمد الزوجة الشابة التي تعلم بهيام زوجها الكهل بها، إلى الطلب منه أن يهب أحاها مالا معيناً الأمر الذي يسمح للقاضي بالبحث في نوايا المتعاقدين.⁴

3- أن يكون الاستغلال هو الدافع للتعاقد: ومعيار ذلك علم أحد المتعاقدين بظروف معينة يوجد فيها المتعاقد الآخر، فيرغب بعد ذلك في الاستفادة منها أو استغلالها، حتى ولو لم يكن له دخل في إيجادها، ويعود تقدير ذلك لقاضي الموضوع.⁵

ثالثاً: مجال الاستغلال: يلحق الاستغلال عقود المعاوضة، وعقود التبرع، والعقود الاحتمالية.⁶

1- عقود المعاوضة: ومعيار ذلك التفاوت بين الالتزام والعوض، فمن خلال نص المادة (90 ق م ج) يتضح أن للتفاوت صورتين فقد يكون ما بين التزامات المغبون وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد، وقد يكون التفاوت ما بين التزامات المغبون والتزامات المستغل (الغابن).

ويظهر أن ما قصده المشرع هو التفاوت بين ما يعطي المتعاقد تنفيذا لالتزامه وما يأخذه من عوض في مقابل ذلك، ويعتد المشرع الجزائري بالتفاوت الكبير في النسبة على خلاف التشريعات الأخرى التي تأخذ بالاختلال الواضح، وللقاضي سلطة تقديرية في تعيين التفاوت الكثير في النسبة.⁷

2- العقود الاحتمالية: على اعتبار أن هذه العقود تقوم بطبيعتها على الربح والخسارة، فإن بعض الفقه يرى أنه لا مجال لتطبيق نظرية الاستغلال على هذه العقود، ذلك أن احتمال الربح والخسارة الذي يقوم عليه العقد الاحتمالي

1 - ادريس فاضلي، المرجع السابق، ص100.

2 - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 398.

3 - ادريس فاضلي، المرجع السابق، ص100.

4 - انور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص266.

5 - زينة صاغي ونسيمة مقري، المرجع السابق، ص17.

6 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص206.

7 - علي فيلاي، المرجع السابق، ط 2005، ص ص، 152-153.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

شيء، واستغلال ضعف المتعاقد شيء آخر لذا يجب أن يكون احتمال الربح والخسارة الذي يتحملة المتعاقد متكافئاً مع حظ الربح أو الخسارة الذي يتحملة المتعاقد الثاني.

أما إذا لم يكن هناك تكافؤ بين ما يتحملة كل متعاقد، فإننا نكون بصدد تفاوت بين التزامات المتعاقدين، وقد يرجع ذلك الى ضعف نفسي للمتعاقد المغبون، واستغلال هذا الضعف من قبل المتعاقد الآخر،¹ ومثال ذلك أن يبيع شخص مسن منزلاً له في مقابل إيراد مرتب لمدة الحياة لا يتناسب مع غلة أجرة المنزل.²

3- عقود التبرع: الأصل أنه لا مجال للكلام عن نظرية الاستغلال لاختلال التعادل بين التزامات المتعاقدين في عقود التبرع، ذلك أن المتبرع يلتزم دون مقابل.

غير أن المشرع الجزائري لم يستبعد تطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع، وذلك من خلال (3/90 ق م ج)، بنصها: «... ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كاف لرفع الغبن»، بحيث يفيد هذا الحكم الاستثنائي، والخاص بعقود المعاوضة أن عقود التبرع تخضع لنظرية الاستغلال، والجزاء المترتب عليها هو إبطال العقد أو إنقاص التزامات المغبون، وينسجم هذا الحل تماماً مع نظرية الاستغلال إذ العبرة بالدرجة الأولى هي بالضعف النفسي للمغبون.³

فعليه يمكن تصور الاستغلال في عقود التبرع، ومثال ذلك أن يعتمد رجل طاعن في السن إلى الزواج من امرأة لاتزال في مقتبل عمرها، فتعتمد هذه الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى فتحصل منه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء.⁴

الفرع الثاني: تدخل القاضي لرفع الاستغلال

إذا كانت عيوب الإرادة الأخرى (الغلط والاكراه والتدليس) تخول للمتعاقد الذي عيبت ارادته وفسد رضاؤه الحق في المطالبة بإبطال العقد، فإن الاستغلال قد قرر المشرع أن يكون جزاؤه إما ابطال العقد، وإما إنقاص التزامات الطرف المغبون إلى الحد الذي يرفع هذا الاستغلال،⁵ وعليه سنتناول حالات تدخل القاضي لرفع الغبن (أولاً)، ثم معايير سلطة القاضي التقديرية لرفع الغبن (ثانياً).

أولاً: حالات تدخل القاضي لرفع الغبن: يتبين مما سبق أن القانون يرتب على الاستغلال إحدى الدعويين دعوى إبطال العقد أو دعوى إنقاص الالتزام، وسنتناول الدعويين تباعاً كما يلي:

¹ - علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 154.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 207.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ط 2005، ص 154-155.

⁴ - زينة صاغي ونسيمة مقري، المرجع السابق، ص 16.

⁵ - رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 2002، ص 141.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

1- دعوى إبطال العقد: للطرف المغبون إذا أراد التخلص من العقد، أن يرفع دعوى إبطال العقد، فإذا رأى القاضي أن الاستغلال عاب رضا المتعاقد المغبون إلى حد يفسد هذا الرضا، وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا الاستغلال، جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه المتعلق بإبطال العقد.¹

أما إذا رأى القاضي أن هذا الاستغلال لم يفسد الرضا، وأن المتعاقد المغبون كان دون استغلال سيرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة، عندئذ يكتفي القاضي بإنقاص التزامات هذا الطرف ويرفض الإبطال.

غير أنه يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الاستغلال، وهذا طبقاً للفقرة الثالثة من المادة (90 ق م ج)، ومعيار القاضي في تقدير ذلك هو ملابسات القضية وظروفها، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا.²

2- دعوى إنقاص الالتزامات: إلى جانب حق المتعاقد المغبون في رفع دعوى الإبطال فإن له الحق أيضاً في رفع دعوى إنقاص التزاماته الباهظة مخيراً بين ذلك إذا أراد الإبقاء على العقد، وهذا الأمر موكل لتقدير القاضي وفقاً لملابسات القضية وظروفها، على اعتبار الأمر مسألة واقع تخضع لتقدير القاضي ولا رقابة عليه من المحكمة العليا في ذلك.³

فالقاضي هنا له سلطة تقديرية في الحكم بإنقاص التزامات الطرف الذي وقع عليه الاستغلال حتى ولو كانت الدعوى التي رفعها قد طلب فيها إبطال العقد، وذلك إذا قدر القاضي أن الحكم بإنقاص التزاماته يرفع به كل أثر للاستغلال.⁴

وقد يعرض الطرف الغابن الزيادة في الثمن لرفع الاستغلال، فإذا رأى القاضي أن الزيادة التي عرضها تكفي لرفع الاستغلال، اكتفى بها، وامتنع عن إبطال العقد، ولا يجوز وقت النظر في إنقاص التزامات البائع الباهظة مثلاً أن يعدل القاضي عن ذلك بأن يزيد من مقدار الثمن، بدلاً من أن ينقص من قدر المبيع، إلا إذا رغب الطرف الغابن في ذلك، كأن يتوقى دعوى الإبطال بعرض زيادة في الثمن، يراها القاضي كافية لرفع الاستغلال.⁵

ثانياً: معايير سلطة القاضي التقديرية لرفع الغبن

يراعي القاضي في ممارسة سلطته التقديرية، اتجاه عيب الاستغلال المعايير الآتية:

1- معيار الملائمة في أعمال الجزاء: ذلك أن القاضي، إما أن يلبي طلب الطرف المغبون بإبطال العقد، إذا ما اختار هذا المغبون دعوى الإبطال، أو أن يقتصر القاضي على إنقاص التزامات الطرف المغبون إلى حد لا يجعلها باهظة، ومعياره في ذلك ملابسات القضية وظروفها، إذ يملك السلطة التقديرية في تحديد الجزاء الملائم.⁶

¹ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 403-404.

² - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 142.

³ - محمد عزمي البكري، القانون المدني (مصادر الالتزام)، ج 3، ط 1، 09 شارع البارودي باب الخلق، القاهرة، مصر، 2007، ص 147.

⁴ - احمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 74.

⁵ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 406.

⁶ - المرجع نفسه، ص 407.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

2- معيار التقييد بالطلب القضائي: ومعنى ذلك أنه لا يجوز للقاضي وقت النظر في دعوى إنقاص التزامات الطرف المغبون (الذي وقع عليه الاستغلال)، أن يعدّل عن ذلك إلى الزيادة في التزامات الطرف المستفيد من الاستغلال فلا يجب عليه أن يتعدى الطلب القضائي¹.

3- معيار توقي البطلان بإعادة التوازن للأداءات المختلفة: ومؤدى هذا المعيار أن القاضي يقوم بعرض ما يراه كافيا لرفع الاستغلال عن المتعاقد المغبون، من خلال تقديره لحجم الزيادة في الأداءات للانتقال من الاختلال الفادح بينها إلى التوازن قدر الإمكان، فلا يشترط أن تكون الأداءات متساوية تماما، دون أن يعتبر ذلك تجاوزا من القاضي لنطاق الخصومة، طالما أنه يظل مقيدا بمجموع الطلبات والدفوع التي يبيدها أطراف الخصومة².

ثالثا: تقادم دعوى الاستغلال: يجب رفع الدعوى الناشئة عن الاستغلال سواء تضمنت إبطال العقد، أو إنقاص التزامات الطرف المغبون خلال سنة تبدأ من تاريخ إبرام العقد، وإلا كانت غير مقبولة، وهذه المدة هي مدة سقوط، فلا تقبل قطعا ولا إيقافا وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (2/90 ق م ج) بنصها: «... ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة...»³.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في عقود الإذعان

يعتبر عقد الإذعان من العقود حديثة النشأة، فأول ما ظهر في العالم الغربي بظهور الثورة الاقتصادية الحديثة وقد اختلف الفقهاء في تسمية هذا العقد، حيث أطلق عليه القانون الفرنسي اسم "عقد الانضمام"، في حين أن أغلب القوانين العربية تطلق عليه تسمية "عقد الإذعان"، ذلك أن هذا النوع من العقود لا تتساوى فيه المراكز القانونية للمتعاقدين، مما يُمكن الطرف القوي من التعسف في شروط العقد ويُعرض الطرف الضعيف للضغط، إذا تعلق العقد بسلعة أو خدمة حيوية تقع تحت سيطرة الطرف القوي بسبب خضوعها لاحتكار قانوني أو فعلي من جانبه كعقود الأفراد مع شركات الكهرباء⁴.

الأمر الذي دفع بالمشرع إلى التدخل رغبة منه في إيجاد توازن لهذه العلاقة التعاقدية، وحماية للطرف الضعيف وذلك من خلال السماح للقاضي بتعديل أو إعفاء الطرف المدعن من الشروط التعسفية طبقا لنص المادة (110 ق م ج)، وعليه سنتناول تباعا مفهوم عقد الإذعان (مطلب أول) ثم تدخل القاضي لحماية الطرف المدعن (مطلب ثان).

¹ - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 148.

² - زينة صاغي ونسيمة مقري، المرجع السابق، ص 20-21.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 208.

⁴ - احمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 46.

المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان

نتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف عقد الإذعان، وتبيان خصائصه (فرع أول) ثم الطبيعة القانونية لهذا العقد (فرع ثان) كما يلي:

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان وخصائصه

نتناول في هذا الفرع تعريف عقد الإذعان (أولاً)، ثم ذكر خصائصه (ثانياً).
أولاً: تعريف عقد الإذعان: سنتطرق إلى تعريف عقد الإذعان لغة واصطلاحاً:¹

1- تعريف عقد الإذعان لغة

العقد: وهو الربط ويشمل الربط الحسي والمعنوي.

الإذعان: الإقرار والخضوع والسرعة في الطاعة والانقياد.

2- تعريف عقد الإذعان اصطلاحاً: لقد تعددت تعاريف عقد الإذعان من الناحية الشرعية والفقهية القانونية، إلا أنها تجتمع حول كونه عقد بين طرفين يمثل أحدهما الجانب الأقوى، وطرف ليس له سوى الرضوخ والانقياد بالقبول أو الرضا لشروط العقد دون مناقشة.

أ- تعريف عقد الإذعان في الفقه الإسلامي: اقتصر فقهاء الشريعة المعاصرين في تعريف عقد الإذعان على التعريفات القانونية، كون هذا العقد من العقود المستحدثة التي ظهرت في الفقه الغربي، ولم تكن معروفة في الفقه الإسلامي فعرفه "محمد علي القرني بن علي" بأنه: «العقد الذي تكون فيه الصيغة من صيغ إبرام العقود التي تعتمد على نموذج نمطي للعقد يعقده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه».²

ب- تعريف عقد الإذعان في الفقه القانوني: يقصد بعقد الإذعان «العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد، ويسلم الطرف الآخر بقبولها دون أي نقاش»، أو هو: «العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه عليه الموجب».³

كما يُعرّف بأنه: «العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها».⁴

ج- التعريف القانوني لعقد الإذعان: لم يقدم المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات تعريفاً لعقد الإذعان، واكتفي بتنظيم أحكامه في ثلاثة نصوص قانونية تتمثل في:⁵

¹ - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 145.

² - محمد علي القرني بن علي، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، السعودية العدد 14، 2004، ص 03.

³ - الشريف بجماي، "سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المركز الجامعي تلمسان، الجزائر، العدد 2، جوان 2014، ص 100.

⁴ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 92.

⁵ - المواد (70، 110، 120)، من القانون المدني الجزائري رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

– المادة 70 من (ق م ج) بنصها: « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها».

– المادة 110 من (ق م ج) بنصها: « إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف المدعى منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

– المادة (112 ق م ج) بنصها: « يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى».¹

ثانيا: خصائص عقد الإذعان

من خلال ما سبق ذكره من مفاهيم لعقد الإذعان تتحدد الخصائص المميزة لهذا العقد فيما يلي:

1- التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي: حيث يكون لأحد الطرفين تفوق اقتصادي، واحتكار للخدمة أو السلعة،² يجعل المنافسة على السلع والخدمات المحتكرة محدودة النطاق، مما جعله ينفرد بوضع تفاصيل العقد وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشتها، أو إلغاء شيء منها أو تعديلها.³

2- تعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للمستهلك: بحيث لا يمكن أن يوفرها إلا الطرف الذي استقل بوضع شروط العقد،⁴ ولا يمكن للمتعاقد المستهلك الاستغناء عن هذه السلعة أو الخدمة، ومثال ذلك السلع والخدمات التي لا يمكن لكل شخص توفيرها لنفسه كالماء والكهرباء، والنقل... وغيرها، والتي تكون محل احتكار من طرف شخص معين.⁵

3- صدور الإيجاب للجمهور بصيغة العموم والدوام: ففي الغالب يكون الإيجاب في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة، معدة مسبقا، أكثرها لمصلحة الموجب، بحيث تخفف من المسؤولية التعاقدية للموجب أحيانا، وتشدد في مسؤولية الطرف الآخر أحيانا أخرى، فلا يبقى للمتعاقد الآخر سوى التوقيع دون مناقشة،⁶ ذلك أنه لا يشارك الموجب في وضع هذه الشروط، لأن هذا الأخير ينفرد بوضع تلك الشروط لوحده على خلاف عقود المساومة الحرة.⁷

¹ – عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خده، 2013، ص 17-18.

² – الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص 101.

³ – زينة صاغي ونسيمة مقري، المرجع السابق، ص 25.

⁴ محمد لبيب شنب، الموجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، (العقد والإرادة المنفردة)، د ط ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1970، ص 39.

⁵ الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص 101.

⁶ – عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 240.

⁷ – عامر رحمون، المرجع السابق، ص 30.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

وتجدر الإشارة أنه متى توفرت هذه الخصائص المذكورة أعلاه كنا بصدد عقد من عقود الإذعان، كما أنه لا يجوز للموجب الذي يتمتع باحتكار قانوني أن يرفض القبول الموجه إليه، ذلك أن الإيجاب موجه للجمهور، ويبقى هذا الموجب ملزماً بطلباته طبقاً للالتزام الذي تضمنه هذا العقد، أما إذا كان هذا الموجب يتمتع باحتكار فعلي، فلا يحق له رفض القبول إلا لسبب مشروع، وإلا أُعتبر متعسفاً، ومن ثمة قامت مسؤوليته التعاقدية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإذعان وذلك بالنظر إلى الطريقة التي يتم بها هذا العقد، فهناك من يرى أن هذا النوع من العقود لا يعتبر عقداً حقيقياً، بل مجرد مركز قانوني منظم¹، في حين يذهب البعض الآخر إلى أنه عقد عادي لا يختلف عن سائر العقود ويخضع لنفس القواعد².

أولاً: الرأي الأول (الصفة غير التعاقدية لعقد الإذعان): يذهب أنصار هذا الرأي، وغالبيتهم من فقهاء القانون العام مثل (سالي و ديجيه و هوريو) إلى أن عقد الإذعان ما هو إلا مركز قانوني منظم تنشئه إرادة واحده ومنفردة، هي إرادة المحتكر في شكل قانون أو لائحة، ومن ثمة فإنه يخضع للقواعد المطبقة بخصوص اللوائح والتنظيمات، فيجب أن تراعى فيه مقتضيات العدالة فلا يفسر بقصد البحث عن النية المشتركة للعاقدين، وإنما يجب البحث عن نية المحتكر الذي وضع شروط العقد، وقد استند هذا الرأي على عدة حجج منها³:

- انعدام حرية المناقشة الأمر الذي يؤدي إلى انعدام المساواة وإذعان الطرف الضعيف للمتعاقد الآخر.
- انعدام الإرادة التعاقدية المشتركة.

ثانياً: الرأي الثاني (الصفة التعاقدية لعقد الإذعان): على خلاف الرأي الأول يرى أنصار هذا الرأي، وغالبيتهم من فقهاء القانون المدني، أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود⁴.

ذلك أن كل تصرف يتم بإرادتين فهو عقد حتى ولو لم يكن طرفاه متساويان في القوة من الناحية الاقتصادية، طالما أن المساواة القانونية محققة فيه، والتراضي متوافر فيه كون الطرف المدعن يقبل الإيجاب برضاه بعيداً عن أي إجبار أو إكراه⁵.

أما كون هذا النوع من العقود قد يشتمل على شروط تعسفية أو آثار مجحفة لصالح الطرف الموجب، فإن ذلك لا ينفي عنه صفة العقد، لكنه يستدعي تدخل القاضي بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي تضمنها العقد⁶.

¹ - محفوظ لعشبة بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 33.

² - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 248.

³ - الشريف بجمامي، المرجع السابق، ص 102-103.

⁴ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط من شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 247.

⁵ - نزيه حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، دار القلم، سوريا، 2007، ص 233.

⁶ - نزيه حماد، عقود الإذعان، مجلة العدل، العدد 24، السعودية، 2004، ص 57.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من عقد الإذعان: اعتبر المشرع الجزائري عقد الإذعان، عقدا كسائر العقود وذلك من خلال إدراجه في الفصل الثاني من القانون المدني تحت عنوان (العقد)، في القسم الثاني (شروط العقد)، وتنظيم أحكامه من خلال المادة (70 ق م ج) بنصها: « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها».

وتمهيد الطريق أمام القاضي لحماية الطرف المذعن من خلال المادة (110 ق م ج) بنصها: « إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة... » ، وحرصا على جدية الحماية القانونية فقد نص في الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أنه: «... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

وكذلك المادة (2/112 ق م ج) بنصها: «... غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن».

المطلب الثاني: تدخل القاضي لحماية الطرف المذعن

خروجا عن القواعد العامة التي تقضي بأن دور القاضي بالنسبة للعقود يقتصر على تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها، وذلك إعمالا لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، فإن المشرع الجزائري أقر للقاضي سلطة استثنائية في عقد الإذعان تتيح له، إما تعديل الشروط التعسفية الواردة في العقد، أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تفتضيه قواعد العدالة وذلك بموجب المادة (110 ق م ج).

ولم يحدد المشرع معايير يمكن للقاضي على ضوءها تكييف الشروط التعسفية، ومن ثمة فإن تحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا أمر متروك لسلطة القاضي التقديرية فهي إذا مسألة واقع لا رقابة للمحكمة العليا عليه وعليه سنتناول تباعا صور الممارسات التعسفية (فرع أول) ثم حالات تدخل القاضي في عقد الإذعان (فرع ثان).

الفرع الأول: صور الممارسات التعسفية

لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالشروط التعسفية، واكتفى فقط بالإشارة إلى معايير التعسف، وذلك من خلال المادة (124 مكرر ق م ج)¹، وكذا بعض النصوص الخاصة بحماية المستهلك كالقانون 03-09، ولاسيما القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ومن بين صور الممارسات التعسفية نذكر: أولا: وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة: وذلك من خلال فرض المحترف كطرف قوي هذه الالتزامات على المستهلك الضعيف، دون أن يلتزم بها هو، وهذا طبقا لنص المادة (5/3 من ق 02-04) بنصها أن الشرط

¹ - تنص المادة (124 مكرر من ق م ج) على أنه: «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الأحوال الآتية:

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.

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

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

التعسفي: « كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».¹

إضافة على ذلك فرض واجبات إضافية جديدة على المستهلك لم تكن موجودة في العقد، ولا يعلم بها المستهلك،² دون أن يكون لهذا الأخير أي تأثير على العقد.³

ثانيا: انفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد: بل وأكثر من ذلك تحديد آثار العقد، كأن يُضْمَن العقد شروط عدم المسؤولية، أو تحميل المشتري مصاريف النقل، وذلك دون موافقة المتعاقد المستهلك، وهوما أشارت إليه المادة 5/29 من القانون 02-04 المقابلة للفقرة M من الملحق الفرنسي وهو ملحق للقانون 95-96 المؤرخ في 01/02/1995.⁴

ثالثا: انعدام حق المستهلك في فسخ العقد: وفي ذلك خروج عن القاعدة العامة في التعاقد التي تقر حق أحد المتعاقدين في فسخ العقد في حالة عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته، المادة (119 ق م ج)⁵، ذلك أن البائع في عقد الإذعان قد يعتمد على منع الفسخ بشرط يدرجه في العقد، الأمر الذي يدفع بالقاضي إلى رفض مثل هذا الشرط باعتباره شرطا تعسفيا ينجم عنه عدم توازن في التزامات المتعاقدين.⁶

الفرع الثاني: حالات تدخل القاضي في عقد الإذعان

على غرار باقي التشريعات، أقرّ المشرع الجزائري حماية الطرف المدعّن الضعيف في عقود الإذعان، وذلك من خلال منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو الغائها، من خلال المادة (110 ق م ج)، وسنعالج ذلك من خلال التطرق إلى حالة تعديل القاضي للشروط التعسفية (أولا) ثم حالة إعفاء القاضي للطرف المدعّن من الشروط التعسفية (ثانيا) كما يلي:

أولا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية: إذا كشف القاضي وجود شرط تعسفي في عقد إذعان، فله أن يعدله بما يزيل أثر هذا التعسف أو إلغائه وإعفاء الطرف المدعّن منه.⁷

¹ القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد رقم 41، سنة 2004.

² - الشريف بجموي، المرجع السابق، ص 109.

³ - حولة خادم محمد، الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق المالي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، 2004، ص 387.

⁴ - "d'accorder au professionnel le droit de terminer si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulation du contrat ou de lui confière le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause de contrat".

⁵ - تنص المادة (119 ق م ج) على انه: "في العقود المأزومة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد او فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

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

⁶ - راضية العيطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 115.

⁷ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام- (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 234.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

إلا أن هناك من الشروط ما لا يمكن للقاضي إعفاء الطرف المدعن منها بسبب طبيعتها ذلك أن إلغائها قد يؤدي إلى هدم العقد برمته، كالأجرة في عقد الإيجار أو الثمن في عقد البيع، وإنما يمكن للقاضي متى رأى أن هذه الشروط تشكل تعسفاً أن يعدلها طبقاً لمتطلبات العدالة.¹

فقد يظهر الشرط التعسفي في صورة من صور الغبن المادي أو الاستغلال، وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتعديل الشرط التعسفي، إما بالانقاص في التزامات الطرف المدعن المغبون أو الزيادة في التزامات الطرف القوي الغابن لإزالة الغبن الوارد فيه.

والقاضي هنا يتقيد بالشرط و القيود القانونية للتعديل بسبب الغبن، إذ أن قيامه بالتعديل هنا لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال، وإنما يستند لأساس آخر وهو الطعن بتعسفية الشرط الوارد في العقد والمطالبة بتعديله طبقاً للقانون.²

وقد يتجسد الشرط التعسفي في صورة شرط جزائي (تعويض اتفاقي)، متى كان هذا الأخير متضمناً في عقد الإذعان بحيث يتدخل القاضي لتعديله بالتخفيض أو الزيادة بما يتناسب مع قيمة الضرر حسب الظروف،³ ومن أهم أهم التطبيقات أيضاً التي تعد مجالا خصبا لتدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية نذكر:

1- عقد البيع: بحيث يكون التعديل إما بالزيادة أو الإنقاص بالشكل الذي يجعل الالتزامات متوازنة ومثال ذلك في عقد التوريد بالمياه، فقد يتمثل الشرط في قطع التزود بالماء بعد يوم من أجل الوفاء فيجوز للقاضي تعديل الشرط بجعله أسبوعاً أو أسبوعين.

2- عقد العمل: وذلك من خلال التعديل بالشكل الذي يجعل فيه القاضي الالتزامات متوازنة، ومثال ذلك الغرامات التي تفرض على العامل كجزاء على أخطاء بسيطة، فيكون للقاضي أن يخفف هذه الغرامة وفقاً للعدالة.

3- عقد التأمين: من مطلق أن الموجب هو من ينفرد بوضع شروط العقد في عقد الإذعان، فإن تبعة الغموض ترجع له، لذلك فإن القضاء يفسر غموض الشرط في صالح الطرف المدعن، دون الاعتداد بالشرط الذي تضعه الإرادة الواحدة، ومثال ذلك اشتراط شركة التأمين، دفع الأقساط في محل الشركة، في حين تعتاد الشركة بتحصيلها في محل المؤمن له، الأمر الذي يعد بمثابة عدول عن الشرط مما يشكل تعسفاً في حق المؤمن له كطرف ضعيف.⁴

ثانياً: سلطة القاضي في إعفاء الطرف المدعن من الشروط التعسفية: كاستثناء على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، ومن منطلق السلطة الممنوحة للقاضي من قبل المشرع بموجب المادة (110 ق م ج).⁵

فإن القاضي يلجأ إلى استخدام سلطته في إعفاء الطرف المدعن من الشرط التعسفي، متى قدر أن هذا الشرط تعسفي، وأن تعديل هذا الأخير بالتخفيف من الالتزام المقابل ليس هو الوسيلة المجدية لإزالة مظهر التعسف

¹ - الشريفة بجماوي، المرجع السابق، ص 108-109.

² - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 165-166.

³ - محفوظ لعشبة بن حامد، عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 151.

⁴ - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د ط، دار النهضة العربية، لبنان، 1974، ص 136.

⁵ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 132.

الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه

الذي اتصف به هذا الشرط، ولن يتحقق العدل إلا بإزالته، وإعفاء الطرف المدعى منه،¹ وعليه فإن القاضي يعتبر هذا الشرط غير موجود اطلاقاً، وبالتالي إعفاء الطرف المدعى من التقيد به،² فمثلاً إذا تضمن عقد الربط بالكهرباء شرطاً تعسفياً بقطع التيار الكهربائي نهائياً، على الرغم من التزام الطرف المدعى بدفع الفاتورات دورياً، فإن للقاضي التدخل ورفع الشرط التعسفي الذي ليس هناك ما يبرره.³

¹ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 158.

² - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 41.

³ - الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص 109.

خلاصة الفصل الأول

يستخلص من خلال هذا الفصل أن دور القاضي في مرحلة تكوين العقد يتميز بطبيعة وقائية في حالة وجود خلل يشوب هذا العقد، مما يؤدي إلى اختلال التوازن المطلوب فيه، كأن يتضمن العقد غبنا أو استغلالا لأحد المتعاقدين أو يتضمن شرطا تعسفيا لا يتفق مع مقتضيات العقد التي توجب قيام هذا الأخير على أساس من العدالة والمساواة وعدم الإكراه وأن سلطة القاضي في هذا الصدد تعد من النظام العام، كل هذا في مرحلة تكوين العقد، فماذا عن دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه، هذا ما سنتناوله في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

تمهيد

لم يكتفِ المشرع الجزائري، بمنح القاضي سلطة تعديل العقد في مرحلة تكوينه فحسب بل مدد هذه السلطة إلى مرحلة التنفيذ، فبالإضافة إلى ما سبق ذكره بخصوص الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد في مرحلة التكوين بسبب الاستغلال والغبن والشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان، فإنه يمكن للقاضي مراجعة العقد وتعديله بسبب ظروف معينة في مرحلة تنفيذه.

فما يميز هذه الوضعية التي تعالج هي أيضا عدم تعادل التزامات المتعاقدين عن سابقتها، كونها تهتم بمرحلة تنفيذ العقد¹، وعليه فإننا سنعالج في هذا الفصل تباعا.

- سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة (مبحث أول).
- سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد من خلال تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة المسيرة والحكم بالغرامة التهديدية وتصفيته (مبحث ثان).

¹ - علي فيلاي، ط 2005، المرجع السابق، ص 297.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

المبحث الأول

سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة

من الممكن أن تتحقق المساواة عند إبرام العقد، لكنها قد تختفي في مرحلة تنفيذه عندما تحدث تغيرات اقتصادية بسبب حادث طارئ وغير متوقع،¹ مما يجعل تنفيذ الالتزام على النحو المتفق عليه مرهقا للمدين، يهدده بخسارة فادحة،² فأحكام المادة (106 ق م ج) التي تجسد قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، لا تمنع من ممارسة القاضي لسلطته في تعديل العقد ومراجعته حتى يكون مطابقا لمقتضيات العدالة العقدية،³ وهذا ما جسده المشرع الجزائري في نص المادة (03 /107 ق م ج) التي تقضي بأنه: «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» وعليه سنتناول في هذا المبحث ما يلي:

■ مفهوم نظرية الظروف الطارئة (مطلب أول).

