

# الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مدرسة الدكتوراه "دراسات قانونية"

قطب : جامعة أم البواقي

## التعديل القضائي للعقد المدني في التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

تخصص: قانون العقود المدنية

إشراف الدكتور:

كاملي مراد

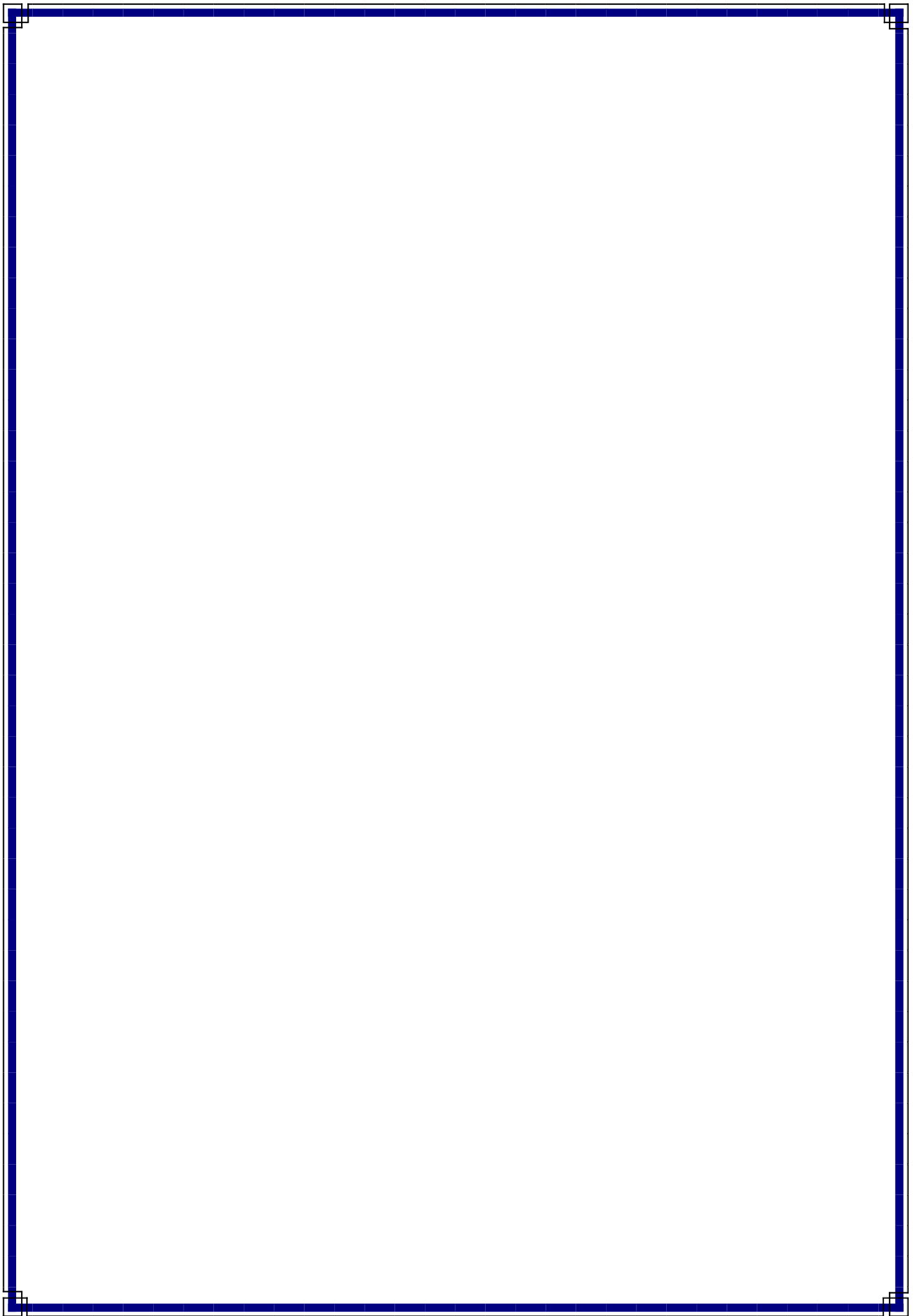
إعداد الطالبة:

هاملي سعيدة

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
د.هادفي بشير	أستاذ محاضر " أ "	جامعة تبسة	رئيسا
د.كاملي مراد	أستاذ محاضر " أ "	جامعة أم البواقي	مشرفا ومقررا
د.فريوي الصادق	أستاذ محاضر " أ "	جامعة عنابة	عضوا مناقشا
د.صمود مخلوف	أستاذ محاضر " أ "	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2012/2011



## الإهداء

إلى أمي الحنون

إلى أمي الطيبة، إلى أمي التي عانت من أجلي الكثير، وهي مع ذلك صابرة  
مبتسمة مهما خط قلمي وعبر عن ما في قلبي فلن أفيها حقها أبدا حفظك  
الله لي وأطال الله في عمرك يا أمي.  
إلى أبي أونيس إلى أختي سهيلة وإخواني : خاصة فريد وعنتر اللذين أعاناني  
كثيرا.

إلى: زوجي إلياس الذي قدم لي العون وخاصة معنويا ، وكافة عائلته .  
إلى: آسيا، ابتسام، وردة.

إلى أستاذي الفاضل الدكتور "مراح محمد" الذي أعانني بتوجيهه و نصائحه،  
وكافة أساتذة كلية الحقوق بجامعة العربي بن مهدي.

إلى كل من ساعدني في انجاز هذا العمل : بزاز حفيزة، جمال، حنان، وكافة  
طاقم مكتبة جامعة العربي بن مهدي .

إلى كل من ساعدني في انجاز هذا العمل سواء من قريب أو من بعيد.

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل المتواضع.

- كلمة شكر -

أول شكري لله سبحانه وتعالى على ما أسبغته علي من نعم، وعلى تيسيره لي السبل،  
فله الحمد والشكر في كل وقت وفي كل حين.

ثم أقدم جزيل شكري لأستاذي الفاضل الدكتور " كاملي مراد " على قبوله الإشراف  
على مذكرتي رغم كثرة انشغالاته والتزاماته، فلم يبخل علي بأرائه، وملاحظاته القيمة  
والذكية التي أنارت لي طريق البحث والتقصي، فسهل علي الكثير لانجاز هذا العمل  
المتواضع.

فليجد في هذه الأسطر كل شكر وتقدير و عرفان بالجميل .

قائمة المختصرات :

1- بالعربية:

- ط: الطبعة.  
د : دون.  
ص: صفحة.  
ج: الجزء.  
م: المجلد.  
ت: تاريخ.  
ن: ناشر.  
م ق : المجلة القضائية.  
ع: العدد.  
ج ر ج ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.  
ق م ج: القانون المدني الجزائري.  
ق م م: القانون المدني المصري.

2- بالفرنسية:

ART : ARTICLE  
ED : EDITION  
P : PAGE  
OP.CIT : OPININ CITE

حَقِّقْ سَلَامَةَ

إذا كان العقد اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية متمثلة في إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه فإنّ العقد ينشأ صحيحا إذا استوفى كامل أركانه وشروطه حتى يرتب مختلف آثاره القانونية، وبالتالي كسب قوته الملزمة من حيث الأشخاص والموضوع تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة.

وتأتي بعد مرحلة إنشاء العقد مرحلة تنفيذه وترتيب آثاره، ويتجسد فيها مبدأ سلطان الإرادة العقدية من خلال التزام المتعاقدين بما أبرموا، وتنفيذ العقد بحسب ما جاء فيه، وهو ما قضت به المادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".

وهذا معناه أنّ للعقد قوة ملزمة اكتسبها من إرادة المتعاقدين، وبهذا فإنّ الحقوق والالتزامات التي تتولد عن العقد واجبة التنفيذ والالتزام، فما اتفقت عليه إرادة الأطراف هو القانون الذي يجب أن يتبع، ويحكم العلاقة ما بين المتعاقدين، ولا يكون الأطراف ملزمين إلاّ وفقا لما قررتهم إرادتهم، هذا كأصل عام، لأنّ هناك قيودا كثيرة تحدّ من قوة هذا المبدأ، وهذه القيود منها ما يتعلق بإمكانية تعديل العقد ومنها ما يرتبط بضرورة تنفيذ العقد بطريقة تستوجب حسن النية.

حيث تنصّ المادة 107 من القانون المدني على أنّه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وعلى هذا يجب على كل طرف أن ينفذ الالتزامات الملقاة على عاتقه وفقا لمضمون العقد مع مراعاة حسن النية، وكذلك على الشخص عدم التعسف في استعمال حقه الذي خوله له القانون.

ذلك أنّ هذا المبدأ يعد في القانون الحديث قاعدة عامة تشمل جميع العقود، فهو يقيد المدين في تنفيذه للالتزام، كما يقيد الدائن في مطالبته بتنفيذ الالتزام، فلا يمكن تنفيذ العقد بما يخالف مبدأ حسن النية، ويكون ذلك بالتعاون المستمر بين الطرفين منذ إبرام العقد إلى وقت تنفيذه.

ولقد أجاز القضاء للعاقد أن يطلب فسخ العقد إذا أخلّ العاقد الآخر بالتزامه بتنفيذ العقد، وفي مقابل ذلك يمنح القانون بناء على مبدأ حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد المدين

نظرة المبسرة، ويجازي سيء النية عن عدم تنفيذ العقد بتطبيق أحكام المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر.

وإذا كان الأصل أنّ العقد شريعة المتعاقدين، وأنّه ينفذ وفقا لما تم الاتفاق عليه، فإنّ المشرع أورد على هذا المبدأ مجموعة من الاستثناءات أوردها لاعتبارات العدالة والصالح العام والمتمثلة في سلطة القاضي في تعديل العقد، فهذه الأخيرة تعتبر من الموضوعات التي تكتسي أهمية خاصة في فقه القانون المدني وقد أثارت ولا زالت تثير الكثير من الجدل لمساسها بمبدأ سلطان الإرادة وتقييدها للحرية التعاقدية.

وسلطة القاضي في تعديل العقد منذ إبرامه إلى وقت تنفيذه إنما هي نتيجة التطورات التي مست التشريع والقضاء من جهة، وفقه القانون وفلسفته من جهة أخرى، ولعلّ العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأخلاقية تضافرت جميعها لتؤكد أن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه أدى إلى حدوث خلل وعدم التوازن في العلاقات القانونية، الأمر الذي أدى إلى تطور التشريعات الحديثة لإعادة النظر في المسألة لتمنح القاضي سلطات أوسع، وبهذا أصبح القاضي يقوم بدور إيجابي في مجال المعاملات، فأصبحت للحرية التعاقدية مفهوم أقرب إلى العدالة، وصار القاضي هو صاحب السلطة في حماية حقوق الأفراد ومصالح المجتمع، يراقب العقد منذ نشأته حتى انتهائه.

فنجده يتدخل في مرحلة تكوين العقد المدني رفعا للغبخ الاستغلالي وحماية المتعاقدين، كذا وتعديل الشروط التعسفية، بحيث يقوم بمراجعة الاتفاق وإزالة ما يخالف العدالة وتحققها لذا مد هذه الحماية إلى مرحلة تنفيذ العقد، فمنح القاضي في هذه المرحلة إمكانية التدخل لتعديل العلاقات العقدية بغرض مواجهة الظروف المتغيرة التي ينشأ عنها اختلال التوازن العقدي وذلك بالنص على نظرية تعارف الفقه على تسميتها بـ "نظرية الظروف الطارئة". ، كذلك للقاضي الحق في تعديل العقد في حالة ورود الشرط الجزائي المبالغ فيه، وكذلك كما منح القاضي بموجب نصوص أخرى إمكانية تعديل العقد المدني كمنح أجل الوفاء وهناك حالات أخرى لكن لا ترقى أن تشكل نظرية عامة تتيح للقاضي تدخلا أوسع لتعديل العقد المدني.

من هنا يتحدد موضوع الدراسة ألا وهو "التعديل القضائي للعقد المدني في التشريع

الجزائري".

## أهمية الموضوع:

تبدو أهمية دراسة الموضوع على مستويين:

أما الأول فيتمثل في أهمية الموضوع في حد ذاته بما يكتسبه من أهمية خاصة في مجال فقه القانون المدني من جهة، وفي مجال التعاملات اليومية للأشخاص عند تنفيذهم للالتزامات التعاقدية من جهة أخرى في ظل ما يثيره الموضوع من جدل باعتبار رأي معارضيه كونه يُعدّ انتقاصاً من الحرية التعاقدية ويشكل قيوداً على حرية الأفراد في تعاقداتهم، وسبباً لعدم الاستقرار في المعاملات المالية.

أما الثاني فيتمثل في أهمية مجال البحث، كون التعديل القضائي للعقد المدني في المرحلة المتعلقة بتكوينه، وأثناء تنفيذه يمثل آلية من الآليات القانونية التي منحها المشرع الجزائري للقاضي المدني على غرار التشريعات الحديثة التي توسع وتفعّل من الدور الإيجابي للقاضي.

## إشكالية البحث:

يتمثل الإشكال الرئيسي للبحث في التساؤل التالي: ما مدى الصلاحية التي منحها المشرع الجزائري للقاضي المدني في تعديل مضمون العقد المدني في مرحلتي تكوينه وتنفيذه؟ وما مدى مساس هذه التعديلات بسلطان الإرادة؟

ويتفرع على هذا التساؤل عدة تساؤلات فرعية:

- ما مدى أهمية هذه التعديلات في التأثير على التزامات الأطراف المتعاقدة في التشريع الجزائري وإطارها القانوني؟
- ما هو مفهوم تعديل العقد المدني؟ وصوره؟
- ما هي أهم الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد في المرحلة المتعلقة بتكوينه؟
- ما هي أهم الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد أثناء مرحلة تنفيذه؟
- ما هي وسائل تعديل العقد والقيود الواردة عليها؟
- وما مدى سلطة القاضي في إجراء التعديل؟

- ما هي الضوابط والشروط التي تحكم سلطة القاضي في ممارسته هذه الصلاحية لخلق التوازن بين الالتزامات المتقابلة لأطراف العقد وتحقيق الغرض من إبرام العقد؟

### أهداف البحث:

يهدف البحث إلى:

- بيان أن التعديل مفهوم قانوني يسعى إلى إبقاء وديمومة العلاقة العقدية، عكس الفسخ والبطلان، اللذان يهدفان إلى إنهاء هذه العلاقة.
- تقييم النظام القانوني الجزائري من خلال بيان إيجابيات وسلبيات هذه الصلاحية القانونية المخولة للقاضي.
- محاولة الكشف على حقيقة تفعيل النصوص القانونية على أرض الواقع، وبيان مدى فعاليتها من خلال الأحكام القضائية، كذا انعكاساتها على حقوق الأطراف المتعاقدة ومراكزهم القانونية.

### أسباب اختيار الموضوع:

لعل السبب الأول هو ذاتي شخصي، ويتمثل في ميلي إلى دراسة الأحكام المتعلقة بسلطة القاضي عموماً أثناء تأدية مهامه، وبتعديله للعقد من خلال تأثيره على الإرادة العقدية خصوصاً.

أما السبب الثاني فهو ما يكتسبه الموضوع من أهمية بالغة في الواقع العملي، لما يلعبه القاضي المدني من دور هام في التأثير على مسار العلاقة التعاقدية وضمان العدالة التعاقدية والحفاظ على وجود العقد.

### المنهج المتبع:

إن دراسة الموضوع تقتضي مني أساساً اعتماد المنهج الاستقرائي لأنني بصدد تتبع النصوص القانونية وآراء الفقهاء التي تناولت الموضوع، ومحاولة تتبع وحصر الأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع، والربط بينها لتحقيق الهدف والوصول إلى استنتاج نتائج الدراسة في نهاية البحث والدراسة حول الموضوع مع أهم الاقتراحات التي تتناسب مع التطورات التشريعية الحديثة خدمة لمصالح الأطراف المتعاقدة، والحفاظ على العقد المبرم، وتفعيل دور القاضي الإيجابي، وهذا لا يعني أنني في غنى عن آليات المنهج

التحليلي، عند شرح النصوص القانونية، والتعليق على القرارات المختلفة التي مست الموضوع كما أستعين بآليات المنهج المقارن مع الدراسات في غير التشريع الجزائري.

### الدراسات السابقة:

لم يلق موضوع "التعديل القضائي للعقد المدني" اهتماما كبيرا - حسب اطلاعي-، الأمر الذي تعكسه الدراسات والكتابات في هذا الموضوع، خاصة في التشريع الجزائري، ولعل معظم الدراسات التي تناولت الموضوع عرضت له بطريقة ثانوية ضمن النظرية العامة للالتزامات.

لذا، فإنه لم تفرد له دراسة مستقلة - في حدود علمي- إلا ما احتوته أطروحة دكتوراه الدولة في القانون للدكتور حميد بن شنيبي تحت عنوان "سلطة القاضي في تعديل العقد"، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1996.

والملاحظ أنّ هذه الدراسة تناولت الموضوع بجدية رغم تخصيصها وتركيزها على سلطة القاضي في تعديل العقد، والدور الإيجابي الذي يقوم به في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية، والقضاء على مظاهر الظلم، والاستغلال بين أفراد المجتمع.

والملاحظ أيضا لهذه الدراسة، وما سبقها من الدراسات في الدول العربية أن أصحابها تناولوا الموضوع عن طريق السلطة التقديرية للقاضي، أو تناولوها في أوسع من نطاق العقد لتشمل القانون المدني كله، وهو الأمر الذي أشار إليه حميد بن شنيبي نفسه، أما دراسته فقد جاءت قاصرة على العقد دون المصادر الأخرى، الأمر الذي استفدت منه بالغ الاستفادة في إثراء دراستي، خاصة من خلال الباب الأول من بحثه، الذي تطرق فيه الباحث إلى مجال سلطة القاضي التعديلية، فأبرز النظريات بنوع من التبسيط والوضوح، وقد حاولت بدوري التعمق بالدراسة والتحليل في أهم الحالات التي وردت في النصوص القانونية، والتي من خلالها يجوز للقاضي تعديل العقد سواء في مرحلة تكوينه، أو في مرحلة تنفيذه، وكذا تقصي أهم القرارات وخاصة الجزائرية منها التي أخرجت الموضوع من الطابع النظري إلى الطابع التطبيقي.

هذا، وقد أطلعت على مؤلف آخر هو في الأصل رسالة دكتوراه أيضا في الحقوق، للدكتور فؤاد معوض محمود، تحت عنوان "دور القاضي في تعديل العقد"،

والحقيقة، وبعد إطلاعي على هذه الرسالة، وأهم جزئياتها وجدت أنه يُسهب في دراسة موضوع دور القاضي في تعديل العقد من جانب الفقه الإسلامي دراسة تحليلية، معتمدا على المقارنة بين المذاهب الأربعة، فهذه الدراسة تطرق فيها إلى الموضوع من الناحية الفقهية أكثر من الناحية القانونية، وفي دولة مصر فقط.

إضافة إلى ما سبق ذكره، وجدت أنه أشار في هذه الدراسة بطريقة وجيزة ومختصرة إلى دور القاضي في تعديل العقد في القانون الوضعي، رغم أنها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي.

أما دراستي فهي منصبة على التعديل القضائي للعقد المدني في التشريع الجزائري دون الفقه الإسلامي، ورغم تطرق هذه الدراسات إلى الموضوع في بعض من جزئياته، نظرا لأن كل باحث له خلفية، وإشكالية ينطلق منها، فهذا لا يُعِيننا عن البحث في الموضوع بخلفية أخرى مغايرة، فعمل الإنسان دائما يحتاج إلى تعديل، وإلى إعادة النظر بحسب المستجدات القانونية، والاقتصادية، والسياسية التي تطرأ على النصوص القانونية بصفة خاصة، وعلى الأنظمة القانونية بصفة عامة.

### خطة البحث ومبرراتها:

أولا: الخطة.

مقدمة.

الفصل الأول: ماهية تعديل العقد المدني.

المبحث الأول: مفهوم تعديل العقد المدني.

المطلب الأول: تعريف تعديل العقد المدني.

المطلب الثاني: مبررات تعديل العقد المدني، وتمييزه عن بعض المفاهيم القانونية

المشابهة.

المبحث الثاني: صور تعديل العقد المدني.

المطلب الأول: التعديل الإتفاقي.

المطلب الثاني: التعديل القانوني والقضائي.

الفصل الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني المتعلق بتكوينه في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: التعديل القضائي للعقد المدني المتعلق بتكوينه للغبن الاستغلالي .

المطلب الأول: مفهوم الغبن والاستغلال.

المطلب الثاني: دور القاضي في تعديل العقد المدني لرفع الغبن الاستغلالي.

المبحث الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني المتعلق بتكوينه للشروط التعسفية في عقود الإذعان.

المطلب الأول: تعريف عقد الإذعان وشروطه.

المطلب الثاني: دور القاضي في تعديل العقد المدني إزاء عقود الإذعان.

الفصل الثالث: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه للظروف الطارئة

المطلب الأول: مفهوم و شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد المدني للظروف الطارئة.

المبحث الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه للشرط الجزائي.

المطلب الأول: مفهوم، وشروط استحقاق الشرط الجزائي.

المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

خاتمة.

ثانيا: مبررات الخطة:

بما أن عنوان بحثي هو " التعديل القضائي للعقد المدني في التشريع الجزائري " فإنه

يجب تناول ثلاث أفكار أساسية بالبحث، وهي:

الفكرة الأولى: نتناول فيها مفهوم تعديل العقد المدني، وصور التعديل.

الفكرة الثانية: تتعلق بالتعديل القضائي للعقد المدني المتعلق بتكوينه في التشريع الجزائري.

الفكرة الثالثة: تتعلق بالتعديل القضائي للعقد المدني أثناء مرحلة التنفيذ في التشريع الجزائري.

وبالتالي فقد أدرجتها في ثلاث فصول على النحو الآتي:

الفصل الأول: ماهية تعديل العقد المدني.

الفصل الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني المتعلق بتكوينه في التشريع الجزائري.

الفصل الثالث: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه في التشريع الجزائري.

وبناء على أن الفصل الأول يهتم بالإطار المفاهيمي للموضوع، فهذا يقتضي منا التعرض لمفهوم تعديل العقد المدني بصفة عامة، وكذا تمييزه عن بعض المفاهيم المقاربة له كالنفسير، والتكملة، كما يهتم هذا الفصل أيضا بإبراز صور تعديل العقد المدني من تعديل اتفاقي، إلى تعديل قانوني إلى تعديل قضائي، وهذا الأخير هو الذي تنصب عليه الدراسة، وعلى هذا الأساس فقد عرضت لهذا الفصل في مبحثين على النحو الآتي:

الفصل الأول: ماهية تعديل العقد المدني.

المبحث الأول: مفهوم تعديل العقد المدني.

المبحث الثاني: صور تعديل العقد المدني.

وبما أن عنوان بحثي يركز على التعديل القضائي للعقد المدني في التشريع الجزائري، فإننا سنميز بين حالتين من تعديل القاضي للعقد، وهي: حالة تعديله والمتعلقة بإبرامه، وحالة تعديله في مرحلة تنفيذه، لذا سأقوم بتخصيص الفصل الثاني للتعديل القضائي للعقد المدني المتعلق بتكوينه في التشريع الجزائري، وفق التقسيم الآتي:

الفصل الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني المتعلق بتكوينه في التشريع الجزائري

نتناول فيه مبحثين.

المبحث الأول: التعديل القضائي للعقد المدني المتعلق بتكوينه للغبن الاستغلالي.

المبحث الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني المتعلق بتكوينه للشروط التعسفية في عقود الإذعان.

بعد ذلك سنقوم بدراسة التعديل القضائي للعقد المدني أثناء تنفيذه في فصل ثالث،

وهذا الأخير ينقسم إلى مبحثين كالاتي:

الفصل الثالث: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه في التشريع

الجزائري.

المبحث الأول: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه للظروف الطارئة

المبحث الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه للشرط الجزائي.

ثم بعد ذلك أنهي بحثي بخاتمة فيها أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

# الفصل الأول

## ماهية تعديل العقد المدني

إن الحديث عن تعديل العقد المدني، سواء تعلق الأمر بتكوينه، أو بمرحلة تنفيذه، من حيث صورته وأحكامه يقتضي ابتداء بيان ماهية هذا التعديل وحقيقته، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

لهذا فقد مهدت في هذا الفصل ببيان ماهية تعديل العقد المدني، وهو ما يقتضي مني بيان جملة من المسائل الأولية تتعلق بتعريفه، ومبرراته وتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة وصوره.

بناء على ما تقدم فقد اخترت أن أتناول هذا الفصل في بحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم تعديل العقد المدني

المبحث الثاني: صور التعديل في العقد المدني

المبحث الأول: مفهوم تعديل العقد المدني.

لا يتأتى الحديث عن مفهوم تعديل العقد المدني إلا بتعريف هذا التعديل، وهو موضوع المطلب الأول، وكذا بيان مبرراته وتمييزه عن المفاهيم القانونية المشابهة، وهو موضوع المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف تعديل العقد المدني.

إن تعريف المركب اللفظي "تعديل العقد المدني" يقتضي مني تعريف أجزائه منفصلة لغة واصطلاحاً تمهيداً لتعريف المركب.

وقبل التطرق إلى تعريف التعديل لا بد أولاً من تحديد التعريف اللغوي والاصطلاحي للعقد المدني، ولتعريف العقد المدني يقتضي منا الأمر بالضرورة إلى تعريف وتحديد المقصود بالعقد لغة واصطلاحاً ليكون الدخول في مباحث هذه الدراسة قائماً على تصور سليم.

الفرع الأول: تعريف العقد.

العقد لغة مصدر عقد، يَعْقِدُ عَقْدًا وجمعه عقود.

ويطلق على معان كثيرة منها: الربط، والشد، والجمع بين أطراف الشيء، والتوثيق

والالتزام والتوكيد والتغليب والأحكام والقوة والإبرام والإلزام والعهد<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، ط1، بيروت، لبنان، دار صادر، 2000، م3، ص 296-299. (أنظر كذلك: أحمد بن محمد بن المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ط2، جامعة الأزهر، دار المعارف، 1994، ص 120).

وفي مجملها تركز على معنى الربط والشّد ونقيضهما الحل<sup>1</sup>.

وعقد النكاح وكل شيء: وجوبه وإبرامه، والعقدة في البيع: إيجابه، ومن الباب قولهم عقَدْتُ الحبلَ أَعَدَهُ عَقْدًا، وقد انعقد، ومنه قولهم: عَدَّ الحبلَ والبيعَ والعهدَ يَعْقِدُهُ: شَدَّهُ<sup>2</sup>.

الملاحظ على التعريفات المذكورة أنها لا تخرج عن معنى الربط، والجمع بين أطراف الشيء، وفيها يتداخل المعنى الحسي كربط الحبل مثلا، مع المعنى المعنوي كعقد البيع والإجارة والنكاح لما في ذلك من ربط القبول بالإيجاب وهو المقصود منه. ولتعريف العقد اصطلاحا يقتضي منا الأمر التعرض للتعريف الفقهي الإسلامي والتعريف الفقهي القانوني وكذا التعريف القانوني الذي أورده المشرع الجزائري، وهو ما سنوضحه في الآتي:

فالعقد في الفقه الإسلامي يطلق على معنيين، أحدهما عام والآخر خاص<sup>3</sup>.

- أما الأول وهو العام، فيقصد به: الربط الحاصل بين الكلامين ما يقوم مقامهما على وجه يثبت عليه حكم شرعي بإلزام لأحد الطرفين أو لكليهما، إلا أن هناك من الفقهاء المسلمين من يجعل كل ما عزم المرء على فعله عقدا سواء أكان ذلك تم بإرادته المنفردة على سبيل المثال الوصية والإبراء من الدين أو بتطابق إرادتين كالبيع والإيجار والشركة والقرض ونحوهما.

فهؤلاء يرون أن كل هذه التصرفات ونحوها عقود لما فيها من معنى العزم وانعقاد النية على عملها، بل إن عزم المرء على فعل كذا تقوية لإرادته التي ربما كانت مترددة فيقدم على فعله، يعتبر عقدا أيضا، وإلى هذا اتجه المالكية و الشافعية والحنابلة، وهو تعميم لا يقره بعض الفقهاء كالأحناف<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، حققه عبد السلام محمد هارون، مصر، القاهرة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1981، 395هـ، م 3، ص 76.

<sup>2</sup> - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، بيروت، لبنان، دار العلم للجميع، (د، ت)، ج 2، ص 383.

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (د.ط)، القاهرة، دار الفكر العربي، 1976، ص 171، 179، 191.

<sup>4</sup> - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية)، مصادر الالتزام، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996، ج 1، ص 38.

فالعقد بمعناه العام إذن يشمل ما يكفي لانعقاده عاقد واحد، كالطلاق ونحوه وما لا بد فيه من عاقدين كالبيع ونحوه.

- أما الثاني وهو الخاص، فيقصد بالعقد: كل ما يلزم لوجوده طرفين لانعقاده، أو عاقدين أو إرادتين، وهذان الطرفان يتبادلان الالتزام، فيلتزم أحدهما بشيء مقابل التزام الآخر بمقابل له، كمن يبيع أرضاً لشخص في مقابل دفع الطرف الثاني الثمن وهو بهذا قسم من المعنى العام كما هو ظاهر.

وهو الأشهر والأكثر استعمالاً حتى يكاد ينفرد بالاصطلاح في الوقت الراهن<sup>1</sup>.

فهو ارتباط الإيجاب بالقبول، سواء أكان العقد هو تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه يثبت أثره في المحل<sup>2</sup>.

أما العقد في الفقه القانوني فيُفرّق بعض الشراح بين العقد والاتفاق، فالاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، فالاتفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع، ينشئ التزامات في جانب كل من البائع والمشتري، والاتفاق على نقل التزام مثله الحوالة، ينقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر، والاتفاق على تعديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو إضافة شرط له، والاتفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينتهي به الدين.

والعقد أخص من الاتفاق، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله، ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً، أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له، فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد.

وقد نقل التقنين المدني الفرنسي هذا التفريق بين العقد والاتفاق عن بوتيه "Pothier" ودوماً "Domat"، إذ عرف العقد في المادة 1101 بأنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو الامتناع عن فعله"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 175.

<sup>2</sup> - يزيد أس نصير، الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن المبدأ وتطوره، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس عشر، شوال 1422، يناير 2002، ص 95.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام،

<sup>3</sup> ط 3، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، م 1، ص 149.

إذن مما سبق ذكره فهم يعتبرون الاتفاق جنسا، والعقد نوعا ويترتب على ذلك أن الاتفاق يكون أعم من العقد، والعقد يكون أخص منه وذلك لعدة أسباب تعكس هذه التفرقة. أ- إن اصطلاح العقد يجب أن يقتصر على الاتفاقات الهامة، أي التي خصها المشرع بأسماء معينة، وتكفل بتنظيمها كالبيع والإجازة، أما اصطلاح الاتفاق، فينصرف إلى غير ذلك من الاتفاقات التي تغض بها الحياة اليومية، دون أن يكون لها اسم، أو تنظيم معين<sup>1</sup>. ب- الاتفاق تطابق إرادتين على إنشاء التزام، كما في البيع أو نقله، كما هو الحال بالنسبة للحوالة، أو تعديله كما في الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو على زواله، كما في الوفاء<sup>2</sup>.

وتترتب على هذه التفرقة نتائج قانونية فيما يتعلق بالأهلية، إذ هي تختلف في العقد عنها في الاتفاق، وهو رأي "بوتيه" Pothier وغيره من شراح القانون الفرنسي القديم<sup>3</sup>. والواقع أنه لا فرق بين العقد والاتفاق فهما لفظان مترادفان ويمكن أن يقال هما وجهان لعملة واحدة<sup>4</sup> وهو رأي أكثر الفقهاء<sup>5</sup>، أما القائلين بالتمييز بينهما من حيث الأهلية فيمكن دحض حججهم بما يلي:

فبالنسبة للحجة الأولى فيجاء عليها بأن كل توافق لإرادتين على إحداث أثر قانوني يسمى عقدا، أو اتفاقا، والعبرة هنا هو ما اتجهت إليه الإرادتان أي إحداث أثر قانوني لاتفاقهما وإلا لن نكون بصدد عقد أو اتفاق بالمعنى القانوني لهذا الاصطلاح. أما القول الثاني: بأن الاتفاق تطابق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله أو زواله، وأن العقد هو توافق الإرادتين على إنشاء هذا الالتزام، يضع له القانون جزاء،

---

<sup>1</sup> -أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، (د، ط)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص11.

<sup>2</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية (دراسة فقهية وقضائية)، (د، ط)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص15.

<sup>3</sup> - أنور سلطان، الموجز...، المرجع السابق، ص11.

<sup>4</sup> - وهذا هو الرأي السائد بين فقهاء القانون، وأخذ به المشرع المصري في التقنين الحالي، فنص في المادة 122 منه على أن: "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها" وصرحت المذكرة الإيضاحية للنص بأن القصد منه هو نفي تلك التفرقة ولكن حذف النص تجنبا للتعريفات التي تدخل في عمل الفقه وليس المشرع، أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الالتزامات، (مصادر الالتزام)، مصر، دار الكتاب العربي، ج2، ص11.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م1، ص150.

فيقال : أن العقد أصبح كذلك هو اتفاق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله، فبات هو والاتفاق مترادفان هذا من جهة<sup>1</sup>.

كما أنه من جهة أخرى أن القول باختلاف الأهلية في العقد عنه في الاتفاق لا يبرر لهم هذه التفرقة والتمييز، إذ أن الأهلية أيضا تختلف باختلاف العقود<sup>2</sup>، فالأهلية اللازمة للبيع لازمة للإيجار، ومع ذلك لم يقل أحد بأن البيع عقد والإيجار ليسا بعقد، لأن كلاهما في الأخير عقد<sup>3</sup>.

وفي الأخير نجد أن الفقه الحديث قد تجاوز هذه التفرقة لعدم وجود أية فائدة عملية منها.

وعلى هذا يمكن تعريف العقد بأنه: توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، قد يكون إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه.

وقبل التطرق إلى تعريف العقد عند المشرع الجزائري نوجز مجموعة من الملاحظات حول تعريف تعديل العقد في الفقه الإسلامي والفقه القانوني، إذ يتبين عرض كلا التعريفين ما يلي:

- التعريف الفقهي الإسلامي له وجهتان في تعريف العقد، تعريف بالمعنى العام، وتعريف بالمعنى الخاص.