■ دور القاضي في رد الالتزام المرهق (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

تمتد جذور نظرية الظروف الطارئة إلى النظم القانونية القديمة، بدءًا من القانون الروماني، الذي لم يعترف بتطبيق هذه النظرية في البداية لإنكاره لفكرة الغبن في العقود، ما دام هذا العقد قد استوفى الشروط والأوضاع الشكلية، إلا أنه وفي محاولة للخروج من عبء الشكلية التي كانت تحيط بالقانون الروماني، وبفضل الأفكار الفقهية الرومانية وانعكاساتها الايجابية على القانون الروماني اتسعت دائرة تطبيق هذه النظرية، من خلال الاعتراف بتعديل الالتزامات العقدية تبعا للظروف المستجدة.⁴

أما الفقه الإسلامي فقد أخذ بنظرية الظروف الطارئة، التي اعتبرها تطبيقا من تطبيقات نظرية الضرورة، فمثلا في عقد الإيجار، حيث تؤدي نظرية الظروف الطارئة إلى فسخ عقد الإيجار للعدر⁵، في محاولة لرفع الضرر عن أحد المتعاقدين، الناشئ عن تغير الظروف التي تم إبرام العقد فيها، وإعادة التوازن المالي للعقد نتيجة الأزمات الاقتصادية

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 389-390.

² - زينة صاغي و نسيمة مقري، المرجع السابق، ص 42.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 321.

⁴ - محمد أبو بكر عبد المقصود، نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة المنصورة، العدد 13، مصر، 2009، ص 3-4.

⁵ - خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

استنادا لقوله تعالى « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها...¹»، وكذا عموم قوله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار »، والقواعد الفقهية القائلة: « الضرر يُزال »، « الضرورات تبيح المحظورات... ».

في حين أن نظرية الظروف الطارئة في العصر الحديث فإن تأسيس قواعدها يعود لحكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير في قضية معروفة لشركة الغاز لمدينة بوردو الفرنسية الصادر سنة 1916،² رغم معارضة محكمة النقض الفرنسية لتطبيق المحاكم لنظرية الظروف الطارئة في مجال القانون الخاص، لتلقى هذه النظرية بعد ذلك تأييدا من قبل الفقه والقضاء في باقي دول العالم،³ ومن بينها الجزائر، وعليه سنتناول في هذا المطلب ما يلي:

■ تعريف نظرية الظروف الطارئة وموقف المشرع الجزائري منها (فرع أول).

■ شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة وموقف المشرع الجزائري منها

نتناول في هذا الفرع تعريف نظرية الظروف الطارئة (أولا)، ثم موقف المشرع الجزائري من هذه النظرية (ثانيا)

أولا: تعريف نظرية الظروف الطارئة: سنتناول التعريف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة، ثم التعريف القضائي لها كما يلي:

1- التعريف الفقهي: لقد ساق الفقه القانوني العديد من التعريفات بشأن نظرية الظروف الطارئة، فهناك من عرفها بأنها: « عبارة عن حوادث وظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير محتملة ».⁴

وهناك من عرفها بأنها: « عبارة عن ظروف عامة استثنائية اقتصادية كانت أو طبيعية وقعت أثناء تنفيذ العقد، ولا دخل لإرادة المتعاقد في حدوثها، ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، ولا يملك دفعها عند وقوعها، ويكون من شأن هذه الظروف أن تصيب المتعاقد بخسارة فادحة تجاوز الخسارة العادية التي يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ».⁵

2- التعريف القضائي: لقد استقرت أحكام القضاء الإداري والعادي على الأخذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد، فعرفت محكمة النقض المصرية نظرية الظروف الطارئة بأنها تقوم على: « كون الحادث استثنائي وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد ».⁶

¹ - الآية 286 من سورة البقرة، ص 49.

² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص، 252-254.

³ - محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص 07.

⁴ - زهرة بلقاسم، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013-2014، ص ص، 10 - 11.

⁵ - محمد أبو بكر المقصود، المرجع السابق، ص 18.

⁶ - المرجع نفسه، ص 16.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري: ساير المشرع الجزائري التدخل القضائي في العقود بسبب الظروف الطارئ، مقتديا في ذلك بأغلب التشريعات المعاصرة،¹ وذلك بإقراره إجازة تعديل الالتزامات التعاقدية من طرف القاضي، من خلال المادة (03/107 ق م ج)، التي تناولت شروط مراجعة التزامات المتعاقدين من جهة، وكيفية مراجعتها من جهة أخرى، فنصت على ما يلي: «...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».²

كما أن المشرع الجزائري جعل أحكام هذه النظرية من النظام العام، الذي يقوم على كفالة التوازن بين مصالح المتعاقدين المستمدة من العقد، إذا طرأت ظروف قد تخل بهذا التوازن³ وذلك بنصه في آخر المادة (107 ق م ج) على ما يلي: «... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

طبقا لنص المادة (03/107 ق م ج)، فإنه يتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وتولي القاضي دوره في إعادة التوازن المالي للعقد، أن تتوافر الشروط الآتية:

أولاً: ان يكون الحادث الطارئ استثنائيا عاما وغير متوقعا: يثير هذا الشرط ثلاث مسائل تتمثل في الآتي:

1- استثنائية الحادث الطارئ: يذكر الفقهاء بعض الحوادث الاستثنائية على سبيل المثال كالفيضان والوباء والزلازل والحرب، والحادث الاستثنائي هو حادث غير مألوف لكونه نادر الوقوع، فهو حادث لا يقع في ظروف عادية،⁴ والحادث الطارئ قد يكون عملا أو واقعة مادية أو تشريعا يؤدي إلى ارتفاع الأسعار، وعليه فإنه يخرج من مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة الحوادث الخاصة بشخص المدين كإفلاسه أو تعرضه لحريق أو مرضه، وذلك بالنظر للطابع الفردي لهذه الحوادث.⁵

ويرى بعض الفقهاء أن وصف الاستثنائية يلحق آثار الحادث وليس الحادث نفسه، فقد يكون الحادث مألوفاً إلا أنه يبلغ حدا من الجسامة مما يجعله مرهقا للمدين، فيأخذ وصف الحادث الطارئ والاستثنائي، الأمر الذي يجعل العبرة بآثار الحادث لا بالحادث نفسه.⁶

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 321.

² - علي فيلاي، ط 2005، المرجع السابق، ص 299.

³ - أحمد شوقي محمد عبد الحمان، المرجع السابق، ص 121.

⁴ - علي فيلاي، ط 2005، المرجع السابق، ص 300.

⁵ - احمد شوقي محمد عبد الحمان، المرجع السابق، ص 119.

⁶ - زينة صاغي و نسيمة مقري، المرجع السابق، ص 47.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

2- **عمومية الحوادث الطارئ:** بالرجوع إلى المادة (03/107 ق م ج)، نجد أنها تستوجب أن يكون الحادث عاما أي أن يكون شاملا يمس كافة الناس، أو على الأقل فئة منهم ولا يخص المدين فقط¹.

ومع ذلك يرى البعض من الفقه أنه لا مبرر لاشتراط صفة العمومية في الحادث الطارئ، خاصة وأنه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فحسب، طالما أن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو ضمان العدالة العقدية مقارنة بالقوة القاهرة التي تعتبر أشد خطورة من الحادث الطارئ، لأنها تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا مما يؤدي إلى انقضائه، ومع ذلك لا يشترط فيها العمومية بل قد تكون أمرا عاما أو حادثا فرديا خصوصا بالمدين².

3- **عدم توقع الحادث الطارئ:** ذلك أن الحادث الطارئ إذا كان متوقعا من قبل المتعاقدين أو أحدهما لأحتياط لذلك وقت إبرام العقد، مما يؤدي إلى دفعه، فلا يأخذ به لإعمال نظرية الظروف الطارئة³.

وعليه فإن توقع الحادث الطارئ هي مسألة نسبية تختلف من شخص إلى آخر، ويتفق الفقه أن المعيار الذي يمكن اعتماده لقياس توقع الحادث الطارئ من عدمه هو المعيار الموضوعي دون المعيار الشخصي⁴، ذلك أن قوام المعيار الموضوعي هو الرجل المعتاد، وليس معيارا ذاتيا قوامه وجهة نظر المتعاقدين الشخصية⁵، وهو ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها القاضي، أن السوق محل العقد بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة)، بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا⁶.

ثانيا: أن يكون العقد المطلوب تعديله متراخي التنفيذ: لكي يتحقق هذا الشرط يجب أن يكون العقد قد تم فعلا، ذلك أنه لا نكون بصدد نظرية الظروف الطارئة إذا لم يكن هناك عقد، وأن يقع الحادث أثناء تنفيذ العقد، واشتراط تأجيل التنفيذ يحقق المصلحة المقصودة من الأخذ بنظرية الظروف الطارئة حماية للمدين، وإصلاح ما يتعرض له من اختلال في التوازن العقدي بسبب الظروف الاستثنائية الطارئة⁷.

ومن هنا فإن النطاق الطبيعي لهذه النظرية هو العقود المستمرة (كعقد الإيجار)، والعقود الفورية المؤجلة (كعقد التوريد)، ولا تنطبق على العقود الاحتمالية⁸، لأنها تقوم على المخاطرة من جانب المتعاقدين، وتعرضهما لاحتمال الكسب الكبير أو الخسارة الفادحة، كما يشترط ألا يكون تراخي التنفيذ راجعا إلى خطأ المدين حتى لا يستفيد هذا الأخير من إهماله، ويتحمل تبعه خطئه⁹.

1 - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 394.

2 - علي فيلاي، ط 2005، المرجع السابق، ص 302.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 257.

4 - زهرة بلقاسم، المرجع السابق، ص 42.

5 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 300، 301.

6 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 212782، الصادر بتاريخ 2000/01/12، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001، ص 114.

7 - محمد صبري السعدي، الواضح في الشرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، (العقد والإرادة المنفردة)، ط 4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 305.

8 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 256.

9 - احمد شوقي احمد عبد الحمان، المرجع السابق، ص 118.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

ثالثا: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا: وهو ما يميز الظرف الطارئ عن القوة القاهرة، فالبرغم من اشتراكهما في عنصر المفاجأة إلا أنهما يختلفان كون القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، مما يؤدي إلى انقضائه المادة (127 ق م ج)، في حين الظرف الطارئ يجعل الالتزام مرهقا مما يستدعي رده إلى الحد المعقول.¹

ويعتبر التنفيذ مرهقا متى كان يهدد المدين بخسارة فادحة، ويجب أن يُحدد هذا الإرهاق بصورة موضوعية، فلا يُنظر إلى ظروف المدين الخاصة²، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها القاضي بنقض القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 10 نوفمبر 1996 القاضي بإلزام مؤسسة الترقية العقارية بتسليم السكن محل النزاع للمدعى (س.ع.ق)، مع إلزام هذا الأخير بأن يدفع للمدعى عليها مبلغ مالي في حدود نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن محل النزاع، المحدد باتفاقية البيع المؤرخة في 04 جوان 1990، " حيث أن قضاة الموضوع لما رأوا 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 (107/03 ق م ج)، إذا ما طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام وغير متوقع من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونوا قد أخطأوا في تطبيق المادة (107 من التقنين المدني).³

المطلب الثاني: سلطة القاضي في مواجهة الظروف الطارئة

لقد حول المشرع الجزائري للقاضي طبقا لنص المادة (03/107 ق م ج)،⁴ متى توافرت شروط تطبيق نظرية نظرية الظروف الطارئة، سلطة تعديل العقد، من خلال رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول،⁵ تبعا للظروف المحيطة بالقضية، بهدف تكريس التوازن المالي للعقد وتماشيا مع العدالة وحسن النية، بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين.⁶

غير أن المشرع لم يترك حرية القاضي مطلقة في هذا المجال، بل قيدها بضوابط قانونية يتوجب على القاضي احترامها عند إعماله لسلطته التقديرية، وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى ما يلي:

- معايير تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة (فرع أول).
- كيفية تعديل القاضي للعقد بسبب الظروف الطارئة (فرع ثان).

الفرع الأول: معايير تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

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

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 257-258.

² - إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 133.

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

⁴ - زمام جمعة، المرجع السابق، ص 400.

⁵ - عبد المحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية، ج 1، د ط، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص 164.

⁶ - محمد صبري السعدي، ط 2004، المرجع السابق، ص 325.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

أولاً: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية: تنص المادة (107/ 03 ق م ج)، على أنه: «... جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...».

يتضح من نص المادة أنه إذا كانت عبارة "رد الالتزام إلى الحد المعقول" تشكل ضابطاً من ضوابط سلطة القاضي في تعديله للعقد، إلا أنها لا تشكل قيداً على تدخله في هذا الشأن،¹ ذلك أن عبارة "تبعاً للظروف" الواردة في نفس المادة تفتح للقاضي مجالاً واسعاً في أداء مهمته في تعديل العقد مختل التوازن اقتصادياً بسبب الظروف الطارئ. فعلى القاضي ألا يُهمل أي ظرف من الظروف المحيطة بالقضية محل النظر، فقد يقدر القاضي أن الظروف مؤقتة وسرعان ما ينتهي، وقد يتبين له عكس ذلك، مما يمكنه من اختيار الحل الأنسب.²

ومثال ذلك تعهد مقاول بإقامة مبنى، ثم ترتفع أسعار بعض مواد البناء كحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً، ولكن هذا الارتفاع يوشك أن يزول لتزامن ذلك مع فتح مجال الاستيراد، فيوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المحدد، لتجنيبه الإرهاق في التزامه إذا لم يكن في هذا الوقف ضرراً جسيماً للدائن صاحب المبنى.³

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها القاضي بنقض القرار الصادر عن مجلس قضاء المسيلة الصادر بتاريخ : 2002/02/02، القاضي بأن الالتزام التعاقدية أصبح مستحيل التنفيذ طبقاً لمقتضيات المادة (107/ 03 ق م ج)، في حين أن تنفيذ التزام المؤسسة المنحلة ومن حل محلها لم يصبح مستحيلاً، بل قد يصبح مرهقاً للمدين.⁴

ثانياً: موازنة القاضي بين مصلحة الطرفين: حرص المشرع الجزائري على أن يتم التعديل بالموازنة بين مصلحة الطرفين وذلك في المادة (107/ 03 ق م ج)، بنصها: «... وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين...»، فالقاضي هنا يوازن بين مصلحة المدين التي تقتضي الأخذ بيده نتيجة الأضرار التي لحقت به، جراء الظروف التي طرأت على العقد والتي ستؤدي به إلى خسارة فادحة، ومصلحة الدائن بحقه في تنفيذ المدين لالتزامه في الموعد المتفق عليه،⁵ وذلك من أجل إعادة التوازن المالي للعقد واستمرار هذا الأخير الذي نشأ على مصالح متوازنة بين طرفيه، إلا أنه اختل بسبب ظروف طارئة، فأصبح طرفاً للعقد ما بين كاسب وخاسر، ومعيار سلطة القاضي التقديرية في الموازنة بين مصلحة الطرفين تقتصر على حاضر العقد، دون النظر إلى الماضي أو التطلع للمستقبل.⁶

¹ - حميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996، ص 60-61.

² - زهرة بلقاسم، المرجع السابق، ص 72.

³ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 528.

⁴ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 324024، الصادر بتاريخ 2007/02/21، المجلة القضائية، العدد الأول، 2007، ص 217.

⁵ - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 432.

⁶ - محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الثاني، السنة الثانية، جدة، السعودية، ص 146.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

وعليه فإن تحقيق الموازنة بين مصلحة الطرفين لا يعني رفع كل خسارة عن المدين ليتحمل الدائن عبء هذه الخسارة بكاملها لوحده، وإنما أن يتحمل كل منهما نصيباً من الخسارة التي يتعرض لها المدين، وللقاضي سلطة تقدير الوسيلة المناسبة لتحقيق ذلك.¹

ثالثاً: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول: للقاضي سلطة واسعة في تقدير الحد الذي يجب أن يصل إليه الالتزام المرهق للمدين من خلال البحث في القضية وموازنة مصلحة طرفي العقد، وهذا ما نصت عليه المادة (107/ 03 ق م ج) دائماً، بنصها: «...رد الالتزام إلى الحد المعقول...».²

فالمقصود برد الالتزام إلى الحد المعقول، هو إشراك طرفي العقد معاً (الدائن والمدين) في الخسارة الناجمة عن الظروف الطارئة، وغير المتوقعة، فلا يتحملها الطرف المدين وحده تجنباً لفسخ العقد الذي لم ينص عليه القانون المدني الجزائري، ويختلف الأمر في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول من قضية إلى أخرى بحسب ظروفها وملابساتها.³

الفرع الثاني: كيفية تعديل القاضي للعقد بسبب الظروف الطارئة

على اعتبار أن نظرية الظروف الطارئة، لا ترد إلا على العقود متراخية التنفيذ، الملزمة للجانبين، فإنه إذا اختل التوازن بين الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين، يمكن للقاضي إعادة التوازن المالي للعقد، إما بإنقاص الالتزام المرهق، أو بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وقد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ إذا كان مؤقتاً. وعليه نستناول في هذا الفرع تباعاً، التعديل بإنقاص الالتزام المرهق (أولاً)، ثم التعديل بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق (ثانياً)، بعد ذلك نتناول التعديل بوقف تنفيذ العقد (ثالثاً).

أولاً: التعديل بإنقاص الالتزام المرهق: يعتبر إنقاص مقدار الالتزام المرهق الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين،⁴ فقد يلجأ القاضي إلى أسلوب الإنقاص، لرفع الإرهاق وإعادة التوازن المالي للعقد إلى الحد المعقول.⁵ إما من ناحية الكم بإنقاص مقدار ما يقدمه المدين، أو من ناحية الكيف بأن يقدم المدين للدائن نفس الكمية المتفق عليها، ولكن من صنف أقل جودة.⁶

ومن أمثلة إنقاص الالتزام المرهق من ناحية الكم، أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من الزبدة لأحد مصانع الحلويات ثم تقع ظروف طارئة منعت من استيراد الزبدة، مما يؤدي إلى نقص الكميات الموجودة في السوق لحد

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 120.

² - حميد بن شنتي، المرجع السابق، ص 61.

³ - زينة صاغي و نسيمه مقري، المرجع السابق، ص 53.

⁴ - على فيلاي، ط 2005، المرجع السابق، ص 304.

⁵ - عمار محسن كزار الزرقي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المحتل في العقد، جامعة الكوفة العراق، كلية القانون، 2015، ص 18.

⁶ - هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2012، ص 62.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

كبير، الأمر الذي يحول دون إمكانية توفير الكمية المتفق عليها، فيجوز في هذه الحالة للقاضي أن ينقص من كمية الزبدة المتفق عليها إلى الحد الذي يستطيع التاجر القيام بتوريده، ويسري على العقد ما جاء في الحكم من تعديل.¹ أما من أمثلة إنقاص الالتزام المرهق من ناحية الكيف، أن يتعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلع معينة، ومن صنف متفق عليه، إلا أن الحصول على هذا الصنف بالذات أصبح فيما بعد مرهقا للمدين بسبب ظروف طارئة أدت إلى ارتفاع سعرها ارتفاعا باهظا، في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يسمح للمدين بأن يفني بنفس الكمية المتفق عليها من هذه السلعة ولكن من صنف أقل جودة لا يؤدي إلى إرهاب المدين.²

ثانيا: **التعديل بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق**: قد يزيد القاضي من الالتزام المقابل للالتزام المرهق، بما يخفف من الخسارة التي يتعرض لها المدين،³ فيبقي ما يعد زيادة مألوفة في عبء الالتزام على المدين،⁴ بحيث يتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام،⁵ إلا أن الدائن غير مجبر بالقبول، لاسيما إذا قضى التعديل بزيادة التزاماته، فله أن يقبل التعديل، أو أن يطلب الفسخ دون التعويض.⁶

لكن بالرجوع إلى المادة (03 /107 ق م ج)، نجدتها تقيد القاضي بالنظر في الالتزام المرهق، أي التزام المدين، كما نجد المشرع قد استعمل في النص الفرنسي عبارة "réduire" والتي تفيد الإنقاص أو التخفيض، لا الزيادة في الالتزام المقابل، مما يبين أن نية المشرع انصرفت إلى إنقاص الالتزام فقط، ولو أراد الزيادة لعبر عن ذلك صراحة، كما هو الشأن في المادة (02 /561 ق م ج) بنصها: «...إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقابلة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد».⁷

مما يدل على أن المشرع الجزائري أخذ بوسيلة الزيادة في الالتزام المقابل كحل استثنائي.⁸

ثالثا: **التعديل بوقف الالتزام**: إضافة إلى سلطة القاضي في تعديل العقد بالإنقاص في الالتزام المرهق، أو بالزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق، فإنه قد يرى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان مؤقتا، من أجل وفاء المدين بالتزامه دون إرهاب، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق الدائن،⁹ وفي هذا الصدد نصت المادة

¹ - زهرة بلقاسم، المرجع السابق، ص 78.

² - هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص 63.

³ - احمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 121.

⁴ - هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص 63.

⁵ - سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المجلد الأول، ط 4، مطبعة السلام، مصر، 1987، ص 532-533.

⁶ - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 260-262.

⁷ - علي فيلاي، ط 2004، المرجع السابق، ص 305-306.

⁸ - زينة صاغي ونسيمة مقري، المرجع السابق، ص 54.

⁹ - محمد صبري السعدي، ط 2004، المرجع السابق، ص 326.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

(281/02 ق م ج) على انه: « غير انه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجلا ملائمة للظروف، دون أن تتجاوز المدة سنة، أو أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها»، فحكم القاضي بوقف تنفيذ العقد لا يمس في الواقع مضمون هذا العقد، لأن الالتزامات القديمة تظل محتفظة بقيمتها ومقاديرها كما كانت لحظة إبرام العقد، ذلك أنه بمجرد انتهاء أثر الظروف الطارئة تعود إلى العقد قوته الملزمة ويتم تنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه،¹ وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها القاضي بتأييد الحكم المتعلق بمنح المطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها استنادا لظروف أمنية استثنائية سائدة في المنطقة،² ومثال ذلك تعهد تعهد مقاول بإقامة بعض المباني، ثم طرأ حادث استثنائي أدى إلى ارتفاع فاحش في أسعار مواد البناء ليجعل تنفيذ الالتزام في ظل هذا الحادث الاستثنائي مرهقا للمقاول بحيث يهدده بخسارة فادحة.

فإذا تبين للقاضي أن هذا الارتفاع في الأسعار سيزول في وقت قريب، وذلك لقرب فتح باب الاستيراد، ففي هذه الحالة يقوم القاضي بوقف التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه حتى ينفذ التزامه دون إرهاب شديد، ولا يؤدي هذا الوقف إلى إلحاق ضرر جسيم بصاحب العمل.³

وتجدر الإشارة أنه انطلاقا من اقتصار سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول على تعديل العقد فحسب مما يعني الإبقاء على الالتزام، فلا يجوز للقاضي فسخ العقد ذلك أن الحادث الطارئ يختلف عن القوة القاهرة التي يستحيل معها تنفيذ الالتزام، بل يترتب عليها انقضاء العقد وانفساخه.

كما يتضح أن المشرع الجزائري اعتبر أحكام نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، وذلك من خلال عدم السماح بالاتفاق على مخالفتها وذلك من خلال نصه في آخر المادة (107 ق م ج) على ما يلي: «...ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»⁴.

¹ - هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص 65.

² - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 212782، الصادرة بتاريخ 2000/01/12، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001، ص 114.

³ - زهرة بلقاسم، المرجع السابق، ص ص، 82-83.

⁴ - محمد صبري السعدي، ط 2004، المرجع السابق ص 326.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزئي ومنح نظرة الميسرة والحكم بالغرامة التهديدية

وتصفيتها

إذا كان الأصل في تقدير التعويض يعود إلى القضاء باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في ذلك، انطلاقاً من تقدير الضرر أو الخسارة التي تلحق الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه.¹ فإن المشرع أجاز للأطراف المتعاقدة التحكم في آثار المسؤولية العقدية، ومن هذه الآثار الاتفاق على تقدير قيمة التعويض المستحق (الشرط الجزئي)، بصفة مسبقة وقبل وقوع الضرر، وفي ذلك إعمالاً لمبدأ "سلطان الإرادة" في شقه الموضوعي المتمثل في "العقد شريعة المتعاقدين"، فلم يعد يخلو عقد ذو أهمية في هذا العصر من شرط جزائي يتحمله المخل بالتزامه، وذلك بالنظر لأهمية هذا الشرط.² غير أن المشرع لم يترك حرية الإرادة مطلقة في هذا المجال، بل قيدها بقيود صارم والمتمثل في الرقابة القضائية على الشرط الجزائي، وهذا على غرار أغلب التشريعات التي وضعت نظاماً متكاملًا للشرط الجزائي من خلال تبيان أحكامه ومدى سلطة القاضي في تعديله.

وإعمالاً لقاعدة "العدل فوق العقد" التي لا تطبق من قانون العقد إلا ما يتلاءم مع العدالة، فقد وضع المشرع الجزائي لتحقيق نفس الأهداف - كما في الشرط الجزائي - نظاماً للإعسار بطريقة تخدم مصالح المدين والدائنين، فلم يُتَّبَع حكم الإعسار بحلول الديون المؤجلة كما منح للقاضي سلطة في هذا المجال فله أن يبقي على الأجل أو يمد فيه بل وللقاضي أن يُنظَر المدين إلى ميسرة بالنسبة للديون مستحقة الأداء.³ كما نظم المشرع بعض الوسائل لحمل المدين على تنفيذ التزامه عيناً، متى امتنع عن تنفيذه مختاراً، ويتعلق الأمر بالغرامة التهديدية، حيث منح للقاضي سلطة الحكم بها وتصفيتها⁴ ومن هذا المنطلق سنعالج في هذا المبحث تباعاً:

- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (مطلب أول).
- ثم سلطة القاضي في منح المدين نظرة الميسرة (مطلب ثان).
- ثم نتبع ذلك بسلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية وتصفيتها (مطلب ثالث).

¹ - عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 139.

² - مندر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ج2، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998م، ص72.

³ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ط 1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006م، ص 195.

⁴ - المرجع نفسه، ص 39.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

الأصل أنه متى تحققت شروط استحقاق الشرط الجزائي من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر وإعذار المدين، تعين على القاضي الحكم للمضور بالبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان. لكن المشرع الجزائري أجاز للقاضي في حالات معينة وبصفة استثنائية تعديل الشرط الجزائي، سواء بالزيادة أو بالإنقاص بما يكفل إعادة التوازن المالي للعقد، على إثر ما سبق سنتناول في هذا المطلب، مفهوم الشرط الجزائي (فرع أول) ثم دور القاضي في تعديل الشرط الجزائي (فرع ثاني).

الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي.

لتحديد مفهوم واضح للتعويض الاتفاقي، فإنه يتعين الوقوف على تعريف له (أولاً)، ثم تبيان أهميته ومجال تطبيقه (ثانياً)، وذكر خصائصه (ثالثاً).

أولاً: تعريف الشرط الجزائي: نتعرض للتعريف التشريعي للشرط الجزائي، ثم التعريف الفقهي تباعاً كما يلي:

1- التعريف التشريعي: لم يقدم المشرع الجزائري تعريفاً للشرط الجزائي، تاركاً ذلك للفقهاء القانونيين، واكتفى بتأكيد مشروعيته في المادة (183 ق م ج)¹، وتنظيم أحكامه في المواد (184، 185، 186، 187، ق م ج) مسائراً في ذلك معظم التشريعات مثل التشريع المصري.²

إلا أن ذلك لم يمنع المشرع الفرنسي من التعرض للشرط الجزائي بالتعريف، وذلك في المادتين (1226 و1229 ق م ف)، حيث تنص المادة (1226) على أن: «الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضماناً لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ»³، أما المادة (1229) القانون المدني الفرنسي، فقد عرفت الشرط الجزائي بأنه: «تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي ولا يمكنه أن يطالب في نفس الوقت بالأصل والجزاء ما لم يكن الشرط مقرراً لمجرد التأخير»⁴.

¹ - تنص المادة 183 ق م ج على أنه- «يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض، بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181».

² - بوبكر قارس، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014، ص 10.

¹ - l' article 1226c. c. f dispose que- «La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l' execution d' une convention; s' engage à quelque chose en cas d' in execution. »

⁴ - l' article 1229c.c.f dispose que- «La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l' obligation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu' elle n' ait été stipulée pour le simple retard.»

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

2- **التعريف الفقهي:** رغم تعدد التعاريف الفقهية للشرط الجزائي إلا أنها لم تخلو من الانتقاد كونها لا تعطيتركييا وظيفيا يؤدي إلى تعداد وظائف التعويض الاتفاقي، بدلا من التعبير عن جوهر وطبيعة النظام القانوني،¹ وعليه يمكن تعريف الشرط الجزائي على النحو التالي: «هو اتفاق تبعي قد يرد في ذات العقد، أو في عقد لاحق يلتزم بمقتضاه المدين بدفع مبلغ من المال او القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، في حالة إخلاله بالتزام ترتب في ذمته، سواء ظهر هذا الإخلال في شكل عدم تنفيذ كلي عدم تنفيذ جزئي، أو تأخر في التنفيذ أو تنفيذا معيبا».²

فيتضح من خلال تعريف الشرط الجزائي أن هذا الأخير يعتبر تجسيدا حقيقيا لمبدأ سلطان الإرادة وذلك للاعتبارات التالية:

- أن اتفاق الأطراف على الشرط الجزائي يعد اتفاقا على أمر يعتبر من اختصاص القضاء كقاعدة عامة؛
- أن الاتفاق على الشرط الجزائي يترجم احترام إرادة الأطراف من خلال إمكانية إدراجه في العقد، أو في اتفاق لاحق.
- حرية الإرادة في الاتفاق على شيء ليكون محلا للشرط الجزائي كالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل وإن كان في الغالب يرد في شكل مبلغ نقدي.³

ثانيا: أهمية الشرط الجزائي ومجال تطبيقه

سنتناول أهمية الشرط الجزائي، ثم مجال تطبيقه كما يلي:

1- **أهمية الشرط الجزائي:** يكتسي الشرط الجزائي أهمية بالغة بالنظر لما يحققه للمتعاقدين من مزايا ومصالح كثيرة، وحماية التوازن الاقتصادي للعقد، وتكمن هذه الأهمية في الآتي:

- أ- **التعويض الاتفاقي يزيد في قوة العقد الملزمة ويضمن تنفيذ الالتزام:** وذلك من خلال علم المتعاقدين مسبقا أن أي إخلال للعقد من قبل أحدهما يجعل المتعاقد الآخر مستحقا للتعويض الاتفاقي الذي يكون في الغالب أكبر من قيمة الضرر الحاصل فعلا، الأمر الذي يدفع المدين إلى تنفيذ التزامه على الوجه المطلوب والحسن.⁴
- ب- **تجنيب المتعاقدين الإجراءات الطويلة والمعقدة:** يتجلى ذلك بالنظر للمراحل المختلفة التي تمر بها الخصومة القضائية في حالة عدم النص على الشرط الجزائي إذا أحل أحد المتعاقدين بالتزامه، بدءا من رفع الدعوى، إلى غاية

¹ - حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، د ط ، دار الفكر الجامعي، مصر، 2013، ص 26.