أما العام فالفرق بينه وبين التعريف الفقهي القانوني واضح، حيث نجد أن الأول يشمل جميع الالتزامات، سواء الناتجة عن إرادة شخص واحد، أم إرادة طرفين أو شخصين، أما في القانون فالعقد يشمل الالتزامات الناتجة عن إرادة طرفين فأكثر إذن فالتعريف الفقهي أعم وأشمل من التعريف القانوني.

أما بالنسبة للتعريف الفقهي الإسلامي الخاص والتعريف الفقهي القانوني للعقد نجد أن التعريف الفقهي الإسلامي يتميز عنه من زاويتين من زاوية النطاق، ومن زاوية الأثر. أما الزاوية الأولى، فالعقد في القانون يطلق عليه الاتفاق الذي هو يقع في نطاق القانون الخاص، وفي دائرة المعاملات المالية، ولا يطلق على عقد الزواج، لأن العقد ما

<sup>1</sup> - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، (د، ط)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2009، ص 22.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... المرجع السابق، م 1، ص 150.

<sup>3</sup> - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات ... المرجع السابق، ص 23.

كان مصدرا للالتزام ذي قيمة مالية، وعقد الزواج ليس كذلك، لأن الحقوق المترتبة عليه إنما تجب بمقتضى القانون، ولا تنشأ عن طبيعة العقد، أما العقد في الفقه الإسلامي ، فإنه كما عقد الزواج الذي هو من طبيعة خاصة<sup>1</sup>.

أما الزاوية الثانية، ففي الفقه القانون العقد ينتج أثر هو إنشاء الالتزام، ويكون نافدا بقوة القانون بمجرد انعقاد العقد كما هو الحال في البيع، فإنه ينشئ التزاما بنقل الملكية إذا كان المبيع منقولا، أم إذا كان يتطلب لِنفاذه عمل من المدين كدفع الثمن<sup>2</sup>.

أما في الفقه الإسلامي فالعقد ينتج حكمه بمجرد انعقاده صحيحا، وهو ينشأ مباشرة عن العقد، دون فكرة أخرى وسيطة بينهما ودون اتخاذ إجراء آخر مستقل عن العقد يستوي الأمر إذا كان المحل منقولا أو عقارا، فالبيع مثلا بمجرد انعقاده ينقل بقوته الذاتية ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، دون أن ينشئ التزاما بذلك<sup>3</sup>.

فالعقد هو اتفاق إرادي يؤول إلى خلق الالتزامات<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام- التصرف القانوني)، ط2، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2004، ج1، ص42. أنظر كذلك: محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، (د،ط)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 2000، ص45 .

<sup>2</sup> - راجع: علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، الجزائر، موفم للنشر، 2008، ص46، 47.

<sup>3</sup> - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات ...، المرجع السابق، ص26

<sup>4</sup> - le contrat, accord de volontés a créé des obligations. (Voir : patrik canin, Doit civil les obligations, 3 édition, paris, hachette, supérieur, 2007, p11).

لذا وجب أن يكون التراضي المنشئ للعقد صحيحاً<sup>1</sup>، بحيث أن يكون صادراً عن ذي أهلية (la capacité) وبريئاً من عيوب الإرادة (les vices de volonté) وهي الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال، وقد أضاف المشرع الجزائري إليها الغبن (la lésion) في المادة 91 ق م ج<sup>2</sup>.

هذا بالنسبة لتعريف العقد في الفقه القانوني، أما بالنسبة لتعريف العقد قانوناً، فقد تناولت المادة 54 ق م ج تعريف العقد بقولها: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"<sup>3</sup>. من هذا التعريف نجد أن العقد هو اتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية، لذا أعتقد أن المشرع الجزائري قد أحسن من جهة أنه أخرج تعريف العقد من طابعه الحسي إلى الواقعي، فالإرادة التي هي سبب في وجود العقد، هي في حقيقة الأمر عمل نفسي فالعقد يظهر من خلال ما يحدثه من أثر قانوني، فإذا لم يكن هناك أثر لم نعد حينئذ بصدد العقد،

---

<sup>1</sup> - ويقصد بالتراضي اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب، فيقال أن البائع قد ارتضى البيع، والمشتري قد ارتضى الشراء، وبالنسبة للعقد يعني توافق إرادتي طرفيه، ولهذا كان الأصح قول "التعبير عن إرادتهما" وليس "التعبير عن إرادتهما" كما ورد في نص المادة 59 ق م ج . (أنظر: منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 83).

ويلاحظ أن القانون المدني الجزائري قد جرى القانون المدني المصري في خطئه فسمى التراضي (الرضا) وهذا غير سعيد، لأن الرضاء هو الذي يصدر من جانب واحد، بينما التراضي، وهو المقصود هنا كركن في العقد، يصدر من طرفين. (أنظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط7، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص28).

وعلى هذا نجد أن التراضي ركن مهم في إنشاء التصرف القانوني الواقع بإرادتين، وبالإيجاب والقبول يتحدد محل الالتزام العقدي، بينما يتولى القانون تحديده عادة وبالتالي لا يكون ثمة احتمال بأنه غير مستوفي لشروطه لأنه غالباً ما يكون دفع مبلغ من النقود أو قيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وأما سبب الالتزام العقدي فهو الباعث الدافع للتعاقد، ويختلف هذا الباعث باختلاف الأعمال القانونية وهذا هو تصور الفقه الإسلامي ونظرية القضاء الفرنسي لسبب الالتزام العقدي. (أنظر: منذر الفضل، المرجع السابق، ص 83).

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، (التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة)، ج1، ط5، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص96.

<sup>3</sup> - عدلت المادة 54 بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (ج ر 44 ص21)، وقد حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما" وبالتعديل أصبح النص العربي مطابقاً تماماً للنص الفرنسي.

- العقد هو أهم المصادر في نظرية الالتزام التقليدية، فقد خصص له القانون المدني الفصل الثاني ونص عليه في 70 مادة من المادة 54 إلى المادة 123، وإن كان دوره قد تقلص حديثاً بفعل تدخل الدولة وتقلص مبدأ سلطان الإرادة.

وإنما يبقى مجرد اتفاق لا يرقى إلى العقد، وهو بذلك يقارب في تعريفه للعقد التعريف الوارد عند الفقهاء المسلمين من أمور ظاهرة (الإيجاب والقبول)<sup>1</sup>، إلا أن ما تجدر الإشارة إليه أن هذه المادة تعتبر ترجمة حرفية للنص الفرنسي<sup>2</sup>.

لذا قد عيب على هذا التعريف المأخوذ من تقنين نابليون عيبان:

أما الأول: هو أنه أخلط بين تعريف العقد وبين تعريف الالتزام، فالعقد رابطة تقوم على اتفاق ينشئ هذه الرابطة أو يعدلها أو ينهئها وتترتب على قيام هذه الرابطة التزامات لكل التزام منها محله سواء كان عملاً، أو امتناعاً عن عمل.

أما العيب الثاني<sup>3</sup> فهو يعتبر العقد نوعاً من الاتفاق أي جعل العقد اتفاقاً ينشئ التزاماً، فهو نوع *espèce* والاتفاق جنس (*genre*) له، ويلاحظ أن التعريف الذي أورده التقنين المدني الفرنسي يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام<sup>4</sup>، ذلك أنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء الالتزام فموضوع الالتزام هو عمل إيجابي أو سلبي كما سلف الذكر.

بعد أن عرضنا لتعريف العقد نحاول أن نعطي تعريفاً للعقد المدني وفي هذا الصدد أشير أنني لم أجد في الكتب القانونية، ولم أعثر على تعريف دقيق وواضح للعقد المدني، لهذا سأحاول تعريفه بالمقارنة مع العقد الإداري.

---

1- راجع في هذا الصدد: جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، 2009، ص 58.

2 - ART: 1101 « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

3- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 10.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط... المرجع السابق، م 1، ص 149.

- يضاف إلى العيبيين المنقولين عن القانون الفرنسي عيب ثالث وقع في النص العربي للمادة 54 وهو أنه سمي الالتزام (بمنح) وظن أن الكلمة الفرنسية الواردة في القانون المدني الفرنسي وفي النص الفرنسي للمادة 54 بلفظ *Donner* معناها المنح أي *Donation* مع أن الكلمة الفرنسية *Donner* مأخوذة من الكلمة اللاتينية *Dare* التي تعني نقل حق ملكية وعلى كل حال فلا ضرورة للنص على هذا الالتزام، لأن الالتزام بنقل حق هو في الواقع التزام بعمل ويندرج في الالتزام الثاني الوارد بالنص. راجع في هذا الصدد: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 11.

## الفرع الثاني: المقصود بالعقد المدني.

العقود الخاصة هي العقود الأكثر شيوعا، والأكثر ممارسة<sup>1</sup>، وهي تخضع للقانون الخاص الذي بين الأفراد والدولة، أو أحد فروعها باعتبارها شخصا معنويا عاديا، وليس باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة.

وأهم فروع القانون الخاص نذكر: القانون المدني، القانون التجاري، القانون البحري، القانون الجوي، قانون العمل، قانون الإجراءات المدنية و التجارية و القانون الدولي الخاص.

وما يهمنا في هذا الصدد هو القانون المدني، لأنه مرتبط بالمجال الذي يطبق عليه وهو العقود المدنية.

فالقانون المدني هو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم السلوك الخاص، فهو يعتبر دعامة القانون الخاص<sup>2</sup> والشريعة العامة فيه<sup>3</sup>.

وموضوع القانون المدني في التشريع الجزائري يقتصر على المعاملات المالية فقط وجزء يسير من الأحوال الشخصية تاركا حكم معظم مسائل الأحوال الشخصية لقواعد قانون الأسرة<sup>4</sup>.

مما تقدم يمكن لنا أن نصل إلى تعريف العقد المدني بالتركيز على أشخاص العقد المدني وموضوع العقد المدني، والهدف من إبرام العقد المدني، فقط وحتى يتسنى لنا ذلك، نجد أن العقد المدني يختلف عن تعريف العقد الإداري من حيث المعايير التي ذكرناها أعلاه.

فالعقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير مرفق عام، وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

والعقد الإداري غير العقد المدني من حيث أنه يستهدف مصلحة عامة، وهي تسيير المرافق العامة، عكس العقد المدني الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة بالمتعاقدين.

<sup>1</sup> - آلان بينابنت، القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي، ط1، بيروت- لبنان، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2004، ص9.

<sup>2</sup> - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الجزائر، دار هومة، 1999، ص 89.

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص90.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص91.

لذلك لا ينطبق على العقد الإداري ذلك الأصل المقرر في العقد المدني<sup>1</sup> "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون" فإذا كان العقد المدني يخول للمتعاقدين نقض، أو تعديل العقد بإرادتها، فإن في العقد الإداري نجد أن الإدارة بما تمتلك من امتيازات بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة وضمان سيرها واستمرارها تملك وحدها أي إرادتها المنفردة تعديل العقد، على خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم.

ومما تقدم يمكن القول أن العقد المدني هو: العقد الذي يبرمه المتعاقدان قصد تحقيق مصلحة خاصة بهما، وفقا لقواعد القانون المدني.

- أو هو العقد الذي يتبادل فيه شخص، أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو بفعل أو عدم فعل شيء ما، وفقا لقواعد القانون المدني.

- أو هو العقد الذي يتم تبادل الطرفان التعبير عن إرادتها المتطابقتين لإنتاج آثار قانونية، دون الإخلال بقواعد القانون المدني.

### الفرع الثالث: تعريف التعديل "Modification".

إن مجال عمل المشرع الأهم هو سن القانون، ويبقى بيان المفاهيم والتعريفات وطبيعة كل نظام من قبيل اختصاص وعمل الفقيه دون المشرع، إلا أن المشرع في حالات خاصة يتكفل بدوره بإيجاد مفاهيم وتعريفات لأنظمة قانونية معينة وذلك رغبة منه في الحد من الاختلافات الفقهية التي تخص تعريف مسألة قانونية معينة، وبالنسبة للمشرع الجزائري فلم يُعرّف التعديل وترك ذلك للفقه، وهو ما ستقف عليه في الآتي:

وحتى يتضح لنا المقصود بالتعديل، يتوجب علينا بيان معناه لغة واصطلاحا.

فالتعديل لغة مصدر عدل ومعناه التسوية والتقويم، وهو إجراء تغييرات في جوهر الشيء<sup>2</sup>.

وفي اللغة الفرنسية فإن لفظة "modifier" تعني: عدل، غير، بدّل.

تعديل عقد: modifier d'un contrat -

<sup>1</sup> - حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العلمي (المبادئ والأسس العامة)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998، ص210.

<sup>2</sup> - بطرس البستاني، محيط المحيط، (د، ط)، بيروت، لبنان، تيبوبرس، 1987، ص581. (أنظر كذلك: محمد الباشا، الكافي، معجم عربي حديث، ط1، بيروت، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، 1992، ص270).

<sup>1</sup> عدّل شروط العقد، أو غيرها : modifier les clauses d'un contrat -

الملاحظ على التعريف اللغوي لكلمة التعديل، أنها تتضمن نفس معان اللفظة باللغة الفرنسية هذا من جهة، من جهة أخرى فإنها تصب في دائرة إحداث تغيير في جوهر الشيء كما هو الحال بالنسبة للعقد المدني وهو ما سنوضحه في حينه.

أما بالنسبة للتعريف القانوني للتعديل فهو: "إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر، أو عناصر من العقد، وذلك بالإنقاص، أو بالإضافة بغية المحافظة على العقد".

وهو أيضا إجراء تغيير جزئي، وينصب هذا التغيير على عنصر من عناصر العقد أو بند من بنوده بالحذف أو بالإضافة أو غير ذلك، دون إزالة العقد، أو نقضه<sup>2</sup>.

والتعديل على هذا قد يتجسد في صورة إحداث تغيير في بعض الشروط الموجودة في العقد الأصلي، بشروط أخرى تخدم مصالح الأطراف المتعاقدة، وتحافظ على استمرار العقد ووجوده في أحوال معينة بغرض مواجهة الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقد وتحول دون تحقيق مصالح أطرافه.

وهذا التعديل هو سلطة مقررة للأطراف أصلا بموجب النص القانوني<sup>3</sup>، هذه السلطة تسمح لهم بإعادة التفاوض بالاستفادة من مراجعة العقد في حالة تغير الظروف الابتدائية<sup>4</sup>.

والتعديل في حقيقة الأمر ما هو إلا استثناء من المبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين" أقره المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى في المادة 106 من القانون المدني بنصه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقررها القانون"<sup>5</sup>.

---

1- يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية، والتجارية والمالية، (فرنسي عربي)، (د، ط)، منشأة المعارف بالإسكندرية، (د، ت)، ص 545.

<sup>2</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001-2002، ص5.

<sup>3</sup> - راجع المادة 106 مدني جزائري.

<sup>4</sup> - Patrick canin, op.cit, p66.

<sup>5</sup> - Art.106 : « le contrat fait la loi des parties il ne peut être révoqué, ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les couses prévues par la loi ».

والتعديل كمفهوم قانوني يسعى إلى إبقاء وديمومة العلاقة التعاقدية، والمحافظة عليها عكس الفسخ<sup>1</sup>، والبطلان<sup>2</sup> اللذان يهدفان إلى إنهاء هذه العلاقة، فهو نظام قانوني متميز له مجاله الخاص للتطبيق، قد يحدث في مرحلة تكوين العقد، وقد يحدث أثناء تنفيذه ذلك بعد توفر شروطه القانونية.

ويقنصر التعديل على زيادة، أو إنقاص، أو الإعفاء من بعض الشروط في العقد، لجعله أكثر ملائمة لمصالح الأطراف المتعاقدة.

فهو يهدف إلى مواجهة الصعوبات الاقتصادية، أو الاجتماعية الغير متوقعة، والتي تؤثر على تكوين العقد المدني وتنفيذه، وما قد ينجم عن هذه الصعوبات والأوضاع من اختلال واضح في التوازن الاقتصادي لأطراف العقد، مما يستدعي معه الضرورة لإجراء تعديل يُعيد للعقد توازنه الذي يحقق الغرض من انعقاده.

والمشرع الجزائري بإقراره لتعديل العقد في المادة 106 من القانون المدني السالفة الذكر ميز بين أنواع من التعديل، فقد يكون التعديل باتفاق الأطراف وهو ما يعرف بالتعديل الاتفاقي، وقد يكون التعديل من طرف المشرع وهو ما يسمى بالتعديل التشريعي كما قد يكون التعديل قضائياً وهذا التعديل الأخير هو موضوع بحثنا والأساس الذي تبني عليه دراستنا، لذا وقبل التعرف على هذه الصور من التعديل نتطرق إلى شروط تعديل العقد المدني.

---

<sup>1</sup> - الفسخ كمفهوم قانوني يعني: " أن للمتعاقد الحق في العقد الملزم للجانبين، في حالة ما إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه، في أن يطلب حل الرابطة العقدية، كي يتخلص هو من التزامه، فهو انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي، بسبب أن أحد الطرفين لم ينفذ التزام. ( أنظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص301).

<sup>2</sup> - يقصد بالبطلان التكييف القانوني لعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون إذا كان كاملاً. ( أنظر: فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص8).

- أو هو جزء يرتبه المشرع أو تقضي به المحكمة بغير نص إذا افتقر العمل القانوني إلى أحد الشروط الشكلية، أو الموضوعية المطلوبة لصحته قانوناً، ويؤدي هذا الجزء إلى عدم فاعلية العمل القانوني وافتقاره لقيمته القانونية المفترضة له. أنظر: عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، (د، ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 9 - 11. ( أنظر كذلك: عبد الحكم فوده، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط2، دار المطبوعات الجامعية، 1993، ص 24، 25).

ويعتبر تعديل العقد المدني أثناء مرحلة تكوينه، أو مرحلة تنفيذه وسيلة من الوسائل الممنوحة للأطراف أصلاً، وللمشرع والقاضي استثناء على هذا الأصل.

فيقوم الأطراف بتعديل العقد، مادام أن العقد مبرم بينهما أساسه اتفاق إرادتهما، فالعقد بينهما تم بالتراضي، ومادامت خاصية التراضي هي السبب في إبرامهما العقد، فهذه الخاصية هي أيضاً من تخول لهم الحق في تعديل العقد أيضاً بالتراضي<sup>1</sup>.

فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين<sup>2</sup>.

انطلاقاً من نص المادة 106 مدني جزائري نستنتج أن الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي نفسها التي تعدل العقد، غير أن هذا التعديل يختلف بحسب ما مس العقد من تعديل، فالاتفاق الذي يمس جوهر العقد من محل وسبب بالضرورة ينتج عنه نهاية العقد الأصلي وبداية عقد جديد تطبق عليه القواعد العامة للعقود وهذه القواعد تعتبر ك شروط تراعى لإنشاء العقد الجديد كما هو الشأن للعقد الأصلي<sup>3</sup>.

هذا مع ملاحظة أن بعض العقود تطلب لإبرامها احترام الشكلية، ما يعني معه إلزامية وورود التعديل في شكل معين كما هو حال المادة 561 من القانون المدني التي تنص على أنه: " إذا أبرم عقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر، ولو حدث في هذا التصميم تعديلاً، أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره.

ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة...".

<sup>1</sup> - جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)، الدار الجامعية، 1994، ص238.

<sup>2</sup> - راجع المادة 106 مدني جزائري.

<sup>3</sup> - راجع المادة 59، والمادة 92، والمادة 97 من القانون المدني الجزائري.

وقد احتوى القانون المدني الجزائري بنصوص صريحة وواضحة إمكانية تعديل العقد المدني بطريقة مباشرة، أو بطريقة منح هذه السلطة للقاضي لتعديل العقد، وذلك بطريقة غير مباشرة<sup>1</sup>.

فمن بين النصوص التي بمقتضاها يتدخل المشرع لتعديل العقد المادة: 471<sup>2</sup>، والمادة 474<sup>3</sup>، والمادة 509<sup>4</sup> من القانون المدني الجزائري وذلك باتخاذ المشرع عدة تدابير لتعديل العقد وغالبا ما يتجسد تدخله في صورتين.

أ- تعديل مدة العقد.

ب- تعديل قيمة الأداءات (الالتزامات)<sup>5</sup>.

وعليه فإن الشرط الذي بموجبه يتدخل المشرع لتعديل العقد أثناء مرحلة تنفيذه هو وجود نص قانوني واضح وصريح يجيز له التعديل.

---

<sup>1</sup> - راجع المواد : م 90 ق م (الغبين)، م 107 ق م (الظروف الطارئة)، م 119-210-280-281-411 ق م (الأجل القضائي)، م 184-185 ق م (تعديل الشرط الجزائي)، م 358 ق م (حالة غبن الشريك في القسمة)، كل هذه المواد تجيز للقاضي السلطة لتعديل العقد إذا طلب منه أحد المتعاقدين، أو بصفة أخرى المتعاقد المتضرر ذلك.

<sup>2</sup> - أُلغيت بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 (ج.ر. 31، ص 6).

<sup>3</sup> - أُلغيت بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 (ج.ر. 31، ص 6).

<sup>4</sup> - أُلغيت بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 (ج.ر. 31، ص 6).

<sup>5</sup> - لمزيد من التوضيح راجع: خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 14-25.

**المطلب الثاني: مبررات تعديل العقد المدني، وتمييزه عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة.**

سأحاول من خلال هذا المطلب بيان مبررات تعديل العقد المدني وتمييزه عن المفاهيم القانونية المشابهة له، بحيث أتعرض إلى بيان مبررات تعديل العقد المدني والتي تمثل أساس التدخل لتعديل العقد المدني، لإيجاد نوع من التوازن في الالتزامات المتقابلة وتحقيق العدالة العقدية وذلك من خلال الفرع الأول، ثم بعد ذلك أتناول أهم الأنظمة القانونية المشابهة لتعديل العقد المدني وذلك لإزالة كل لبس وغموض وذلك من خلال الفرع الثاني.

**الفرع الأول: مبررات تعديل العقد المدني.**

**أولاً: مبررات التعديل الإتفاقي للعقد المدني.**

تناولنا في شروط التعديل الإتفاقي للعقد المدني أن التعديل الذي يمس جوهر العقد كالثمن في عقد البيع، وهو شرط جوهري لا يتم العقد دونه، يؤدي إلى انقضاء العقد الأصلي وظهور عقد جديد، كأن يعدلوا في محل وسبب العقد، الأمر الذي يؤدي معه بالضرورة إلى تغيير في التكيف القانوني للعقد.

والسؤال الذي يطرح في هذا الموضوع: ما هو الفرق بين التعديل والتجديد؟

نقول أنه إذا كان التعديل لأجل تعديل الالتزامات العقدية بما يتناسب ويراعي مصلحة أطراف العقد، وكيونته، ووضع الاقتصاد، فإننا نكون أمام التعديل، أما إذا حدث وأن انقضى العقد الأصلي، وظهر عقد جديد فإننا نكون أمام تكيف جديد لعقد جديد بالالتزام جديد حل محل التزام سابق، وهو موضوع التجديد<sup>1</sup>، الذي يلزم لتمامه صحيحاً أن يكون الالتزام الأصلي قائماً وقت التجديد، وأن لا يوجد ما يحول دون قيام الالتزام الجديد فإذا كان الالتزام الأصلي قد انقضى قبل التجديد لسبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام فلا يتم التجديد، وبالمثل إذا كان الالتزام الأصلي قد نشأ عن تصرف باطل بطلانا مطلقاً فإنه يعتبر معدوماً<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - يشترط المشرع الجزائري لقيام التجديد الشروط التالية: وجود التزام قديم، نشوء التزام جديد، نية التجديد، راجع المواد: 287-288-289-290-291 مدني جزائري.

<sup>2</sup> - مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، (د، ت)، ص 530، 531. ( أنظر كذلك : أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، (د، ط)، الأزاربية، المكتب الجامعي الحديث، 2001، ج2، ص 852).

على هذا فإن مبرر التعديل لا يعد والمبرر منه إلا خدمة المصالح المشتركة لأطراف العقد، والمحافظة على العلاقة العقدية، وتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، وهو ما اتجهت إليه إرادة أطراف العقد.

على العكس نجد أن عقد العمل بالرغم من أنه من العقود الملزمة لجانبين، ويخضع لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ يلتزم فيه أطراف العقد بتنفيذ بنوده بحسب ما تم الاتفاق عليه على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين ومن ثم لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، إلا أن الواقع العملي يؤكد بأن عقد العمل كثيرا ما يكون من صنع إرادة منفردة لا يملك العامل سوى القبول بالشروط التي وضعها المستخدم بسبب ضغط الظروف الاقتصادية والاجتماعية هذا ولمبررات ينطلق على أساسها المستخدم وتحول دون تحقيق مصلحة العامل نظرا لتعسف هذا الأخير في تعديل البنود المتفق عليها في العقد<sup>1</sup>.

**ثانيا: مبررات تدخل المشرع لتعديل العقد المدني.**

تختلف مبررات تدخل المشرع لتعديل العقد المدني بين تدخله بنص صريح، ومنحه للقاضي سلطة لتعديل العقد، ولهذا سوف نتناول مبررات التعديل القانوني تم بعد ذلك نتناول مبررات التعديل القضائي.

### **1 – مبررات التعديل القانوني:**

إذا كانت القاعدة العامة هي عدم جواز تدخل المشرع لتعديل آثار العقد التي تم الاتفاق عليها أثناء إبرامه والتي تشكل قانونا للأطراف، فإن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها لا سيما وأن الأطراف غالبا ما يجدون أنفسهم أمام تقلبات اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية لم تأخذ بالحسبان<sup>2</sup>، الأمر الذي يستدعي ضرورة تدخل المشرع لتعديل العقد، فالمشرع الجزائري قد وضع مبدأ عدم جواز تعديل العقد للأسباب التي يقررها القانون<sup>3</sup>، وهذا بنصه على تعديل العقد في حالات معنية حفاظا على النظام العام، نتيجة للتقلبات

<sup>1</sup> - عبد الحفيظ بقة، سلطة المستخدم في تعديل عناصر عقد العمل، (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية فرع قانون الأعمال، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، 2003-2004، ص 1.

<sup>2</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 7.

<sup>3</sup> - راجع المادة 106 مدني جزائري.

الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، ومهما اختلف النظام العام سواء كان اقتصاديا، أو اجتماعيا، فإنه يكرس مفهوم المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة<sup>1</sup>.  
فما المقصود بالمصلحة العامة؟ ، وهل هي كافية كمبرر لتدخل المشرع لتعديل العقد؟.

#### أ. المصلحة العامة :

ترتبط المصلحة بقواعد النظام العام فهي تعتبر قوام النظام العام ولها درجات متفاوتة، منها ما يتعلق بالمصالح العليا للبلاد التي تعني كل أفراد المجتمع و تتمثل عموما في المبادئ الأساسية ومن حريات الأفراد، وتنظيم المصالح الإدارية، ونظام الحكم<sup>2</sup>، ومنها ما يتعلق بفئة معينة من المجتمع كالعامل والمستأجرين والمستهلكين وغيرهم، وفي الحقيقة فإن هذه المصالح الخاصة - وإن كانت لا تهتم المجتمع ككل- فقد أصبحت جديرة باهتمام المجتمع وحمايته لاعتبارات عدة، ومن ثم ألحقت بقواعد النظام العام، وتتم حماية هذه المصالح الخاصة عن طريق إلزام المتعاقدين ببعض الواجبات، كاحترام الحد الأدنى للأجور واحترام مدة العمل القانونية<sup>3</sup>.

#### ب. دور المصلحة العامة كمبرر لتعديل العقد :

لقد أحاط المشرع الجزائري حماية مصالح الفئات الخاصة بقواعد أمره لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، وإلا كان تصرفهم معرضا للبطلان في حالة الإخلال بالواجبات التي حددتها التشريعات حيث يتدخل المشرع لتنظيم العقد بصفة أمره، وذلك بنزع شروط مدرجة من قبل الأطراف، أو بإدراج شروط لم يتطرق لها الأطراف في العقد، والهدف من تدخل المشرع لا يعدو كونه حماية مصالح الأطراف المتعاقدة<sup>4</sup>.

كما أن المشرع قد يمنع على الأطراف مناقشة الواجبات التي يضعها المشرع على عاتق الأطراف، ومثال ذلك لا يجوز للأطراف في عقد العمل مناقشة العطل المدفوعة

<sup>1</sup> - جاك غستان، المطول في القانون المدني، (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، ط2، بيروت، لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008 ، ص 275 فقرة 271.

<sup>2</sup> - علي فيلالي، الالتزامات...، المرجع السابق، ص273.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص274.

<sup>4</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص13.

الأجر أو الراحة الأسبوعية، وقصر تحديدها من قبل المشرع دون أطراف العقد<sup>1</sup>، لكون هذه الأخيرة تتعلق بالنظام العام الحمائي.

إن النظام العام الحمائي هو: مجموعة القواعد والمبادئ الأساسية لقانون العمل والتي تستهدف حماية العمال داخل المجتمع المهني والحرفي، وقد أقر قانون العمل الطبيعية الحمائية للعامل لكون هذا الأخير هو الطرف الضعيف في علاقات العمل، ومنه لا يجوز الاتفاق مع العامل حول تعديل العقد بما يخالف هذه القواعد وينقص من حقوقه، أما إذا كان الاتفاق المخالف يملئ قواعد أكثر نفعاً للعامل فإنه يعد ملزماً للمستخدم<sup>2</sup>.

نلاحظ أن المشرع يفرضه لمجموعة من الواجبات والحقوق يكون قد كرس المصلحة العامة والمصالح الخاصة لبعض الفئات، فأغلق الباب بذلك أمام كل تعسف واستغلال للمركز القانوني حتى إن اقتضى الأمر المساس بسلطان الإرادة.

وعليه فإن حماية الفئة الضعيفة أصبح من مشتملات المصلحة العامة، والتي يبررها ضعف هذه الفئة، وذلك بفرض جزاء على كل مخالفة للواجبات التي تضعها السلطة العامة دون انتقاص الحقوق التي تكفل الحماية للفئات الخاصة، وذلك عن طريق إرساء آليات التوازن الاقتصادي للعقد، وضمان حماية الفئة الخاصة.

فالمشرع يتدخل في حياة العقد بما تقتضيه مبادئ العدل والعقل، أي عند الضرورة القصوى التي تفرض عليه الخروج عن المبادئ القانونية، وذلك بإيجاد التوازن بين مبدأ الحرية، ومبدأ المساواة، وبالتالي تكريس العدالة<sup>3</sup>.

## 2 – مبررات التعديل القضائي:

تتمثل الأسس التي لجأ إليها الفقه لتبرير سلطة القاضي في تعديل العقد المدني، في مجموعة الأسس المستمدة من نصوص القانون المدني ومن المبادئ العامة للقانون وبتناول هاته المبررات كآلاتي :

<sup>1</sup> - قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 21 أبريل 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 17، المؤرخ في 25 أبريل 1990.

<sup>2</sup> - عبد الحفيظ بقة، سلطة المستخدم في تعديل عناصر عقد العمل، المرجع السابق، ص 93.

- راجع المادة 62 من قانون علاقات العمل.

<sup>3</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء مرحلة التنفيذ، المرجع السابق، ص 14.

## أ. المبررات التي تستند إلى بعض القواعد القانونية:

نقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار الغلط كأساس لتبرير تدخل القاضي لتعديل العقد، وخاصة في مجال الظروف الطارئة، ويذهب هذا الاتجاه إلى ضرورة تطبيق هذه النظرية " لأن انخفاض قيمة الأداء أو ارتفاعها بصورة فاحشة يعتبر واقعة تصورها المتعاقدان على غير حقيقتها، ولذا فمن الشائع القول بوقوع الغلط في القيمة أو التقدير الاقتصادي للأداء العقدي، مما يستوجب في النهاية مراجعة شروط العقد بسبب قيامه على الغلط<sup>1</sup>.

فالغلط حالة تقوم في النفس تحمل على توهم غير الواقع<sup>2</sup> الأمر الذي يؤدي معه إلى التأثير على شروط التعاقد والمتعاقد خاصة إذا كان هذا الغلط الواقع قد انصب على قيمة الالتزام وخاصة الفرق بين القيمة الفعلية عند التنفيذ والقيمة عند التعاقد وهو الذي يستدعي تدخل القاضي.

إلا أن هذا الرأي يبدو غير صحيح من عدة زوايا، فالزاوية الأولى تتعلق بنوع الغلط الذي يعتقد به، وهو ما نصت عليه المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني الجزائري<sup>3</sup>.

أما الغلط الواقع في قيمة الشيء فلا يؤثر على صحة العقد، ولا يمكن أن يكون سببا لإبطاله إلا إذا كان هو الدافع الرئيسي للتعاقد كمن باع سندا بقيمته الفعلية، وهو جهل أن هذا السند قد ربح جائزة مالية كبيرة، فله في هذه الحالة طلب إبطال عقد البيع للخلط في قيمة الشيء المبيع<sup>4</sup>.

هذا في حالة ما إذا طالب المتعاقد به وبالتالي إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرامهما العقد<sup>5</sup>.

أما في حالة تدخل القاضي لتعديل العقد، فليس أمامه إلا الإبقاء على العقد مع إجراء تعديلات على الالتزامات المترتبة عليه، فضلا عن أنه إذا كان الغلط قد يقبل كأساس

---

<sup>1</sup> - حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 1996، ص113.

<sup>2</sup> - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص178.

<sup>3</sup> - حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص113.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني ...، المرجع السابق، ج1، ص147.

<sup>5</sup> - راجع المادة 103 مدني جزائري

لتبرير نظرية الظروف الطارئة، وبالتالي تبرير سلطة القاضي في تعديل العقد أحيانا فإنه لا يمكن أن يبرر كل الحالات التي يجوز من خلالها تدخل القاضي لتعديل العقود لذا فشلت هذه المحاولة في بناء أساس تدخل القاضي لتعديل العقد على الغلط<sup>1</sup>.

### 1-التبرير على أساس الغبن :

الغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد، وما يأخذه في عقد المعاوضة وقت إتمام العقد<sup>2</sup>، لهذا فالغبن ينظر إليه وقت تكوين العقد، أما إذا لم يكن موجودا ثم اختل بعد ذلك فلا مجال للحديث عن الغبن<sup>3</sup>.

استعملت فكرة الغبن من طرف بعض الفقهاء، لتبرير قيام القاضي بتخفيض أجره موظفي القضاء، أو أجور الوكلاء.