² - بوبكر قارس، المرجع السابق، ص 13-14.

³ - بوبكر قارس، المرجع نفسه، ص 15.

⁴ - طارق محمد أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2007، ص 14.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

صدور الحكم فيها، وإشكالات تنفيذه التي تنتهي في بعض الحالات إلى عدم تنفيذ ذلك الحكم ناهيك عن المصاريف القضائية التي لا تكون غالبا في متناول الجميع.¹

2- مجال تطبيق الشرط الجزائي: يعرف الشرط الجزائي تطبيقات عملية كثيرة، فنجده بصورة أوضح وأكثر في المسؤولية العقدية، كما في عقد المقاولة بحيث يلتزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل فترة زمنية يتأخر فيها عن تسليم الأعمال المتفق عليها.²

كما نجد في عقود المناقصات، وفي عقود الإيجار، حين يضع المالك على المستأجر شرطا جزائيا إذا تأخر في تسليم العين المؤجرة له، أو في عقود النقل كتحديد المبلغ الذي يدفعه الناقل في حالة فقدان البضاعة أو تلفها.³ وقد يرد الشرط الجزائي في ميدان المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الفعل الضار، كأن يتفق صاحب المصنع على مقدار التعويض الذي يقدمه لكل متضرر من الدخان أو الضجيج.⁴

كما أجاز الفقه الإسلامي فكرة الشرط الجزائي، فالمالكية وإن لم يستخدموا هذا المصطلح إلا أنهم عرفوه وحرّموا الشرط الجزائي الذي يفرض على الرّبا، بأن يكون محل الالتزام مبلغا نقديا والالتزام المدّين بأن يدفع للدائن تعويضا عن التأخر في الوفاء وأجاز الحنابلة والأحناف الشرط الجزائي في المعاملات المالية، كما حرّمه غيرهم.⁵

ثالثا: خصائص الشرط الجزائي

يتمتع الشرط الجزائي بعدة خصائص تتمثل أساسا في خاصية الاتفاقية، وخاصية التبعية والجزائية والاحتياطية.

1- الشرط الجزائي اتفاق على تقدير التعويض: فالتعويض الاتفاقي هو مجرد اتفاق بين المتعاقدين، يتم قبل إخلال المدّين بالتزامه، سواء كان هذا الإخلال عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه،⁶ ذلك أنه إذا كان الاتفاق على الشرط الجزائي لا حقا لهذا الإخلال فإنه يعتبر صلحا لا تعويضا اتفاقيا.⁷

ويشترط في التعويض الاتفاقي من منطلق كونه مصدره اتفاق المتعاقدين توافر الأحكام العامة الواجب توافرها في أي عقد حتى ينشأ صحيحا من رضا ومحل وسبب.

كما أن الاتفاق على الشرط الجزائي يتم النص عليه في عقد الالتزام الأصلي، غير أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون ذلك في اتفاق لاحق للعقد الأصلي،¹ وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (183 ق م ج).²

¹ - بوبكر قارس، المرجع السابق، ص 15.

² - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 74.

³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 72.

⁴ - عبد الحفيظ بقّة، محاضرات في أحكام الالتزام، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، 2012-2013 ص 26.

⁵ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 74.

⁶ - Sébastien PIMONT, Clause pénale, conférence à l' université de Savoie, centre de droit privé et public des obligations et de la consommation, 2012, P 7.

⁷ - أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 175.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

2- الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي: فالشرط الجزائي لا يقصد لذاته، ولا يستقل بوجوده، وإنما يقع بمناسبة إنشاء عقد بمعنى أنه يتبع التزام أصلي آخر.³

ومن ثمة فإن جميع أوصاف الالتزام الأصلي من شرط وأجل وتضامن، وما شابه ذلك تلحق بالتعويض الاتفاقي، وبالتالي يصبح التعويض الاتفاقي موصوفا بوصف الالتزام الأصلي.⁴ فإذا لم ينشأ العقد الأصلي أو لحقه البطلان انعدم موضوع التعويض الاتفاقي وزوال مفعوله القانوني،⁵ أما إذا كان الالتزام الأصلي صحيحًا والشرط الجزائي غير مشروع، فإن الالتزام الأصلي يبقى صحيحًا، ويبطل الشرط وهذا ما يسمى بالبطلان الجزئي، ما لم يكن هذا الشرط الجزائي هو الباعث على التعاقد، حينها يبطل الالتزام الأصلي، وما يتبعه من تعويض اتفاقي.⁶

3- الشرط الجزائي تقدير جزائي للتعويض: ويتجسد ذلك في المبلغ الذي يتم تحديده جزائيا مسبقا بين المتعاقدين،⁷ إذ ليس هناك من هو أفضل من طرفي العقد في تقدير الضرر المتوقع، ومقدار التعويض الذي يقابله عند الاخلال بالعقد.

فالأصل أنه لا سلطان للقاضي على ما اتفق عليه المتعاقدان بإرادتهما، طالما أن الغرض من إبراد الشرط الجزائي في العقود هو منع نشوب النزاع بين الطرفين حول وقوع الضرر وعدم وقوعه، أو مقداره.⁸

4- الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام احتياطي: لا يتم اللجوء إلى الشرط الجزائي إلا عند عدم تنفيذ الالتزام عينيا، لأن هذا الأخير هو الأصل⁹، ذلك أن الشرط الجزائي في حقيقته مجرد تعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه.¹⁰ فلا يكون للدائن الاختيار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي مادام تنفيذ الالتزام الأصلي ممكنا، لأن الشرط في هذه الحالة لا يعتبر التزاما تخييريا، كما لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن تنفيذ الشرط الجزائي كبديل للالتزام الأصلي.¹¹

1 - بلال صدام رضا، "التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) وسلطة القاضي في تعديله في القانون المدني السوري والقانون المقارن"، مجلة المحامون، العدد 6، سوريا، 2003، ص 256.

2 - تنص المادة (183 ق م ج) على أنه: «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لا حق، وتطبق في هذه الحالة احكام المواد 176 إلى 181».

3 - رمضان أبو سعود، احكام الالتزام، د ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998م، ص 104، 105.

4 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 77.

5 - طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 19.

6 - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 78.

7 - زينة صاغي ونسيمة مقري، المرجع السابق، ص 61.

8 - حميد بن شنيقي، المرجع السابق، ص 71.

9 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 78.

10 - نجوى أبو هبة، التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، تاريخ النشر 2013/08/13، تاريخ الاطلاع 2018/03/09 - <http://www.lawjo.net>

11 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 78.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

رابعا: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي: اختلف الفقه القانوني في تحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، فهناك من يرى أنه ذو طبيعة تعويضية، ذلك أن الشرط الجزائي يُستحق بمجرد الاختلال ولو لم يقع الضرر، إعمالاً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، ومن ثمة حسب هذا الرأي أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديله ليساوي الضرر. وهناك من يرى أنه عقوبة خاصة، ذلك أن هذه الأخيرة تستند إلى الإرادة الحرة للأطراف، وعلى هذا الأساس حسبهم فإن سلطة القاضي في تعديل هذا الشرط تكون بنسبة أقل إذ لا يلزم تساوي قيمة الشرط الجزائي مع الضرر الحاصل.¹

إلا أن هناك رأي فقهي ثالث حاول التوفيق بين النظريتين السابقتين فأعتبر الشرط الجزائي ذو طبيعة مركبة بين التعويض والعقوبة، أي "عقوبة تعويضية"، وذلك من خلال السماح للقاضي بتعديله في حالات معينة، إلا أنه لم يرفع عنه صفة العقوبة من خلال تحصين الشرط الجزائي من التعديل القضائي في حالات أخرى،² كما في حالة تخفيضه التي لا تتم إلا إذا أثبت المدعي أن تقدير التعويض كان مفرطاً، أو إذا أثبت المدعي أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، المادة (184 ق م ج).

خامسا: شروط استحقاق الشرط الجزائي: إن السبب في استحقاق التعويض ليس هو الشرط الجزائي، بل هو عدم قيام المدعي بتنفيذ التزامه أو التأخر فيه، فيتعين لإعمال الشرط الجزائي توافر شروط استحقاق التعويض بصفة عامة، وهي الخطأ والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، والإعذار،³ وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة (182 ق م ج).⁴

1- الخطأ: هو خطأ عقدي من جانب المدعي، يتمثل في عدم تنفيذه لالتزامه، أو التأخر فيه، ويقع على الدائن إثبات هذا الخطأ،⁵ هذا الأخير الذي يعتبر أساس الشرط الجزائي.⁶

¹ - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الملك سعود، السعودية، 1425-1426هـ، ص 25.

² - عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983م، ص 75.

³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 78.

⁴ - نصت المادة (182 ق م ج) على ما يلي - «إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أن إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلزم المدعي الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت العقد».

⁵ - نجوى أبو هيب، المرجع السابق.

⁶ - ALI BENCHENEB; le droit AL gérien des contiats; données fondamentales, nouvelle imprimerie , la ballery, France, 2011, P19.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

فإذا كان المدين ملتزما بتحقيق نتيجة، فيكفي لإثبات الخطأ أن يقيم الدائن الدليل على عدم تحقيق هذه النتيجة، فيفترض الخطأ من جانب المدين، ويكون على هذا الأخير إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي.¹

فالخطأ كركن من أركان قيام المسؤولية المدنية يؤثر في حجم التعويض، فإذا كان الخطأ مشتركاً بين طرفي العقد، وجب توزيع المسؤولية بنسبة خطأ كل منهما، ويؤثر على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن.²

2- الضرر: فلا يستحق الشرط الجزائي إذا انتفى الضرر، أو إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ليتخلص من الشرط الجزائي³، وهو ما أكدته المشرع الجزائري في نص المادة (184 ق م ج)⁴، فإذا كانت القواعد العامة

تقضي بوجوب إثبات الدائن للضرر، فإن في حالة الشرط الجزائي ينتقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين.⁵

3- علاقة السببية بين الخطأ والضرر: قد يتوافر الخطأ والضرر، ومع ذلك لا تقوم المسؤولية العقدية ومن ثمة لا يستحق الشرط الجزائي،⁶ بل لا بد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في الضرر، وهو ما يعرف بعلاقة السببية بين الخطأ والضرر،⁷ فإذا انتفت هذه الرابطة كأن يثبت المدين أن الضرر لم يكن بسببه، بل بسبب أجنبي، أو أنه كان غير مباشر أو غير متوقع في المسؤولية العقدية، فلا مجال لإعمال الشرط الجزائي لانتهاء مسؤولية المدين، ولا يكون التعويض مستحقاً،⁸ ومثال ذلك إعفاء المقاول من الغرامات التأخيرية، إذا كان التأخير بسبب أجنبي كسقوط الأمطار الغزيرة التي منعت من تسليم المشروع في الآجال المتفق عليها.

وعليه فإن القوة القاهرة كالأمطار الغزيرة والأعاصير وخطأ الغير وخطأ الدائن من الأسباب الأجنبية التي تقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر.⁹

4- الإعدار: لاستحقاق قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه، ألزم القانون الدائن بضرورة اتخاذ إجراء معين، يتمثل في إعداره للمدين من أجل مطالبته بالتنفيذ العيني للالتزام الأصلي، باعتبار الإعدار ركناً من أركان المسؤولية العقدية إضافة إلى الخطأ والضرر والعلاقة السببية.¹⁰

1 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 79.

2 - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 75.

3 - المرجع نفسه، ص 76.

4 - تنص المادة (184 ق م ج) على أنه: «لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر...».

5 - سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 25.

6 - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار النوادر، سوريا، 2012، ص 336.

7 - زينة صاغي ونسيمة مقري، المرجع السابق، ص 63.

8 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 80-81.

9 - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 77.

10 - بوبكر قارس، المرجع السابق، ص 58.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

ويقصد بالإعذار وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه، لأنه مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي لجعل المدين في هذا الوضع القانوني،¹ والإعذار في القانون المدني الجزائري شرط لا غنى عنه لاستحقاق التعويض، وهو ما تقضي به المادة (179 ق م ج)،² وبينت المادة (180 ق م ج) كيفية الإعذار، فذكرت عدة وسائل على سبيل المثال لا الحصر والمتمثلة في الإنذار، أو ما يقوم مقامه، إضافة إلى البريد على الوجه المبين في القانون. إلا أن المشرع الجزائري لم يجعل الإعذار من النظام العام حينما أعفى الدائن منه في حالات معينة، وإجازته في المادة (180 ق م ج)،³ للأطراف الاتفاق على أن يعتبر المدين معذراً بمجرد حلول الأجل ونصه على حالات أخرى في المادة (181 ق م ج)، يعفى بموجبها الدائن من إعذار مدينه وهذه الحالات هي كالاتي:⁴

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو إذا صار غير مجدي بفعل المدين؛
- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل غير مشروع؛
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد تنفيذ التزامه؛
- إذا كان محل الالتزام ردّ شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

الفرع الثاني: دور القاضي في تعديل الشرط الجزائي

الأصل أن يحكم القاضي بالشرط الجزائي المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، احتراماً لإرادة طرفي العقد، متى أصاب الدائن ضرراً نتيجة إخلال المدين بالتزامه،⁵ لكن استثناءً على هذا الأصل العام منح المشرع القاضي سلطة خاصة ذات نطاق واسع يمكنه بمقتضاها مراقبة الشرط الجزائي، وذلك من خلال إمكانية تعديل القاضي للشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة،⁶ إلا أن تدخل القاضي وسلطته في تعديل قيمة الشرط الجزائي ليست مطلقة، بل هي مقيدة في الحالات التي نص عليها المشرع من جهة ومن جهة أخرى لا يستطيع القاضي التدخل من تلقاء نفسه بإجراء التعديل لإعادة التوازن المالي للعقد وتحقيق العدالة التعاقدية، وإنما يشترط طلب أحد طرفي العقد ذلك وإثبات ما اشترطه المشرع لإجراء ذلك التعديل،⁷ وهوما نص عليه المشرع الجزائري في المواد (184 و 185 ق م ج)، والتي تقابلها في القانون المدني المصري المواد (224 و 225)، وعليه سنتناول سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي (أولاً)، ثم سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي (ثانياً).

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات - آثار الالتزام)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1968، ص 830 .

² - تنص المادة 179 ق م ج على أنه: «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم يوجد نص مخالف لذلك».

³ - تنص المادة 180 ق م ج على أنه: «يمكن إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى أي إجراء آخر».

⁴ - تنص المادة 181 ق م ج على أنه: «لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية...».

⁵ - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 251.

⁶ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 82.

⁷ - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 251.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

أولاً: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي: يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما:

1- إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة: فالشرط الجزائي في هذه الحالة يقوم بدور الغرامة التهديدية بحمل المدين على الوفاء بالتزامه، إذ يجب أن يأخذ حكمها من حيث إعادة النظر فيه،¹ وللقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة، فيما يقرره أو ينفيه من المبالغة في التعويض المشروط، أو فيما يراه حدًا مناسباً لتخفيضه، ولا رقابة عليه في ذلك من المحكمة العليا،² وتجدر الإشارة إلى أن القاضي لا يخفض الشرط الجزائي ليجعله مساوياً للضرر، وإنما يزيل ما فيه من مبالغة.³

2- إذا أثبت المدين أنه نفذ جزء من التزامه الأصلي: وهو الأمر الذي يشكل سبباً لتخفيض الشرط الجزائي من طرف القاضي،⁴ ذلك أن الشرط الجزائي يوضع عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه كلية، لذا فإن العدالة العقدية ومن أجل إعادة التوازن المالي للعقد تقتضي تخفيض المبلغ المتفق عليه بنسبة ما نُفدَ من الالتزام.⁵ فالقاضي يخفض مقدار التعويض إلى الحد الذي يتناسب والجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام، حسب الظروف والحالات، دون أن يشكل ذلك مساساً بما اتفق عليه المتعاقدان، ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على عاتق المدين.⁶

ثانياً: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي: الأصل عدم جواز زيادة الشرط الجزائي، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (185 ق م ج)، مسائراً بذلك ما أجمعت عليه التشريعات المقارنة في هذا الخصوص، كالتشريع المصري في المادة (225 من القانون المدني المصري)، والمادة (226 من القانون المدني السوري)، والمادة (268 موجبات لبناني).⁷

فإذا تضمن الشرط الجزائي تعويضاً أقل من قيمة الضرر الواقع فعلاً، فإن ذلك يعد تخفيفاً لمسؤولية المدين، وهو أمر جائز قانوناً في إطار المسؤولية العقدية، فيتعين على القاضي في هذه الحالة أن يحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه، ولو كان يقل في مقداره عن الضرر الواقع، وفي ذلك إعمال لإرادة المتعاقدين التي ترمي إلى تقدير التعويض بطريقة تخفف من مسؤولية المدين،⁸ إلا أنه واستثناءً على هذا الأصل حول المشرع للقاضي سلطة الزيادة في قيمة الشرط الجزائي من

¹ - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 341.

² - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 142.

³ - عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 30.

⁴ - طارق محمد مطلق أبوليلي، المرجع السابق، ص 77.

⁵ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 82.

⁶ - سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 76.

⁷ - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 143.

⁸ - عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 198.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

خلال نفس المادة (185 ق م ج)¹، وعليه فإنه يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من قيمة الشرط الجزائي إذا توافرت الحالات الآتية²:

- أن يلحق بالدائن ضرراً أكبر من التعويض المتفق عليه؛
- أن يكون هذا الضرر ناتجاً عن الغش أو الخطأ الجسيم من جانب المدين.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة

إضافة إلى تدخل القاضي بتعديل العقد في مرحلة تنفيذه بسبب الظروف الطارئة والشرط الجزائي، بهدف تحقيق التوازن المالي للعقد، فقد منح المشرع القاضي أيضاً هذه السلطة فيما يتعلق بمنح نظرة الميسرة (الأجل القضائي)، فالأصل أن يفى المدين بالتزامه بمجرد حلول أجل الوفاء، وإلاّ أجبر على ذلك قانوناً متى كان ميسور الحال، أما إذا كان معسراً فإنه يجوز للقاضي استثناء على الأصل العام أن يمنحه أجلاً معقولاً لتنفيذ التزامه، وهذا ما يسمى بالأجل القضائي (نظرة الميسرة)، والتي تُعدّ إحدى أنواع الأجل من حيث المصدر إلى جانب الأجل الاتفاقي والأجل القانوني³، وعليه سنتناول مفهوم نظرة الميسرة (فرع أول)، ثم سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم نظرة الميسرة

تطبق نظرة الميسرة بغض النظر عن محل الدين أو مصدره، سواء تعلق الأمر بالالتزامات الإرادية، أو غير الإرادية ولتحديد مفهوم نظرة الميسرة، فإنه يتعين التطرق إلى تعريفها، ثم خصائصها، وكذا تبيان الضوابط القانونية في منح القاضي لنظرة الميسرة.

أولاً: تعريف نظرة الميسرة: نتناول التعريف التشريعي لنظرة الميسرة، ثم نتعرض لتعريف الفقه القانوني لها كما يلي:

1- التعريف التشريعي: لم يقدم المشرع الجزائري تعريفاً لنظرة الميسرة، وإنما اكتفى بالنص عليها في المواد (119، 210، 281 ق م ج)، والتي يقابلها في القانون المصري المادة (346 من القانون المدني المصري).

فقد نصت المادة (119 ق م ج) على أنه: «**في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات.**»

¹ - تنص المادة (185 ق م ج) على أنه: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً».

² - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 252.

³ - نورية طرطاق، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تلمسان، العدد 5، الجزائر، 2014، ص 125.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

كما نصت المادة (210 ق م ج) على ما يلي: «إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه».

في حين نصت المادة (281 ق م ج)، على أنه: «يجب أن يتم الوفاء فوراً ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

غير أنه يجوز للقضاة نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها، وفي حالة الاستعجال يكون منح الآجال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

وفي حالة إيقاف التنفيذ فإن الآجال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي».

2- تعريف الفقه القانوني لنظرة الميسرة: تعددت تعريفات الفقه القانوني لنظرية الميسرة، فهناك من عرفها على أنها: «أجل قضائي يجوز منحه للمدين بشروط معينة»¹.

وهناك من عرفها بأنها: «مهلة التنفيذ أو الأجل القضائي التي يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ، حسن النية، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم وذلك حتى ينفذ التزامه ويتوقى الفسخ»².

3- نظرة الميسرة في الشريعة الإسلامية: تعتبر الشريعة الإسلامية أصل نظرة الميسرة، فقد نظمت الشريعة الإسلامية أحكام نظرة الميسرة منذ أكثر من أربعة عشر قرن من الزمان، من خلال نصوص القرآن، والسنة النبوية الشريفة، فقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ، وَإِنْ تصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ...»³.

ثانياً: خصائص نظرة الميسرة: تتميز نظرة الميسرة بعدة خصائص تتمثل فيما يلي:

1- نظرة الميسرة استثناء على القاعدة العامة في الوفاء: تنص المادة (1/281 ق م ج) على أنه: «يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك...».

في حين أن السلطة الممنوحة للقاضي بتأجيل ميعاد الوفاء المتفق عليه بين المتعاقدين، رغم إرادة الدائن، يعد من صميم الاستثناء على القاعدة العامة في الوفاء.

2- نظرة الميسرة من النظام العام: ذلك أن إمهال المدين مهلة قضائية، ومنحه نظرة الميسرة يتعلق بالمصلحة العامة، مما يجعلها من النظام العام، فلا يجوز لطرفي العقد الاتفاق على استبعاد إمكانية تطبيق القاضي لنظرية الميسرة⁴.

¹ - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 376.

² - عبد الحكم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993، ص 454.

³ - الآية 280 من سورة البقرة.

⁴ - محمد إبراهيم البنداري، " نظرة الميسرة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي (دراسة مقارنة)"، مجلة الأمن القومي، دولة الامارات، 2001، ص 290.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

3- جواز الحكم بنظرة الميسرة دون طلب من المدين: فالمشرع بإجازته للقاضي منح المدين نظرة الميسرة لم يربط هذه الرخصة بطلب المدين أو موافقته.¹

ثالثا: الضوابط القانونية في منح القاضي لنظرة الميسرة: رغم إجازة المشرع للقاضي منح المدين الذي أخلّ بتنفيذ التزامه التعاقدى أجلا للوفاء فإن القاضي لا يستطيع ممارسة ذلك إلا بتوافر ضوابط نبينها كالاتي:

1- عدم وجود نص قانوني يمنع منح نظرة الميسرة: انطلاقا من كون ممارسة القاضي لسلطة منح نظرة الميسرة مجرد تجسيد لإرادة المشرع فإن هذا الأخير قد يرى أن تكريس العدالة في بعض الحالات يقتضي منع منح نظرة الميسرة لذلك فإن احترام القاضي لهذه الإرادة يقتضي عدم منح هذه المهلة متى ورد في القانون نص يمنع ذلك.²

ومن هذه الحالات على سبيل المثال ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (120 ق م ج)،³ مما يدل أن الغرض من الشرط الفاسخ هو استبعاد الفسخ القضائي، مما يمنع القاضي من منح المدين نظرة الميسرة.⁴

2- أن تستدعي الحالة المالية للمدين منحه نظرة الميسرة: ذلك أن القاضي يستطيع منح نظرة الميسرة إلا للمدين حسن النية، غير متعمد عدم الوفاء بالالتزام، ولا يقصر فيه، وإنما كان ذلك نتيجة ظروف طارئة مؤقتة⁵، وهو ما تؤكدته المادة (2/119 ق م ج) بنصها: «... ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف...» كأن يكون للمدين مال (عقار أو منقول) يتعذر بيعه في الحال.

3- ألا يلحق بالدائن ضرر جسيما جراء منح المدين نظرة الميسرة: فالقاضي في هذه الحالة يوازن بين مصلحة المدين في منح التأجيل القضائي، ومصلحة الدائن من خلال عدم إلحاق ضرر جسيم به، كأن يكون الدائن معتمداً على إيفاء الدين، ليفي هو بدين عليه لا يستطيع التأخر في الوفاء به.⁶

4- ألا يتجاوز الأجل الممنوح للمدين مدة سنة: وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (2/281 ق م ج) بنصها: «... غير أنه يجوز للقضاة نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف، دون أن تتجاوز هذه مدة سنة، وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها»، فلا يستطيع القاضي أن يمنح المدين أجلا يتجاوز هذه المدة، مما قد يؤدي إلى تعطيل الدائن من الحصول على حقه.⁷

الفرع الثاني: سلطة القاضي في منح نظرية الميسرة

1 - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 456.

2 - محمد إبراهيم البنداري، المرجع السابق، 302.

3 - تنص المادة (120 ق م ج) على أنه- «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي وهذا الشرط لا يعني من الإعداء، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين».

4 - نورية طرطاق، المرجع السابق، ص 128.

5 - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 276.

6 - حميد شنيقي، المرجع السابق، ص 102.

7 - فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد (دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص 468.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

يعود منح نظرة الميسرة لقاضي الموضوع، وقاضي الأمور المستعجلة، وسلطة قاضي الاستعجال في هذا الأمر متوقفة على وجود نص قانوني صريح على أن منح نظرة الميسرة تدخل في اختصاصه¹ وهو ما تنص عليه المادة (300 ق م إ)،² وكذا توافر شروط الاستعجال والمتمثلة في خطر حقيقي محقق بالحق، وألاّ يمس ذلك بأصل الحق. وبما أن نظر دعوى الفسخ، ودعوى التنفيذ لا يدخل في اختصاص قاضي الاستعجال لتعلقهما بأصل الحق، فإن لقاضي الموضوع سلطة في منح نظرة الميسرة، وتختلف هذه السلطة في دعوى التنفيذ عنها في دعوى الفسخ.³ وعليه فإننا سنتطرق تباعاً إلى سلطة قاضي الموضوع في منح نظرة الميسرة إزاء دعوى التنفيذ (أولاً)، ثم سلطة قاضي الموضوع في منح نظرة الميسرة إزاء دعوى الفسخ (ثانياً).

أولاً: سلطة قاضي الموضوع في منح نظرة الميسرة إزاء دعوى التنفيذ: إن الأجل الممنوح في دعوى التنفيذ يجد أساسه في اعتبارات العدالة، إذ أن المقصود به هو التخفيف من شدة القوة الملزمة للعقد التي تقوم على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"⁴.

فمهلة التنفيذ التي يمنحها القاضي للمدين في دعوى التنفيذ التي يرفعها الدائن، إما أن تكون أجلاً، أو آجالاً متعاقبة عند ثبوت حسن النية، طبعاً دون إلحاق ضرر جسيم بالدائن، وقد لا يرى القاضي إمهال المدين وبالتالي يفسخ العقد.⁵

ثانياً: سلطة قاضي الموضوع في منح نظرة الميسرة إزاء دعوى الفسخ: يتحدد نطاق الفسخ في العقود الملزمة للجانبين، بحيث إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد، متى كان عدم التنفيذ راجعاً إلى المدين وليس لسبب أجنبي، ويخضع ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.⁶ فإذا كان للمتعاقد الخيار بين طلب تنفيذ العقد أو فسخه في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، فإن هذا لا يعني أن القاضي مقيد باختيار المتعاقد للفسخ، بل له سلطة تقديرية واسعة إذ يستطيع طبقاً للفقرة الثانية من المادة (119 ق م ج)، في ضوء ملابسات القضية، ومصصلحة الأطراف أن يقضي بفسخ العقد، أو يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزاماته.⁷

المطلب الثالث: سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية وتصفيتها

إضافة إلى دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، وتحقيقاً للعدالة العقدية، وتوقياً لفسخ العقد في مرحلة التنفيذ، بسبب الظروف الطارئة، والشرط الاتفاقي، ونظرية الميسرة، فإن للقاضي أيضاً سلطة لحمل المدين على تنفيذ

1 - نورية طرطاق، المرجع السابق، ص 131.

2 - تنص المادة (300 ق م إ) على أنه: « يكون قاضي الاستعجال مختصاً أيضاً في المواد التي ينص القانون صراحة على أنها من اختصاصه... »

3 - نورية طرطاق، المرجع السابق، ص 132.

4 - فؤاد محمود عوض، المرجع السابق، ص 475.

5 - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 470.

6 - نورية طرطاق، المرجع السابق، ص 131.

7 - زينة صاغي ونسيمة مقري، المرجع السابق، ص 74.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

التزاماته العقدية، متى كانت شخصية المدين محل اعتبار لا يصلح معها التنفيذ الجبري، وذلك عن طريق وسيلة التهديد المالي (الغرامة التهديدية) التي تحمل، وتحث المدين على الوفاء، وعليه سنتطرق في هذا المطلب تباعاً إلى:

- مفهوم الغرامة التهديدية وشروطها (فرع أول).
- ثم سلطة القاضي في الحكم بتصفية الغرامة التهديدية (فرع ثان)

الفرع الأول: مفهوم الغرامة التهديدية وشروطها

يتجسد نظام الغرامة التهديدية في كونه وسيلة من وسائل الإكراه غير المباشرة التي تتعلق بالذمة المالية للمدين، خصوصاً بعد أن ألغى المشرع الجزائري وسيلة الإكراه البدني في مجال الالتزامات العقدية،¹ على غرار التشريعات المعاصرة، بحيث لم يعد التنفيذ بطريق الإكراه البدني جائزاً في المواد المدنية والتجارية،² فمن هذا المنطلق سنتناول مفهوم الغرامة التهديدية (أولاً)، ثم شروطها (ثانياً)

أولاً: مفهوم الغرامة التهديدية: لتحديد مفهوم الغرامة التهديدية، نتناول تعريفها، وبيان خصائصها.