والواقع إن للفكرتين - سلطة القاضي في التعديل والغبن - لا تختلفان كثيرا عن بعضها البعض، فلهما أساس واحد، ويستمدان من فكرة واحدة هي العدالة، ومحاولة تطبيقها على الواقع وجعل التزامات الأطراف في العقد متوازنة.

وقد أخذت محكمة النقص السورية بنفس المسلك و اعتبرت أن تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ما هو إلا توسعة لنظرية الاستغلال والغبن<sup>4</sup> فنظرية الغبن هي أساس لنظرية الظروف الطارئة كما ذهب البعض<sup>5</sup>.

والحقيقة أن تبرير التعديل القضائي على أساس الغبن غير صحيح، حيث أنهما يختلفان عن بعضهما البعض من ناحية المجال، كون أن سلطة القاضي في التعديل أوسع من مجال الغبن، فالغبن لا يعتبر إلا إجراء قانونيا تقنيا أو فنيا عند تطبيقه من طرف القاضي، الذي لا يتمتع في هذا الصدد بأية سلطة تقديرية، فهو لا يستطيع إثارة الغبن إلا إذا كان عدم التوازن بين الأداءات يصل إلى حد معين محدد من طرف القانون<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص113.

<sup>2</sup> - محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص21.

<sup>3</sup> - محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، المرجع السابق، ص23.

<sup>4</sup> - حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص114.

<sup>5</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، (دراسة مقارنة)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 79.

<sup>6</sup> - حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص114.

كما يمكن أن أضيف أن الغبن مجال لإتاحة الفرصة أمام القاضي في حال توافره بالتدخل لتعديل العقد أثناء مرحلة تكوينه، في حين نجد أن سلطة القاضي للتدخل في تعديل العقد مجالها واسع، يتحدد بحسب الحالات التي تتيح له ذلك سواء في مرحلة تكوين العقد، أو في مرحلة تنفيذه.

هذا وسلطة القاضي في تعديل العقد لا تنحصر في محاربة الظلم الفادح المترتب عن الاختلال المادي فحسب، بل أن القاضي يأخذ إضافة إلى ذلك عوامل أخرى بعين الاعتبار كالظروف المحيطة بالقضية المطروحة، وحال الأطراف المادية...، هذه العوامل ليس لها تأثير على صحة العقد المشوب بالغبن<sup>1</sup>.

## 2- السبب كتبرير لتدخل القاضي لتعديل العقد:

حاول البعض من الفقهاء أيضا بناء التعديل الذي يتمتع به القاضي على أساس نظرية السبب، فمتى وصل التزام المدين إلى حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إنقاصه<sup>2</sup>، وما نظرية السبب<sup>3</sup> لدى بعض الفقهاء إلا الصيغة الفنية لمبدأ التعادل بين الالتزامات المتقابلة، لهذا يرى الأستاذ "كابيتان" "capitan" أن سبب التزام أحد المتعاقدين هو قيام الالتزام المقابل في جانب المتعاقد الآخر، فإذا حدث أن تغيرت قيمة الالتزام زيادة أو نقصا بسبب ما يكون قد طرأ من تغير، فإنه يصبح من الضروري واللازم إعادة النظر في قيمة الالتزام المقابل<sup>4</sup>.

انطلاقا من هذا يجد القاضي مبررا كافيا على أساس نظرية السبب لتعديل العقد وإعادة التوازن إليه، غير أن ما يؤخذ على هذا الرأي هو أنه يقوم على أساس ضرورة التعادل الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين في حين أن نظرية

<sup>1</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 114.

<sup>2</sup> - عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، (القانون المصري و اللبناني والسوري والعراقي والكويتي والسوداني)، بيروت، دار النهضة العربية، 1974، ص 87.

<sup>3</sup> - راجع بخصوص موقف المشرع الجزائري عن نظرية السبب: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 259، 260.

<sup>4</sup> - حسبو الرسول الشيخ الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة، الإسكندرية، 1979، ص 510. نقلا عن: حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص 115.

السبب لا تشترط وجود التعادل الاقتصادي ولا استمراره إذا وجد، وإلا كان الغبن سببا في بطلان العقود<sup>1</sup>.

هذا من جهة، من جهة أخرى نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر السبب كركن من أركان العقد (2 مكرر) والقاضي وهو بصدد التعديل في الالتزامات العقدية لا يستهدف الركن بقدر ما يكون مهمته إعادة التوازن الاقتصادي للعقد والمحافظة عليه دون بطلانه، أو زواله.

**ب – المبررات التي تستند على مبادئ قانونية:**

**1- التبرير على أساس الإثراء بلا سبب:**

قاعدة الإثراء بلا سبب تتصل اتصالا وثيقا بقواعد العدالة والقانون الطبيعي لأنها تحمل في طياتها ما يبررها فيجعلها مصدرا للالتزام<sup>2</sup>. فكل من أثري على حساب الغير دون سبب قانوني يلتزم برد قدر ما أثري به لهذا الغير، وفي حدود ما لحق الغير من خسارة<sup>3</sup>.

وقاعدة الإثراء بلا سبب لا تتوافر إلا على ضوابط محددة وهي إثراء المدين وافتقار الدائن المترتب على هذا الإثراء وأخيرا انعدام السبب القانوني لهذا الإثراء<sup>4</sup>، فلا يجوز للواهب مثلا أن يرجع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب لأن بين العاقدين تصرف قانوني هو عقد التبرع يبرر افتقار أحدهما وإثراء الآخر، فالشرط الثالث ألا يكون للإثراء الحادث والافتقار المترتب عنه بسبب قانوني يبررهما وهو ما أكدته مجموعة الأعمال التحضيرية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 115، 116.

<sup>2</sup> - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 508.

- نظم المشرع الجزائري نظرية الإثراء بلا سبب بمادتين هما المادة 141 والمادة 142 من القانون المدني، وهو بهذا أخذ بالإثراء بلا سبب كمصدر عام، ومستقل عن مصادر الالتزام ولقد أورده في الفصل الرابع من القانون المدني المتعلق بمصادر الالتزام، تحت عنوان "شبه العقود" "des quasi contrats" وقد أورد تطبيقاته تحت نفس الفصل والمتمثلة في الدفع غير المستحق والفضالة وعنه أوردت المادتين 141، 142 من القانون المدني المبدأ العام وأحكامه.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م 1، ص 1247.

<sup>4</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 83.

<sup>5</sup> - مجموعة الأعمال التحضيرية، المرجع السابق، ج 2، ص 441.

إن القاسم المشترك بين التعديل القضائي للعقد، و الإثراء بلا سبب يتضح في كون أن القاضي يعيد التوازن المختل بين الآداءات المتقابلة، هذا الاختلال يحصل بسبب الإثراء بلا سبب.

غير أن هذا التبرير أيضا لم يلق قبولا من طرف خصوم النظرية الذين يرون أن الإثراء الذي يحدث بسبب الظروف الطارئة له سبب قانوني يبرره قد يكون القانون وقد يكون العقد، هذا من جهة، ومن جهة ثانية لا يمكن أن يكون مبررا ينطلق على أساسه القاضي لتعديل العقد<sup>1</sup>.

## 2- التبرير على أساس محاربة التعسف في استعمال الحق:

تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني على أنه:

" يشكل الاستعمال التعسفي للحق لا سيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة<sup>2</sup>.

إن التعسف في استعمال الحق ليس إلا صورة من صور الخطأ التقصيري تختلف عن الصورة العادية التي كانت معروفة كأساس نظرية التعسف في استعمال الحق هو المسؤولية التقصيرية والمعيار الذي يقاس به التعسف في استعمال الحق هو المعيار العام للخطأ، وهو السلوك المألوف للشخص العادي فإذا انحرف في استعمال حقه عن هذا السلوك كان متعسفا في استعماله<sup>3</sup>.

إن تبرير سلطة القاضي في تعديل العقد على أساس التعسف في استعمال الحق، يرجع إلى النظرة الاجتماعية للحق والقانون بصفة عامة، ذلك أن القانون حسب هذه

<sup>1</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 117.

<sup>2</sup> - أضيفت بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يوليو 2005 (ج.ر. 44 ، ص 23)، وقد كانت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني تحت رقم المادة 41.

<sup>3</sup> - عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، بيروت، دار النهضة العربية، (د، ت)، ص 573.

- راجع في خصوص فكرة التعسف في استعمال الحق بقصد الأضرار بالغير، وكذا تطبيقاته في القانون المدني: أحمد الصويعي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الأضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن والثلاثون، ربيع الأول 1430هـ - أبريل 2009، ص 37-40.

النظرة أصبح في أزمة أمام التقلبات الاجتماعية والاقتصادية التي تجاوزت جمود القانون<sup>1</sup>.

غير أن هذا التبرير لم يصمد هو الآخر أمام الانتقادات الموجهة إليه لأن سلطة القاضي في التعديل لا تستهدف معاقبة صاحب حق استعمل حقه للأضرار بالغير، فالقاضي يستعمل سلطته في التعديل بهدف إعادة التكافؤ إلى الالتزامات المتقابلة ويتدخل بصفة عامة كلما كانت هناك شدة في تطبيق القانون دون أن يكون أحد الأطراف قد ارتكب أي خطأ<sup>2</sup>.

في الأخير يمكن القول أنه لا يمكن أن يكون التعسف في استعمال الحق كمبرر يتدخل على أساسه القاضي لتعديل الالتزامات العقدية، وبالتالي وجب استبعاده كما أستبعد من نظرية الظروف الطارئة<sup>3</sup>.

### 3- التبرير على أساس مبدأ حسن النية<sup>4</sup> :

إن مبدأ حسن النية يعتبر مبدأ قانونياً يسرى على إبرام العقد وتفسيره وتنفيذه له مفهومان:

1- مفهوم شخصي ينصرف إلى النزاهة الحقيقية للشخص وهذا أمر نفسي من الصعب معرفته والتكهن به.

2- مفهوم موضوعي ومعياره الخروج عن قواعد السلوك العادي والانحراف عما هو متوقع في الظروف المحيطة<sup>5</sup>.

وفيما يتعلق بالمفهوم الموضوعي فإن مبدأ حسن النية وفي ظل مبدأ الحرية التعاقدية قد يؤدي إلى المظالم، وحتى إلى استغلال الإنسان لأخيه الإنسان، ويكون من الطبيعي اللجوء إلى حل من خارج العقد بغية معالجة التوازن داخل هذا العقد، وفي نطاق

<sup>1</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 118.

<sup>2</sup> - حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص 119.

<sup>3</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 88.

<sup>4</sup> - نصت المادة 107 مدني جزائري، على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية".

<sup>5</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، (دراسة مقارنة)، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 84، 89.

أنظر كذلك: يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، عقد التفاوض بحسن نية، (دراسة مقارنة)، ج2، بحث منشور

في موقع WWW.ARABLAWINFO.COM

هذا التفكير اعتبر "فوان" حسن النية مفهوماً تعديلياً لهذا التوازن ذكراً أن "حسن النية يفرض التطبيق الدقيق بكل ضمير للوعد بقصد الحماية لكل من الطرفين، وكذلك المصلحة العامة، كما يفترض حسن النية إخضاع الالتزام لمبدأ الإنصاف الاجتماعي<sup>1</sup>. والسؤال المطروح في هذا الصدد: ما هي علاقة سلطة القاضي في تعديل العقد بمبدأ حسن النية؟.

إن الإنصاف يوحي بفكرة حسن النية، لكن هنالك خلاف بين الفقهاء بخصوص العلاقة بينهما، خاصة وأن الإنصاف هو بدوره مفهوم غامض وغير واضح، فيعتبر البعض من الفقهاء أن حسن النية هو الإنصاف، وأن القاضي إذا ما ارتكز على حسن النية فهو يحكم بالإنصاف، والبعض الآخر يرى أن حسن النية هو الأداة لتحقيق الإنصاف ووسيلة - التعديل - اللازمة<sup>2</sup> و هؤلاء من القائلين بأن سلطة التعديل أساسها مبدأ حسن النية.

لكن هذا الاتجاه لاق انتقادات من الاتجاه الآخر الذي يرفض قيام سلطة التعديل على أساس مبدأ حسن النية، خصوصاً أمام القوة الملزمة للعقد، فيجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، فالالتزام طبقاً لحسن النية هو التزام تعاقدي<sup>3</sup> يفرض على المتعاقدان تنفيذ ما اتفقا عليه ولا يتدخل القاضي ليعدل ما اتفقا عليه، لأن العقد متى تم انعقاده على وجه شرعي صحيح، وجب تنفيذه، فليس للقضاة الإخلال بمبدأ - العقد شريعة المتعاقدين - تحت غطاء مبادئ غير واضحة المدلول<sup>4</sup>.

من خلال التبريرات السابقة على اختلاف أشكالها، يتبين أنها تسعى إلى إعادة النظر في العقود التي اختل توازنها، إما بناءً على التوسع في تفسير بعض النصوص أو تحت غطاء بعض المبادئ العامة في القانون المدني<sup>5</sup>، وهذا إنما يدل على عدم التوصل إلى إيجاد مبرر كاف ومحدد ومتفق عليه من قبل الفقهاء، الأمر الذي يستدعي معه البحث عن أساس آخر أكثر قبولاً وإقناعاً يعتمد عليه القاضي كمبرر لتعديل العقد، ولتكن العدالة.

<sup>1</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 90.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني...، المرجع السابق، ص 314.

<sup>4</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 120.

<sup>5</sup> - حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص 121.

#### 4- التبرير على أساس العدالة:

لقد وجدت فكرة العدالة إلى جانب فكرة القانون الطبيعي، فهذا القانون عبارة عن المبادئ التي تمثل المثل الأعلى الذي لا يتغير، فهي مشتركة بين جميع الأمم، ويجب على الشارع في كل بلد وفي كل عصر أن يعمل على هدفها ويترسمها، أما العدالة فهي التي تتكفل بتطبيق هذه المبادئ في حلول تراعي فيها ظروف كل حالة على حدة<sup>1</sup>.

إن العدالة تعني الإنصاف<sup>2</sup> وإحالة القاضي بموجب نص المادة الأولى من القانون المدني<sup>3</sup> إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إنما يقصد بها تكليفه بأن يجتهد رأيه أي قيامه بالبحث عن الحل العادل للنزاع حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، وهو إذ يفعل ذلك ينبغي عليه ألا يتأثر بأفكاره ومعتقداته الشخصية، وإنما يتعين عليه أن يصدر اجتهاده بناء على اعتبارات موضوعية عامة تراعي المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله، مسترشداً في ذلك بخصوصيات الحياة الاجتماعية<sup>4</sup>.

وبهذا أصبحت العدالة الأساس الذي تلجأ إليه المحاكم لتبرير الحكم واستعمال سلطة التعديل، فإذا كان من بين الأسس التي بني عليها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الأساس الأخلاقي مما يقتضى معه احترام التعهدات حتى ولو كانت لا تحقق نفعاً للملتزم، فإن العدالة تقضي بالضرورة تعديل العقد بإعطاء أعضاء الهيئة الاجتماعية جميعاً حصصاً متساوية، فالمساواة هي شكل من أشكال العدالة، وواجب القاضي وهدفه من خلال سلطة التعديل هو الحد من اختلال الأداء المترتبة على العقد سواء في مرحلة تكوينه، أو في مرحلة تنفيذه وهو ما سنتطرق إليه لاحقاً من خلال موضوع هذا البحث.

فالعدالة إذن هي المقصد الأول والأخير للمشرع من تقرير سلطة تعديل العقد من قبل القاضي.

<sup>1</sup> - عد المنعم فرج الصده، أصول القانون، المرجع السابق، ص 173.

<sup>2</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية...، المرجع السابق، ص 90.

<sup>3</sup> - تنص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري على أن " يسرى القانون على جميع المسائل التي يتناولها في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية...، المرجع السابق، ص 202.

وما يمكن إضافته أن العدالة تبقى كمرجع للقاضي حتى يعرف متى يستعمل هذه السلطة في التعديل، إلا أنها لا تمنح القاضي حلا أكثر مرونة من الحل القانوني الواجب التطبيق<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني: تمييز تعديل العقد المدني عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة.**

يمكن القول أن تعديل العقد المدني كنظام قانوني مستقل بذاته، لا يعني بالضرورة أنه لا يوجد بينه وبين الأنظمة القانونية الأخرى أي تقارب، ذلك لأن هناك بعض النظم القانونية الأخرى التي قد تشبهه مع نظام التعديل، أو قد تختلط معه إلى حد ما. ومن أهم هذه النظم التي سنتعرض لها، تفسير العقد، تكملة العقد.

وسوف نتطرق إلى تمييز كل نظام من هذه الأنظمة عن التعديل كما يلي :

**أولاً: تمييز تعديل العقد عن التفسير.**

إن تعديل العقد ثلاثة أنواع كما سبق بيانه:

فالأول هو التعديل الاتفاقي الذي يتم بإرادة طرفي العقد المدني على أساس المادة 106 من القانون المدني الجزائري، والثاني هو التعديل التشريعي واسمه يدل عليه، أي إصدار تشريع يقره، وتعديل قضائي يجريه القاضي بمناسبة عرض النزاع عليه،<sup>2</sup> وهذا الأخير هو المقصود بإجراء التمييز بينه وبين التفسير.

فالتعديل القضائي للعقد، يفترض وجود عقد من العقود التي لحقها اختلال في توازن الأداءات التي تضمنتها، مما من شأنه أن يلحق بأحد طرفي العقد ظلماً، يشكل مساساً بالعدالة التي على أساسها يقوم العقد، وبناء على طلب المتعاقد المتضرر من الاختلال الحاصل في العقد، فيقوم القاضي بمراجعة العقد، وإعادة تنظيمه بالصورة التي تتفق و روح العدالة بإيجاد نوع من التوازن في الأداءات العقدية بالوسيلة التي يراها القاضي ملائمة لتحقيق ذلك<sup>3</sup>.

هذا بالنسبة للتعديل القضائي للعقد، بقي أن نعرف ما المقصود بالتفسير.

<sup>1</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 129.

<sup>2</sup> - حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص 9.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 9.

إن تفسير العقد هو: " تلك العملية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض من أجل الوصول إلى الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين مستندا إلى العقد في حد ذاته والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به "1.

وبصيغة أخرى فإن التفسير عملية اجتهادية يقوم بها القاضي للوقوف على حقيقة العقد حتى يصل إلى تكييفه وإنزال الأحكام المتعلقة به، وكذلك للتعرف على إرادة المتعاقدين والكشف عن الألفاظ الغامضة، أو تلك التي داخلها تشويش بمعنى أن التفسير يعني البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد: هل يؤدي التفسير إلى تعديل العقد؟

يؤدي التفسير إلى تعديل العقد، وقد يتعلق ذلك بتكييف العقد ابتداء حينما يفسر القاضي عبارات العقد وشروطه لإحاقه بعقد من العقود المسماة أو العقود القريبة منها دون أن يقف عند تكييف المتعاقدين للعقد، لأن التكييف من مهام القاضي الأساسية وهي مسألة أولية يجب النظر إليها حتى يستطيع في المرحلة التالية تطبيق الأحكام التي تتعلق بطبيعة العقد حسبما وصل إليه عن طريق التفسير، مثال ذلك إذا أسبغ العاقدان على تصرفهما وصف عقد هبة ووصل القاضي عن طريق التفسير من واقع شروط العقد وعباراته إلى أنه عقد بيع توافرت أركانه، فإنه لا يتقيد بما أعطاه المتعاقدين من وصف، في حالة استعانتة في ذلك بأدوات التفسير كالعرف والعادة<sup>2</sup>.

فإذا كان التفسير مستندا إلى العرف والعدالة فكثيرا ما يتوصل القاضي إلى تعديل العقد من خلال قيامه بمهمة التفسير<sup>3</sup>.

لكن هل يعتبر التعديل عن طريق التفسير قيذا على مبدأ الحرية العقدية طالما أنه يتم ويكمل الإرادة المشتركة لطرفي العقد؟.

إن الإجابة على هذا الطرح يكون بالإيجاب، ويظهر ذلك جليا في الحالات التي يتم فيها التعديل بطريق التفسير باستخدام أدوات معينة سبق الإشارة إليها، ويضاف إليهما

<sup>1</sup> - عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص11.

- راجع المواد: 111، 112 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، المرجع السابق، ص11.

<sup>3</sup> - فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد (دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، الأزرابطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008، ص192.

تفسير الشك لمصلحة المدين<sup>1</sup> إعمالاً لقاعدة الأصل في الإنسان براءة الذمة، كذلك الاستعانة بالقواعد اللغوية من حيث العموم والتخصيص، في كل هذه الحالات لا يمكن افتراض إرادة ضمنية يرد إليها تفسير العقد، وما رفع المنازعة بالعقد للقاضي إلا دليلاً على اختلاف الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة، فمثلاً لو حدث خلاف حول عقد بيع لم يرد به ذكر لكيفية توصيل السلعة من البائع إلى المشتري وكان العقد غامضاً من هذه الناحية وتمسك البائع بعدم توصيلها وتمسك المشتري بوجوب توصيلها.

فالقاضي في هذه الحالة يحسم النزاع على ضوء العرف والعادة السائدة وهي قيام البائع بتوصيل السلعة للمشتري ويكون ذلك استكمالاً للعقد خلافاً لإرادة البائع<sup>2</sup>.

أشرنا إلى الأدوات التي يستعين بها القاضي في الحالات التي يتم فيها التعديل بطريق التفسير من عرف وعادة وقواعد لغوية فماذا إذن بالنسبة للعدالة؟.

يلاحظ في عقد الإذعان مثلاً إذا تضمن شروطاً مجحفة بأحد الطرفين فإن على القاضي في هذه الحالة أن يُعمل قواعد العدالة ويفسر الشرط لصالح الطرف المدعى أو الضعيف في العلاقة العقدية.

وعند قيام القاضي بمهمة التفسير، فإنه يحاول الوقوف على الشروط التي تتصف بالإذعان، وذلك من طبيعة العقد ذاته، ويبحث عن مقدار الالتزامات المقابلة حتى يصل إلى إسباغ وصف الإذعان، فإذا اهتدى القاضي عن طريق التفسير إلى أنه أمام عقد إذعان فإنه يفسر الإذعان لصالح الطرف الضعيف، وهو بالتالي يعتبر قيد على إرادة الطرف الذي أملى شروط العقد ويتدخل القاضي بمقتضى ولايته العامة<sup>3</sup> لتعديل الالتزامات وهو بهذا يخالف الأصول العامة للمبدأ القائل "العقد شريعة المتعاقدين".

في الأخير بالنسبة لمسألة الفرق بين التعديل والتفسير يمكن الخروج بمجموعة من الملاحظات:

إن نظامي تعديل العقد وتفسير العقد ينفقان كلاهما في أنهما لا يثاران إلا في فترة لاحقة لتكوين العقد، أو إبرامه وهذه نقطة أساسية، إذ أن القاضي لا يتوصل إلى تعديل

<sup>1</sup> - تنص المادة 112 مدني جزائري بقولها: "يؤول الشك في مصلحة المدين.

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى".

<sup>2</sup> - فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 192، 193.

<sup>3</sup> - فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص 194.

العقد إلا من خلال قيامه بمهمة التفسير<sup>1</sup>، ومع ذلك فإن جوانب الاختلاف بين هذين النظامين عديدة، بحيث أنه في التفسير يستند القاضي إلى إرادة المتعاقدين<sup>2</sup>، بينما التعديل يتم خارج إرادة المتعاقدين و رغما عنهما، ويقوم على اعتبارات العدالة يمارسه القاضي بموجب سلطة استثنائية، على خلاف الأصل الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، غير أن التفسير يمارسه القاضي كلما استلزم الأمر<sup>3</sup>.

ذلك أن سلطة التعديل لا يقوم بها القاضي إلا بموجب نص قانوني خاص يقره<sup>4</sup>. ويخضع لرقابة من المحكمة العليا في تعديله وليس للقاضي أن يقوم بتعديل العقد إذا لم يكن هناك ما يبرر تعديل العقد فيعرض بذلك قراره للنقض، وهو الأمر الذي قضت به المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 1983/02/07 بنقضها قرار المجلس الذي عدل من عقد الإيجار دون مبرر يسوغ له ذلك<sup>5</sup>.

#### ثانيا: تمييز تعديل العقد عن التكملة.

بعد أن ينتهي القاضي من مهمة تكليف العقد وتفسيره<sup>6</sup>، لما للعلاقة الوثيقة بين الاثنين ذلك أنه لا يمكن تفسير العقد دون تكيفه بإعطائه الوصف الصحيح<sup>7</sup>، أي إدخاله في نوع معين من العقود، هل هو عقد بيع أو إيجار أو هبة وغير ذلك من العقود المدنية المتنوعة، بعد ذلك يقوم القاضي بتحديد نطاق الالتزامات الناشئة عنه، وهو ما يمكن أن نطلق عليه عبارة تكملة العقد.

#### فما المقصود بتكملة العقد؟

إن المقصود بتكملة العقد هو سد نقص فيه لا الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، ومن ثمة لا ينصب التكميل على مضمون العقد، بقدر ما ينصب على آثاره، فهو إذن يفترض نقصا في تنظيم العقد تتعين تكملة<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 12.

<sup>2</sup> - راجع المادة 111 قانون مدني جزائري.

<sup>3</sup> - حميد شنيطي، المرجع السابق، ص 12.

<sup>4</sup> - فطيمة عاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2003-2004، ص 28.

<sup>5</sup> - قرار المحكمة العليا رقم 29500 بتاريخ 1983/02/07، المجلة القضائية سنة 1989، ع1، ص 165.

<sup>6</sup> - حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص 12.

<sup>7</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 304.

<sup>8</sup> - فطيمة عاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 22.

والقاضي هنا يكمل إرادة المتعاقدين، وقد يتجاوزها، إذ أن الالتزامات التي تترتب على العقد لا تقتصر على تلك التي اتفق عليها المتعاقدان، بل تشمل أيضا ما هو من مستلزمات العقد<sup>1</sup>.

فطبيعة الالتزام تملّي على القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقا للعرف والعدالة، فمن باع عينا يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء، ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية، التي لا غنى عنها في تسييرها، ومن باع متجرا وجب عليه أن يسلم للمشتري السجلات التي تبين ما على المتجر من ديون وماله من حقوق وما يتصل به...<sup>2</sup>.

إذن يقصد باستكمال العقد، قيام القاضي بإضافة بعض الالتزامات التكميلية التي لم ينص عليها العقد إلى الالتزامات الأصلية المنصوص عليها في العقد باعتبار أن تلك الالتزامات التي أضيفت من طرف القاضي يستوجبها طبيعة العقد<sup>3</sup>.

وقد أقر المشرع في هذا الصدد للقاضي أهم العوامل التي يسترشد بها في التحديد من خلال نص المادة 65 مدني، والتي جاء فيها: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، أُعتبر العقد مبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة"<sup>4</sup>.

وفيما يلي نوضح هذه الوسائل:

<sup>1</sup> - حميد بن شنيّتي، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني، المرجع السابق، ص 12.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م1، ص 291، 292. راجع أيضا المادة 476 والمادة 479 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - حميد شنيّتي، المرجع السابق، ص 12.

<sup>4</sup> - تقابل المادة 65 مدني جزائري، المادة 95 مدني مصري، وفي هذا الصدد قال حامد زكي بك: " إن المادة 95 مدني مصري تجعل القاضي يكمل العقود الناقضة من ناحية التفصيلات لأن في ذلك ما يوسع من سلطة القاضي، أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، المرجع السابق، ص 48.

**1- القانون:** يعتبر القانون بالنسبة للعقود المسماة المرجع الأول والرئيسي لاستكمال العقد الذي أغفل بعض التفاصيل، فتكون القواعد القانونية في هذا الإطار دور تكميلي لإرادة المتعاقدين<sup>1</sup>.

وبفضل هذه القواعد يتم حماية المتعاقدين بعضهم في مواجهة بعض<sup>2</sup>.

**2- العرف:** يعتد القاضي بالعرف لاستكمال مضمون العقد<sup>3</sup>.

ومن الأمثلة على القواعد العرفية نذكر: تخفيض الثمن عوض الفسخ في حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع، أو في حالة تسليم بضاعة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه، وعدم تجزئة الحساب الجاري، وعدم جواز الاحتجاج بالدفع في مواجهة حامل الورقة التجارية الحسن النية...<sup>4</sup>.

**3- العدالة:**

إن العرف وحده لا يكفي لتكملة العقد، فقد توجد عقبات تعترض تنفيذه، ويمكن أن تزول بتعاون الدائن والمدين، ودون أن يوجد في القانون، ولا في العرف ما يزيلها في هذه الحالة يستعين المشرع لتكملة العقد بقواعد العدالة<sup>5</sup>.

وكمثال على ذلك ما ورد في نص المادة 361 من القانون المدني الجزائري: "يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا، أو مستحيلا".

فعلى البائع أن لا يقوم بما هو ضروري فحسب، بل يلتزم بالإضافة إلى ذلك بالقيام بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، بل يلتزم أيضا بالكف على أي عمل يؤدي معه إلى جعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا وهو التزام تقتضيه العدالة ولو لم ينص عليه في العقد بشروط<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - علي فيلالي ، الالتزامات...، المرجع السابق، ص 365.

<sup>2</sup> - فطيمة عاشور، تفسير العقد...، المرجع السابق، ص 23.

<sup>3</sup> - تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى مدني جزائري على أنه: " وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"

<sup>4</sup> - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 367.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م1، ص 694. أنظر كذلك: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 367.

<sup>6</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني ...، المرجع السابق، ج1، ص 311.

#### 4- طبيعة الالتزام<sup>1</sup>:

يلاحظ أن المشرع بعد ذكره وسائل التكميل التي سبق أن بينها ذكر عبارة بحسب طبيعة الالتزام

فطبيعة الالتزام تفرض على القاضي أن يستكمل نطاق العقد وفقا لما يقتضيه القانون والعرف والعدالة<sup>2</sup>.

فمن باع عينا يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاته الضرورية ، ومن باع حقا يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده كرهن أو كفالة فمن باع سيارة كما سبق وأشرنا إليه يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية التي لا غنى عنها في تسيرها...<sup>3</sup>.

مما سبق طرحه يتضح لنا أن سلطة القاضي في تعديل العقد قد تتشابه مع سلطته في استكمال العقد في نفس الجوانب مع فارق في نطاق الأثر الذي يترتب عن نظام التفسير، ونظام الاستكمال ومدى اتفاق كل منهما في ذلك مع نظام التعديل<sup>4</sup>.

فحينما يتفق التعديل مع التفسير في إحداث تغيير جزئي في مضمون العقد، ويعتبر أمرا عارضا واستثنائيا نادر الحدوث فإن نظام الاستكمال يتفق مع نطاق التعديل في هذه الناحية بصورة كبيرة تكاد لا تخرج عنه، إذ أن نظام الاستكمال يترتب عليه على الدوام تقريبا، إضافة التزامات جديدة إلى العقد لم يكن يتضمنها عند تكوينه<sup>5</sup>، باعتبارها من مستلزمات العقد، وهذه النتيجة في الواقع تمثل صورة من صور التعديل العقدي التي قد يلجأ إليها القاضي هي "التعديل بالإضافة"، ومع ذلك فإن كلا منهما يختلف عن الآخر في العديد من الجوانب التي تميزه عن غيره من الأنظمة القانونية.

فمن ناحية أولى، نجد أن نظام الاستكمال، يستند فيه القاضي إلى إرادة المتعاقدين الضمنية، فأولا يجب على القاضي الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بطرق التفسير

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق، ص 246.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ج1، ص309.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م1، ص 291.

<sup>4</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص13.

<sup>5</sup> - لمزيد من التوضيح راجع الأمثلة الواردة عند: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م1، ص

المختلفة، فإذا ما عجز عن هذا فعليه أن يكمل العقد باللجوء إلى العوامل السابق بيانها حتى يستطيع تحديد مضمون العقد ونطاقه<sup>1</sup>.

فيما نجد العكس بالنسبة للتعديل، إذ لا يعول على إرادة المتعاقدين عند إجرائه وإنما يجد أساسه في اعتبارات العدالة هذا من جهة.

من جهة أخرى يمكن للقاضي أن يمارس سلطته في استكمال العقد من ذات نفسه دون أن يتوقف ذلك على طلب من أحد المتعاقدين، باعتبار أنه إنما يقوم بتحديد نطاق العقد، بينما حق القاضي في تعديل العقد يرتبط كمبدأ عام بطلب ذوي الشأن أو من صاحب المصلحة<sup>2</sup>.

ويختلف كل منهما في الهدف أو الغاية منه، فالتعديل يستهدف رفع الظلم عن أحد المتعاقدين نتيجة اختلال واضح في الالتزامات العقدية كما سنبين في الفصل الثاني والفصل الثالث من هذه المذكرة.

إذن يتدخل القاضي لتعديل العقد والقضاء على الاختلال الحاصل بين الالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد، ورفع الظلم عن الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وتحقيق العدالة العقدية، بينما في استكمال العقد يستهدف القاضي من خلال ممارسته هذه السلطة إلى بيان ما يدخل وما لا يدخل في نطاق العقد<sup>3</sup>.

بهذا القدر نكون قد حاولنا بشيء من التبسيط والتوضيح أن نميز بين التعديل وأقرب الأنظمة المشابهة له<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج1، ص 311، 312.

<sup>2</sup> - راجع مثلا المادة 90 والمادة 184 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص13.

<sup>4</sup> - ننبه إلى أن سلطة التعديل غير سلطة التقدير، فغالبا ما نقول السلطة التقديرية للقاضي، والتي هي سلطة معترف بها من قبل المشرع للقاضي، يمارسها على كل قضية مطروحة عليه للفصل فيها، وإصدار الحكم القضائي الذي يراه مناسبا، أما سلطة التعديل فهي سلطة استثنائية منحت للقاضي في حالات محددة بموجب نص قانوني يمارسها القاضي في بعض الحالات الاستثنائية والتي يحاول الفقه جعلها نظريات عامة متكاملة . (أنظر: حميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص15).

## خلاصة المبحث الأول:

من خلال هذا المبحث الذي نخلص من خلاله أن تعديل العقد المدني وسيلة قانونية تنصب في دائرة إحداث تغيير في جوهر الشيء، فيتم بواسطتها تغيير عنصر أو عناصر من العقد، وذلك بالإنقاص أو بالإضافة بغية المحافظة على العقد، وليس فسخه أو زواله، فهو وجد لأحوال معينة كمواجهة الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقد كالصعوبات السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية والبيئية والتي تحول دون تحقيق مصالح أطرافه.

والتعديل هو سلطة مقررة للأطراف بموجب المادة 106 من القانون المدني الجزائري، هذه السلطة التي تسمح لهم بإعادة التفاوض بالاستفادة من مراجعة العقد، وهي كذلك سلطة استثنائية خروجاً عن الأصل مقررة أيضاً للمشرع والقاضي.

هذا والتعديل الذي ينصب على العقد المدني قائم على شروط ومبررات تختلف باختلاف نوع التعديل في حد ذاته من تعديل اتفاقي، إلى تعديل قانوني، إلى تعديل قضائي، وهو الذي يميزه عن المفاهيم القانونية الأخرى المشابهة له، والمختلفة عنه، ورغم تنوع المبررات التي يستند عليها تعديل العقد المدني، إلا أنها في النهاية لا تخرج عن فكرة المصلحة العامة، والنظام العام، والمصلحة الخاصة للمتعاقدين لأجل حفظ التوازن في الالتزامات المتقابلة برفع كل غبن وظلم فيه، وتحقيق العدالة العقدية.

## المبحث الثاني: صور تعديل العقد المدني.

يأخذ التعديل في العقد المدني ثلاث صور من التعديل وهي التعديل الاتفاقي، التعديل القانوني، التعديل القضائي تختلف كل صورة من هذا التعديل باختلاف الطرف المتدخل في إحداث التعديل على الالتزامات العقدية.

وعلى هذا سوف ندرس كل صورة من هذا التعديل كالآتي:

- التعديل الإتفاقي في (المطلب الأول).
- التعديل القانوني والقضائي في (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التعديل الاتفاقي.

إن التعديل تصرف قانوني يتم بمقتضاه اتفاق الأطراف على تغيير عنصر من العقد، أو عدة عناصر وذلك من أجل بقاءه<sup>1</sup>.

لهذا فإن للأطراف المتعاقدة كامل الحرية في تعديل عقودهم بما يتوافق ومصالحهم المشتركة، سواء كان ذلك عند تنفيذ عقودهم، أو حتى قبل البدء في تنفيذها، ولعل الحكمة من الأولوية التي منحت لهم في ممارسة هذا التعديل إنما مردها إلى أنهم الأكثر معرفة ودراية بالظروف التي أحاطت عقودهم، أو التي هي قد تطرأ مستقبلاً، الأمر الذي يسبب صعوبة في تنفيذه وتحقيق الهدف من إبرامهم هاته العقود.

لذلك يلجأ الأطراف، وطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة إلى وضع الحلول الملائمة عن طريق التعديل، وذلك لإعادة التوازن للعقد، والحفاظ على ديمومة العقد واستمراره.

وتتجسد هذه الحلول عموماً في إدراج جملة من البنود تختلف بحسب مراحل تنفيذ العقد، فنكون أمام " البنود التلقائية " أهمها بند التقييس في حالة ما إذا تم الاتفاق عليها أثناء إبرام العقد، ونكون أمام " البنود غير التلقائية " وأهمها بند إعادة التفاوض في حالة ما إذا تم الاتفاق عليها خلال مرحلة تنفيذ العقد.

على هذا سأتناول في الفرع الأول آليات التعديل الإتفاقي ومدى حرية التعديل الإتفاقي في تأثيره على مصير العقد في الفرع الثاني.

<sup>1</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص42.

## الفرع الأول : آلية التعديل الإتفاقي.

كما سبقت الإشارة إليه فإن للأطراف المتعاقدة السلطة في إبرام العقد وفقا لمتطلباتهم وأن هذه السلطة هي أيضا من تخول لهم الحق في تعديله في حالة اعتراض العقد لصعوبات تعرقل تنفيذه بما يحقق الغرض من إبرامه، وهذا التعديل له آلياته نذكر أهمها: " بند التقييس" و"بند إعادة التفاوض".

لذا سأتناول بند التقييس أولا، ثم أتعرض لبند إعادة التفاوض ثانيا.

### أولا: بند التقييس.

إن من البنود المهمة التي يلجأ إليها الأطراف في مرحلة الإبرام قصد حماية التوازن الاقتصادي للعقد في جانبه المالي هو بند التقييس، إذ يسعى لحماية العملة النقدية، وتوفير عامل الثقة بين الأطراف، الأمر الذي يسمح لهم الابتعاد عن تهريب العملة التي تشكل العنصر الأساسي للتضخم<sup>1</sup>.

وتصب هذه العقود أساسا على العقود المستمرة أو المؤجلة التنفيذ<sup>2</sup>.

وتتجسد فعالية بند التقييس من خلال اختيار الأطراف لرقم مرجعي يتماشى ومصالحهم وكذا المحافظة على التوازن العقدي من خلال المساواة في الالتزامات المتقابلة، ومراعاة أسس الاقتصاد الوطني، لأن التقييس في حد ذاته غاية لتدارك انخفاض قيمة العملة، فهو يشكل طريقة تبعية للسعر العقدي (التعاقدية) ففائدته تظهر في حالة الوفاء المؤجل، أو التنفيذ المتتابع (المستمر)، الذي يضمن تغير الأداء النقدي بدلالة موازاة تقلبات الرقم المرجعي الاقتصادي كمرجع لمختلف السلع، العملة الصعبة، الذهب، والأسعار العامة<sup>3</sup>.

فالتقييس على هذا هو مجرد آلية تسمح بالتغيير التلقائي للخدمات، أو البضائع بدلالة رقم مرجعي يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف مراعين في ذلك التقلبات الاقتصادية، فهو بذلك يعتبر وسيلة ناجعة وكفيلة لحماية الأطراف المتعاقدة من تقلبات وتدهور القيمة النقدية، وما الأوضاع الاقتصادية التي تشهدها دول العالم نتيجة ظروف

<sup>1</sup> - Jean-Paul Doucet, les clauses d'indexation et les ordonnance du 30 décembre 1958 et du 4 février 1959, L.G.D.J : paris, 1965, p37.

<sup>2</sup> - Français terré, Philippe simler , Yves lequette, droit civil, les obligations, 9eme édition, paris, Dalloz, 2005, p 346.

<sup>3</sup> - Boris Starck, Henri Roland, Laurent .Boyer, droit civil, les obligations, contrat (2), 6eme éditions, paris.liteg.1998, p251.

نقلا عن: خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 45.

التقلبات السياسية، وعدم الاستقرار الأمني والحروب، والكوارث البيئية ما هي إلا عوامل وأسباب تسهم في تقلبات القيمة المالية وهذا بالتأكيد له انعكاس على المعاملات المالية للأفراد بصفة خاصة، والدول بصفة عامة.

ولعل احتياط الأفراد على هذه الآلية، إلا رغبة منهم في تجاوز الأزمات والصعوبات التي تعرقل تنفيذ العقد، وتحافظ على توازنه الاقتصادي حتى لا يتضرر طرف على حساب طرف آخر، فتخل بذلك العلاقة العقدية ويخرج العقد عن الهدف الذي أبرم من أجله.

بقي فقط أن نشير إلى أن لبند التقييس شروط صحة يستوجب احترامها حتى يكون بند التقييس صحيحا، وبما أن أساس بند التقييس هو الرقم المرجعي، فالأطراف ملزمون بالاتفاق عليه لأن له علاقة مباشرة بنشاط أحد الأطراف المتعاقدة أو بمحل العقد.

### 1- علاقة الرقم المرجعي بنشاط أحد أطراف العقد.

إن ما جرى عليه العمل والأكثر شيوعا، أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بالنشاط المهني لأحد المتعاقدين، كما أنه لم يشترط أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بالنشاط المهني الرئيسي لأحد الأطراف، فالعناصر المهنية التي تم أخذها يجب أن تكون أساسية بالنسبة للنشاط الرئيسي أولا وذلك لارتباطها المباشر به، وذلك حتى يمكن اعتبارها فعالة لصحة بند التقييس، فالعنصر الذي تم أخذه له علاقة مع بعض العناصر ولكن فقط بنشاط أحد المتعاقدين، ومثال ذلك: عقد بيع محل تجاري- مخبزة وحلويات- التقييس في هذه الحالة يكون على أساس سعر الزبدة والخميرة واللوز. ويبقى الأخذ بعين الاعتبار النشاط المهني الممارس عند إبرام العقد حتى، ولو تم تغيير النشاط المهني.

ورغم اختلاف النشاط المهني للأطراف، إلا أنه يكفي اختيار نشاط أحدهما كأساس لتوقع بند التقييس<sup>1</sup>.

### 2- علاقة الرقم المرجعي بمحل العقد.

يجب أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بمحل العقد، ففي عقد القرض المتفق عليه مثلا لبناء أو شراء منزل، يمكن أن يكون الرقم المرجعي هو سعر البناء،

<sup>1</sup> - راجع : خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 46-48.

وهذا الأخير على علاقة مباشرة بمحل العقد كما يمكن توسيع تطبيقه لحاجات تقتضيها المهنة كأن يكون البناء عبارة عن مطعم.

كما أنه لا يمكن تصور علاقة مباشرة بين الإيجار وأجرة البناء، وعليه فإن بند التقييس يكون صحيحا حال تحقق العلاقة بين الرقم المرجعي والنشاط المهني لأحد المتعاقدين أو بمحل العقد، وفي حالة عدم احترام هذه الشروط يترتب الجزاء عن تخلف شروط صحة بند التقييس من بطلان للرقم المرجعي، أو استبدال له<sup>1</sup>.

أ- يمكن الإضافة هنا فيما يخص مسألة بطلان الرقم المرجعي أننا نكون أمام تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

بمعنى أنه إذا كان الرقم المرجعي غير مشروع فالجزاء المترتب عن ذلك البطلان، ولكن المسألة التي تطرح في هذا الصدد هي ما مصير العقد المبرم بين أطراف العلاقة العقدية، هل يبطل لبطلان الرقم المرجعي أم أن بند التقييس هو الذي يبطل دون العقد؟.

بالرجوع إلى أحكام المادة 104 التي تنص على أنه: " إذا كان العقد في شق منه باطلا، أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

إن هذه المادة قد تعرضت بالإجابة إلى جانب من المسألة ذلك أنه في حال ما إذا تم اتفاق بين أطراف العلاقة العقدية على اختيار رقم مرجعي غير مشروع، فإن النتيجة المنطقية في هذه الحالة وتطبيقا لنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري، فإن هذا الاختيار لا يؤدي إلى التسبب في بطلان العقد، بل يكفي حذف الجزء الغير مشروع .

لكن ماذا لو كان هذا الاتفاق على بند التقييس هو السبب في التزام طرفا العقد؟ في هذه الحالة نجد أن المادة 104 مدني جزائري قد تكفلت بتوضيح المسألة بحيث تنص على أنه: " إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

وفي غياب أو ندرة القرارات القضائية الوطنية كونها تمثل الجانب التطبيقي لمثل هذه القضايا والمسائل، نجد أن القضاء الفرنسي قد أجاب بأجوبة متقاربة منها مثلا قيام الأطراف بإدراج شرط صريح غير قابل للتجزئة في العقد يترتب عنه بطلان بند التقييس

<sup>1</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 48، 49.

والذي يمس بدوره العقد بكامله ذلك بسبب أن رضا الأفراد قد أخذ بعين الاعتبار بند التقييس كسبب في التزامه<sup>1</sup>.

ب- أما ما يخص مسألة استبدال الرقم المرجعي، فغالبا ما يتفق الأطراف أثناء إبرام العقد على الاستبدال التلقائي للرقم المرجعي الباطل، وذلك بتوقعهم لرقم مرجعي آخر احتياطي يحل محل الرقم المرجعي الذي تم إبطاله، أي أن الرقم المرجعي الاحتياطي يحل محل الرقم المرجعي الذي تم إبطاله، فهو إذن يحل محل الرقم المرجعي الباطل بأثر رجعي وذلك بامتداده إلى الماضي<sup>2</sup>.

وعليه فإن عملية الاستبدال وسيلة أخرى يستخدمها الأطراف أيضا للمحافظة على العقد واستمراره من انخفاض العملة، وبالتالي تكريس الهدف من التعديل.  
**ثانيا: بند إعادة التفاوض.**

قد يغفل المتعاقدان عن إدراج البنود التلقائية كبند التقييس عند إبرامهم العقد، فحدث أن طرأت صعوبات أثناء تنفيذه في هذه الحالة يكون لأطراف العقد الفرصة بإدراج بنود في المرحلة اللاحقة على إبرام العقد وهذا دائما راجع لحرصهم على المحافظة على بقاء العقد وتحقيق العدالة العقدية بما يخدم مصالحهم، وهذه البنود هي البنود الغير تلقائية وأهمها بند إعادة التفاوض وهو ما سنوضحه في الآتي:

إن ازدهار الحركة الاقتصادية في العالم عامة، وفي كل بلد خاصة يبقى ينفرع عنه الكثير من المعاملات المالية، عقود وعمليات مصرفية، وبالنظر إلى حجم العقود التي تبرم بين المنتجين والموزعين والمستهلكين لم يعد العقد ثمرة مفاوضة أو اتفاق بين عاقلين، بل هو ثمرة مفاوضات طويلة ومعقدة بين فنيين وأخصائيين وقانونيين متخصصين في العقود الدولية والمحلية وعقود الإذعان والعقود النموذجية، وثمره التعامل بين ذوي المراكز الاقتصادية المهيمنة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 51.

<sup>2</sup> - Jean-Paul doucet, op.cit, p218.

<sup>3</sup> - مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط4، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ج1، ص 161.

وبغية من المشرع وحرصا منه على الحفاظ على العقد، لتحقيق أهدافه الاقتصادية والاجتماعية دون أن تطرأ على تنفيذه معوقات قد تنتج عن سوء فهم، أو تقدير أو كتمان خادع أو سوء نية أقر نظام المفاوضات<sup>1</sup>.

فما هي المفاوضات أو التفاوض؟

لقد تعددت التعريفات التي ذكرت حول مفهوم التفاوض منها أذكر:

أنه عملية مباحثات تتم بين طرفين، أو أكثر، ينظر كل منهما للآخر على أنه متحكم في مصادر إشباعات الآخر، ويهدفان إلى بلوغ حد الاتفاق على تغيير الأوضاع<sup>2</sup>.

إن يقتصر هذا البند على تبادل اقتراحات ومساومات ومكاتبات وتقارير ودراسات فنية يتبادلها الأطراف، تسفر عن حقوق والتزامات على عاتقها<sup>3</sup>.

وبنود إعادة التفاوض تلزم الأطراف بمناقشة وتبادل الاقتراحات في ظروف حسنة نتيجة لتغيرات خارجية عن إرادتهم والتي اعترضت العقد أثناء تنفيذه، مما يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثل ما يحدث في الاتفاقات الجماعية للعمل<sup>4</sup>.

مما سبق نجد أن التفاوض وإعادة التفاوض يُفصيان إلى نفس المعنى إلا أن الاختلاف يكمن في أن التفاوض هو مرحلة سابقة على إبرام العقد فهو مرحلة قبل العقدية إن صح التعبير، أما إعادة التفاوض أو بند إعادة التفاوض فهو بند يتفق عليه الأطراف في مرحلة لاحقة على إبرام العقد أي أثناء مرحلة تنفيذه يهدف إلى المحافظة على كينونة العقد دون إلحاق بأحد المتعاقدين.

لذا تفرض بنود إعادة التفاوض على الأطراف الالتزام بالتعاون لما يقتضيه حسن النية بحيث يحترم الطرفان ما قام بينهما من اتفاق<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - مصطفى العوجي، القانون المدني...، المرجع السابق، ص 163.

<sup>2</sup> - أحمد فهمي جلال، مهارات التفاوض، ط1، كلية الهندسة، جامعة القاهرة، مركز تطوير الدراسات العليا والبحوث في العلوم الهندسية، 2008، ص 3.

<sup>3</sup> - حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإنسانية، ع2، يونيو 2005، م13، ص 127.

<sup>4</sup> - Philippe malourie, lourent aynés cours de droit civil, les obligation tome VI, 8eme édition, paris, éditions, 2005, p350.

<sup>5</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 83.

## المطلب الثاني: التعديل القانوني والقضائي للعقد المدني

يختلف التعديل باختلاف الطرف التي يحدثه و يتنوع من حيث صورته من تعديل اتفاقي كما سبق وان رأينا إلى تعديل قانوني إلى تعديل قضائي، وهذان الأخيران يشكلان معا استثناء على المبدأ العام الوارد في المادة 107 "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين..." وفي هذا المطلب سنركز الدراسة على التعديل القانوني والقضائي فننتاول في الفرع الأول التعديل القانوني للعقد المدني وفي الفرع الثاني نتعرض للتعديل القضائي للعقد المدني.

### الفرع الأول: التعديل القانوني

هناك حالات يتدخل فيها المشرع لينهي العقد، أو يعدله رغم إرادة المتعاقدين، من ذلك انقضاء عقد شركة المتضامن بوفاة أحد الشركاء المادة 439 ق م ج، وانتهاء العارية بموت أحد طرفيها وعليها نصت المادة 548 ق م ج، ونجد الوكالة تنتهي كذلك بموت الوكيل أو الموكل المادة 586 ق م ج.

وبتدقيق النظر نجد أن هذه الحالات لا تعتبر خروجاً في حقيقتها على قاعدة القوة الملزمة للعقد لأن هذه العقود لا يراعى فيها الاعتبار الشخصي للمتعاقدين<sup>1</sup>.  
ففي الإيجار غالباً ما يتدخل المشرع لتحديد الأجرة، كما يتدخل أيضاً في تحديد مدة الإيجار<sup>2</sup>.

وإذا كان الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز للمشرع التدخل لتعديل الالتزامات العقدية، وذلك تجسيدا لمبدأ حماية المتعاقدين<sup>3</sup> من تدخله في تنفيذ العقد، وأقر في المقابل استثناءات على هذه الحماية.  
أولاً: حماية المتعاقدين من تدخل المشرع.

من المبادئ القانونية التي أقرها المشرع لحماية المتعاقدين من تدخله في تنفيذ الالتزامات العقدية.

- مبدأ عدم رجعية القوانين.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني...، المرجع السابق، ص 317.

<sup>2</sup> - راجع المواد 471-474-509 قانون مدني جزائري التي حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، لأن هذه المواد قد تم إلغائها بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، (ج، ر 31، ص 6).

<sup>3</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 26.

- ومبدأ امتداد سريان القانون القديم وهو ما سنوضحه في الآتي:

## 1/ مبدأ عدم رجعية القوانين:

يقصد بمبدأ عدم رجعية القانون الجديد عدم سريان أحكامه على الماضي سواء بالنسبة للوقائع التي تكون قد حدثت أو المراكز القانونية التي قد تكون في ظل أحكام القانون السابق، أو بالنسبة للآثار التي ترتبت على تلك الوقائع، أو المراكز في ظل هذا الأخير<sup>1</sup>.

هذا ويعد مبدأ عدم رجعية القوانين من المبادئ التي تقوم على اعتبارات من العدل، والتي تلزم لتحقيق الثقة في القانون والاستقرار في الجماعة.

فمن العدل أن لا يسري على الأفراد قانون جديد لم ينظموا سلوكهم طبقاً له، إذا من المنطق أن تكون هناك قواعد قائمة حتى ينظم الأفراد سلوكهم على ضوء ما تقضي به<sup>2</sup>. لأنه قد تكون هناك أفعال مباحة في ظل القانون القديم، ثم تصبح هذه الأفعال غير مباحة في ظل قانون آخر<sup>3</sup>، وقد يحدث أن يسكت المشرع في كثير من الحالات عن تنظيم كيفية تطبيق القانون الجديد بالنسبة للأحداث التي بدأت قبل أن تصبح نافذة، وهنا تنثور الصعوبة ويتعين على القضاء العمل على حلها، وبهذا الصدد ظهرت نظريتان<sup>4</sup>:  
أ- النظرية التقليدية:

تقوم هذه النظرية على أساس التفرقة بين الحق المكتسب *droit acquis* و مجرد الأمل *Simple expectative*، و خلاصة هذه النظرية أن عدم الرجعية يعني عدم جواز مساس التشريع الجديد بالحق المكتسب، وإلا كان ذا أثر رجعي، فيمتنع تطبيقه ويظل التشريع القديم مطبقاً أما إذا مس التشريع الجديد بمجرد الأمل فلا يكون له هذا الأثر، أي لا يعد أنه قد سرى على الماضي.

<sup>1</sup> - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص158.

<sup>2</sup> - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، بيروت، الدار الجامعية، 1993، ص 324.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قدامة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، (د، ت)، ص149.

<sup>4</sup> - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 328.

و كمثل على ذلك: المورث الذي توفي قبل صدور التشريع الجديد، فإن الورثة يكونون قد اكتسبوا حقوقا على أنصبة معينة في تركة مورثهم طبقا للتشريع القديم، فلا يسري عليهم التشريع الجديد، و إلا اعتبر أنه قد سرى بأثر رجعي، لأنه يعد مساسا بالحقوق المكتسبة<sup>1</sup>.

أما في الحالة الأخرى فإن التعديل الذي يضمنه التشريع الجديد و وفاة المورث بعد صدوره، و كان للورثة مجرد الأمل في الإرث، فإن التشريع الجديد هو الذي يطبق بمعنى آخر كل التصرفات القانونية التي تم إبرامها في ظل قانون معين خاضعة لأحكام هذا القانون، فلا ينال من صحتها وفقا لأحكامه قانون جديد تخضع هذه التصرفات لشروط معينة، فالعقد الذي لا يشترط في إبرامه الرسمية وفقا لأحكام القانون الذي أبرم في ظله، يظل صحيحا، ولو صدر قانون جديد يتطلب الرسمية<sup>2</sup>.

و قد وجهت لهذه النظرية انتقادات ظهرت على أساسها النظرية الحديثة.

#### ب- النظرية الحديثة:

قامت هذه النظرية على أساس التفرقة بين مبدئين: مبدأ عدم رجعية القانون الجديد من جهة، و مبدأ سريانه سريانا مباشرا من جهة أخرى<sup>3</sup>.

و المقصود بمبدأ عدم الرجعية أن القانون الجديد لا يسري على ما تم قبل نفاذه<sup>4</sup> من مراكز قانونية، والتي تشمل حسب أنصار هذه النظرية كل الأوضاع على اختلاف صورها كمرکز الزوج، والمالك، والمنافع، والدائن المرتهن والبائع، والمشتري والمؤجر والمستأجر.

فإذا انقضى مركز قانوني في ظل القانون القديم فلا يسري عليه القانون الجديد، وإذا توافرت بعض عناصر تكوين، أو انقضاء المراكز القانونية دون البعض الآخر، فإن القانون الجديد لا يمس ما تم منها فعلا.

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الجزائر، دار هومة، 1999، ص 249، 250.

<sup>2</sup> - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل...، المرجع السابق، ص 160.

<sup>3</sup> - مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، (القاعدة القانونية- الحق)، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص 118.

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 258.

أما بالنسبة للآثار المترتبة على المراكز القانونية فإن القانون الجديد لا يسري على ما يترتب منها فعلا قبل نفاذه، أي ما يترتب في ظل القانون القديم، و إذا كانت الآثار تستمر مدة طويلة، فإن القانون الجديد لا يسري على ما تم منها وقت نفاذه كذلك، و إنما يسري على ما لم يتم منها تطبيقا لقاعدة الأثر المباشر للقانون<sup>1</sup>.

وعلى هذا فرق أنصار النظرية الحديثة بين القواعد التي تتعلق بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية، و بين القواعد التي تتعلق بآثار هذه المراكز<sup>2</sup>.

## 2- مبدأ استمرار القانون القديم:

في الحقيقة يعتبر مبدأ استمرار القانون القديم كحماية لمصالح الأطراف المتعاقدة، و تأكيدا لمبدأ سلطان الإرادة، كون أن المتعاقدين يراعون القانون القائم لتحقيق التوازن فيما بينهم، فإذا تم تطبيق قانون آخر جديد على ما تم إبرامه من عقود أدى ذلك إلى الإخلال بالتوازن العقدي لذا وجب استمرار القانون القديم<sup>3</sup>.

هذا بالنسبة لمبدأ عدم الرجعية، ومبدأ استمرار القانون القديم، وفيما يلي نتعرض للوجه الآخر للنظرية الحديثة، وهو الأثر المباشر للقانون الجديد، والذي يعد كاستثناء و ارد على حماية الأطراف من تدخل المشرع.

### ثانيا: الاستثناءات الواردة على حماية الأطراف من تدخل المشرع.

قد تعترض تنفيذ العقد صعوبات مردها إلى تقلبات اقتصادية واجتماعية، يترتب عنها الإخلال بتوازنه الاقتصادي، الأمر الذي يؤدي إلى تدخل قوانين حديثة في حياة العقد وما يترتب عنه من انتهاك للقوة الملزمة له، خاصة المتعلقة منها بتعديل مدة العقد، و يتم هذا التدخل وفقا لمبدأ الأثر الفوري و الأثر الرجعي للنص الجديد لتعديل العقد<sup>4</sup>.

## 1- الأثر المباشر للقانون الجديد.

عرف المشرع الجزائري مبدأ الأثر المباشر، أو الفوري لتطبيق التشريع على أنه:

" سريان القانون على ما يقع في المستقبل".

<sup>1</sup> - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 346.

<sup>2</sup> - راجع فيما يخص هذه المسألة الأمثلة الواردة عند: محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 259-263.

<sup>3</sup> - راجع فيما يخص مسألة الأثر المستمر للقانون القديم: محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 268-273.

<sup>4</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 31.

وفي هذا الصدد قضت المادة الثانية من القانون المدني الجزائري " لا يسرى القانون إلا على ما سيقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي...".

انطلاقاً من النص يترتب على عدم سريان القانون إلا على ما يقع في المستقبل أعمال صريح لمبدأ الأثر المباشر أو الفوري لتطبيق التشريع<sup>1</sup>.

إن تطبيق مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد في مجال العقود لا يمكن الأخذ به على الإطلاق لأن تنظيم العقود يقتضي التنوع والاختلاف طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن تدخل المشرع لتعديل العقد بتطبيق الأثر الفوري أدى إلى اختلاف فقهي حول مدى تطبيقه على العقود، فهناك من يرى تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر إذا كان يحتوي على قاعدة أمرية، فإذا لم يحتوي عليها كان هناك مجال لاستمرار تطبيق القانون القديم، وهناك من يتمسك بالترقية بين القوانين المتعلقة بالنظام القانوني، والقوانين المتعلقة بالمراكز العقدية<sup>2</sup>.

ذلك أن المركز القانوني، هو الذي يستقل القانون بتنظيمه مباشرة نظراً إلى أن أحكامه تهم الكافة، على الرغم من أن المركز القانوني لا ينشأ إلا بناء على عقد من العقود، فمثل هذا المركز يكون موحدًا بالنسبة لجميع الأفراد، ومن ثم تتوافر الحكمة من تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد، كالزواج والملكية اللذان يقتصر دور الإرادة فيهما في الدخول في أحدهما.

أما المركز العقدي فهو الذي يتولى القانون تنظيمه لإرادة الأفراد، ذلك أن أحكامه تهم المتعاقدين دون غيرهم<sup>3</sup>.

حيث يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد، والتكفل بتحديد آثاره، وبالتالي فإن القانون الذي يطبق هو القانون الذي في ظله أبرم التصرف القانوني بمعنى استمرار سريان القانون القديم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عجة الجبالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحماية، (د، ط)، دار الخلدونية، (د، ت)، ص 632، 633.

<sup>2</sup> - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 354، 355.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قدارة، شرح النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 160.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص 161.

إذا كانت هذه القاعدة التي يؤدي إليها مبدأ الأثر المباشر، فإن ثمة استثناء يرد عليها يؤدي إلى اختراق القانون القديم هذا الحاجز، والدخول في منطقة نفوذ القانون الجديد، وهو ما يعبر عنه بالأثر المستمر للقانون القديم<sup>1</sup>.

## 2/ الأثر الرجعي للنص الجديد لتعديل العقد.

إن الأثر الرجعي خرق لمبدأ عدم رجعية القوانين، بما يقتضيه العدل واستقرار المعاملات وثقة الأفراد به، مما يوجب سريان القوانين على الماضي فمن الحالات ما تعنى فيها الحاجة إلى الرجوع إلى الماضي تحقيقاً لمصلحة الجماعة، وهذه سياسة يقدرها المشرع نفسه لتحقيق هدف أسمى<sup>2</sup>، ومع ذلك فإن سلطة المشرع بالرجوع بالقانون إلى الماضي ليست مطلقة<sup>3</sup>.

فبالرجوع إلى مبدأ عدم رجعية القوانين باعتباره مبدأ قانونياً عادياً فإنه يقيد القاضي، ولا يقيد إرادة المشرع في التدخل لتعديل العقود كلما رأى في ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة<sup>4</sup>.

فالمشرع يملك سلطة النص صراحة على سريان القانون الجديد بأثر رجعي على الآثار الجارية للمراكز العقدية، إذا تعلق الأمر بتعديل الشروط المتفق عليها صراحة بين المتعاقدين، مما يؤدي إلى حلول أحكام التشريع محل شروط العقد، وبالتالي انقضاء الالتزامات العقدية، ونشأة التزامات قانونية محلها<sup>5</sup>.

وفي الأخير وجب على المشرع أن يتخذ جانب الحيطة والعدل والعقل كمعايير لتدخله لا سيما وأنه يفترض في المشرع السلطة المطلقة للتدخل بأثر رجعي، هذا والواقع أن للمشرع السلطة المطلقة للتدخل في كافة مراحل العقد، وفي الوقت الذي يراه مناسباً، مما يؤدي إلى التعديل التشريعي بتعديل شروط العقد المتفق عليها أثناء إبرام العقد في ظل القانون القديم، أو تعديل أحكام القانون الذي أبرم العقد في ظله، بتوقيع أو تنويع الأطراف لشروطهم مما يؤدي إلى انقضاء الالتزامات العقدية وحلول التزامات تشريعية محلها عن طريق التجديد الضروري.

<sup>1</sup> - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل...، المرجع السابق، ص 170، 171.

<sup>2</sup> - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 326.

<sup>3</sup> - عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، المرجع السابق، ص 255.

<sup>4</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 36، 37.

<sup>5</sup> - خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 37.

هذا في حالة تدخل المشرع لتعديل العقود الجارية بتطبيق الأثر الفوري للقانون الجديد، أو الأثر الرجعي إلا أننا لا نكون أمام التعديل التشريعي إذا احترم المشرع مبدأ عدم رجعية القوانين، وكذا إذا استمر القانون القديم يحكم العقود الجارية مما يدعم استمرارية واستقرار المعاملات العقدية بين الأفراد<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التعديل القضائي.

تطرقنا في المطلب الأول إلى التعديل الإتفاقي باعتباره صورة من صور التعديل في العقد المدني وبيّنت أنه تعديل يستند على إرادة المتعاقدين، أو اتفاقهما وهو ما نصت عليه المادة 106 مدني بقولها "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين..."، ثم بعد ذلك تناولت التعديل التشريعي أيضا باعتباره إلى جانب التعديل الإتفاقي من صور التعديل في العقد، ووجدت أنه لا يتدخل المشرع لتعديل العقد إلا استثناء عن الأصل "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"، ليجد المشرع أساسه في التدخل لتعديل العقد.

ولما كان هدف المشرع من تعديل العقد المصلحة العامة، فإن هذا لا يعني إغفاله المصلحة الخاصة للمتعاقدين، ولأن العقد يتأثر بما حوله من معطيات سياسية واقتصادية واجتماعية، الأمر الذي يحدث معه اختلال في التوازن العقدي والاختلال في الأداءات المتقابلة وما ينتج عن ذلك من تعسف وظلم لمتعاقد على حساب المتعاقد الآخر، فكان لا بد من تدخل المشرع لتعديل العقد وإعادة توازنه برفع الغبن والظلم على الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

أما هذا الفرع فسأخصه للتعديل القضائي وهو الصورة الثالثة للتعديل وهو موضوع بحثنا.

سمي بالتعديل القضائي، لأن مصدره القضاء، إذ يجريه بمناسبة نزاع مطروح عليه بموجب طلب من أحد طرفي العقد، وهو الطرف المضرور في هذا العقد، ويميز الفقه بين التعديل القضائي، والتعديل التشريعي بمدى السلطة الممنوحة للقاضي، فإذا وجدت كان التعديل قضائياً، أما إذا كان مقيداً في ذلك، فإن التعديل يكون تشريعياً<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 38، 39.

<sup>2</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 9.

ويعتبر التعديل القضائي للعقد المدني كالتعديل القانوني من حيث كونهما يردان كاستثناء على الأصل العام - العقد شريعة المتعاقدين - فالأصل هو احترام القاضي لقانون العقد، فلا يمكن له أن يحل محل إرادة الأطراف في تعديل العقد لما في ذلك من انتهاك للقوة الملزمة للعقد.

فوظيفة القاضي في الأصل قاصرة على تفسير العقود وتطبيق أحكامها دون تعديلها، وخروج القاضي على حدود عمله إنما مساس بمبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي نشأ في أحضان الفقه القانوني الغربي وبلغ ذروته بانتشار المذهب الفردي الذي أعطى المرء الحرية الكاملة في إنشاء ما شاء من تصرفات طالما لا تمس بالنظام العام الذي يبقى المعيار أو القيد على هذه الحرية.

فهذا الأخير له الحق في إنشاء الالتزامات وتحديد آثارها التي تلزمه والمتعاقد معه، بحيث لا يجوز نقصها أو تعديلها إلا باتفاقهما<sup>1</sup>.

إلا أن هذا المذهب في نظر أصحابه لم يتحقق في أي مرحلة تاريخية<sup>2</sup>، لأن المشرع حاول في كثير من الأحيان أن يضع استثناءات من المبادئ القانونية التي تُعتبر حسب الفقه مقدسة كمبدأ سلطان الإرادة.

والقوة الملزمة للعقد، وحرية التعاقد... ومبادئ قانونية أخرى، وفي كثير من الحالات منح القاضي المدني سلطة المخالفة، حتى يتمكن من استبعاد التطبيق المتشدد للقاعدة القانونية<sup>3</sup>.

بهذا يكون المشرع قد أخذ موقفا معتدلا، فلا هو انتقص من مبدأ سلطان الإرادة إلى الحد الذي يجعله يفني في سلطان المشرع وسلطان القاضي، إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه، ولا هو تركه يطعن فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية، وبتحديد آثارها دون النظر إلى المصلحة العامة ومقتضيات العدالة.