1- تعريف الغرامة التهديدية: نتناول التعريف القانوني للغرامة التهديدية، ثم التعريف الفقهي لها كما يلي:

أ- **التعريف القانوني:** لم يعرف المشرع الجزائري الغرامة التهديدية، على غرار أغلب التشريعات، كالتشريع المصري والفرنسي، واكتفى بالنص عليها في المادتين (174 و 175 ق م ج) والمواد (305 و 946 و 983 ق م ج).³

فقد نصت المادة (174 ق م ج) على أنه: « إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم يُلزم المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك، وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة».

كما تنص المادة (175 ق م ج) على أنه: « إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يُلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن، والعنت الذي بدا من المدين».

ب- **تعريف الفقه القانوني للغرامة التهديدية:** تعددت تعاريف الفقه القانوني للغرامة التهديدية، فهناك من عرفها بأنها: « وسيلة مالية يلجأ إليها الدائن من أجل إجبار المدين بطريق غير مباشر على تنفيذ التزامه عيناً، إذا كان محل التزامه عمل أو امتناع عن عمل، عندما يكون هذا الالتزام قائماً على الاعتبار الشخصي، بحيث لا يكون

¹ - يوسف لوني، تنفيذ الالتزامات العقدية عن طريق الغرامة التهديدية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة آكلي محمد أولحاج، البويرة، الجزائر، 2015، ص 07.

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 39.

³ - أنظر المواد (305 و 346 و 983 ق م ج).

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

التنفيذ العيني ممكنا أو ملائما إلا إذا قام به المدين بنفسه»¹ وهناك من عرّفها بأنها: « وسيلة غير مباشرة للضغط على المدين، وحمله على التنفيذ العيني الجبري، وهي ليست تعويضا وتقاس عن كل وحدة زمنية (يوم، أسبوع، شهر...)»².

2- خصائص الغرامة التهديدية: يتسم الحكم بالغرامة التهديدية بعدة خصائص، يملئها الغرض منها، وتمثل هذه الخصائص في الآتي:

أ- الغرامة التهديدية وسيلة تهديدية تنصب على أموال المدين: فالقاضي لا يراعي في تقدير الغرامة التهديدية، أن تكون متناسبة مع الضرر الذي يلحق الدائن، لأنها ليست تعويضا عن الضرر، وإنما يحكم القاضي بالمبلغ الكافي لتحقيق الغرض المقصود، ألا وهو الضغط على المدين لتنفيذ التزامه.

ذلك أن الغرامة التهديدية تقدر تقديرا تحكيميا، يراعى فيه المركز المالي للمدين، ودرجة تعنته وامتناعه عن تنفيذ التزامه، بحيث تكون عادة أكبر من الضرر الواقع حتى يكون بمقدورها تحقيق الغرض منها.³

ب- الحكم بالغرامة التهديدية حكما مؤقتا: ومعنى ذلك أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية لا يجوز تنفيذه إلا عندما يتحول إلى تعويض نهائي، على ضوء موقف المدين الذي قد يخضع لهذا الحكم وينفذ التزامه، أو يستمر في تعنته، ومن ثم يصبح التنفيذ العيني مستحيلا، بحيث يراعي القاضي في تقدير التعويض تعنت المدين باعتباره عنصرا من عناصر احتساب التعويض.⁴

ثانيا: شروط الحكم بالغرامة التهديدية: لا يجوز للقاضي فرض الغرامة التهديدية على المدين الذي يمتنع عن تنفيذ التزامه عينا، إلا إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في القانون، والمتمثلة في الآتي:

1- أن يكون تنفيذ الالتزام عينا مازال ممكنا: لا يكفي من أجل اللجوء إلى الغرامة التهديدية أن يكون هناك التزام امتنع المدين عن تنفيذه، وإنما يشترط فضلا عن ذلك أن يكون التنفيذ العيني لذلك الالتزام لا يزال ممكنا.⁵

فإذا استحال التنفيذ العيني للالتزام استحال بدوره الالتجاء إلى الغرامة التهديدية، لأن الهدف من وراء اقتران الالتزام بالغرامة التهديدية هو حث وحمل المدين على التنفيذ العيني للالتزام.⁶

2- أن يكون تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه: فإذا كان تنفيذ الالتزام لا يزال ممكنا دون التدخل الشخصي للمدين، أدى ذلك إلى زوال هذه الوسيلة وانعدامها والأفضل عندئذ مباشرة

¹ - مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، أحكام الالتزام، ط1، مطبعة دار الحياة، دمشق، 1994، ص 48.

² - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 62.

³ - أحمد عبد الدايم، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ج2، د ط، منشورات جامعة حلب، 2007، ص 74.

⁴ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 46.

⁵ - جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ج2، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص 42.

⁶ - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص ص، 112-113.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

التنفيذ الجبري للالتزام باعتباره الوسيلة الأكثر فعالية وقوة وسرعة،¹ كالتزام المدين بنقل حق عيني، حيث يمكن الوصول فيه إلى التنفيذ العيني الجبري دائما دون تدخل المدين مادام أن التنفيذ مازال ممكنا.

وكذلك الحال إذا كان موضوع الالتزام أداء مبلغ من النقود حيث يمكن التنفيذ على أموال المدين دون تدخله وكذلك في الالتزام بعمل الذي لا يلزم فيه تدخل المدين شخصيا، حيث يمكن للدائن الحصول على إذن القضاء لتنفيذ هذا العمل على نفقة المدين.²

الفرع الثاني: سلطة القاضي في الحكم بتصفية الغرامة التهديدية

بعد أن اعترف المشرع الجزائري للقاضي الاستعجالي بسلطة الحكم بالغرامة التهديدية من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبعض القوانين، فقد اعترف له أيضا بالفصل في تصفيتها، وذلك من خلال المادة (305) ق م ج) بنصها: « يمكن لقاضي الاستعجال الحكم بالغرامات التهديدية وتصفيتها»، رغم أن مسألة منح القاضي الاستعجالي سلطة تصفية الغرامة التهديدية تثير مشاكل في التطبيق القضائي، ذلك أن الأوامر الاستعجالية هي أوامر مؤقتة لا تفصل في أصل الحق ولا تتمتع بحجية الشيء المقضي فيه، في حين أن الحكم بتصفية الغرامة التهديدية هو حكم قطعي فاصل في الموضوع مما يجعل أمر التصفية من اختصاص قاضي الموضوع.

وبالتالي فإن القاضي الاستعجالي في هذه الحالة عندما يقوم بتصفية الغرامة التهديدية فإنه يعتمد على نفس المعايير التي يعتمدها قاضي الموضوع،³ وعليه سنتناول تباعاً:

■ مظاهر حرية القاضي في تصفية الغرامة التهديدية (أولاً).

■ ثم سلطة القاضي في شكل تصفية الغرامة التهديدية (ثانياً).

أولاً: مظاهر سلطة القاضي في تصفية الغرامة التهديدية: إن تصفية الغرامة التهديدية تشكل مرحلة أخيرة، بعد مرحلة الحكم بها، والتي تستوجب على الدائن القيام بتقديم طلب جديد أمام الجهة القضائية المختصة من أجل تصفية الغرامة المحكوم بها في المرحلة الأولى، وتحويلها إلى مبلغ تعويض نهائي،⁴ وللقاضي أن يرفض التصفية إذا تم التنفيذ قبل المهلة التي منحها للمدين لتنفيذ الحكم، ذلك أن للقاضي سلطة تقديرية في قبول دعوى التصفية، أو رفضها في الحالات المنصوص عليها في المادة (175 ق م ج) سالفة الذكر، كما أن القاضي المختص، يفصل في موضوع تصفية الغرامة التهديدية من خلال ماله من سلطة تقديرية، سواء تعلق الأمر بعناصر التعويض أو بشكل وكيفية تصفية الغرامة التهديدية،⁵ لذا سنتطرق لسلطة القاضي في تقدير عناصر التعويض، ثم سلطة القاضي في شكل التصفية، كمايلي:

¹ - المرجع نفسه، ص 112.

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 42.

³ - يوسف لوني، المرجع السابق، ص ص، 120-121.

⁴ - محمد باهي أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 249.

⁵ - علي بركات، خصوصيات التنفيذ الجبري في مواجهة الدولة (دراسة مقارنة)، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 144.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

1- سلطة القاضي في تقدير عناصر التعويض: بالرجوع إلى المادة (175 ق م ج)، نجد أن المشرع قد حدد العناصر التي يأخذ بها القاضي أثناء تقديره للتعويض وتصفية الغرامة التهديدية حيث يتم التقدير وفقا للضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين¹.

أ- عنصر الضرر الذي أصاب الدائن: لا يختلف التعويض في دعوى تصفية الغرامة التهديدية عنه في القواعد العامة، لذلك فإن القاضي يقدر التعويض في تصفية الغرامة على أساس ما أصاب الدائن من خسارة، وما فاتته من كسب جراء عدم التنفيذ العيني²، عملا بأحكام المادة (182 ق م ج)³. ويقع عبء إثبات الضرر على الدائن المدعي، حيث إذا لم يصب الدائن بأي ضرر نتيجة عدم التنفيذ، أو التأخر فيه فإنه لا مجال للتعويض.

واستنادا لأحكام المسؤولية العقدية، فإن التعويض الذي يحكم به القاضي يكون على أساس الضرر المباشر، دون الضرر غير المباشر، والضرر المتوقع، دون الضرر غير المتوقع⁴، وذلك طبقا لنص المادة (182 ق م ج) دائما.

ب- عنصر العنت البادي من المدين: إضافة لعنصر الضرر الذي أصاب الدائن، فإن التعويض النهائي لتصفية الغرامة التهديدية، يشمل أيضا عنصرا جديدا يميزه عن التعويض العادي، ويتعلق الأمر بالعنت الذي بدا من المدين، ويتمثل العنت في الإصرار، والمقاومة من المدين تجاه الحكم القضائي بعدم التنفيذ⁵.

وإدخال هذا العنصر في التعويض لا يقصد منه جبر الضرر، وإنما يقصد به مجازاة المدين على سوء نيته المتمثل في العنت الذي أبداه بعدم تنفيذ التزامه⁶، وتقدير مدى تعنت المدين في التنفيذ، يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الفاصل في دعوى تصفية الغرامة التهديدية فهي مسألة موضوعية تدخل في صميم اختصاص المحكمة حسب معطيات ووقائع كل قضية⁷.

2- سلطة القاضي في شكل تصفية الغرامة التهديدية: يمكن للقاضي تصفية الغرامة التهديدية وفق طريقتين:

¹ - أنظر المادة (175 ق م ج).

² - أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 79.

³ - تنص المادة (182 ق م ج) على أنه- «إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد».

⁴ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام - التصرف القانوني)، ط2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 61.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات - آثار الالتزام) ، المرجع السابق، ص 820.

⁶ - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 113.

⁷ - عز الدين مرداسي، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، د ط، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 72.

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

أ-التصفية المؤقتة للغرامة التهديدية: في بعض الحالات يعلن المدين عن رغبته في تنفيذ الحكم بعد نفاذ المدة المحددة، وبعد أن تصفى الغرامة يعود إلى الامتناع عن التنفيذ من جديد، فهنا لا مفر من أن تسري الغرامة من جديد، دون أن يمنع ذلك من تعدد التصفية على غرامة واحدة¹.

وبالرجوع إلى أحكام المادة (174 ق م ج)² نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام التصفية المؤقتة، بحيث يمكن للدائن أن يطالب برفع مبلغ الغرامة من أجل حمل المدين على التنفيذ، فيقوم القاضي بتصفية مبلغ الغرامة المحكوم به، ويقوم من جديد بالحكم بغرامة جديدة بمبلغ آخر يلزم به المدين، ويجبره على التنفيذ.

ب-التصفية النهائية للغرامة التهديدية: يعيد القاضي النظر في الغرامة التهديدية، وتحديد المبلغ النهائي لها، متى رفع الدائن الدعوى إليه وتبين له أن المدين اتخذ موقفاً نهائياً من الغرامة التهديدية، سواء بقيامه الوفاء بالتزامه عيناً، أو إصراره على عدم التنفيذ رغم حكم المحكمة الملزم له بالتنفيذ.³

فإذا تم تقدير التعويض وتصفية الغرامة التهديدية بصفة نهائية فإن القاضي المختص يصدر حكماً متضمناً تعويضاً على شكل نقدي، طبقاً لنص المادة (132 ق م ج)، وهنا يمكن للدائن أن ينفذ على مدينه بطرق التنفيذ الجبري الأخرى فيستطيع الدائن أن يحجز على أموال المدين حجزاً تنفيذياً من أجل ضمان الحصول على مبلغ التعويض النهائي.⁴

¹ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 267.

² - أنظر المادة 174 ق م ج.

³ - حميد بن شنيبي، التهديد المالي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1982، ص 186.

⁴ - عزالدين مرداسي، المرجع السابق، ص 70، وتنص المادة 132 ق م ج على أنه-«...ويقدر التعويض بالنقد...»

الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه

خلاصة الفصل الثاني

من خلال هذا الفصل نخلص إلى أنتعديل العقد أثناء مرحلة تنفيذه وسيلة من الوسائل الممنوحة للقاضي لإعادة تنظيم العقد و ضمان التوازن الاقتصادي له .

فسلطة القاضي في هذا الصدد تعد سلطة علاجية إذ تهدف إلى استمرار العقد وتوقي فسخه، سواء تعلق الأمر بالظروف الطارئة أو الشرط الجزائي، أو منح المدين أجلا للوفاء، كما أن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بالظروف المحيطة بكل حالة من الحالات المذكورة وما تمليه النصوص القانونية.

خاتمة

ختاماً وبعد إتمام هذه المذكرة الموسومة بـ: "دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد" نخلص إلى أن الإرادة جوهر قيام العقد ، يظهر دورها بوضوح باعتبارها مصدراً منشأاً للالتزامات التعاقدية من خلال إبرام العقد وتحديد آثاره وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة (106 ق م ج) بنصها: «العقد شريعة المتعاقدين...»، إلا أنه ولا اعتبارات العدالة ومن أجل تحقيق التوازن المالي للعقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي التدخل في العقود بالتعديل، بما يضمن رفع الغبن عن الطرف الضعيف واستمرار العلاقات التعاقدية.

وعليه سنعرض أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، وبعدها سنعرض الاقتراحات التي نقترحها في هذا الصدد.