فقد استحدثت قيودا طواع فيها التطور الاجتماعي و الاقتصادي للقانون طوال العصور الأخيرة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - راجع المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 93.

<sup>3</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 184.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م 1، ص 90.

وفي سبيل ذلك أعطى القاضي في بعض الحالات الاستثنائية السلطة للتدخل لتعديل العقد، وقد شمل هذا التعديل مرحلة تكوين العقد، كما شمل أيضا هذا التعديل القضائي مرحلة تنفيذ العقد المدني.

وكما كان موضوع بحثنا تحت عنوان التعديل القاضي للعقد المدني في التشريع الجزائري، فإننا سنتناول الموضوع بالدراسة والتحليل والتعمق من خلال الفصل الثاني، والفصل الثالث وذلك وفقا للتقسيم الآتي:

- الفصل الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني في التشريع الجزائري في مرحلة تكوينه.
- الفصل الثالث: التعديل القضائي للعقد المدني في التشريع الجزائري في مرحلة تنفيذه.

## خلاصة المبحث الثاني:

نخلص من هذا المبحث أن التعديل يأخذ ثلاث صور، وهي التعديل الإتفاقي، والتعديل القانوني، والتعديل القضائي، لذا فإن التعديل يختلف باختلاف محدث التعديل أو الطرف المتدخل.

وعليه وجدنا أن التعديل الإتفاقي يتم بمقتضاه اتفاق أطراف العقد في مرحلة إبرام العقد، وأثناء تنفيذه على تغيير عنصر من عناصره، أو شرط من شروطه بحسب ما تقتضيه مصالحهم، وهذا عن طريق إدراج جملة من البنود تختلف بحسب مراحل تنفيذ العقد من بنود تلقائية ذكرنا أهمها "بند التقييس"، وهذا أثناء إبرام العقد، إلى بنود غير تلقائية، وأهمها "بند إعادة التفاوض" والذي يأتي في مرحلة لاحقة من تنفيذ العقد، مع ملاحظة أن هذه البنود يجب أن تكون منفقة مع مصالح الأطراف الاقتصادية.

فبند التقييس مثلا تظهر فائدته في حالة الوفاء المؤجل، فهو يشكل ضمانا للمحافظة على التوازن العقدي بتداركه انخفاض قيمة العملة في ظل الأوضاع التي تشهدها دول العالم نتيجة التقلبات السياسية وعدم الاستقرار الأمني والحروب، والكوارث البيئية، هذا عند إبرام العقد.

ونظرا لأن هناك صعوبات قد تطرأ على العقد أثناء تنفيذه، وُجد أمام أطراف العقد فرصة أخرى تتمثل في إدراج بنود غير تلقائية كبند إعادة التفاوض، وذلك لضرورة أصبحت ملحة في وقت اتسعت فيه الحركة الاقتصادية في العالم، وما نتج عنها من معاملات مالية، وعمليات مصرفية، وبالنظر إلى حجم العقود التي تبرم بين المنتجين، والموزعين، والمستهلكين فلم يعد العقد ثمرة مفاوضة، أو اتفاق بين عاقدين، بل هو ثمرة مفاوضات طويلة يتعدد فيها الأطراف من فنيين، وأخصائيين، وقانونيين متخصصين في العقود الدولية، وعقود الإذعان وغيرها.

إلا أن ما نخلص إليه من خلال هذا المبحث أن حرية الأطراف في تعديل العقد ليست مطلقة، بل هي مقيدة بعدم التعسف، وحسن النية، كما أن تدخل المشرع لتعديل العقد أيضا ليس مطلقا، بل هو مقيد بمبدأ عدم رجعية القوانين طبقا لنص المادة 02 ق.م.ج.

ولما كان تدخل المشرع لتعديل العقد يعد استثناء على مبدأ سلطان الإرادة، وانتهاكا له بمنحه أيضا القاضي الدور في تعديل الالتزامات العقدية، وذلك لمواجهة

ظروف وقتية بقوانين تنتهي بانتهاء الظرف، وإن كان تدخله تقتضيه المصلحة العامة الاقتصادية، والاجتماعية، فإن هذا لا يمنع من أن النتيجة التي يسعى من وراء تدخلها القاضي هو حماية الأطراف أنفسهم، والعقد من الزوال بتحقيق التعادل في الالتزامات العقدية.

## خلاصة الفصل الأول:

إذا كان العقد وسيلة قانونية وضعها المشرع بين أيدي المتعاقدين لإبرام ما شاءوا من تصرفات وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، فإن هذه الوسيلة المهمة تبقى غير كافية لتحقيق الهدف من إبرامها في ظل المستجدات والمتغيرات التي تعترض إبرام العقد وتنفيذه، ما استدعى الأمر تدخل المشرع لتعديل الالتزامات العقدية استثناءا على المبدأ العام، وإدراج تعديلات تتجسد في صورة تعديل مدة العقد، أو قيمة الالتزامات، أو بمنح آجال، أو إنقاص المدة كل هذه التعديلات تتم بموجب قوانين جديدة تسري بأثر فوري على المستقبل تطبيقا لنص المادة 1/02 من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي أن القانون لا يسري إلا على المستقبل ولا يكون له أثر رجعي، وبالرغم من نص المشرع على مبدأ عدم رجعية القوانين، إلا أنه قد أورد استثناءات عليه، وذلك حتى يتدخل لتعديل العقد كلما اقتضت المصلحة الاقتصادية، أو الاجتماعية، أو المصلحة الخاصة للمتعاقدين، ما دام أن تدخله هذا بمنطلق تحقيق التعادل في الالتزامات العقدية.

هذا حال التعديل القانوني، أما بالنسبة للتعديل الإتفاقي فيمكن أن نصل إلى القول أن الأطراف المتعاقدة هي الأكثر حرصا من المشرع ذاته، إذ يعتبر من غير المعقول أن يصدر تشريع جديد يعدل، أو يراجع عقدا سبق إبرامه، نظرا لما يحمله ذلك من اضطراب في المراكز العقدية المشروعة، لذا وجب استمرار تطبيق التشريع الذي في ظله أقاما المتعاقدين على أساسه العقد، والذي كان هو وحده موضع اعتبار لدى المتعاقدين عند إبرامهما العقد، وإن انتفت الحكمة التي دعت المشرع إلى تقرير مبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد، ذلك أن النظام العام في الدولة يقتضي تطبيق هذا المبدأ تحقيقا لوحدة القانون الذي يطبق على المراكز القانونية المتماثلة حتى لا تخضع التي هي من طبيعة واحدة إلى أنظمة قانونية متعددة ومختلفة، في الوقت الذي يبقى الأصل في المراكز العقدية هو تفاوتها وتنوعها تبعا لما اتجهت إليه إرادات المتعاقدين في تحديدها، حيث يؤخذ في هذا المجال بمبدأ سلطان الإرادة الذي يخول للمتعاقدين تنظيم علاقاتهم بحسب الأسلوب الذي يروق لهم، وبذلك تنتفي الحكمة من تقرير مبدأ الأثر المباشر، لذا إن أريد الإبقاء على التوازن العقدي وجب استمرار تطبيق التشريع القديم الذي كان وحده موضع اعتبار لدى المتعاقدين عند إبرامهما العقد، فهم على علم مسبق بما ينتظرهم من نتائج تتولد عن الشروط الصريحة لهذه العقود، أو من نصوص القانون التي تحكمها.

فالتعديل الذي يكون من قبل أطراف العقد ينصب على إعادة الرابطة العقدية، واستمرارها باستخدام آليات مجسدة في شروط يتم الاتفاق عليها مسبقاً أو لاحقاً بحسب الظروف التي قد تعترض تنفيذ العقد، فيكون هذا التعديل في إطار النزاهة والجدية، وبما يتماشى مع مصالح أطراف العقد حتى لا نكون بصدد أو أمام تعسف في استعمال الحق والإخلال بمبدأ حسن النية.

وبمقارنة التعديل القانوني مع التعديل الإتفاقي نجد أن هذا الأخير يبقى الوسيلة المحددة لضمان استمرارية العقد، وضمان لمبدأ سلطان الإرادة "العقد شريعة المتعاقدين". إذا كان هذا حال التعديل القانوني والإتفاقي فإن التعديل القضائي، ورغم كونه يعد خرق وانتهاك لمبدأ سلطان الإرادة، و خروج عن الأصل العام المتقدم الذكر إلا أنه جاء لحماية المصلحة الخاصة لأطراف العقد، نظراً لعدم صحة افتراض تكافؤ و تعادل إرادتي الطرفين، وإمكان تغير الظروف التي أبرم فيها العقد، مما جعل المشرع يعطي للقاضي دوراً في تعديل العقد في حالات خاصة يختلف هذا الدور من حالة إلى أخرى.

ففي الظروف الاستثنائية مثلاً قرر المشرع هذه السلطة للقاضي مراعاة لمصلحة الطرف الضعيف، دون إهمال لمصلحة الطرف الآخر، من خلال تمكينه من تعديل العقد دون فسخه، إضافة إلى ذلك فقد أقر المشرع الجزائري مبدأ القوة الملزمة للعقد في نص المادة 106 من القانون المدني، بما يوحي أنه أطلق دور الإرادة في تنفيذ العقود التي تبرمها، إلا أنه أورد على ذلك قيوداً مختلفة و ذلك بمنح القاضي السلطة التقديرية في تعديله حسب الحالة المعروضة عليه كلما توفرت شروطها القانونية في مرحلة إبرام العقد، أو في المرحلة اللاحقة من إبرامه، وهو الأمر الذي سنأتي على معالجته بالتفصيل من خلال هذه المذكرة، و جعل اتفاق الأطراف على خلاف ذلك من النظام العام .

بهذا يكون المشرع قد أخذ موقفاً معتدلاً، فلا هو انتقص من مبدأ سلطان الإرادة إلى الحد الذي يجعله يفنى في سلطان المشرع وسلطان القاضي، إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه، ولا هو تركه يطعن فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية، وبتحديد آثارها دون النظر إلى المصلحة العامة ومقتضيات العدالة.

الفصل الثاني:

التعديل القضائي للعقد

المدني المتعلق بتكوينه في

التشريع الجزائري

إذا كان نطاق سلطة القاضي التقديرية في مجال التعديل واسعة تشمل سائر فروع القانون الخاص، دون نطاق القانون المدني، كون أنه يتصدى بالتعديل داخل هذه الفروع لأن طبيعتها الجوهرية لا تخرج عن فكرة المصلحة من إبرام العقود، إلا أن دراستنا ستكون قاصرة أو محصورة على تعديل القاضي للعقد المدني دون فروع القانون الخاص، وهو لب أو المحور الذي يدور حوله موضوع البحث.

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه أن دور القاضي في تعديل العقد المدني يظهر في مرحلتين من مراحل العقد.

أما الأولى: هي مرحلة تكوين العقد المدني.

أما الثانية: فهي مرحلة أثناء تنفيذ العقد المدني.

ولهذا سأقصر دراستي في هذا الفصل على المرحلة الأولى، على أن أتناول المرحلة الثانية في الفصل الثالث.

و بما أن الفصل الثاني نتناول فيه تعديل القاضي للعقد المدني في مرحلة تكوينه، فإنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 90 من التقنين المدني الجزائري، فقد يقع أحد المتعاقدين ضحية استغلال من المتعاقد معه مما يجعله يتحمل التزامات تفوق كثيرا ما اكتسبه من حقوق تحت وطأة طيش بين، أو هوى جامح، فيجوز للقاضي تعديل العقد رفعا لهذا الغبن، كما يجوز له تعديل الشروط التعسفية طبقا لأحكام المادة 110 من التقنين المدني، حيث لا يكون الأطراف بنفس المراكز القانونية في بعض العقود نظرا لاحتكار أحد المتعاقدين واستثثاره بسلعة معينة، أو خدمة ضرورية للجمهور بحيث لا يستطيع الطرف الآخر في العقد الاستغناء عنها في حياتهم، الأمر بالنسبة لتوريد المياه، أو الكهرباء، وبالتالي يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها وهو ما أشارت إليه المادة 70 ق م ج.

وتتلخص الحالات التي يتم من خلالها تعديل القاضي للعقد المدني في مرحلة تكوينه في حالتين الغبن الاستغلالي (المبحث الأول)، وعقد الإذعان (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تكوينه للغبن الاستغلالي.

إذا كان العقد يقوم على أساس من العدالة العقدية، فإن غياب هاته المبادئ تمثل خرقاً لمبدأ التناسب في العقود، وإخلالاً بالعدالة العقدية، الأمر الذي استدعى معه تدخل المشرع لتولي زمام أموره في إيجاد حلول وإجراءات تكفل وتعزز وجود العقد وتحقيق الحماية للمتعاقدين، ذلك من أجل إرساء وضع اجتماعي مستقر، وعادل من خلال حماية الطرف المغبون في الرابطة العقدية.

هذا فإن العقد ونظراً للتقيد الكبير بمبدأ سلطان الإرادة، الأمر الذي ولد معه التزامات غير عادلة عبر حقبة زمنية، وفي أغلب الفروض أدى هذا الواقع إلى ظهور وشيوع حالات من الغبن والاستغلال.

لعل السبب الذي عجل إلى ظهور نظريات فقهية كنظرية الغبن والاستغلال لمعالجة هذا الاختلال، الأمر الذي أعطى المجال واسعاً للقاضي في التدخل لتعديل الالتزامات العقدية في حالة وجود غبن وهو ما يعد استثناءً على المبدأ العام العقد شريعة المتعاقدين إزاء الالتزامات العقدية.

### المطلب الأول: مفهوم الغبن والاستغلال.

نعالج موضوع الغبن والاستغلال من خلال هذا المطلب، وذلك بتقسيمه إلى فرعين أما الفرع الأول ندرس فيه الغبن كأداة قانونية تجيز للقاضي المدني استعمالها لتعديل العقد المدني، ولكن ذلك لا يتأتى إلا بالولوج إلى التفاصيل الفقهية من تعريف للغبن إلى بيان طبيعته القانونية وتحديد موقف القضاء من المسألة، مروراً ببيان مميزاته، أما الفرع الثاني فسأخصه للاستغلال الذي سأعرض فيه أيضاً إلى تعريفه لغة، واصطلاحاً حتى أميز بينه وبين الغبن، ثم نورد عناصره من خلال المادة 90 ق م ج لأناقش بعد ذلك مدى إحاطة هذه المادة بالموضوع.

### الفرع الأول: مفهوم الغبن.

الغبن مسألة اجتماعية أثارت العديد من الجوانب والإشكالات الأمر الذي جعلها مثاراً للخلافات والاتجاهات المختلفة، رغم تناولها من قبل العديد من الفقهاء والباحثين إلا أن ذلك لم يبقها بعيدة عن مثار الجدل، خاصة إذا ما نظرنا إليها من زاوية تدخل القاضي واستعمالها كأداة لحفظ وديمومة العقد وإرساء الحماية لمصالح الأطراف المتعاقدة.

وعلى هذا فإن العرض العلمي يقتضي منا التصدي بالدراسة إلى تعريف الغبن ومميزاته، والإطلاع على فكرة تطوره مروراً بالكشف عن طبيعته القانونية، وهذا قبل التطرق إلى لب الموضوع ومعرفة سلطة التعديل القضائي بالنسبة للعقد المدني المنطوي على الغبن.

أولاً: تعريف الغبن ومميزاته.

إن البحث في المسائل العلمية دائماً يتطلب معه التعرف على أصولها بحيث تعود النتائج على المقدمات وهو أمر بديهي في قضايا البحث العلمي، والكشف عن موضوع الغبن بجزئياته وتفصيله يقتضي منا بطبيعة الحال التعريف اللغوي والاصطلاحي وذكر سميات مسألة البحث في نقطتين:

1- تعريف الغبن لغة واصطلاحاً .

2-مميزات الغبن.

1- تعريف الغبن.

أ- التعريف اللغوي للغبن: (la lésion).

وجد الغبن في معاجم اللغة العربية بعدة معاني نذكر المنتقى منها: الغبن بالتسكين في البيع، والغبن بالتحريك: في الرأي، وغبنت رأيتك أي نسيتته. وقد ورد بمعنى الوكسة في البيع والشراء، غبنة يغبنه غبناً أي خدعه وقد غبن فهو مَغْبُونٌ<sup>1</sup>.

كما ورد بمعنى الضعف والنسيان والخديعة في البيع والشراء، كذلك ورد بمعنى النقص فغبن فلانا نقصه في الثمر، أو غيره فهو غابن<sup>2</sup>. ومن الغبن جاء لفظ التغابن (بضم الباء) وهو الخسارة<sup>3</sup>. الملاحظ على ما تحمله هذه المعاني من دلالات الجشع نحو امتلاك الأشياء أو حيازتها والسعي وراء الربح السريع و الغير عادل.

<sup>1</sup> أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ط1، بيروت، لبنان، دار صادر، 2000، م11، ص10.

<sup>2</sup> بطرس البستاني، محيط المحيط، طبعة 1987، بيروت، لبنان، تيبو برش، ص601.

<sup>3</sup> سورة التغابن آية رقم 09.

ب- التعريف الاصطلاحي للغبن:

ب.1 - التعريف الفقهي للغبن:

عرفه الفقهاء المعاصرون بأنه النقص، ويراد به أن أحد البديلين في عقود خاصة غير متكافئ مع الآخر في العقد<sup>1</sup>.

والغبن هو كما يعرفه عبد الناصر توفيق العطار بأنه: "عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه"<sup>2</sup>.

والملاحظ على هذين التعريفين اختيارهما الدقيق للعبارات الدالة على الغبن واتسامهما بالموضوعية وذلك لذكر مميزاته، كما أن التعريفين اكتفيا بذكر عبارة عدم التعادل، أو عدم التكافؤ وبالتالي ترك التفاصيل لأهل الاجتهاد، إلا أن ما يستشف من التعريفين قصورهما على عقود المعارضة دون سواها.

وعموماً فإن مجموع التعاريف الفقهية السابقة تتمحور كلها حول معنى النقص والخسارة والظلم، والغش لعدم التعادل وهي معانٍ في عمومها لا تبتعد عن المعنى اللغوي الذي أشرنا إليه.

كما تحمل معنى الإفراط وهذا الإفراط يحمل الناس على إبرام العقود على سفه أو غفلة أو جهل أو غلط وهو ما يسبب الضرر والظلم نتيجة عدم التوازن في الالتزامات وخسارة متعاقد وربح المتعاقد الآخر.

ويشير هائل حزام مهيب العامري أن الغبن وما يحمله من معانٍ مختلفة، هذه المعاني تولد ضعفاً في المتعاقد تجعله يتعاقد بغبن فاحش وليس اليسير<sup>3</sup>...، كما يشير أن هذه المفاهيم تؤدي إلى الإخلال بكامل الرضا<sup>4</sup>.

ب.2 - التعريف القانوني للغبن: " ضرر يصيب أحد فريقين عقد أو قسمة بسبب اللامساواة الأصلية في التقديرات المتبادلة، أو الحصص"، تفاوت في القيمة يسوغ في

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ف257، ص461.

<sup>2</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، (د، ط)، دار الكتاب الحديث، 1990، ص103.

<sup>3</sup> - هائل حزام مهيب العامري، النظرية العامة للاستغلال (مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين)، (د، ط)، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص47.

<sup>4</sup> - الغبن الفاحش ما لم يقوم به مقوم وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين أما الغبن اليسير هو ما قوم به مقوم، واحد دون الكل. أنظر في هذا المعنى: بطرس البستاني، قاموس محيط المحيط، المرجع السابق، ص601.

المفهوم الفرنسي إبطال العمل المنطوي على غبن، وإنما في الحالات والشروط التي يحددها القانون...<sup>1</sup>.

والغبن أيضا هو "الضرر الاقتصادي الذي يصيب أحد المتعاقدين ناتج عن خطأ التكافؤ بين الالتزامات التي تمنح لمصلحة متعاقد والالتزامات التي تفرض على المتعاقد الآخر"<sup>2</sup>.

وعُرف أيضا بأنه: "التفاوت الواضح وغير المألوف في التعامل بين ما يعطيه أحد المتعاقدين، وبين ما يأخذه مقررا وقت العقد"<sup>3</sup>.

إن مجموع التعريفات القانونية التي انتقبتها لا تخرج هي الأخرى عن معان التعريفات الفقهية من نقص وخسارة وظلم، وعدم المساواة في الأداءات وغياب التعادل في قيمة ما يعطى وقيمة ما يأخذ وقت إبرام العقد وليس أثناؤه، فلم يأخذ بعين الاعتبار القيم فيما بعد وذلك نظرا لعدم استقرار الأسعار فيما بعد وتقلبها، وهي معان لا تختلف عن المعنى اللغوي الذي أشرنا إليه فكلها تركز على الجانب المادي دون الشخصي.

2- مميزات الغبن.

الملاحظ على التعريفات وخاصة القانونية منها أنها تتعرض للغبن من جانبين، أما الأول فهو الجانب المادي (أ)، أما الثاني فهو الجانب الشخصي (ب).

أ- عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد المدني.

وقد ورد عن الغبن بأنه "عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد، وما يأخذه"<sup>4</sup>، فيكون من أعطى أكثر هو الطرف المغبون في العلاقة العقدية، ويكون من تحصل على أكبر مما أعطى هو الطرف الغابن.

<sup>1</sup> - جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، 1997، (د.ط)، ص 1158.

<sup>2</sup> - "la lésion est le préjudice économique subi par l'un des contractants résultant du défaut d'équivalence entre la prestation fournie et la prestation reçue" ; Patrick canin, op. cit, p51.

<sup>3</sup> - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1966، ص 10.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، (نظرية الالتزام بوجه عام)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997، ج1، ص144.

وعرّف بأنه: "عدم التكافؤ والتعادل بين البدلين في عقود المعاوضات بما يخرجها عن مألوف الناس في مبادلاتهم"<sup>1</sup>.

ويذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد، وما يأخذه وقت إبرام العقد، محسوبا على أساس قيمة الشيء المادية طبقا للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب بغض النظر عن قيمته الشخصية لدى المتعاقد<sup>2</sup>.

المستقرئ لمجموع هذه التعريفات يجدها لا تخرج عن فكرة عدم التعادل والتكافؤ في الآداءات العقدية، كما أنها خصت عقود المعارضة دون غيرها من العقود، لأنها لا تكون في التبرعات كون أن العاقد فيها يعطي ولا يأخذ، كما أن التعريف الأخير جاء تحديدا وتوضيحا لفكرة الغبن فالغبن من خلاله يحصل وقت إبرام العقد وليس أثناء التنفيذ وهو ما يسمى بالغبن المعاصر، وهو ما يميز الغبن عن غيره من الأنظمة القانونية كنظرية الظروف الطارئة وهو ما سنأتي لدراسته في حينه فالغبن يقاس بمعيار مادي اقتصادي، بعيدا عن القيمة الشخصية للمتعاقد، أي بقيمة سعر السوق، لذا فإنه غالبا ما يحدد التفاوت الذي يتحقق معه الغبن برقم معين.

ب- الضرر الذي يلحق أحد المتعاقدين.

ذهب « jean carbonnier » إلى تعريف الغبن مركزا على آثاره فقال بأن: "الغبن هو الضرر المالي الذي يصيب أحد أطراف العلاقة العقدية نتيجة عدم التعادل بين قيمة الأداءات المتبادلة، كما لو اشترى أحدهما بثمن مرتفع، أو باع البائع بثمن بخس"<sup>3</sup>. والغبن هو أيضا مرادف للخسارة في اللغة الجارية، ويدل في الصيغة العقدية على الضرر الخاص جدا الذي يصيب أحد المتعاقدين، والذي يرجع إلى عدم التوازن الذي كان

<sup>1</sup> - علي الخفيف، الغبن في العقود، مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات العربية، القاهرة، دار نافع للطباعة، ع 10، 1979-1980، ص 03.

<sup>2</sup> -فايزة دكار، الغبن في العقود المدنية، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2007-2008، ص 7.

<sup>3</sup> - « C'est le préjudice pécuniaire résultant, pour l'une des parties, d'une inégalité de valeur entre les prestations, ex. l'acheteur a acheté trop cher ; le vendeur a vendu trop bon marché ». Voir : jean carbonnier, droit civil, les obligations ,6<sup>e</sup>édition, tome 4, paris, presse universitaires de France, 1969, p 76.

موجودا من وقت إبرام العقد بين الأداءات<sup>1</sup>.

الظاهر من هذه التعريفات المتعلقة بمفهوم الغبن أنها تتمحور حول عدم التكافؤ الاقتصادي بين قيمة ما يحصل عليه المتعاقد، وبين ما يعطيه الآخر وهو ما أشار إليه Patrick canin<sup>2</sup>.

والغبن بهذا المعنى لا يوجد إلا في عقود المعاوضة المحددة البديل لإمكانية المقارنة بين الأداءات، فلا يتصور وقوعه في عقود التبرع، وفي إطار عقود المعاوضة يتحدد مجاله بالعقود غير الاحتمالية، ذلك أن عقود التبرع لا مبادلة فيها، فلا يفترض القول فيها بانعدام التوازن في الالتزامات أما العقود الاحتمالية كما يذكر رباحي أحمد فلا يرد عليها الغبن نظرا لطبيعتها، لأنها تقوم على احتمال الربح والخسارة<sup>3</sup>.

**ثانيا: الطبيعة القانونية للغبن.**

تباينت الآراء فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للغبن حول ما إذا كان أساس الغبن عيب من عيوب الرضا، أم انه عيب مستقل قائم بذاته؟.

ما نتج عن هذا الاختلاف ظهور اتجاهين مختلفين، الأول تتبناه النظرية الشخصية، أما الثاني فيتجسد في النظرية المادية.

### **1- النظرية الشخصية**

تبحث النظرية الشخصية على أساس الغبن من حيث حالة شخص المتعاقدين ذلك أنها لا تنكر بأن الغبن هو ضرر ناتج عن عدم التعادل بين ما يقدمه المغبون وما يتحصل عليه...<sup>4</sup>.

هذا ولا يعتبر أنصار هذه النظرية أن الغبن مستقل قائم بذاته، وإنما يرجع سبب وقوعه لاعتبارات شخصية في نفس المتعاقدين كانت وراء إبرامها لعقد مجحف بحق أحد الطرفين غير أنهم اختلفوا بخصوص مسألة ما إذا كان عدم التعادل بين الأداءات تتصل بالمتعاقدين المغبون فيعتبر الغبن حينئذ عيب من عيوب الإرادة، وبين اتصاله بالمتعاقدين

<sup>1</sup>-français terré et autres, droit civil, les obligation ,9édition, paris, Dalloz, 2005, p 310.

<sup>2</sup>- أنظر الصفحة ص56 من الفرع الأول مفهوم الغبن.

<sup>3</sup>- أحمد رباحي، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق، ( دراسة مقارنة)، مقال منشور بدورية الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص 22 .

<sup>4</sup>-فايزة دكار، الغبن في العقود المدنية، المرجع السابق، ص9.

المستفيد من عدم التعادل بين الأداءات وبالتالي يعتبر الغبن خطأ يستوجب قيام مسؤولية هذا الأخير<sup>1</sup>.

#### أ- الغبن وعيوب الرضا .

إذا كان القانون الفرنسي يأخذ بالمعيار المادي للغبن فإنه من الصعب عندئذ بالقول أو إدراج الغبن ضمن عيوب الرضا في هذا النوع من القضايا وهو الملاحظ عمليا حيث لا نكاد نلمس أي إشارة إلى عيوب الرضا في قضايا الغبن ما دام أن الشخص المتعاقد والذي هو تحت الحماية ليس بحاجة إلى إثبات غبنه بعيب شاب رضاه وقت إبرامه العقد وفقا للقواعد العامة<sup>2</sup>.

وما يؤكد لنا ما ذهبنا إليه موقف القضاء وهو ما سنوضحه في حينه.

#### ب- الغبن خطأ يستوجب قيام المسؤولية.

نجد أن أصحاب هذا الرأي تأثروا بمذهب القانون الألماني الذي اعتبر استغلال أحد المتعاقدين لضعف المتعاقد الآخر للحصول على منفعة لا تتناسب مع التزامه عملا منافيا للآداب<sup>3</sup> يستدعي على أساسه قيام قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>4</sup>.

نجد أن أصحاب هذا الرأي قد تعرضوا للنقد على أساس أنه لا يمكن أن ينسب الخطأ للمتعاقد لمجرد أنه استفاد من فرصة قد يقبلها أي شخص غيره إن كان في نفس الموقف فهو سلوك أي شخص عادي، وبالتالي لا يمكن اعتباره خطأ يقيم المسؤولية<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> -jean carbonnier, op-cit, p 125.

<sup>2</sup> - أحمد الحراكي، الغبن في القانون الفرنسي والقانون الألماني(دراسة مقارنة تحليلية نقدية)، مقال منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م 21، ع الأول، 2005، ص 120.

<sup>3</sup> - تنص المادة 2/138 من القانون المدني الألماني على أن: " التصرف القانوني المخالف للآداب العامة يعد باطلا، ويعد باطلا بشكل خاص كل تصرف قانوني تم بالاستفادة من حالة إكراه، أو قلة خبرة، أو عدم قدرة على التصرف، أو ضعف في التفكير لدى شخص آخر. بحيث يحصل الشخص الذي قام بهذا التصرف على مميزات مالية تتجاوز الميزات التي حصل عليها الطرف الآخر، وبحيث يكون هذا التفاوت واضحا للعيان ".

<sup>4</sup> - لمزيد من التوضيح في هذا الصدد أنظر: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 86.

<sup>5</sup> - فايزة دكار، الغبن في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 13.

## 2- النظرية المادية:

تحدد النظرية الموضوعية الطبيعة القانونية للغبن وذلك بتحليل مضمون العقد وليس على تحليل رضا المتعاقدين<sup>1</sup>، فعدم التعادل بين الأداءات يمثل في حد ذاته العيب الذي يصيب العقد بغض النظر عن ما إذا كانت الإرادة سليمة أم معيبة<sup>2</sup>، فأساس الغبن وفقاً لهذه النظرية يقتصر على أمرين :

**أما الأول:** فيؤخذ بعين الاعتبار قيمة الشيء بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، فالعبرة بقيمة الشيء في حد ذاته وليس بقيمته في اعتبار المتعاقد<sup>3</sup>، فإذا اختلف التعادل في الالتزامات المتقابلة في العقد، وكان الشخص على بينة ودراية بذلك، ففي نظره القيمتين متعادلتين، وذلك لاعتبارات شخصية أي أن قيمة الشيء تافهة، إلا أنها تساوي الكثير بالنسبة له.

فالمنتقل إذن يقول أن الغبن غير حاصل متى علم بذلك، إلا أنه ووفقاً لهذه النظرية فالغبن واقع بسبب الاختلال المادي في القيمة.

**أما الثاني:** فيتعلق بالاختلال في التعادل، والذي ينظر إليه بمعيار مادي، وهنا نجد أن التشريعات الوضعية اتجهت إلى مواجهة الغبن كقيد على الحرية التعاقدية صونا لمصلحة الجماعة فقامت بتحديد مقداره فقد يكون الخمس، أو الربع...<sup>4</sup>. ما يعاب على هذه النظرية كونها قاصرة على الجانب المادي وإهمالها الجانب الشخصي، إلا أنه لا يمكن غض النظر عن جانبها الإيجابي المتمثل في سهولة إثبات الغبن عكس النظرية الشخصية، وذلك بمجرد وصول الغبن القيمة المحددة قانوناً، وفي هذا استقرار للمعاملات .

## 3- موقف القضاء من النظريتين:

بين اختلاف الآراء بين أصحاب المذهب أو النظرية الشخصية وأنصار النظرية المادية بناءً على الحجج التي تقدموا بها والانتقادات التي تعرضوا لها بناءً على حجج وآراء مناقضين نجد أن القضاء لم يفسر نية المشرع بأنه يميل إلى النظرية الشخصية

<sup>1</sup> - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 86.

<sup>2</sup> - فايزة دكار، الغبن في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 14.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1989، ص 144.

<sup>4</sup> - أحمد الحراكي، الغبن في القانون الفرنسي...، المرجع السابق، ص 21.

وهو الأمر الذي تعكسه الأحكام في هذا الصدد إذ يتبين أنها تأخذ بالنظرية الموضوعية، حيث أنها قررت أنه ليس من الضروري إثبات عيب من عيوب الإرادة للاعتداد بالغبن، بل يكفي وجود عدم التعادل بين الأداءات المنصوص عليه قانونا لتطبيق أحكام الالتزام، كما أنها أخذت بالنسبة للوعد بالبيع في قرارها الصادر سنة 1932، وقد أجاز المشرع الفرنسي هذا القرار المتعلق بالوعد بالبيع إذ أصدر قانون بتاريخ 28 نوفمبر 1949 معدل ومتم للقانون المدني في المادة 1677 منه مفادها أنه في حالة الوعد بالبيع يقدر الغبن يوم انعقاد البيع بصورة نهائية<sup>1</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد سلك مسلك المشرع والقضاء الفرنسي باعتداده بالغبن المادي وذلك في بعض العقود، حينما قرر لها حماية قانونية حالة ما إذا اختل التعادل في الأداءات المتبادلة<sup>2</sup> وهو ما أكدته قرار المحكمة العليا الصادر في 20 جوان 2001<sup>3</sup> بشأن دعوى تكملة الثمن حيث قضى بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء مستغانم لخطأهم في تطبيق القانون وانعدام السبب القانوني، لقضائهم برفض دعوى الطاعنين الرامية إلى تكملة الثمن بسبب الغبن كون هذا الأخير كان يعلم وقت إبرام عقد البيع الثمن الحقيقي للعقار وقد خلط هؤلاء القضاة بين دعوى تكملة الثمن كما تنص عليه المادة 358 وما يليها من القانون المدني، ودعوى الاستغلال المنصوص عليها بالمادة 90 من نفس القانون، فالغبن أساسه مادي، في حين أن الاستغلال أساسه شخصي، وبالتالي لا يحتاج في دعوى الغبن إلى إثبات وقوع المتعاقد في غلط، أو غش، أو إكراه، بل يكفي في الغبن انعدام التوازن بين الثمن والمبيع .

وبهذا يكون الأساس القانوني للغبن هو المعيار المادي وهو ما استخلصه من نص القرار، وهو ما يؤدي بالضرورة للقول باستقلال الغبن عن نظرية الاستغلال، وهو ما سيتم توضيحه لاحقا.

<sup>1</sup> - لمزيد من التوضيح حول هذه المسألة أنظر: فايزة دكار، الغبن في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 19.

<sup>2</sup> - فايزة دكار، نفس المرجع، ص 19.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا بتاريخ 20/06/2001 ملف رقم 249694، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع1، 2002، ص

## ثالثا: تطور فكرة الغبن

اكتسى موضوع الغبن أهمية بالغة بين أوساط الفقه عبر الحضارات وما يؤكد لنا ذلك غزارة البحوث التي تناولته، الأمر الذي أدى بدوره إلى تطور المنظومات القانونية عبر الحقب الزمنية<sup>1</sup> كالقانون الفرنسي الذي كان له الأثر والتأثير على القانونين المصري والجزائري، ولهذا أبين مضمون الغبن في هذين القانونين ولكن قبل ذلك أتعرض للقانون الفرنسي.

### 1- الغبن في القانون الفرنسي :

إن فكرة معالجة الغبن في القانون الفرنسي، إنما جاءت نتيجة التأثير بالنص الروماني الذي قصر الغبن على حالات معينة كما هو الشأن في حالة البيع العقاري، وهذا يعد انعكاسا للمبادئ القانونية التي استقلها من الوسط الاجتماعي، والقانون السائد. ففي وقت سادت فيه الشكلية البحتة، كان من الصعب تصور الغبن في العقود، وهذا يرجع إلى الإجراءات المتبعة التي تستلزمها الشكلية لإبرام التصرفات القانونية هذا من جهة .

ومن جهة أخرى، لعل الأمر كان واضحا من خلال اعتماد سعر الفائدة الذي يعتبر كحماية<sup>2</sup> في القانون الروماني منذ عهد الألواح 12 .

### 02- الغبن في القانون المصري:

إن التشريع المصري تأثر بالقانون الفرنسي وبمبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر المادي لبعض نصوصه وهذا ما جعل المشرع الجزائري يحذو حذوه أحيانا فيعد بذلك التعرض لمجال الغبن في التشريع المصري ذا أهمية بالنسبة لمعرفة والتطلع على دوافع المشرع الجزائري في هذا الصدد فقد حصر القانون المدني المصري الغبن على بعض الحالات تتمثل:

<sup>1</sup> - أنظر بشأن الحقب التاريخية التي مرت عليها فكرة الغبن: توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال...، المرجع السابق، ص 96-112.

<sup>2</sup> - مع اتساع نطاق المعاملات ظهرت وسائل أخرى لحماية القاصر استمدت من قواعد المرافعات، فمثلا تدخل البريتور لحماية القصر الذي لم يبلغ الخامسة والعشرون، إذا لم يدلّس عليه، ولكنه وقع في الغلط، بحيث أقر لصالحه رفع دعوى إعادة الشيء إلى ما كان عليه، هذا إزاء التصرفات التي تلحق به الغبن والأمر هنا متروك لسلطة البريتور في تقدير منحها من عدمها . ( أنظر: توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال...، المرجع السابق، ص 98).

- غبن ناقص الأهلية في بيع عقاره غبنا يجاوز خمس ثمن المثل وقد رتب عليه ثبوت حق لنقص الأهلية في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل المادة 425 ق م م .

- غبن الشريك في القسمة الحاصلة بالتراضي غبنا يجاوز الخمس وقد رتب عليه أيضا ثبوت الحق للشريك المغبون في نقض القسمة على أن يرفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ القسمة، المادة 845 ق م م .

- غبن المدين في سعر الفائدة إذا تجاوز هذا السعر الحد الجائز الاتفاق عليه قانونا وهو 7% وقد رتب عليه القانون وجوب خفض إلى ذلك الحد، المادة 227 ق م م .  
- غبن الشركة لمصلحة أحد الشركاء وغش أحد الشركاء لمصلحة الشركة... .

ففي جميع الحالات السابقة الذكر يكون تقدير الغبن بالمعيار المادي وبهذا خالف القانون المصري أحكام القانون المدني الفرنسي فيما يخص تحديد الغبن والذي اتبع في هذا الشريعة الإسلامية فجعل الغبن فاحشا إذا تجاوز الخمس في بيع العقار<sup>1</sup>، (من المادة 336 إلى 419 ق م ) .

### 03- الغبن في القانون الجزائري.

أما المشرع الجزائري فقد حصر دائرة الغبن في اتجاه ضيق، إذ اتبع في ذلك القانون الفرنسي، والمصري فجعله يطبق على بعض الحالات، فرغم أنه لم ينص على مبدأ يقضي بتحديد مجال الغبن على بعض العقود والأشخاص، إلا أنه قد أورد بعض تطبيقات الغبن في نصوص قانونية متفرقة من القانون المدني.  
ومن بين أظهر هذه الحالات:

حق البائع في تكملة الثمن إذا أثبت أن العقار بيع بغير زاد على الخمس، ويقول بودالي محمد أن قصر الحماية على بائع العقار وحده دون المشتري فيه إجحاف في حق هذا الأخير، لأنه قد يكون مغبونا بالثمن أيضا ( المادة 358)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-فايزة دكار ، الغبن في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 56، 57.

<sup>2</sup>- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، الجزائر، دار هومة، 2007، هامش ص 49.

وفي هذا الصدد أجد أن من دور القاضي التدخل لرفع الغبن على الطرف المغبون بتعديل الالتزامات الأمر الذي يعيد معه العدالة العقدية ويحمي مصلحة كلا المتعاقدين. من الحالات أيضا المادة 732 من القانون المدني المتعلقة بالقسمة الاتفاقية، فيها يكون للشريك حق في نقض القسمة الاتفاقية إذا أثبت أنه لحقه منها غبن يزيد على 1/5<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: مفهوم الاستغلال "exploitation".

إذا كان الغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد، وما يأخذه<sup>2</sup>، فإن فكرة الاستغلال انبثقت من فكرة الغبن، وذلك بفعل تأثير الأفكار الاجتماعية التي تدعو إلى حماية الضعفاء من تسلط الأقوياء في العلاقات التعاقدية، وهو ما سبق أن أشرنا إليه.

الأمر الذي دفع بالمشرع الوضعي إلى تنظيم الغبن باعتباره المظهر الخارجي لإرادة ضعيفة للطرف المغبون في العقد، وهو ما يسمى بالعنصر الموضوعي للاستغلال. وإلى جانب العنصر الموضوعي نجد العنصر النفسي للمتعاقد المغبون، ويسمى هذا النظام القانوني في القوانين الحديثة بنظرية الاستغلال<sup>3</sup>.

فما المقصود بالاستغلال؟

- وما هي عناصره؟

- وما مدى معالجة المادة 90 ق م ، وإستفائها لموضوع الغبن الاستغلالي؟.

نحاول التصدي بالإجابة على هذه التساؤلات فيما يلي:

أولاً: تعريف الاستغلال.

أ/الاستغلال لغة: مصدر فعلة (استغل)، وأصل الفعل (غل- يغل) والألف

والسين والتاء الزائدة للطلب، وقد ورد في إشتقاق لغوية ذات دلالات مختلفة.

<sup>1</sup>- أنظر قرار المحكمة العليا بتاريخ 2007/07/11 ملف رقم 410107 ، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، قسم الوثائق، 2008، ص 249.

<sup>2</sup>- عبد الحكم فوده، البطان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط3، المنصورة، دار الفكر والقانون، 1999، ص180.

<sup>3</sup>- " قد بذلت جهود من رجال الفقه والقضاء سابقة على إقرار النظرية في محاولة منهم لسد النقص التشريعي، وهي محاولات تدل على مدى الحاجة إلى فكرة الاستغلال في التنظيم القانوني، لأنها تهدف إلى حماية رضا المتعاقدين، وتحقيق التوازن العقدي بينهما، حينما تؤدي الظروف الاقتصادية والاجتماعية إلى اختلاله". ( أنظر: محمود عبد الرحمن أحمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورها في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص 4) .

استغل: الأرض أخذ غلتها، استغله، كلفه أن يغل عليه، فلانا: انتفع به بغير حق<sup>1</sup>.  
والغُلُّ بكسر العين، و(الغَلِيلُ) بالفتح، و(الغُلُولُ)، وردت بمعنى الغش والخيانة والضغينة  
والحسد<sup>2</sup>.

قال تعالى: وما كان لنبي أن يغل، ومن يغلل يأتي بما غل يوم القيامة<sup>3</sup>.  
ويغُلُّ بفتح الياء، وضم العين جاء بمعنى الخيانة من الفيء، أو السرقة من الغنيمة<sup>4</sup>.  
ب/الاستغلال اصطلاحاً:

### 1-التعريف الفقهي للاستغلال.

اكتسب موضوع الاستغلال العائب للرضا من خلال نظريات فقهية ثرية من طرف  
الفقه الإسلامي وذلك بمعانيه النفسية والتي تميزه عن غيره من الأنظمة القانونية<sup>5</sup>.  
ويشير جميل الشرقاوي في هذا الصدد "... فإن الفقه يجري على تسمية عيب  
التصرف في هذا الحال بالاستغلال، لكننا نعتقد أن العيب الذي يبنى عليه عدم صحة  
التصرف وهو عدم التعادل بين ما يحصل عليه الشخص، وبين ما يلتزم به، ولذا فهذا  
العيب هو الغبن المترتب على الاستغلال وليس الاستغلال نفسه"<sup>6</sup>.

إن الملاحظ لهذا التعريف أنه اعتقد على خلاف ما يجري عليه الفقه، كون أن الفقه  
يطلق على الاستغلال بعيب التصرف، في حين أنه يعتقد أن عيب التصرف الذي يتجسد  
في عدم التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد، وما يعطيه للعائد الآخر وقت إبرام العقد،

1-أديب اللجمي وآخرون، معجم اللغة العربية، المحيط، ط3، بيروت، أمبريمتو، 1996، م1، ص206.

2- جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد منظور الإفريقي، لسان العرب، بيروت، طبعة دار  
المعارف، 1956، ج5، ص 3285 – 3288.

3- أنظر سورة آل عمران، آية 16.

4- تشتمل المصطلحات اللغوية على معنى الغش والسرقة، والخيانة وهي معان تدخل تحت مسمى الإفراط في الغنم،  
وتطهير المعاملات من الكسب الحرام، من مقاصد الشريعة وأهدافها لأنها تدعو إلى التعامل النظيف، وتقديم النصح  
حتى لا يبقى في المعاملات وصف تنفاوت به القيمة تفاوتاً لا يتغابن فيه الناس بمثله، لا سيما إذا علم أن النفوس تتعلق  
بما تملكه فلا تبدله إلا عن سلامة قلب وطيب نفس، وهو ما يتفق مع مبدأ الرضا في المعاملات، أنظر: هائل حزام  
مهيب العامري، المرجع السابق، ص 188.

5- هائل حزام مهيب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع نفسه، ص 189.

6- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص150.  
يقترّب المعنى الاشتقاقي للاستغلال من المعاني اللغوية بمصطلح الغبن ومن هذا التقارب انبثقت فكرة الاستغلال بمعناها  
الواسع على نحو قيل بأن الغبن هو الوسيلة الحقيقية التي يدخل في نظامها.

إنما هو الغبن المترتب عن الاستغلال، وهو بهذا لا يتصور الاستغلال بمعزل عن الغبن، والغبن على هذا يمثل أحد عناصر وجود الاستغلال.

بينما يذهب البعض إلى القول بأن: " الاستغلال يؤدي إلى الغبن، ولكن ليس بالحتمي تحقيق الغبن في العقود باستغلال المتعاقد للمتعاقد الآخر، والاستغلال يعد عيبا مفسدا للإرادة، إذ يجعل المتعاقد المستغل بالعقد غير سليم، أما الغبن فلا يعد كذلك....، ولو كان التفاوت فادحا، لا يؤدي إلى إبطال العقد طالما لم يكن هذا الغبن نتيجة لاستغلال"<sup>1</sup>.

ما يُحمد لهذا التعريف أنه جاء واضحا في تمييزه للغبن عن الاستغلال، فقد أوضح بأن الاستغلال ليس بالأمر المادي القائم على اعتبارات مادية محضة، من حيث اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين، كما أنه أبدى بوضوح الفرق بين الآثار، بحيث يرتب إبطال العقد في حالة عيب شاب إرادة الطرف المستغل وبمفهوم المخالفة، فإن الغبن وإن كان سببا في اختلال التوازن الاقتصادي في العقود، فإنه لا يكون سببا لإبطالها، بل لتعديل الالتزامات بما يتفق مع المصلحة التي أرادها المتعاقدين من خلال إبرامهما العقد وهو ما سنوضحه لاحقا.

ويذهب جانب من الفقه، بشأن الاستغلال إلى أنه: "يتحقق الاستغلال عند وجود عيب إرادي، يتمثل في ضعف معين يلحق إرادة المتعاقد فيترب عليه إصابته بغبن مادي، ويتسع مجال تطبيق الاستغلال كعيب إرادي ليشمل عقود التبرع إلى جانب عقود المعاوضة"<sup>2</sup>.

ما يمكن ملاحظته، أو تسجيله على هذا التعريف أنه يتفق مع ما ذهب إليه " رمضان أبو السعود" من حيث أنه عيب يمس، ويلحق الإرادة، ويضيف بأن هذا الاستغلال إنما هو نتيجة ضعف معين يعترى إرادة المتعاقد، إلا أن هذا الاستغلال لا يقتصر على عقود المعاوضة فقط، بل يتعداه من حيث مجال التطبيق إلى عقود التبرع.

وهذا التعريف أيضا، لم يخرج على ما جاء به السنهاوري، من حيث أن الاستغلال ليس عيبا في العقد، بقدر ما هو مظهر من مظاهر عيوب الرضا.

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الأزرابطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 136 .

<sup>2</sup> - فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001، ص 203.

ويذهب السنهوري بالقول أن: "الاستغلال لا يتحقق إلا إذا اختل التعادل بالنسبة إلى القيمة الشخصية...، إذ هو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهما، أو مخدوعا، أو مضطرا..."<sup>1</sup>.  
إن ما يؤكد عليه هذا التعريف أن الاستغلال لا يقف عند حد الجانب المادي فقط، بل هو فضلا عن ذلك إلى الجانب النفسي، فالعبرة بقيمة الشيء في اعتبار المتعاقد<sup>2</sup>.  
وفي تعريف آخر نجد فيه أنه يؤكد أن الاستغلال: " لا يكتفي بالوقوف عند هذا الجانب المادي فقط، ولكن ينظر فضلا عن ذلك إلى جانب نفسي، وبعبارة أخرى فإنه لا يكفي أن يختل التوازن بين الالتزامات المتبادلة، أو عدم التعادل بينها، وإنما يلزم فضلا عن ذلك أن يستغل أحد الطرفين ضعف نفسي يوجد فيها المتعاقد الأخر..."<sup>3</sup>.  
وفي تعريف آخر للاستغلال أنه: "قصد المتعاقدين الاستفادة من ضعف الآخر وحمله لإبرام عقد بغبن فاحش"<sup>4</sup>.

ما يمكن أن يستشف من هذا التعريف الذي عرّف الاستغلال في عبارات مختصرة، أنه جعل من توفر سوء النية في أحد أطراف العلاقة العقدية أحد الدعائم التي يقوم عليها الاستغلال هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنه أورد عبارة ضعف، ولم يحدد بالضبط ما هي الحالة المقصودة، وهو الفرق الذي سنلاحظه من خلال دراسة ومناقشة بعض المواد القانونية التي تعالج الاستغلال.

ومن ناحية أخرى فإن التعريف اشترط عدم علم الطرف الآخر المعني بالاستغلال، وإلا كان هذا الأخير قد أبرم العقد مع علمه المسبق بالتفاوت، وعدم التعادل في الآداءات العقدية وبالتالي يبرم العقد برضاه، ولعل ما يستشف من مقصود التعريف أن المتعاقد لو

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز...، المرجع السابق، ص 145.

<sup>2</sup> - يشير عبد الرزاق أحمد السنهوري إلى أن الشيء قد يكون تافها في ذاته، كبيرا في نظر المتعاقد لاعتبارات ترجع إلى ظروف شخصية، وأن الغبن يترتب متى اختل التوازن بالنسبة إلى القيمة المادية. أنظر: المرجع السابق، ص 145.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، الأزاربطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 192. أنظر أيضا: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية (دراسة فقهية وقضائية)، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002، ص 71.

<sup>4</sup> - هائل حزام ميهوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 191.

كان عالماً به، لما أبرم العقد، وأن استغلال الطرف الآخر له لحالة الضعف<sup>1</sup> أياً كان نوعها أو حالتها هو ما دفعه للتعاقد، وما أنجرّ عليه من تفاوت خادع، وعدم تقابل في الالتزامات العقدية مما يضر بمصلحة الطرف المغبون.

ويضيف هائل حزام ميهوب العامري أن الغبن على هذا هو وسيلة وليس غاية لذاته وهذه المرونة تتناسب مع دراسة الاستغلال على اعتبار عيب من عيوب الإرادة تطبق بشأنه القواعد العامة، وهو يمس التصرفات من معاوضات، وتبرعات، كما أن مسألة تقدير جسامة التفاوت في رأيه متروكة إلى سلطة القاضي يستخلصها من وقائع الدعوى، وظروف التعاقد<sup>2</sup> وهو بهذا يتفق مع أغلب الفقهاء من بينهم السنهوري<sup>3</sup>، ويبدو أن هذا الرأي سديداً لذلك أميل إليه.

## 2- التعريف القانوني للاستغلال.

نظراً للأهمية العملية لموضوع الاستغلال فقد نال مجالاً واسعاً من قبل شراح القانون تعريفاً ودراسة، وعلى هذا نورد بعض تعريفاتهم للاستغلال، بحيث نتطرق إلى كيفية تناول الفقه القانوني للاستغلال، ثم نتطرق بعد ذلك إلى كيفية تناول المشرع الجزائري له على وجه التحديد.

يرى ياسين محمد الجبوري أن: "الغبن هو عدم التعادل بين التزامات الطرفين المتعاقدين من الناحية المادية بمعنى عدم التعادل بين قيمة ما يعطيه العاقد، وقيمة ما يأخذه بمقتضى العقد، فاختلال التوازن بين ما يدفعه، وبين ما يأخذ في مقابله يسمى غبناً، إذا نظرنا إليه من الناحية المادية، أما إذا نظرنا إلى هذا الفرق بين قيمة ما يعطي، وقيمة ما يأخذ من الناحية المعنوية، فإنه يسمى استغلالاً".

فالاستغلال أمر نفسي، ويكون الغبن نتيجته المادية، ومثال ذلك أن تنتهز الزوجة الشابة الجميلة حالة الكبر والضعف التي آل إليها زوجها مستكتبة إياه عقد هبة لجزء من

<sup>1</sup> - المقصود بالضعف: هو حالة نفسية خاصة يوجد بها أحد المتعاقدين تجعل رضاه صادراً من غير تبصر وتقدير للالتزامات المتوقعة وإلى جانب هذا الضعف يعلم به المتعاقد الآخر وأن يقصد من استغلاله الفوز بمنافع باهظة لا تتأتى له دون استغلال هذا الضعف. ( أنظر في هذا المعنى : سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، 1991، م 1، ج 3، ص 230).

<sup>2</sup> - هائل حزام ميهوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 191.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز...، المرجع السابق، ص 145. أنظر كذلك: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج 1، ص 205.

ممتلكاته بمعنى أنها تحصل منه على مزايا لا تتعادل مع ما تعطيه هي في مقابل ما حققته، فيتحقق هنا الغبن والاستغلال<sup>1</sup> وهذا الأمر ما تشير إليه المادة 129 من القانون المدني المصري على النحو التالي:

" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل منه طيشا بينا، أو هوى جامحا جاز للقاضي..."<sup>2</sup>.  
أما المشرع الجزائري فقد عالج المسألة في نص المادة 90 ق م الواردة في القسم الثاني " شروط العقد" من الكتاب الثاني " الالتزامات والعقود" في النقطة الأولى تحت عنوان " الرضاء".

والتي تنص على أنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية ، نظرية العقد، القسم الثاني، مراتب انعقاد العقد، ط 1، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2002، م 1، ص 69. (من المثال نستشف أن الاستغلال يمس عقود المعارضة كما يمس عقود التبرع).

<sup>2</sup> - أنظر المادة 129 من القانون المدني المصري. قد عمدت التقنيات الحديثة على التأكيد، وإبراز الجانب النفسي بعبارات مختارة ومتنوعة فالقانون المدني المصري، ومن سار على منواله كالقانون السوري والليبي عبرت عن الاستغلال بانعدام التعادل (hors de toute proportion) وهذه العبارة تتسع لكل فروض الاستغلال، أما القانون العراقي اكتفى بعبارة الغبن الفاحش أما مدونة الالتزامات السويسري والليبي فقد عبرت عنه بعبارة عدم التناسب الظاهر (dispre proportion eridente) ...، أنظر في هذا الصدد: هائل حزام ميهوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 198.

<sup>3</sup> - أنظر الأمر: رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1957 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ المؤرخ في 20 يونيو 2005.

- يظهر من موقع النص في التقنين المدني أن المشرع الجزائري ألحق المسألة بعيوب الرضا صراحة، أما من ناحية الموضوع فقد نقل تقريبا المادة 129 عن القانون المصري، أنظر في هذا الصدد: علي فيلالي، الالتزامات...، المرجع السابق، ص 203. أنظر أيضا: محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، بوزريعة، الجزائر، دار هومة، 1998، ص 93.

انطلاقاً من المادة 90 ق م يرى " محمد صبري السعدي" أن الاستغلال هو أن: " يستغل شخص طيشاً بيناً، أو هوى جامحاً في آخر لكي يبرم تصرفاً يؤدي إلى غبن فادح"<sup>1</sup>.

الملاحظ على هذا التعريف أنه ركز على الضعف النفسي المتمثل في الطيش والهوى على شرط أن يكون الأول بيناً والثاني جامحاً، هذا من جهة ومن جهة ثانية ركز على الغبن الذي هو نتيجة منطقية له كما أن هذا التعريف لم يحدد نوع التصرف أو مجاله. وفي تعريف آخر يرى "علي سليمان" أن: "معيار الاستغلال هو أن تكون إرادة المغبون قد عيبت بالطيش أو الهوى فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف وحصل منه على التزامات لا تتعادل مطلقاً مع ما التزم هو به"<sup>2</sup>.

الملاحظ لهذا التعريف أن المقصود من الاستغلال ليس هو الأمر المادي القائم على محض اعتبارات مادية خاصة بعدم التوازن الاقتصادي بين ما يأخذ، وما يعطي، وإنما هو أمر نفسي يتمثل في استغلال حالة الطيش والهوى، وقد عبر عنهما بحالة الضعف، وبهذا يحدث الغبن بمساس أهم ركن وهو الرضا.

وفي تعريف آخر أفضل ما ذهب إليه "علي فيلالي" بحيث يرى بأن الاستغلال هو: "استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعة إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل، أو من غير عوض"<sup>3</sup>.

أُتُرح هذا التعريف انطلاقاً من المادة 90 ق م التي تعتد بالطيش البين والهوى الجامع فقط دون الحالات الأخرى، كالحاجة وعدم الخبرة وضعف الوعي والإدراك وعدم صدور الرضا عن اختيار كاف، وبهذا تفيد بنص المادة رغم أن حالة الضعف قد تشمل الطيش والهوى، كما قد تشمل أيضاً باقي الحالات الأخرى.

وما يُحمد لهذا التعريف عن باقي التعريفات أن الاستغلال يشمل كل العقود بما فيها الاحتمالية والتبرعية، وهو الغائب في التعريفات الأخرى التي ركزت كلها على جانب

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ج1، ص 203.

<sup>2</sup> - علي سليمان، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق، ص 67.

<sup>3</sup> - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 203.

الضعف النفسي والغبن المترتب عن هذا الأخير وكأن الاستغلال قاصر على عقود المعاوضة التبادلية دون التبرعية.

بالرجوع إلى نص المادة 90 من القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل للقانون المدني نجد أن المشرع الجزائري<sup>1</sup> جعل للاستغلال عنصرين وهما:  
العنصر المادي (الموضوعي)، العنصر النفسي (المعنوي).

ثانياً: عناصر الاستغلال.

### 1- العنصر المادي أو الموضوعي.

يتحقق هذا العنصر كما هو منصوص في المادة 90 ق م ج، في حالة ما إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه المستفيد من فائدة من خلاله إبرامه العقد بالمقابل مع ما حصل عليه المتعاقد الآخر المغبون وما ينتج عن ذلك من تفاوت واختلال فادح عن العادة المألوفة<sup>2</sup>.

### 2- العنصر المعنوي أو النفسي.

أما العنصر النفسي للاستغلال فقد أوردته المادة 90 من القانون المدني كما رأينا في العبارة الآتية "... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبزم العقد، إلا لأن الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً..."<sup>3</sup>.

أ- الطيش البين: هو حالة نفسية تعترى الشخص فتجعله يتخذ قرارات بدون تبصر، ولا تفكير كاف بشأن ما يلحقه من عواقب جراء هذه الحالة<sup>4</sup>.

ويذهب "علي فيلالي" أن هناك شبهة إلى حد بعيد بين حالة الشخص الطائش والشخص السفية، فإذا كانت علة السفية تبذير الأموال بطريقة اعتباطية في أوجه الخير أو الشر على حد سواء<sup>5</sup>، فإن القضاء المقارن يرى في هذا الصدد أن تبذير الأموال قرينة على

<sup>1</sup> - كان النص الأصلي بالعربية للمادة 90 قد أشار إلى الطيش والهوى في حين أن النص الفرنسي لنص المادة يصف الطيش بالبين والهوى بالجامح، وقد تم تدارك هذا السقوط لكلمتي بين وجامح في الصياغة العربية بموجب القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني ليصبح مطابقاً للنص الفرنسي كما يلي:

« De sa légèreté notaire ou d'une passion effrénée »

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق، ج1، ص 129.

3 - قانون 05-10 المؤرخ المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-78 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

<sup>4</sup> - محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 178.

<sup>5</sup> - علي فيلالي، الالتزامات...، المرجع السابق، ص 209.

الغبين الذي كان سببه الطيش الذي اعتراه، أما بالنسبة للفرق بين الحالتين هو أن الشخص الذي اعتراه الطيش يعد في نظر القانون ناقص الأهلية على عكس السفية، الذي يبقى كامل الأهلية إلى حين صدور الحكم القاضي بالحجر عليه حتى يتمتع أو يستفيد من الحماية، فإلى حين صدور هذا الحكم<sup>1</sup> تبقى تصرفاته صحيحة، وبالتالي يذهب "علي فيلالي" إلى أن الشخص السفية تطبق عليه أحكام المادة 90 ق.م إذا ادعى الطيش البين، وهذه تعد حماية إضافية للشخص الذي لم يحجر عليه بعد.

في هذا الصدد أعتقد مع ما ذهب إليه "محمد سعيد جعفرور" على خلاف ما ذهب إليه علي فيلالي<sup>2</sup> لأنه وإن كان من الوهلة الأولى يبدو أن هناك تشابه بين حالة الطيش البين وحالة السفه التي ورد ذكرها في نص المادة 43 (قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يوليو 2005) إلا أن الفوارق تحول دون التقارب بينهما والتقريب بين الحالتين لأخذ نفس الحكم. فمن جهة نجد أن حالة السفه كما أشارت المادة السابقة الذكر إلى أنها تعتبر صراحة السفية ناقص الأهلية، و من جهة ثانية نجد أن هذه الحالة حالة مستمرة تعترى الشخص، الأمر الذي يؤثر في تصرفاته وكل هذه التصرفات تمارس في ظل هذه الحالة. كما أن حالة السفه لم يرد ذكرها ضمن عيوب الرضا التي حددها المشرع وحصرها بموجب نصوص قانونية وهي (الإكراه، التدليس، الضغط، الاستغلال) وهذه العيوب لها أحكامها الخاصة غير الأحكام التي تحكم السفية مثلا فقد خصه المشرع برعاية خاصة وأخضعه لتنظيم معين.

من زاوية أخرى يكون الشخص المستغل أو الذي وقع في غبن فاحش كامل الأهلية عند إبرامه العقد، غير أن إرادته اعترتها حالة الطيش البين، الأمر الذي دفعه إلى إبرام العقد تحت هذا التأثير والقول أن هذه الحالة لن تدوم مع الشخص فقد يعاود الشخص إبرام تصرفات قانونية أخرى دون أن تعتريه هذه الحالة المؤقتة وهو الفرق الواضح أيضا الذي يميز حالة الطيش المؤقتة بحالة السفية، والفرق الآخر أن المشرع خص الطرف المغبون أو المستغل بحماية قانونية، في مقابل ذلك لا يستفيد السفية من الحماية إلى غاية صدور حكم قاضي بالحجر عليه لكونه كامل الأهلية فكل شخص بلغ

<sup>1</sup> - قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1982/11/24 ملف رقم 2771، نشر القضاة 1983، السداسي الأول، ص 133.

<sup>2</sup> - أنظر في هذا الصدد محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، المرجع سابق، ص 95.

سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم - يحجر عليه- يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية<sup>1</sup>.

ويعتقد " علي فيلالي" أن السفه قبل صدور الحكم بالحجر عليه يمكنه أن يستفيد من تطبيق أحكام المادة 90 ق.م. ج بإدعائه الطيش البين وهذه حماية إضافية للشخص الذي لم يحجر عليه بعد.

إلا أنه وضمانا لاستقرار المعاملات وجب أن تكون حالة الطيش بينة ومعروفة لدى الجميع وهو شرط لهذه الحالة<sup>2</sup>.

هذا بالنسبة إلى الطيش البين وهو الحالة الأولى للضعف النفسي أما بالنسبة للحالة الثانية والتي تتمثل في الهوى الجامح فسنتناولها في الآتي:  
**ب- الهوى الجامح:**

وهو الولع الشديد الذي تكون عليه حالة الشخص نتيجة إحساسه اتجاه شخص معين، أو شيء آخر، الأمر الذي يحدث له خلافا في حسن تقديره للأمر والتصرفات التي يقوم بها. هذا لا يعني أن الشعور بالمودة، أو العطف يكفيان لقيام الهوى الجامح، وخاصة إذا كان وراء ذلك ما يبرره<sup>3</sup>.

ويشترط في هذه الحالة التي أصابت المتعاقد أن لا يكون في الإمكان مقاومتها، أو تلافيتها فيؤثر على إرادة المغبون فيعيبها دون أن يعدمها كلية، وتحت تأثير الهوى، يتساهل الشخص إزاء تضحية مالية تلحق الغبن بالعقد الذي أبرمه، وذلك - تحت تأثير الهوى- كل من حوله من أقارب وأصدقاء، فيضحى فيه بمركزه وبكل ما هو عزيز لديه في الحياة.

والواقع تصبح معه إرادة المستغل إرادة غير مشروعة، ويذكر " السنهوري" أنه إذا صح أن المستغل لا بد له فيما أصاب، أو لحق المتعاقد المغبون من طيش أو هوى، فإنه مع ذلك قد استعمل فيه ما أصابه من هوى، وهذا ما يجعل الاستغلال قريبا من الإكراه. هذا وقد ذكر الفقهاء أمثلة كثيرة في هذا الصدد مستمدة من القضاء، إلا أن " توفيق حسن فرج" يذهب إلى أن الإكراه الذي قد يقع لا يقع عليه من المتعاقد الآخر، أو من

<sup>1</sup>- أنظر المادة 40 من القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يوليو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

<sup>2</sup>- علي فيلالي، الالتزامات...، المرجع السابق، ص 210.

<sup>3</sup>- فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 205.

شخص آخر، وإنما قد يقع عليه من ذات نفسه، فهو إكراه ذاتي وقع من ذات المغبون على نفسه، الأمر الذي جعله يدخل في علاقة عقدية بشروط مجحفة، أو علاقة تعاقدية مبنية على عدم التوازن في الالتزامات بشكل بين، وهو ما اضطر المشرع إلى التدخل لحماية الشخص الذي شاب إرادته ضعف<sup>1</sup>.

كما تقع حالة " الهوى الجامح" نتيجة ظروف تسهم في التأثير على الإرادة، من ذلك حالة الشخص الذي قد توجد لديه رغبة جامحة في إنقاذ ابنه من مرض خطير، فينتهز الطبيب منه هذه الحاجة ويطلب مقابل خدماته أتعابا مبالغاً فيها<sup>2</sup>.

ومما لاشك فيه أن المشرع الجزائري عندما تبنى نظرية الاستغلال في التقنين المدني، إنما كان يرمي إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وهذا الأخير هو من تأثرت إرادته، فجعلته يقدم على التصرف بشروط مجحفة، وهو الأمر الواضح.

إلا أن الأمر الذي يؤخذ على نص المادة 90 من تقنيننا المدني أنها تظهر حالة الضعف الإنساني محصورة في الطيش البين، والهوى الجامح دون سواها من حالات الضعف الإنساني التي هي موجودة وتؤثر على إرادة الشخص مثلها مثل الحالات التي حصرها المشرع وهو الأمر الذي يقر به " محمد سعيد جعفرور"<sup>3</sup>، حيث يرى أن نص المادة 90 ق.م بحالته الراهنة يعجز عن تحقيق الهدف الذي يتوخاه المشرع للحفاظ على التوازن العقدي واستقرار المعاملات، في الوقت الذي توسعت فيه بعض التقنيات المدنية والتي تأثر بها مشرعنا من حالة الطيش البين والهوى الجامح إلى حالات أخرى هي مجال الاستغلال<sup>4</sup>.

إضافة إلى الطيش البين والهوى الجامح وحسب نص المادة 90 من ق.م تلزم أن تتوافر لدى الطرف الآخر نية الاستفادة من حالة الضعف النفسي، وهذا يقتضي أن يكون المتعاقد الآخر يعلم بوجوده ويقصد استغلاله، وقد ورد هذا الشرط في الفقرة الأولى من المادة 90 ق م: " وتبين.... أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش بين أو هوى جامح.."

<sup>1</sup> - توفيق فرج حسن، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 290.

<sup>2</sup> - توفيق فرج حسن، المرجع السابق، ص 290.

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة...، المرجع السابق، ص 97، 98.

<sup>4</sup> - أنظر في هذا الصدد أحمد الحراكي، الغبن في القانون الفرنسي...، المرجع السابق، ص 129، 130 .