أولاً: النتائج

- 1- أن المشرع الجزائري ورغم إقراره مبدأ "القوة الملزمة للعقد" من خلال المادة (106 ق م ج) ، بما يوحي إطلاقه دور الإرادة في تكوين وتنفيذ العقود التي تبرمها، إلا أنه أورد على ذلك قيوداً مختلفة، لا سيما منح القاضي السلطة التقديرية في تعديل العقد كلما توافرت الشروط القانونية لذلك، بل وجعل اتفاق الأطراف على خلاف ذلك من النظام العام.
- 2- أن علم المتعاقد المسبق بتدخل القاضي لرفع الغبن والاستغلال والتعسف بصفة عامة في مرحلة تكوين العقد، يجعل منه أكثر حرصاً لتفادي التعسف في حق الطرف الآخر وبالتالي ضمان استقرار المعاملة.
- 3- أن هذه القيود والاستثناءات الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود ، تعود لمبررات عديدة أهمها "إعادة التوازن المالي للعقد" بما يضمن التوازن بين حقوق وواجبات المتعاقدين وتحقيق منافع المتعاقدين والغير، والتوفيق بين منافع الفرد والجماعة ، وحتى يقوم العقد بوظيفته الاجتماعية على أكمل وجه.
- 4- أن المشرع الجزائري حينما قرر منح القاضي سلطة تعديل العقد في مرحلة تنفيذه لا سيما في حالة الظروف الطارئة والشرط الجزائي، كان يميل إلى تقييد هذه السلطة وحصرها في تحقيق الشروط التي تملئها النصوص القانونية في هذا الشأن من ناحية وتحقيق التوازن المالي للعقد من خلال توازن الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي ومنع الضرر بأحد أطرافه من ناحية أخرى.
- 5- أن سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ تعتبر أكثر اتساعاً منها في منحه الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ ، بحيث يمكنه في الأولى منح المدين - متى أمكنه ذلك - أكثر من أجل على خلاف الثانية، فضلاً عن أن سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ يعتبر من النظام العام بحيث لا يمكن للمتعاقدين الاتفاق على استبعاده ، في حين مثل هذا الاتفاق جائز في مجال دعوى الفسخ ، خاصة إذا تعلق الأمر بالفسخ الاتفاقي الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة (120 ق م ج) والتي أجازت عدم اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ ، مما يعني حرمان القاضي من منح المدين أجلاً للتنفيذ.

6- أن المشرع الجزائري نظم الغرامة التهديدية من الجانب الموضوعي، وكذا الجانب الإجرائي مقتديا في ذلك بما توصل إليه القضاء والتشريع الفرنسي من قواعد قانونية في هذا الصدد رغم أنه قصر هذه الوسيلة على الالتزامات التي يدخل الاعتبار الشخصي في تنفيذها دون سواها.

ثانيا: الاقتراحات

من خلال النتائج سالفة الذكر، وما ورد في متن الدراسة من معلومات يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

1- رفع القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل العقد وتجاوزها الحالات الاستثنائية لتشمل كافة العقود طالما أن الهدف هو إعادة التوازن المالي للعقد، من خلال تلاءم المصالح وتناسب الالتزامات، ذلك أن عدم السماح للقاضي بالتدخل في العقد خارج هذه الحالات الاستثنائية لا يعني غياب التعسف، وعدم اختلال التوازن المالي للعقد سواء في مرحلة التكوين أو التنفيذ.

2- نقترح إلغاء المشرع الجزائري للفقرة الأخيرة من المادة (107 ق م ج) القاضية بجعل أحكام نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، بعدم إجازة الاتفاق على مخالفتها، لما في ذلك من تجاهل لاتفاق المتعاقدين على تعديل أحكام المسؤولية العقدية بما يخالف حكم النظرية، لا سيما بتشيدها وجعل المدين مسؤولا حتى عن الظروف الطارئة، الأمر الذي يظهر التناقض الصارخ بين نص المادة (107 ق م ج في فقرتها الأخيرة)، والمادة (178 ق م ج في فقرتها الأولى).

3- لا بد من إعادة النظر في نص المادتين (174 و 145 ق م ج)، بما يجعل من الغرامة التهديدية، وسيلة والية قانونية لتنفيذ جميع الالتزامات، بدلا من حصرها في الالتزامات التي يتطلب تنفيذها تدخل المدين شخصيا، وكذا ضرورة تحديد ميعاد رفع دعوى تقرير الغرامة التهديدية، وميعاد تصفيتها ضمانا لاستقرار المعاملات، وتفاديا لتعسف الدائن من خلال تعمد التأخر في المطالبة بتصفية مبالغ الغرامة المتراكمة على عاتق المدين.

قائمة المصادر والمراجع

أولا - المصادر	
1-المصادر باللغة العربية	
1	القرآن الكريم، الآية 280 من سورة البقرة
2	القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد رقم 41، سنة 2004.
3	الأمر 57-58 المؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد 78.
ثانيا: المراجع	
1- المراجع باللغة العربية	
4	أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير الإرادية، دراسة فقهية و قضائية، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
5	أحمد عبد الدايم، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ج2، د ط، منشورات جامعة حلب، 2007.
6	إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، إعادة الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
7	إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، إعادة الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
8	أسامة الحموي، الشرط الجزائري في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار النوادر، سوريا، 2012.
9	أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
10	أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997.
11	جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ج2، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.
12	حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، د ط ، دار الفكر الجامعي، مصر، 2013.
13	الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع (دراسة فقهية ، قانونية وقضائية مقارنة)، د ط، دار هومة، الجزائر، 2005.
14	الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع (دراسة فقهية ، قانونية وقضائية مقارنة)، د ط، دار هومة، الجزائر، 2005.
15	خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
16	رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 2002.
17	رمضان أبو سعود، أحكام الالتزام، د ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.
18	سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.

19	سليمان مرقص، الوائي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المجلد الأول، ط4، مطبعة السلام، مصر، 1987.
20	سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009.
21	عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
22	عبد الحكم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993.
23	عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية، ج1، د ط، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، 1982.
24	عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1964.
25	عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات -آثار الالتزام)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1968.
26	عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، ط3 الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
27	العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
28	العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
29	عزالدين مرداسي، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، د ط، دار هومة، الجزائر، 2008.
30	علي بركات، خصوصيات التنفيذ الجبري في مواجهة الدولة (دراسة مقارنة)، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
31	علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
32	علي فيلاي، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر ، 2005.
33	علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2008.
34	فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد (دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004.
35	القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية 280.
36	محفوظ لعشبين حامد ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
37	محفوظ لعشبن بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
38	محمد باهي أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
39	محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، د ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.
40	محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، (العقد والإرادة المنفردة)، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009.

41	محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام -التصرف القانوني(العقد و الإرادة المنفردة)، ط2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
42	محمد عزمي البكري، القانون المدني (مصادر الالتزام)، ج 3، ط 1، 09 شارع البارودي باب الخلق ، القاهرة ، مصر، 2007.
43	محمد لبيب شنب، الموجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، (العقد والإرادة المنفردة)، د ط ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1970.
44	محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
45	مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، أحكام الالتزام، ط1، مطبعة دار الحياة، دمشق، سوريا، 1994.
46	منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ج2، د ط ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
47	نزیه حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، دار القلم، سوريا، 2007.
ثالثاً: المجالات والملتقيات والمحاضرات	
48	محمد علي القرني بن علي، "عقود الإذعان"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، السعودية العدد 14، 2004، ص03.
49	بلال صدام رضا، "التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) وسلطة القاضي في تعديله في القانون المدني السوري والقانون المقارن"، مجلة المحامون، العدد 6، سوريا، 2003.
50	خولة خادام محمد، "الإيجاب في عقد الإذعان"، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، 2004.
51	الشريف بجماي، "سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المركز الجامعي تمارست، الجزائر، العدد 2، جوان 2014.
52	الشريف بجماي، "سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المركز الجامعي تمارست، الجزائر، العدد 2، جوان 2014.
53	عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، 2012-2013.
54	عمار محسن كزار الزرقي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، جامعة الكوفة، العراق، كلية القانون، 2015.
55	محمد إبراهيم البنداري، نظرة الميسرة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي (دراسة مقارنة)، مجلة الأمن القومي، دولة الامارات، 2001.
56	محمد أبو بكر عبد المقصود، "نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية"، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة المنصورة، العدد 13، مصر، 2009.
57	محمد رشيد قباني، "نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الثاني، السنة الثانية، جدة، السعودية، ص146.
58	نزیه حماد ، "عقود الإذعان"، مجلة العدل، العدد 24، السعودية، 2004.

59	نورية طرطاق، "سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنتاست، العدد 5، الجزائر، 2014.
رابعا: الرسائل والأطروحات	
60	بويكر قارس، <u>الشرط الجزائري وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري</u> ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014.
61	حميد بن شنيقي، <u>التهديد المالي في القانون الجزائري</u> ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1982.
62	حميد بن شنيقي، <u>سلطة القاضي في تعديل العقد</u> ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996.
63	راضية العيطاوي، <u>معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية</u> ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011.
64	زهرة بلقاسم، <u>اثر نظرية الظروف الطارئة على العقود</u> ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013-2014.
65	جمعة زمام، <u>العدالة العقدية في القانون الجزائري</u> ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.
66	زينة صاغي ونسيمة مقري، <u>سلطة القاضي في تعديل العقد</u> ، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2013-2014.
67	سلمية مقروود، <u>القسم الرضائية في العقار المشاع في التشريع الجزائري</u> ، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون عقاري، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، 2014-2015.
68	طارق محمد أبو ليلي، <u>التعويض الاتفاقي في القانون المدني (دراسة مقارنة)</u> ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2007.
69	عامر رحمون، <u>عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)</u> ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خده، 2013.
70	عبد الله نجاري، <u>الشرط الجزائري في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)</u> ، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.
71	محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، <u>الشرط الجزائري وأثره في العقود المعاصرة (دراسة فقهية مقارنة)</u> ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الملك سعود، السعودية، 1425-1426هـ.
72	محمد بوكماش، <u>سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي</u> ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012.
73	نادية عويسي و صليحة غياطو، <u>القسم الرضائية في العقار - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني</u> ، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، 2012-2013.
74	هبة محمد محمود الديب، <u>اثر الظروف الطارئة على العقود المدنية</u> ، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2012.
75	يوسف لوني، <u>تنفيذ الالتزامات العقدية عن طريق الغرامة التهديدية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري</u> ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2015.

خامسا: القرارات	
قرار المحكمة العليا، ملف رقم 191705، الصادر بتاريخ 1999/10/24، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1999.	76
قرار المحكمة العليا، رقم 245195، الصادر بتاريخ 2000/09/12، المنشور بالمجلة القانونية، عدد 02، 2001.	77
قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 212782، الصادرة بتاريخ 2000/01/12، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001.	78
قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 324024، الصادر بتاريخ 2007/02/21، المجلة القضائية، العدد الأول، 2007.	79
2-المراجع باللغة الأجنبية	
ALI Bencheneb, le droit AL gérien des contiats; données fondamentales, nouvelle impriemerie , la ballery, France, 2011.	80
Sébastien Pimont, Clause pénale, conférence à l' université de Savoie, centre de droit privé et public des obligations et de la consommation, 2012.	81
3-المواقع الالكترونية	
www.lawjo.net	82

فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان	الرقم
1	مقدمة	1
4	الفصل الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تكوينه	2
5	المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن و الاستغلال	3
5	المطلب الاول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن المادي	4
5	الفرع الأول: تعريف الغبن	5
6	الفرع الثاني: خصائص الغبن	6
7	الفرع الثالث: حالات الغبن و شروطه	7
9	الفرع الرابع: دور القاضي في رفع الغبن	8
9	المطلب الثاني: سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد بسبب الاستغلال	9
10	الفرع الأول: مفهوم الاستغلال	10
13	الفرع الثاني: تدخل القاضي لرفع الاستغلال	11
15	المبحث الثاني: سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في عقود الإذعان	12
16	المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان	13
16	الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان وخصائصه	14
18	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان	15
19	المطلب الثاني: تدخل القاضي لحماية الطرف المذعن	16
19	الفرع الأول: صور الممارسات التعسفية	17
20	الفرع الثاني: حالات تدخل القاضي في عقد الإذعان	18
23	خلاصة الفصل الأول	19
24	الفصل الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه	20
25	المبحث الأول: سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة	21
25	المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة	22

26	الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة وموقف المشرع الجزائري منها	23
27	الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	24
29	المطلب الثاني: سلطة القاضي في مواجهة الظروف الطارئة	25
29	الفرع الأول: معايير تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة	26
31	الفرع الثاني: كيفية تعديل القاضي للعقد بسبب الظروف الطارئة	27
34	المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزئي ومنح نظرة الميسرة والحكم بالغرامة التهديدية وتصفيتهما	28
35	المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزئي	29
35	الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزئي	30
41	الفرع الثاني: دور القاضي في تعديل الشرط الجزئي	31
43	المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة	32
43	الفرع الأول: مفهوم نظرة الميسرة	33
46	الفرع الثاني: سلطة القاضي في منح نظرية الميسرة	34
47	المطلب الثالث: سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية وتصفيتهما	35
47	الفرع الأول: مفهوم الغرامة التهديدية وشروطها	36
49	الفرع الثاني: سلطة القاضي في الحكم بتصفية الغرامة التهديدية	37
52	خلاصة الفصل الثاني	38
53	خاتمة	39
55	قائمة المراجع	40
60	الفهرس	41

الملخص

الأصل هو احترام القاضي للعقد تطبيقاً للقاعد العامة (العقد شريعة المتعاقدين)، فلا يمكنه الحلول محل إرادة أطرافه في تعديله، إلا أنه وفي بعض الحالات المحددة على سبيل الحصر في القانون المدني، سمح المشرع الجزائري للقاضي بالتدخل في العقود بموجب نصوص صريحة، لإعادة التوازن المالي للعقد الذي اختل توازنه، حماية للطرف المغبون ورفع الضرر عنه، بإعادة التوازن إلى الواجبات والحقوق المتبادلة، من خلال إيجاد حل ملائم للنزاعات الناتجة عن العقود بهدف تفادي زوال الروابط العقدية، وتهذيب الإرادة حتى تستقيم بوظيفتها، ولا تكون أداة هيمنة واستغلال.

لكن في نفس الوقت لا يمكن للتوازن العقدي كقيد على الإرادة أن يكون عائقاً أمام الحرية التعاقدية، يمنع الإرادة من الانطلاق، طالما كانت هذه الأخيرة تعمل في كنف النظام العام، وفي إطار احترام العدالة كركيزة أساسية تقوم عليها العقود.

الكلمات المفتاحية: العقد، الإرادة، سلطة القاضي، الحرية التعاقدية، المشرع الجزائري، إعادة التوازن للعقد.

résumé

le respect de la volonté exprimée par les contractants par le juge constitue une base non négligeable, il ne peut remplacer la volonté exprimée des contractants dans l'amendement de cet acte.

Néanmoins, le législateur algérien a permis au juge d'intervenir et ce, dans certains cas spécifiques, notamment en droit civil en vue d'établir l'équilibre financier, de mettre les contractants en position d'égalité en droits et obligations réciproque, de trouver une solution adéquate au litige généré par un déséquilibre enregistré en profit d'un des contractants et de rationaliser le principe de la volonté dans l'élaboration des actes afin

L'équilibre de l'acte ne peut, et en tout cas, être un obstacle ou un frein au principe de liberté de contracter et ce, tant que, cette volonté se manifeste dans le cadre du respect de l'ordre public et de justice par les contractants.

Mots-clés: contrat, volonté, pouvoir du juge, liberté contractuelle, législateur algérien, rééquilibrage du contrat.