وعليه إذا لم يعلم هذا الأخير بذلك، أو علم ولم يستغل تلك الحالة، فإن المشرع الجزائري لا يرتب على ذلك أي أثر بالنسبة للمغبون، وكان الأثر المترتب عن الاستغلال هو أقرب إلى أن يكون جزاء قصد الاستغلال لدى الطرف المستفيد، بدل أن يكون نتيجة الطيش البين والهوى الجامح<sup>1</sup>، ولعل هذا ما جعل أو اعتبر الاستغلال عملاً غير مشروع يرتب البطلان المطلق في القانون الألماني وذلك بنص المادة 138 من القانون المدني<sup>2</sup>، لا إلى قابلية العقد للإبطال كما هو الحال بالنسبة إلى تشريعنا.

ويشير "علي فيلالي" إلى أن الاستغلال وباعتبار المشرع له عيباً في الرضا، فإن رضا المغبون يكون فاسداً إذا توفر العنصر المادي، وكذا الضعف النفسي بغض النظر عما إذا كان المتعاقد يعلم أو لا يعلم بهذا الضعف النفسي ويضيف أنه لا يرى في وضع هذا الشرط إلا وسيلة للتضييق من مجال تطبيق الاستغلال وهو رأي معقول أميل له<sup>3</sup> سبق الإشارة إليه.

ولما كانت دعوى الإبطال<sup>4</sup> وسيلة قانونية تستهدف حماية الطرف المغبون، ولذلك فهي تكون بطلب هذا الأخير، دون الطرف المستفيد من الغبن<sup>5</sup>. قبل التطرق إلى المطلب الثاني نعرض بإيجاز الفوارق بين الاستغلال والغبن بناء على ما تم دراسته:

إذا كان الاستغلال هو ما ذكرنا، فإن الغبن هو الخسارة المالية تلحق في عقود المعاوضات، أحد العاقدين نتيجة عدم التعادل بين الالتزامات التي يوجبها العقد على أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر<sup>6</sup> ومن ثم يتميز الغبن عن الاستغلال بأمرين: الأمر الأول: إن الغبن لا يتصور في التبرعات، إذ أن أحد العاقدين فيها يقدم أداءً معيناً بدون مقابل. فالغبن باعتباره عدم التعادل المادي، لا يتصور إلا في المعاوضات،

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة...، المرجع السابق، ص 98، 99.

<sup>2</sup> - أحمد الحراكي، الغبن في القانون الفرنسي...، المرجع السابق، ص 121، 122.

<sup>3</sup> - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 212.

<sup>4</sup> - أنظر الصفحة 91 من الفرع الثاني من المطلب الثاني.

<sup>5</sup> - راجع المادة 90 من القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في

26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، (ج ر 44 ص 22).

<sup>6</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز...، م 1، المرجع السابق، ص 144.

أما الاستغلال فيمكن أن يقع في جميع التصرفات<sup>1</sup>.

الأمر الثاني: : إن الغبن يقاس بمعيار مادي<sup>2</sup>، فينظر فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية أي القيمة بحسب سعر السوق: فإذا بلغ الفرق بينهما حدا معيناً كان ذلك غبناً، بينما معيار الاستغلال، معيار ذاتي.

وبهذا نصل إلى أن الغبن عيب في العقد وليس عيباً في إرادة العاقد، فهو يتحقق بمجرد التفاوت المادي، بقطع النظر عما إذا كانت إرادة المغبون سليمة أو مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة، أما في الاستغلال فإن عدم التعادل بين الالتزامات لا ينظر إليه في ذاته، بل باعتباره عيباً في الإرادة، لأنه - زيادة على عدم التعادل هذا - لا بد أن يستغل أحد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها الطرف الآخر، بحيث تفسد إرادته فيندفع إلى التعاقد تحت تأثير هذا الاستغلال<sup>3</sup>.

**المطلب الثاني: دور القاضي في تعديل العقد المدني لرفع الغبن الاستغلالي.**

بين موقف المشرع الجزائري في ظل نظام تعاقدى مشبع بمبدأ سلطان الإرادة وهو ما تؤكد عليه المادة 106 ق م بنصها: "العقد شريعة المتعاقدين" وبين الاستثناء الذي يحد من هذا المبدأ.

ومن موقف يهدف إلى قمع ورفع الغبن دون فحص إرادة من كان ضحية له، باعتبار أن مثل هذا النص يخالف مبدأ حرية الاتفاقات، إذ يجب احترام العقد مهما كان فيه من عدم تعادل بين الالتزامات، طالما كانت الإرادة حرة وسليمة، إلى موقف يحد من هذه القاعدة الأساسية في ظل التشريعات الحديثة التي تتجه إلى حماية الطرف الضعيف في العقد ورفع عدم التوازن العقدي في الالتزامات، وإفساح المجال لتدخل القاضي لتعديل العقد برفع الغبن عن طريق الالتجاء إلى عيوب الإرادة فإذا قبلنا للقاضي دور تعديل العقد بحسب الحالات التي يجوز له التدخل فيها فهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن مجال هذا التدخل لرفع الغبن، ووسائله في ذلك، وذلك حتى يتمكن القاضي من التدخل لتعديل العقد المدني؟.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ج1، ص127.

<sup>2</sup> - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص67.

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة...، المرجع السابق، ص93.

## الفرع الأول: وسائل تدخل القاضي لتعديل العقد المدني.

سأحاول من خلال هذا الفرع أن أتطرق إلى عمل القضاء من خلال جهوده ووسائله في محاربة الغبن، ثم بعد ذلك ندرج التطبيقات التي تتسع فيها سلطة القاضي ودوره في تعديل العقد المدني.

إذا كان من شأن الفقه أنه فتح المجال واسعا من خلال محاولات فردية في تحليل فكرة الغبن، وجعلها نظرية قانونية، من خلال التوسع من فكرة الغبن المجرد إلى الغبن الاستغلالي وهو مضمون النظرية الحديثة، فإن القضاء بدوره لم يبق ساكنا، بل سائر الفقه رغبة منه تحقيق المساواة التي ينبغي أن تسود أطراف العلاقة العقدية، ورفع الظلم الذي يقع على الطرف المغبون<sup>1</sup>.

والقضاء حين يفعل ذلك، فهو يسعى جاهدا لسد الفراغ التشريعي الذي تركه المشرع إزاء أو نحو حالات يكتنفها الظلم، وعلى ذلك لجأ القضاء استنادا على وسيلتين لتكملة النقص، أو الفراغ التشريعي.

أما الوسيلة الأولى فتتمثل في نظرية عيوب الإرادة، أما الوسيلة الثانية فلجأ إلى نظرية السبب.

### أولا: نظرية عيوب الإرادة.

من خلال هذه النظرية لجأ القضاء من خلال أحكامه لمناهضة الغبن استنادا إلى عيوب الرضا الكلاسيكية وهي الغلط والإكراه<sup>2</sup>، وهذه الوسيلة تجد تطبيقاتها في ظل التشريعات التي يسودها مبدأ سلطان الإرادة، على أن القضاء فيما ذهب إليه لا يواجه فكرة الغبن كعيب مستقل، لأن الغبن لا يقوم، ولا يكون سببا كافيا لإبطال العقد لقيام سبب آخر للإبطال، إلا في الحالات المنصوص عليها صراحة على سبيل الحصر، حتى يكون وسيلة لقياس مدى جسامه عيب الرضا الذي تحققت شروطه من قبل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر في هذا المعنى: هائل حزام مهيبوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 162. أنظر كذلك: توفيق فرج حسن، نظرية الاستغلال...، المرجع السابق، ص 93.

<sup>2</sup> - أنظر المواد: 81-82-83-84-85-86-87-88-89 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل للقانون المدني.

<sup>3</sup> - توفيق فرج حسن، المرجع السابق، ص 121. أنظر كذلك: في هذا المعنى: هائل حزام مهيبوب العامري، المرجع السابق، ص 163.

أما ما يخص مسألة إثبات العيب الذي رتب الغبن، فإنه يجب على من يدعي الغبن إثباته، فيقيم الدليل على عدم التعادل الصارخ، واستغلال المتعاقد الآخر لحالة الضعف فيه والإثبات هنا يكون بكافة طرق الإثبات، وإلا كان إدعائه لا يستند إلى القانون<sup>1</sup>.

وقد استبعد القضاء الفرنسي نقض العقد أو تعديله بسبب الغبن ما لم يكن نتيجة لعيب شاب إرادة المتعاقد، ونتيجة لذلك رفضت المحاكم الفرنسية تعديل عقد العمل فيما يخص المكافآت التي يستفيد العامل منها، قبل أن يتم تحديدها من قبل المشرع بنصوص قانونية صريحة، كما استند القضاء إلى فكرة الغلط<sup>2</sup> في محاربة الغبن<sup>3</sup>.

والغلط لا يعتبر سببا للإبطال إلا إذا وقع في صفة جوهرية في صفة الشيء أو إذا وقع في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته، أما مجرد الغلط في الحساب وغلطات القلم، فلا تكون سببا كافيا للإبطال<sup>4</sup>.

وبالتالي يكون الغلط في الحالات السابقة نوعا من الغبن، والغبن لا يعيب الاتفاقات إلا في أحوال استثنائية، على أنه ولتحقيق العدالة العقدية قرر القضاء الجزائري على غرار المشرع أن يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حد من الجسامه، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، فمن المقرر قانونا أنه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرية وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله، ومن المقرر أيضا أنه يعتبر الغلط جوهريا، إذا وقع في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو

---

<sup>1</sup> - يتم الإثبات بجميع طرق الإثبات، كشهادة الشهود وشهرة طيش المغبون أو هواه الجامح، وتلعب القرائن دورا هاما في هذا المجال...، ومسألة تقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أو لا، من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع. ( أنظر في هذا المعنى: محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 180).

<sup>2</sup> - عيب الغلط هو تصور يقوم في ذهن الشخص يجعله يعتقد الأمور على غير حقيقتها، شرط أن يكون الغلط جوهريا. ( أنظر عبد المجيد عزوز، مدى تأثير المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2002-2003، ص31).

- وقد عرفت المادة 82 م ج الغلط الجوهرية بقولها: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

وإذا وقع في ذات أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

<sup>3</sup> - هائل حزام مهيبوب العامري، النظرية العامة للاستغلال...، المرجع السابق، ص 163.

<sup>4</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، 2002، ص 91. أنظر كذلك: أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 2003، ص115.

الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت في - قضية الحال - أن الطاعن لم يلتزم بالعقد إلا على اعتبار صفة المهندس للمطعون ضده دون أن يقدم هذا الآخر أي وثيقة تثبت صفته هذه، فإن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم المستأنف القاضي على الطاعن أن يدفع للمطعون ضده أجوره المستحقة خرقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>. ولما كانت فكرة الغلط الجوهرى الدافع إلى التعاقد لم تلق قبولا لدى بعض شراح القانون لكونها صورة من صور الغبن، وأن الغبن في حد ذاته لا يؤثر على العقد إلا في حالات استثنائية، كما أن الغبن والغلط فكرتين مستقلتين، وهو ما جعل القضاء يتوسع إلى أحكام التدليس<sup>2</sup> إضافة على فكرة الغلط.

وتذهب المادة 01/86 من القانون المدنى الجزائري إلى القول أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - قرار: 1988/11/14، ملف رقم: 49339، م.ق، ع.04، 1990، ص.147.

<sup>2</sup> - لقد تعرض المشرع الجزائري لعيب التدليس في المادتين 86 و 87، وهو يتكون من عنصرين، أحدهما العنصر الموضوعي المتمثل في استعمال طرق احتيالية. (أنظر: منذر الفضل، المرجع السابق، ص.188). ودفع المتعاقد الآخر لإبرام العقد، سواء تمثلت تلك الوسائل في صورة السكوت العمدي، أو الكتمان. (أنظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.61). أما العنصر الآخر هو النفسي الذي يقصد من وراءه التضليل *intention de trompe* للوصول إلى غرض غير مشروع، فلا بد من وجود نية التضليل لدى المدلس، لأن التدليس خطأ عمدي، فإذا قام شخص بعمل ما انخدع به آخر، دون قصد محدث للعمل على خداعه لم تكن بصدد تدليس، وليس أمام المخدوع إلا إبطال العقد على أساس الغلط إن توافرت شروطهم فلا يعد تدليسا إبراز التاجر بضاعته في أحسن صورة طالما أنه لم يقصد التضليل، بل الترويج لبضاعته، واستهواء الناس، ومن ذلك انخداع المتعاقد بظهور الثراء الذي يبدو عليه الطرف الآخر دون تعمد إخفائه عنه بقصد تضليله. (أنظر: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدنى الجزائري...، المرجع السابق، ص.184).

<sup>3</sup> - "إن الحيل التدليسية متشابهة سواء في حالة التدليس الدافع، أو غير الدافع، لأن إرادة المخدوع تكون معيبة في الحالتين سواء كان هدف التدليس هو دفع المتعاقد إلى قبول العقد أو كان يرمي إلى أن يقبل العقد بشروط باهظة لو خلى نفسه ما قبلها" (أنظر: هائل حزام ميهوب العامري، النظرية العامة للاستغلال...، المرجع السابق، ص.164)، كذلك فإن الملاحظ على بعض شراح القانون تسويتهم بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع ويكون للمدلس عليه حق الإبطال استنادا إلى عيوب الرضا، على أنه لا يجب أن نغفل عن كون أن للمتعاقد المغبون الاستناد أو الالتجاء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية لتعويض ما قد أصابه من ضرر جزاء عدم مشروعية الحيل التدليسية التي أوقعته في الغلط، هامش ص 164 من نفس المرجع السابق ذكره.

ما يلاحظ على نص المادة 1/86 ق م ج أن التدليس لا يكون مؤثرا في العقد إلا إذا تضمن حيلة تدليسية من المتعاقد الآخر أو من ينوب عنه، سواء كانت هذه الحيل تهدف إلى جعل المتعاقد يقبل بالعقد، أو تجعله يقبل شروطا غير التي يريد هذا إذا لم يكن قد دلس عليه فيكون أمام المتعاقد المخدوع أن يطلب إبطال العقد، وهذا الحل أخذت به بعض المحاكم المصرية<sup>1</sup>.

إلا أن القضاء لا يعتقد الاتجاه الذي يؤخذ الغبن كعنصر في إثبات التدليس إلا في الحالات التي يكون الغبن فيها على درجة كافية من الجسامة وهو ما تقرر في بعض الأحكام، فعلى الطرف المغبون " أن يبين قيام غبن على درجة كافية من الجسامة، بحيث يكون حريا أن يفسر بحيلة تدليسية لا بعدم التبصر أو الطيش أو يخلق بعد النظر لدى هذا المتعاقد نفسه"<sup>2</sup>

وتشير عرارة عسالي أنه ومع التوسع الذي أعطى لفكرة التدليس، فإن ذلك لا يعني الاستغناء عن نظرية الاستغلال، كونها توفر الحماية للمتعاقد الضعيف، لأن الأمر لا يعد أكثر من انتهاز فرصة هذا الوضع لإبرام العقد، ما يعني أن القواعد التي يقوم على أساسها التدليس لا تصل بالضرورة إلى الاستغلال<sup>3</sup>، لأن أحدهما لا يحل محل الآخر لوجود فارق جوهري بينهما...<sup>4</sup>.

فالتدليس فعل عمدي، يقوم فاعله بارتكاب خدع وحيل ليوثق المتعاقد الآخر في غلط على عكس الاستغلال الذي لا يشترط أن يصل فيه المستغل (المغبون) إلى الغلط، لأن إرادته تبقى واعية، وإن لم تكن مستتيرة استتارة كاملة، أو لم يكن لها كامل الحرية، وهو التصور الذي حملته التشريعات الحديثة<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> - أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في 27 يناير 1921. ( مشار إليه في نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال...، المرجع السابق، ص 128).

<sup>2</sup> - أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في 4 يناير 1900. ( مشار إليه عند: توفيق حسن فرج، المرجع نفسه، ص 129).

<sup>3</sup> - عرارة عسالي، نظرية الاستغلال، أطروحة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1997، المرجع السابق، ص 24.

<sup>4</sup> - هائل حزام مهيبوب العامري، المرجع السابق، ص 165.

<sup>5</sup> - وعلى هذا فالتدليس، شأنه في ذلك شأن الغلط تماما، ولا يمكن لهذا الأخير أن يقوم مقام نظرية الاستغلال، ذلك أن لكل من التدليس والاستغلال مجاله المنفصل. ( أنظر في هذا المعنى: توفيق فرج حسن، المرجع السابق، ص 131).

من الوسائل أيضا التي لجأ إليها القضاء في معالجة الغبن، التجائه إلى نظرية الإكراه<sup>1</sup>.

وحتى يتحقق الإكراه الذي يحمل معه أحد المتعاقدين أو غير المتعاقدين تصدر الأفعال المكونة للإكراه منهما، وفي هذه الحالة على الطرف المكره أن يثبت أن المكره كان يعلم بحالة الإكراه، أو كان من المفترض حتما أن يعلمه<sup>2</sup>. وهو ما يقودنا إلى التساؤل هل حالة الضرورة تدخل في نطاق الإكراه وبالتالي تدخل في نطاق الاستغلال؟.

في هذا الصدد نجد هناك رأيين اختلفا حول اعتبار ما إذا كانت حالة الضرورة إكراها أم لا؟.

**فالاتجاه الأول:** يرى بأن الاضطرار إلى التعاقد ليس من قبيل الإكراه.

إن ما يفهم من نص المادة 1109 من التقنين المدني الفرنسي، حين يشير إلى الرضا المتنازع بالإكراه<sup>3</sup>. أن الإكراه يجب أن يكون صادرا من شخص آخر لا من ظروف خارجية<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - عيب الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد. ( أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ...، المرجع السابق، م1، ص 360 وما يليها. في معنى الإكراه وعناصره). (راجع كذلك: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات...، المرجع السابق، ج1، ص115، 116).

- على عكس المتعاقد الذي يقع في الغلط، أو المدلس عليه، فإن المكره يعلم وقت إبرام العقد أن رضاه معيب. ( أنظر: علي فيلاي، المرجع السابق، ص185)، والإكراه وإن كان يفسد الرضاء، إلا أنه لا يعدمه، فالمكره إرادته موجودة، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة، لأنه خير بين أن يريد، أو أن يقع به المكروه الذي هُدد به، فاختر أهون الضررين وأراد، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة، لأنها لم تكن حرة مختارة. ( أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ...، المرجع السابق، م1، ص360.

<sup>2</sup> - هائل حزام مهيبوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 166.

<sup>3</sup> - تنص المادة 1109 من التقنين المدني الفرنسي على أنه:

« Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par la violence ou surpris par dol »

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة...، المرجع السابق، ص67، 75.

الاتجاه الثاني: الذي يذهب فيه الرأي إلى أنه لا مبرر للتمييز.

فالإكراه يتحقق متى كان مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو غيره أو ظروف خارجية فمتى تهيأت ظروف بمحض الصدفة بحيث لا يد لأحد فيها غاية ما في الأمر أن المتعاقد قد أفاد منها واستغلها لحمل من هو تحت ضغط هذه الظروف على إبرام العقد<sup>1</sup>.

الملاحظ من خلال الرأي الأول ونقيضه الرأي الثاني والذي يمثله الفقه بحيث أعطى كل واحد منهما رأيه استناداً على مبررات انطلق منها، إلا أن القضاء الفرنسي قد حسم الرأي بحيث انتهى إلى أن الرضاء قد انتزع حتى ولو كان ذلك نتيجة ظروف خارجية مادام أن المتعاقد قد استغل الظرف، أو الضغط لحمل هذا الأخير إلى التعاقد<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى تقنيننا المدني، فإنه وعلى غرار التقنين المدني المصري لم يتعرض لهذه الحالة، وهنا يذهب " محمد سعيد جعفرور " إلى القول أنه يمكن الطعن في العقد على أساس الاستغلال<sup>3</sup>.

غير أن "بلحاج العربي" ذهب إلى القول أن استغلال الخطر قد تضيق به قواعد الاستغلال كما وردت في المادتين 90 و91 ق.م التي اقتصرتا على حالتين فقط وهي المتعلقة بالطيش الواضح، أو الهوى الجامح...، فيبقى إذن من المفيد استغلال الخطر صورة من صور الإكراه، وذلك حتى يتمكن المتعاقد من إبطال العقد للإكراه في حالة لم يستطع إبطاله أو إنقاصه للاستغلال<sup>4</sup>.

وهنا نجد أن المشرع اللبناني قد حسم الأمر وأدخل بنص صريح الظروف الخارجية طالما كانت متصلة مباشرة بوضع العقد<sup>5</sup>.

في حين يذهب "جمعة بوبكر" : " أنه في حالة الضرورة يجب إعمال قواعد الاستغلال لا قواعد الإكراه، وذلك بإنقاص المقابل إلى الحد المعقول وهو الأمر الذي

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، م1، ص 382.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني...، المرجع السابق، هامش ص 200.

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 77.

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق، ج1، ص 123.

<sup>5</sup> - أنظر: المادة 210 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، لمزيد من التوضيح حول هذه المادة أنظر: مصطفى

العوجي، القانون المدني، المرجع السابق، ص 410-412.

رجحه القضاء لأن الملتزم في حالة الضرورة لا بد أن يدفع مقابل لمن قدم له خدمة إبان حالة اضطراره وخاصة أنه ليس من شروط الإكراه وجود غبن<sup>1</sup>.

وعلى هذا فإن قصور نصوص نظرية الاستغلال ليس مبرراً لإدخال ما ليس من الإكراه في نطاق نظرية الإكراه<sup>2</sup>، وهذا الرأي أميل إليه وأؤيده وهو الأمر الذي يجعلنا نعيد النظر في صياغة المادة 90 من تقنيننا المدني<sup>3</sup>.

الملاحظ مما تقدم أن القضاء رغم جهوده الكبيرة في توسيع فكرة الغبن بالاستناد إلى عيوب الرضا، لم يصل إلى سد النقص الذي اعترى النصوص القانونية، وذلك عندما استبعد الغبن من العقود كقاعدة عامة...، بل أن الأحكام في هذا الصدد متناقضة أحياناً، وغير متناسقة<sup>4</sup>. وهو الأمر الذي جعل القضاء يبحث عن وسائل أخرى خارج نطاق عيوب الإرادة، ليلجأ إلى فكرة السبب وهو ما سنبحثه في الآتي:

#### ثانياً : نظرية السبب<sup>5</sup>.

اتجه الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى هذه النظرية للكشف عن عدم التقابل والاختلال الواضح في الالتزامات بين قوة السبب والالتزام، وبذلك اعتبر القاضي أن الاختلال الواضح بدون سبب يمثل لصاحبه السبب الغير الكاف الذي يضمن القضاء من خلال التوازن في الأداءات، وهو ما جعل المحاكم تلجأ إلى التعديل عن طريق الإنقاص في الالتزامات بغية معالجة الوضع<sup>6</sup>.

والسبب على هذا ينظر إليه نظرة مادية، وهو يمثل في عقود المعاوضة كمعادل اقتصادي، ففي هذه العقود وبالإضافة إلى أن السبب مشروع، ينبغي كذلك أن يكون متناسباً مع الالتزام، بحيث تتسم العلاقة العقدية بالموازنة بين المنافع والتضحيات المتعلقة بكل منهما<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - عسالي عرعارة، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> - لمزيد من التوضيح بشأن هذه المسألة أنظر: هائل حزام مهيبوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 167، كذلك أنظر: توفيق فرج حسن، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 142-150.

<sup>3</sup> - وهو ما سنتعرض له لاحقاً.

<sup>4</sup> - هائل مهيبوب العامري، المرجع السابق، هامش ص 168.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 160.

<sup>6</sup> - عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 25.

<sup>7</sup> - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال...، المرجع السابق، ص 157 فقرة 59.

بمفهوم المخالفة أنه إذا لم يكن هناك توازن بين الأداءات العقدية، ومتى انعدم التوازن العقدي فسّر الأمر بأن الالتزام لا سبب له، وما ينتج عن ذلك من غبن. وتطبيقا لهذا المفهوم يمنح المتعاقد الذي التزم بشيء دون الحصول على مقابل كاف أو بدون مقابل وسيلة قانونية لحمايته في هذه الحال وذلك على أساس فكرة السبب.<sup>1</sup> إن الملاحظ على هذه الفكرة التي أثارها القضاء الفرنسي لا توجد في قاعدة صريحة في تقنيناتنا، ذلك أنها لا تتحدث عن السبب الجزئي، بالإضافة أن فكرة السبب لا تحتمل أن توصف بأنها غير كافية بل هو ركن يتطلبه القانون، وإذا تخلف لا ينعقد العقد<sup>2</sup>، أما مسألة الكم فهي بعيدة عن فكرة السبب لكون هذا الأخير كما سبق وأشرنا إليه أنه ركن قانوني ليس له وجود مادي...<sup>3</sup>.

وبالرجوع إلى مشرعنا الجزائري فالعبرة عنده باعتناقه النظرية الحديثة هي مشروعية السبب لا وجوده<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - هائل حزام مهيب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 169.

<sup>2</sup> - بالرجوع إلى النص الفرنسي للمادة 98 من تقنيننا المدني والتي تنص على:

« Toute obligation est présumée avoir une cause licite tant que le contraire n'est pas prouvé la cause exprimée dans le contrat est considérée comme vraie jusqu'à preuve contraire lorsque la preuve de la simulation de la cause est administré, il incombe a celui qui soutient que l'obligation a une autre cause licite de la prouver ».

إن الملاحظ على هذا النص أنه موافق في المعنى للنص العربي ومن خلاله يطرح النص نقطتين أما الأولى فقد أسند المشرع السبب إلى العقد وهو ما نصت عليه المادة 197 أيضا، ثم عاد فأسنده إلى الالتزام في المادة 1/98 ثم عاد فأسنده السبب إلى العقد في الفقرة الثانية من نفس المادة، وعلى كل حال فالسبب المطلوب كركن في العقد هو السبب بالمعنى الحديث أي الباعث إلى التعاقد، ويجب أن يكون مشروعا، أما في حالة عدم مشروعيته، فيشترط لبطان العقد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث، أنظر على علي سليمان، ...، المرجع السابق، ص 75.

<sup>3</sup> - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 158 فقرة 60.

<sup>4</sup> - بالرجوع إلى النص الفرنسي للمادة 97 ق.م نتلمس من خلالها فكرتين أما الأولى أن يكون السبب موجودا أما الفكرة الثانية أن يكون السبب مشروعا، ما يعني أن المشرع تبنى النظرية التقليدية التي تشترط وجود السبب، وأخذ بالنظرية الحديثة التي ترى بمشروعية السبب، والملاحظ بين النص العربي والفرنسي لنفس المادة عدم التطابق، والنقص في دقة التعبير ما يعكس لنا الازدواج في موقف مشرعنا متأثرا في ذلك بالمشرع الفرنسي، ويرى بلحاج العربي في كتابه النظرية العامة للالتزام، ج1، أن السبب يكون غير موجود " ... كمن يتعهد بدين تحت الإكراه بغير سبب، أو كان هناك غلط في السبب كأن يتعهد وارث بتنفيذ وصية مع الموصي له في حين أن الموصي كان قد رجع عن وصيته، أو كان السبب صوريا صورية مطلقة"، ص 167.

ويذهب "علي فيلالي" إلى القول: "أن مراقبة وجود السبب تتم بطرق جديدة كالمحل والتصور الجديد للغلط، والأحكام الخاصة بعقود الإذعان، وكذا نظرية الاستغلال"<sup>1</sup>. وإن كان الهدف مما تناولناه في فكرة السبب هو من الأهمية للتوضيح، إلا أن الأهمية الأساسية تكمن في كون السبب كأداة في يد القضاء لتعديل العقد عن طريق إنقاص الالتزامات ورفع الغبن على المتعاقد المغبون.

وعلى هذا فإن فكرة السبب، لا تمثل تبريراً كافياً لمسلك القضاء في تعديل العقد المدني عن طريق إنقاص الالتزامات الباهظة في ظل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتشريعات التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة، بدليل أن الأحكام القضائية لا تعطينا الحل عند البحث عن أساس التعديل بطريق الإنقاص، بل نجدنا متناقضة، ذلك لضعف الحجج التي استند عليها القضاء<sup>2</sup>.

ما يلاحظ من خلال هذه الدراسة أن الحلول الفقهية وخاصة الحلول القضائية أنها وبالرغم من محاولاتها الجادة لإيجاد نوع من التوازن العقدي، بإنقاص الالتزامات الأمر الذي يحقق العدالة العقدية، ويقضي على عدم التوازن والغبن الواضح، إلا أن ما يبدو جلياً من خلال ما تم دراسته أن هذه الحلول وإن تنوعت واستندت إلى عيوب الإرادة<sup>3</sup> إلا أن هذا الربط بها فيه مبالغة وتحميلها الكثير، وفي اعتقادي كان الأجدر بالمشرع أن يوسع في نظرية الاستغلال من حيث الحالات، الأمر الذي يسهل على القاضي تفسيره للنصوص على غرار هذا التوسع بدل إيجاد الحماية عن طريق الالتجاء إلى عيوب الإرادة أو إلى أسباب أخرى<sup>4</sup>.

والسؤال المطروح هنا: ما هو السبب الذي جعل المشرع لا يتطرق بسنه لنصوص قانونية تنظم مسألة الاستغلال بشكل كاف، تغني القاضي من خلالها إلى التوسع في تفسير النصوص عن طريق الاجتهاد؟.

<sup>1</sup> - علي فيلالي، الالتزامات...، المرجع السابق، ص 261

<sup>2</sup> - أنظر حكم محكمة النقض المصرية، نقض مدني، 8 فبراير 1951، مشار إليه في النظرية العامة للاستغلال هائل حزام مهيوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 173.

<sup>3</sup> - الغلط، الإكراه، والتدليس.

<sup>4</sup> - كالإثراء بلا سبب، أو فكرة النظام العام، أو فكرة العدالة لمزيد من التوضيح بهذا الشأن أنظر: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 178.

## الفرع الثاني: مدى دور القاضي في تعديل العقد المدني.

إذا كان المشرع لم يعالج بشكل كاف مسألة الاستغلال، فإن المشرع هو أيضا من سمح وخول للقاضي سلطة بموجب نصوص قانونية تسمح له بالانتساع في سلطته والتوسع إلى تعديل الالتزامات العقدية، الأمر الذي يحدث معه رفع الغبن، وإيجاد التوازن والعدالة العقدية وهو ما يعتبر بمثابة الحماية القانونية للعقد و المتعاقدين على السواء. ولما كان للطرف المغبون وسيلة قانونية تمكنه من طلب إبطال العقد في جهة، أو طلب إنقاص الالتزامات من جهة ثانية وهو نص المادة 90 من ق م.

فإن ذلك يدعونا إلى طرح التساؤل الآتي:

ما هو الدور الذي يقوم به القاضي لتعديل الالتزامات العقدية في حالة دعوى الإبطال؟ وهو ما نعالجه في (أولا) .

وما هو دوره في تعديل الالتزامات العقدية من خلال طلب المتعاقد إنقاص الالتزام إلى الحد المعقول، ومدى هذه السلطة في رفع الغبن؟ وهو ما نعالجه في (ثانيا).

إذا كانت القاعدة العامة قد أوردتها المشرع في المادة 90 مدني جزائري، ثم خرج بعد ذلك عن هذه القاعدة فأشار من خلال نص المادة 91 مدني جزائري بأنه: " يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود ومن هذه العقود نذكر حالة الغبن في بيع العقار<sup>1</sup>.

على أنه ومتى تحققت الشروط الواجب توافرها لتحقق الغبن، فللبائع في القانون المدني الجزائري، أو وليه، أو وصيه، أو القيم عليه أن يرفع دعوى تكملة الثمن إذا مضت ثلاث سنوات من وقت انعقاد البيع<sup>2</sup>.

من خلال ما سبق ذكره، يقودنا الأمر إلى إجراء مقارنة بين نص المادة 359 ق م مع نص المادة 90 ق م، بالأحرى المقارنة بين دعوى الغبن، ودعوى الاستغلال التي تعد كجزء أوجبه المشرع في حالة تحقق الغبن.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط4، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 68.

<sup>2</sup> - راجع المادة 359 من القانون المدني الجزائري، أنظر كذلك: قرار المحكمة العليا بتاريخ 12/05/1999، م ق، ع1، 2000، ص 85.

1- دعوى الاستغلال دعوى إبطال<sup>1</sup>، على أنه للقاضي ألا يحكم بالإبطال مكتفياً بإنقاص التزامات المتعاقد<sup>2</sup> الذي وقع عليه الاستغلال، وللطرف الآخر جوازا أن يتقي الإبطال في حالة ما إذا تدخل القاضي، وأحدث تعديلا في الالتزامات بعرض ما يراه كافيا لرفع الغبن وليس للقاضي أن يقضي بزيادة التزامات المستفيد، بل المستغل نفسه هو الذي يعرض ما يراه القاضي كافيا للتعاقد<sup>3</sup>.

2- أما دعوى تكملة الثمن فهي ليست دعوى إبطال، ولا يملك فيها القاضي سلطة لتعديل الالتزامات العقدية بإنقاص التزامات البائع، فليس له هذه المكنة لأن نص المادة 358 ق م<sup>4</sup> صريح وواضح، بحيث يتعين على القاضي أن يحكم بمبلغ يعادل الفرق بين أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع، وبين الثمن الذي اتفقا عليه كلا المتعاقدين في العقد، بمفهوم آخر، أنه ليس له أن ينقص من القدر المبيع لكي يعيد التعادل بين قيمة المبيع والثمن، إضافة إلى أن دعوى تكملة الثمن لا تؤدي إلى إبطال العقد بأي حال، لكنه وفي حالة لم يقم المشتري بالوفاء بالمبلغ الذي حكم به القاضي قد يترتب عن ذلك فسخ العقد، وفك الرابطة العقدية<sup>5</sup>.

من خلال هذه المقارنة يركز في دراستنا على دعوى الاستغلال لكونها المجال الذي تظهر فيه سلطة القاضي في تعديل العقد المدني.

**أولاً: في دعوى الإبطال<sup>6</sup> ودور القاضي في تعديل العقد المدني .**

1- إذا كانت التشريعات المدنية التي تبنت نظرية الاستغلال قد لا تظهر الاختلاف الكبير بينها بقدر الاتفاق بينها حول شروط إعمالها إلا أن الاختلاف بينها يظهر، أو يتجسد

<sup>1</sup> - وهو ما سنتطرق له بالدراسة في حينه.

<sup>2</sup> - وهو ما سيتم توضيحه في حينه.

<sup>3</sup> - على علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 68، 69.

<sup>4</sup> - راجع نص المادة 358 ق م ج لتحقيق شروط قبول دعوى الغبن في العقار وموضوعها أنظر في هذا الصدد: محمد حسنين، المرجع السابق، ص 69-71.

<sup>5</sup> - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 75. أنظر كذلك عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، دار الفكر العربي، 1984، ص 84.

<sup>6</sup> - دعوى الإبطال وسيلة قانونية تستهدف حماية مصلحة المغبون، وهذا الحق لا يتقرر من تلقاء نفسه، وإنما إذا طلبه المتعاقد المغبون. ( أنظر في هذا المعنى: عبد الرزاق أحمد السنهوري في مؤلفه الوسيط...، المرجع السابق، م 1، ص 404).

في الآثار المترتبة على الاستغلال<sup>1</sup>، فالقانون المدني الألماني مثلاً ينظر إلى العقد المشوب بالاستغلال نظرة أخلاقية تهدف إلى حماية العقد، والتي تبرز عند تطبيقها، وهي المصلحة العامة التي يسعى المشرع حمايتها، وليست مصلحة المتعاقدين.

إن كلا الطرفين يستطيعان إثارة البطلان لأن النص لا يسعى إلى حماية المتعاقد على حساب المتعاقد الآخر، ولكنه يهدف إلى منع كل اتفاق يخالف الآداب العامة، وهو ما يسميه البعض منهم بالأخلاق والمبادئ الأساسية للقانون<sup>2</sup>.

فالمشرع في الفقرة الثانية بعد الفقرة الأولى من المادة 138 قانون مدني ألماني، والتي تحدثت عن الاتفاقات المخالفة للآداب العامة، لم تجعل القضاء الألماني يستند عليها في إبطال التصرفات التي مسها الغبن بل اتجه القضاء إلى استخدام القاعدة العامة للبطلان في حال الاتفاقات المخالفة للآداب العامة.

بينما يذهب ريج RIEG أن الفقرة الأولى من نفس المادة يترك المجال واسعاً للقاضي للتدخل وذلك لسهولة الإثبات<sup>3</sup>.

هذا حال القانون الألماني، أما التشريعات الأخرى فتجعل العقد قابلاً للإبطال أو للإنقاص، أو بالأحرى قابلاً للتعديل، وهذا راجع إلى مصدر الجانب الذي ينظر إليه بصفة رئيسية في نظرية الاستغلال<sup>4</sup>.

ف نجد أن جزاء الاستغلال في القانون المصري والسوري واللّبي على سبيل المثال هو الإبطال والإنقاص معاً<sup>5</sup>، أما في القانون العراقي فيختلف الجزاء في عقود المعاوضات عنه في عقود التبرع، ففي عقود المعاوضات يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في هذا المجال... وللقاضي أن يعتمد إلى تعديل أي من الالتزامات المتقابلة إما بإنقاص التزامات العاقد المغبون أو بالزيادة في التزامات العاقد المغبون بحيث لا يصل التعديل إلى حد رفع الغبن الفاحش بقدر ما يقلص منه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - هائل حزام مهيبوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 371.

<sup>2</sup> - أحمد الحراكي، الغبن في القانون الفرنسي...، المرجع السابق، 2005، ص 121.

<sup>3</sup> - أحمد الحراكي، المرجع السابق، ص 122.

<sup>4</sup> - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 320.

<sup>5</sup> - هائل حزام مهيبوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 371.

<sup>6</sup> - حامد عبد الكريم، محاضرات في القانون المدني، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام)، ص

34. كتبها في 25 كانون الأول 2008.

بالنسبة للتبرعات فالجزاء هو الإبطال، بينما أخذ القانون اللبناني بنظام الإبطال دون الإنقاص<sup>1</sup>.

أما فيما يخص القانون المصري، فإنه لا ينظر إلى الاستغلال على غرار نظرة القانون الألماني<sup>2</sup>، بل يعتبره عيباً في الرضا، يرتب المشرع على العقد القابلية للإبطال، إلا أنه قد لا يرتب العيب بطلان العقد بطلاناً نسبياً<sup>3</sup>، لأنه وبالرجوع إلى مجموعة الأعمال التحضيرية نجد أنه قد يكفي القاضي بإنقاص الالتزامات المفترضة أو الفاحشة وهو لو رأى إبطال العقد ففي استطاعة العاقد الآخر أن يبقى هذا الأثر إذا عرض أن يؤدي ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن، وعلى هذا النحو يكون استغلال المتعاقد إما إنقاص<sup>4</sup> الالتزامات الفاحشة، وإما تكملة الالتزامات الناقصة أو القاصرة.

ويرى توفيق حسن فرج أن للقاضي إمكانية تقدير الجزاء المناسب حسب كل حالة، فقد يرى هذا الأخير استئصال العيب الذي يوجد في العقد، وبذلك يقوم بتعديل الالتزامات المتقابلة لكلا العاقدين هذا إذا كان التعديل يتفق حسب طبيعة الأشياء، ونية المتعاقدين أما إذا لم يكن كذلك فيرتب البطلان<sup>5</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد منح القاضي السلطة التقديرية بناء على نص المادة 90 ق م بحيث له أن يبطل العلاقة العقدية بناء على طلب المتعاقد المغبون، أو أن ينقص التزامات الطرف المستغل" جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو ينقص التزامات هذا المتعاقد".

تشير هذه الفقرة من المادة 90 ق م إلى ثلاث مسائل وهي على التوالي:

- من له الحق في إبطال العقد؟
- ما هو دور القاضي إزاء دعوى الإبطال فهل هو ملزم بالحكم بإبطال العقد؟

<sup>1</sup> - هائل حزام مهيبوب العامري، المرجع السابق، ص 371.

<sup>2</sup> - قد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشرع التمهيدي للقانون المدني المصري لم يأخذ المشروع بمذهب التقنين الألماني فيما يتعلق بالاستغلال بل تأثر بالمشروع الفرنسي الإيطالي أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، وزارة العدل، دار الكتاب العربي، القاهرة، ج2، ص 190، 191.

<sup>3</sup> - أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الحق إساءة استعمال المسؤولية التقصيرية، (د.ط)، الأزاربطة، المكتب الجامعي الحديث، 2001، ج1، ص 368.

<sup>4</sup> - مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، ص 191.

<sup>5</sup> - أعتقد من خلال هذا الجزاء أن هدف المشرع حماية الطرف الذي قد يوجد في حالة ضعف مقارنة مع المتعاقد الآخر، وهذا نتيجة لظروف اقتصادية أو شخصية.

- وهل يمكن توقي دعوى البطلان والمحافظة على ديمومة العقد المبرم؟

## 1- الإبطال حق للمغبون<sup>1</sup>.

ما يمكن تسجيله في هذا الصدد أن دعوى الإبطال هي الحل الذي هو بيد الطرف المغبون في حالة اختلال واضح في الالتزامات، وهي حق يخوله القانون له فيطلب بذلك فك الرابطة العقدية، وما ينجم عن ذلك من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامهما العقد<sup>2</sup>.

إن هذا البطلان نسبي، وقد وضع لحماية مصلحة المغبون<sup>3</sup>، مما يترك له حرية طلبه أو العدول عنه، ولا يجوز للمتعاقد المستغل أن يتمسك ببطلان العقد، ولأنه يكون بناء على طلبه، فليس للقاضي أيضا أن يحكم به من تلقاء نفسه<sup>4</sup>.  
فقد أشارت المادة 90 ق.م بكل وضوح إلى هذه المسألة:

" جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد...".

## 2- السلطة التقديرية للقاضي :

إذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد<sup>5</sup> وتأكد لدى القاضي تحقق الاستغلال فهل يلزم يلزم بإقرار البطلان وإنهاء العلاقة العقدية أم أنه يقضي بتعديل التزامات الطرفين عن طريق إصلاحه؟.

في هذه الحالة القاضي يملك سلطة تقديرية واسعة فهو إما أن يجيب المتعاقد المغبون إلى طلبه وذلك إذا وجد أن الاستغلال معيب للإرادة إلى حد أنه أفسد الرضا أي إذا كان المتعاقد لم يكن ليبرم العقد لولا هذا الاستغلال<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - علي فيلالي، الالتزامات...، المرجع السابق، ص241.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 103 من القانون المدني الجزائري. (من التطبيقات القضائية في هذا المعنى ما قرره محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 1983/11/11 بأن الحكم بالبطلان أو الإبطال يعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد مع رد المصروفات النافعة حيث جاء في الحكم...)، ( أنظر حكم محكمة النقض في جلسة 1981/11/11 المكتب الفني، السنة 32 رقم 210، ص 1128). ( أنظر: هائل حزام مهيبوب، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، هامش ص386، 387.

<sup>3</sup> - مصطفى العوجي، القانون المدني، المرجع السابق، ص432).

<sup>4</sup> - علي فيلالي، المرجع السابق، ص214.

<sup>5</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة...، المرجع السابق، ص109.

<sup>6</sup> - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص201.

إن الهدف في هذه الحالة ليس إصلاح الرضا وإلا أكتفي بالإبطال ولكن المقصود هو إصلاح ما شاب العقد من خلل<sup>1</sup>.

في هذا الصدد أعتقد أنه لو كان الهدف كما ذهبت إليه عرعارة عسالي فكيف نفسر ورود الاستغلال ضمن عيوب الرضا؟ هذا من جهة، ومن جهة ثانية كيف نفسر الاختلاف بين دعوى تكملة الثمن ودعوى الاستغلال؟ وإن كانت دعوى الاستغلال هي في الأصل دعوى إبطال غاية ما في الأمر أن المشرع وحرصاً منه على ديمومة العقد فقد أعطى المجال للقاضي للتدخل وإحداث تعديل في التزامات الأطراف استثناءً على المبدأ العام العقد شريعة المتعاقدين، ثم أنه لو كان المقصود هو إصلاح ما شاب العقد من خلل، لما كان لنظرية الاستغلال بد من أصلها، وما التقنيات الحديثة قد أخذت بها إلا للنقص الذي اعترى نظرية الغبن، فقد وجد أن الاختلال المادي وحده لا يكفي خاصة أن إرادة المتعاقدين مسؤولة عن ما تنتج من آثار قانونية بناءً على التصرفات المبرمة، خاصة وفي ظل مبدأ سلطان الإرادة، لكن وللتطور السريع في التشريعات بناءً على المستجدات الاجتماعية والاقتصادية ورغبة من المشرع إضفاء حماية على الطرف المغبون أخذ بنظرية الغبن الاستغلالي، ففرض جزاء الإبطال كمحل للحماية، وقصد أيضاً حماية العقد من الزوال ففتح الباب للقاضي لتعديل الالتزامات على النحو القانوني لاستقرار المعاملات وحماية الالتزامات العقدية من الزوال، ولعل ذلك ما يفسر صعوبة إثبات الجانب النفسي من قبل المدعي في مقابل سهولة إثبات الاختلال المادي في الالتزامات العقدية .

فباستعراض العيوب (الرضا، الإكراه، التدليس، الاستغلال، الغلط)، يتبين لنا جليا أن المشرع الجزائري قد اعتد بشخصية المتعاقد في نشوء الالتزام صحيحاً، مما يؤكد الاعتبار الشخصي في العلاقة التعاقدية، والتي قد ينجم عنها زوال العقد، في حالة ما لم يراعي هذا الاعتبار الشخصي، وهذا يعد دليلاً على الطابع الشخصي للالتزام بوجه عام في هذا الصدد.

<sup>1</sup> - فالجزء يبعد فكرة الاستغلال عن كونه عيب في الرضا ليتضح الغرض الحقيقي من المادة 90 التي نصت نظرية الاستغلال هو إصلاح الجور التعاقدية لأن العقد يعاني من عدم التقابل في الأداءات إما في مقابل أو فارق واضح يتطلب معه الإنقاص أو في مقابل ناقص يستلزم رفعه إلى الحد الذي يذهب الغبن الفاحش. ( أنظر: عسالي عرعارة، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص107، 108).

وهو الأمر الذي استلزم معه ضمنا السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الموضوع لاستتباط وعلى غرار هذه المعطيات، مدى وقوع المتعاقد في عيب من عيوب الرضا، وهي في ذلك مسألة واقع لا قانون، حيث فيها القاضي لا يخضع لرقابة النقض<sup>1</sup>. وبالرجوع إلى دور القاضي في تعديل الالتزامات العقدية من خلال السلطة التقديرية التي منحها له المشرع، فالقول أن مبادئ التقاضي تقيد بطلبات الخصوم، ومعنى ذلك أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بأكثر من طلبات الخصوم، في حين يجوز له أن يقضي بأقل منها<sup>2</sup>.

هذا ومادام القاضي يحكم بالإنقاص من التزامات الطرف المغبون عوض الإبطال، فهو قد يرجع إلى أن هذا الاختيار بين الإنقاص والإبطال هو أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، لأنه وفي ضوء الملابسات وظروف القضية قد يحكم القاضي بالإبطال إذا كان ذلك هو الحل لرفع عدم التوازن العقدي، وقد يرى بتعديل التزامات المتعاقدين<sup>3</sup>.

### 3- توقي دعوى الإبطال.

تنص الفقرة الثالثة من المادة 90 ق. م: "ويجوز في عقود المعارضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن". طبقا لحكم المادة أنه إذا طلب المغبون إبطال العقد للاستغلال فإن الطرف الآخر يستطيع تفادي البطلان إذا عرض ما يراه القاضي مناسبا لرفع الغبن، كعرض المشتري المستغل زيادة في الثمن ترفع الغبن عن البائع، وللقاضي سلطة تقديرية في تحديد مقدار الزيادة التي يراها كافية لرفع الغبن<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - عبد الحميد عزوز، مدى تأثير المشرع الجزائري بالمذهبيين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات، المرجع السابق، ص 36.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 358 فقرة 16 من الأمر رقم 60-145 المؤرخ في 08 يوليو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-09 الموافق 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنظر كذلك: عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، ط1، الجزائر، منشورات بغدادية، 2009، ص 270. ولمزيد من التفصيل حول دور القاضي الإيجابي بشأن طلبات الخصوم أنظر كذلك: عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 68.

<sup>3</sup> - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 214.

<sup>4</sup> - محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 181، أنظر كذلك: علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 215، كذلك: علي بلحاج، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق، ج 1، ص 132. كذلك: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني...، المرجع السابق، ج 1، ص 208.

والملاحظ أن في هذه الحالة القاضي لا يمكنه إبطال العقد، أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، طالما أن الطرف المستغل عرض الزيادة في الالتزام بحيث يرفع الغبن على المتعاقد المغبون، فسلطة القاضي هنا تنقص تارة، وتتوسع تارة ذلك إذا تعلق الأمر بتحديد مقدار الزيادة في الالتزامات العقدية، وما يضيفه عمله من تعديل في مضمون العقد المدني بعد تجاوز أطراف العلاقة العقدية في تعديلها الالتزامات، كما يخدم مصلحة الطرفين إلا أن الملاحظ أيضا على حكم المادة قولها "لرفع الغبن"، وهذا الحكم الغرض منه رفع التفاوت الفاحش، وليس تقرير التعادل الحسابي.

فإذا تقدم المدعي عليه بعرض مفيد للمغبون، فإن مبدأ إلزامية العقد ووجوب المحافظة عليه هو الذي يسود طالما أنه لا يلحق الضرر بأحد طرفيه أو بكليهما، فيجعل القاضي يحبذ قبول العرض بدلا من دعوى الإبطال طالما أن هذا العرض يعيد التوازن إلى العقد، حتى إذا ما رفض العرض كنا أمام التعسف في استعمال حق الأداء، المرفوض قانونيا وقضاء، فالأمر متروك لحكمة القاضي وعدالته انطلاقا من ظروف كل قضية وموضوعها، ولكن لا يحق للقاضي إحلال إرادته محل إرادة المتعادين وفرض حل عليه لا يرضى به<sup>1</sup>.

**ثانيا: دعوى الإنقاص وسلطة القاضي في تعديل الالتزامات العقدية.**

سبق لنا القول بأن للاستغلال العائب للرضا جزاءان.

أما الأول فهو: أن يطلب المتعاقد إبطال العقد.

أما الجزاء الثاني فهو: إنقاص العقد بناء على طلب المتعاقد المغبون أيضا وهو الحكم الذي تضمنته المادة 90 ق م.

فعلى المتعاقد أن يختار ما يراه محققا لمصلحته، إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد عن دور القاضي في تعديل الالتزامات لأطراف العلاقة العقدية من خلال دعوى الإنقاص؟.

وما هي الفائدة من الإنقاص بالنسبة للمتعاقدين وللغير والمصلحة العامة؟.

تأسيسا على ما سبق فإنه إذا اختار المتعاقد المغبون إبطال العقد فالقاضي في هذه الحالة ليس مجبرا على أن يقضي بهذا الإبطال حتى ولو ثبت له توافر جميع أركان الاستغلال، فله أن يكتفي بتوقيع الجزاء الآخر وهو الإنقاص هذا إن قدر أن ذلك كاف

<sup>1</sup> - مصطفى العوجي، القانون المدني، المرجع السابق، ص 433.

لرفع آثار الاستغلال وهي سلطة غير متاحة لمن شابت إرادته إحدى العيوب الأخرى حيث يعطي الحق سوى لإبطال العقد<sup>1</sup>.

إن دعوى الإنقاص تضمن استقرار المعاملات، ولكنها لا تحقق توازنا كلياً بين التزامات المتعاقدين، كونها تقلل من جسامه الغبن فقط<sup>2</sup>.

فدعوى الإنقاص على هذا تتمثل في طلب الضحية الذي وقع في الاستغلال رفع الغبن عنه إلى الحد الذي يعيد التوازن لأطراف العلاقة العقدية دون التعادل في الالتزامات وهو ما سنوضحه.

فالمادة 2/90 ق م تنص على أنه: "... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص في التزامات هذا المتعاقد<sup>3</sup>.

الملاحظ أن هذا الحل يتفق مع مصلحة الطرف المغبون، الذي وقع ضحية استغلال لأن إبطال العقد لا يخدمه، وإلا لما كان ليبرم العقد لولا وجود غاية من التزامه العقدي. غير أن ما تجدر الإشارة إليه دون المرور عليه هو ميعاد رفع الدعوى، بحيث وإن كان للمشرع ما يبرره بشأن قصرها كالحفاظ على استقرار المعاملات بالدرجة الأولى، إلا أن هذا المبرر غير منطقي وهو ما ذهب إليه عرعارة عسالي، وأيدها في ذلك، كون أن المشرع أوجب رفع دعوى الاستغلال سواء بطلب الإبطال أو الإنقاص خلال سنة وإلا كانت غير مقبولة عكس عيوب الإرادة الأخرى، حيث تنقضي فيها بأقل المدتين: ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط<sup>4</sup>، أو للتدليس<sup>5</sup>، أو انقطاع الإكراه<sup>6</sup>، وعشرة سنوات من وقت انعقاد العقد.

وهذا الاختلاف هو ما جعل اتجاه من الفقه يرى استبعاد الاستغلال من عيوب الرضا ما دام أن الجزاء يختلف فيها عن باقي العيوب الأخرى إضافة أن هذه المدة لا تفي بمقصود المشرع الذي يحرص على حماية الالتزام العقدي، والطرف المغبون.

<sup>1</sup> - هائل حزام مهيوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 395.

<sup>2</sup> - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 216.

<sup>3</sup> - وهو موافق لنص المادة 129 مدني مصري: "... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد...".

<sup>4</sup> - أنظر المادة 81-82-83-84-85 من القانون المدني الجزائري.

<sup>5</sup> - أنظر المادة 86-87 من القانون المدني الجزائري.

<sup>6</sup> - أنظر المادة 88-89 من القانون المدني الجزائري.

وما هو ملفت للانتباه هو بدأ ميعاد الدعوى من يوم إبرام العقد، مع أن حالة الطيش البين، أو الهوى الجامح، قد تستمر مع المتعاقد إلى زوال مدة السنة من يوم إبرامه العقد الأمر الذي يحول دون رفعه الدعوى خلال هذه المدة القصيرة، وهو ما يفوت عليه الفرصة وحماية مصلحته، وهو ما يتعارض مع الهدف من سن نظرية الاستغلال.

ويراعى أخيراً أنه يجب على الطرف المغبون أن يرفع دعوى الإنقاص خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة.<sup>1</sup>

هذا ما يخص ميعاد رفع الدعوى الذي نستقرئ من خلاله تمييز دعوى الاستغلال عن باقي عيوب الرضا من حيث المدة التي قررها، فهذه المدة بخلاف مدة التقادم السابقة هي ميعاد سقوط لا تقبل الوقف أو الانقطاع.<sup>2</sup>

كما أن نظرية الإنقاص تهدف إلى تقييد بطلان العقد المعيب في جزء منه، بدلا أن يشمل كل العقد وهذا لاستقرار المعاملات، فعلى سبيل المثال في عقد البيع الذي يرد على أشياء عديدة، وحدث أن هلك أحدها قبل إبرام العقد، ففي هذه الحالة يقتصر بقاء العقد على الأشياء الأخرى دون الشق المعيب، وفي هذا الصدد قضت المحاكم المصرية بتنزيل الفوائد الربوية إلى الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية، وإن لم ينص القانون صراحة على ذلك<sup>3</sup>، فالقاضي يملك تعديل العقد استنادا إلى قواعد العدالة، بدلا من البطلان الكلي وفي هذا نجد تحليلا دقيقا لدى الدكتور "سمير تناغو" في رسالته الالتزام القضائي الذي ينشئه القاضي عند تدخله لتعديل مضمون العقد إعمالا أو استنادا إلى سلطته التقديرية، حيث يرى هذا الأخير أن الحكم الصادر من القاضي بالإنقاص يحدث تعديلا قضائيا على العقد فيحصل أن تتبدل الالتزامات العقدية المغالى فيها بالتزامات جديدة، وأوافق "سمير تناغو" بهذا الصدد لأن هذا التحليل ينسجم مع ما يجب أن يكون للعقد من دور اجتماعي وأخلاقي، والعقد على هذا وسيلة لتحقيق العدالة.<sup>4</sup>

ومن التطبيقات فكرة التعديل القضائي للالتزام، تعديل القاضي للالتزام القابل للإبطال بسبب الاستغلال وكذا الغبن.

<sup>1</sup> - تنص المادة 90 فقرة 2 على أنه: " ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة ".

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 247.

<sup>3</sup> - هائل حزام مهيوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، المرجع السابق، ص 398.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 398.

من هنا يتجلى لنا دور القاضي في تعديل الالتزامات العقدية من خلال دعوى الإنقاص التي تعد كحل يتفق مع المصالح التي يراد حمايتها عكس إبطال العقد الذي يحرم المتعاقد من المنفعة التي كان سيحصل عليها من وراء إبرامه العقد...، أما بالنسبة للطرف المستغل فلن يكون هناك ما يدعو إلى الشكوى طالما أنه أفاد من العقد بفائدة غير مألوفة في نطاق المعاملات خاصة التجارية، وفي حالة الإنقاص يتعين إنقاص الالتزامات المفرطة لإزالة ما يوجد من غبن<sup>1</sup>.

إذا كان ذلك حال المغبون والمستغل فما هو حال الغير من الإنقاص؟.

أما عن المصلحة المتعلقة بالغير، فالواقع أن ما يقال عن الغير يقال عن المصلحة العامة بصفة عامة، ففي الإبطال تضطرب المعاملات والمصالح ويقضى على التصرفات القانونية التي تكون على صلة بأخرى وتخدمها وهو ما يؤيد قيام العدل مع الإنقاص عنه في الإبطال<sup>2</sup>.

أما عن دور القاضي في الإنقاص وضوابطه لخلق التوازن بين الالتزامات المتقابلة لأطراف العقد وتحقيق الغرض من إبرام العقد.

ففي هذه الحالة إذا اختار المغبون دعوى الإبطال، فإن القاضي بدلا من إجابة المغبون يكتفى بإنقاص التزاماته، فهنا ينقص القاضي في الالتزامات بالقدر الذي يزول معه الغبن الفاحش حسب ظروف كل حالة<sup>3</sup>، وما يقضي به العدل والتعامل المسموح به<sup>4</sup>.  
فمثلا في حالة استغلال الهوى الجامح الذي تستغل فيه امرأة زوجها نحوها، فتجعله يهبها عشرة أقدنة، أو أن يهبها منزلا، فعلى القاضي في هذه الحالة وبناءا على طلب المغبون، أن يمارس صلاحيته بأن ينقص من المبيع بالقدر الذي يكفي في نظره لرفع الغبن الفاحش عنه، فيحكم بإنقاص الشيء الموهوب مثلا إلى خمسة أقدنة بدلا من عشرة أو إلى نصف المنزل من كله.

<sup>1</sup> - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 339، 340.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 341.

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة...، المرجع السابق، ص 110، كذلك مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، (د، ط)، (د، ن)، 2000، ص 120.

<sup>4</sup> - عرارة عسالي، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 111.

وهنا يرى بعض الشراح<sup>1</sup> أنه لا يجوز للقاضي وقت نظره في إنقاص التزامات البائع الباهظة أن يعدل عنها إلى الزيادة في التزامات المشتري لأن القانون لا يجيز له ذلك<sup>2</sup>.

فالبرغم من ما للقاضي من سلطة تعديل الالتزامات المتقابلة إلى الحد المعقول، فإن المشرع وبصراحة ووضوح نص المادة 90 أجاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد فقط. بمفهوم المخالفة أنه لا يسمح له أن يرفع أو يزيد من التزامات المتعاقد المستفيد، وهنا تباينت الآراء:

فهناك رأي يذهب بأنه لا يجوز منح القاضي زيادة التزامات الطرف الآخر بدلا من الإنقاص لأن المشرع اكتفى بالإبطال، أو الإنقاص دون الزيادة من قبل المستفيد<sup>3</sup>. بينما يذهب آخرون<sup>4</sup> إلى القول بأنه ليس هناك ما يمنع القاضي أن يحكم بزيادة التزامات المتعاقد الآخر بناء على طلبه، ففي عقد البيع مثلا بإمكان المشتري أن يطالب بتخفيض الثمن إلى الحد الذي يرفع معه الغبن الفاحش وفي الحالة الأخرى قد يكون البائع هو المستغل فيطلب برفع الثمن إلى الحد المعقول كما يمكن للمغبون في حالة أخرى ما إذا باع كمية معينة من سلعة ما بثمن بخس أن يطالب بإنقاص الكمية التي يلتزم بها بمقتضى العقد إذا عرض المشتري زيادة الثمن لتوقي الإنقاص. وعلى هذا فليس هناك ما يمنع القاضي من زيادة التزامات المتعاقد الآخر، وهذه الصلاحية لا تتنافى مع غاية المشرع على حماية العقد من الزوال ومراعاة استقرار المعاملات<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 107.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م 1، ص 406.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 90 من القانون المدني الجزائري، كذلك أنظر المادة 129 من القانون المصري، في هذا الصدد نجد أن المشرع الكويتي تميز عن نظيره الجزائري والمصري، بحيث أعطى للقاضي سلطة تعديل الالتزامات العقدية بزيادة التزامات الطرف المستفيد، وهذا بنص المادة 159 كويتي: "... كان للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقا للعدالة ومراعاة لظروف الحال أن ينقص من التزاماته أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر، أو أن يبطل العقد".

( أنظر في هذا الصدد: عرعارة عسالي، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 112).

<sup>4</sup> - أنظر نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 251.

<sup>5</sup> - هائل حزام مهيوب العامري، النظرية العامة للاستغلال...، المرجع السابق، ص 402، 403.

بين الرأي الذي لا يجيز لأن زيادة الثمن قد تجعل المستفيد من الغبن يصرف النظر عن العقد، لأنه لا يريد، ولأن النص القانوني لا يورد صلاحية القاضي في زيادة التزامات أحد المتعاقدين، وبين الرأي المعارض الذي يجيز تعديل العقد بزيادة التزامات أحد المتعاقدين وذلك وفق مبررات وحجج أصحابه أو القائلين به.

إلا أنني أعتقد أن المشرع قد منح القاضي صلاحية أوسع في مجال دعوى الإبطال، ودعوى الإنقاص ثم ضيق في صلاحياته بشأن زيادة التزامات الطرف المستغل، وقصر الأمر على طلب هذا الأخير في حال توقي دعوى الإبطال، أو الإنقاص، في حين نجده هو من يقرر مدى ما يقدمه الطرف المستفيد كقيمة لتوقي آثار الإبطال أو الإنقاص وبالتالي فما هو المانع إذن من تدخل القاضي لتعديل الالتزامات بالزيادة؟

يرجع البعض من الشراح<sup>1</sup> السبب إلى كون أن الزيادة هذه قاصرة على المستغل دون القاضي، فالأمر متروك لمحض حريته، فلا أحد يرغم أحدا على القيام بما لا يريد. في الأخير أقول أنه ومادام المشرع خول للقاضي استثناء صلاحية التدخل في إعادة التوازن للعقد عن طريق نظرية الاستغلال إلا أن هذه الصلاحية وإن كان الهدف منها بالدرجة الأولى حماية مصلحة الطرف المغبون بصفة خاصة والمتعاقدين والغير والمصلحة العامة بصفة عامة هذا من جهة .

فإنه ومن جهة أخرى نجد أن سلطة القاضي في تعديل الالتزامات العقدية ينتج عنها من الناحية الفنية كما أشار الدكتور " سمير تناغو"<sup>2</sup> تجديد الالتزامات الناشئة، بمعنى أن القاضي قد أجاز العقد المعرض للإبطال، ثم قام بإحداث تعديل مس التزامات طرفي العقد وما اتفقا عليه فنكون بالتالي أمام التزامات جديدة قد يصطح عليها بالالتزامات القضائية وليست العقدية طالما كان مصدرها حكم القاضي وبالتالي أيضا نكون أمام التعديل القضائي للعقد المدني.

<sup>1</sup> - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال...، المرجع السابق، ص 343.

<sup>2</sup> - أنظر في هذا الصدد: هائل حزام مهيب العامري، النظرية العامة للاستغلال...، المرجع السابق، ص 405.

## خلاصة المبحث الأول:

لما كان العقد في ظل المفهوم التقليدي لسلطان الإرادة لا يولد التزامات عادلة في أغلب الفروض، فقد أدى هذا الواقع إلى تعدد مظاهر الظلم بين المتعاقدين من الناحية العملية، وعلى إثر ذلك شاعت حالات الاستغلال بين الأفراد في تعاملاتهم.

الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى البحث عن نظام بديل يسمح بإقامة التوازن العقدي حين تسبب الظروف الاقتصادية والاجتماعية إلى فقدان هذا التوازن .

لذا نجد أن المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري قد أقر نظام الاستغلال كوسيلة قانونية لحماية الرابطة العقدية من آثار كل غبن واستغلال، وبذلك فتح الطريق أمام القاضي للتدخل وتعديل العقد المبرم من قبل المتعاقدين.

والاستغلال كقاعدة عامة تعيب الإرادة في كل العقود، وبالنسبة لكل الأشخاص، بالإضافة إلى ذلك وجدنا أن المشرع الجزائري قد أورد نصوص متعلقة بالغبن المادي كما هو الشأن بالنسبة للمادة 358 ق م ج المتعلقة بالبيع العقاري، والمادة 732 المتعلقة بالقسمة الاتفاقية، والمادة 414 المتعلقة بالمقايضة بشروط معينة.

وبذلك توصلنا أن الغبن نظرية مستقلة بحد ذاتها عن نظرية الاستغلال كونها تقوم على الجانب المادي دون الشخصي، فالغبن عيب في العقد، وليس الرضا، فلا يمكن تصوره إلا في عقود المعاوضات المحددة البديل لإمكانية المقارنة بين الآداءات، في حين أن نظام الاستغلال يعمل على حماية الطرف الضعيف الذي غبن في العقد ، هذا ووجدنا أن نظرية الغبن تختلف عن نظرية الاستغلال في كون أن الأخيرة متعلقة بموضوع الدراسة، فالقاضي ينحصر دوره في نظرية الغبن في أن يحكم بمبلغ يعادل الفرق بين قيمة المبيع والتمن، فليس للقاضي أن ينقص من القدر المبيع لكي يعيد التعادل بين قيمة المبيع والتمن كما هو الشأن بالنسبة لنظرية الغبن، فالمادة القانونية واضحة وصريحة.

في حين أن القاضي في نظرية الاستغلال لا يحكم بالإبطال مكتفيا بإنقاص التزامات المتعاقد الذي وقع عليه الاستغلال، وللطرف الآخر جوازا أن يتقي الإبطال في حالة ما إذا تدخل القاضي وأحدث تعديلا في الالتزامات بعرض ما يراه كافيا لرفع الغبن، وليس للقاضي أن يقضي بزيادة التزامات المستفيد، بل المستغل نفسه هو الذي يعرض ما يراه القاضي كافيا للتعادل.

إن فنظام الاستغلال يعطي للقاضي المجال الأوسع، في تقدير العناصر المكونة للاستغلال، واختيار الجزاء الذي يناسب ظروف كل قضية، ولا يوجد أي قيد على سلطة القاضي التقديرية ما دام استخلاصه للوقائع المعروضة عليه كان سائغا، وطالما أن الواقع العملي يقر أن القضاة يحرصون على القيام بواجباتهم بما لا يتعارض مع مقتضيات العدالة.

غير أن ما تم إلقاء الضوء عليه من خلال هذا المبحث هو التضييق والحصص الذي سار عليه المشرع الجزائري من حيث الحالات التي لا تتماشى مع الحاجات العملية، والاقتصادية، والاجتماعية التي تدعو إلى التوسعة من نطاق الاستغلال، حتى لا يلجأ القاضي إلى تفسير النصوص، أو التحايل عليها أو تحميل نظرية الاستغلال ما لا تطيقه.

وعلى هذا فالقول بتوسعة حالات الغبن التي على أساسها يتدخل القاضي لتعديل العقد المدني لا تعني بالضرورة انتهاك مبدأ سلطان الإرادة بفتح المجال واسعا أمام القاضي لتعديل الالتزامات العقدية مادام هذا الإجراء في مصلحة المتعاقدين أنفسهم لحمايتهم من ما قد يؤول لهم وضعهم الاجتماعي والاقتصادي في الوقت الذي شاعت فيه المؤسسات الاحتكارية التي تستأثر بالقوة والهيمنة والنفوذ الاقتصادي.

على هذا فنظرية الاستغلال تعتبر كمجال يتيح للقاضي التدخل وتعديل العقد بما يذهب التفاوت الفاحش في الالتزامات والذي يكون مرده إلى ظروف نفسية أحاطت بالمتعاقدين، ودفعته إلى القبول بعقد لا يحقق مصالحه، لأن الشخص العادي لا يقبل عن بصيرة واختيار الغبن خاصة إذا كان فاحشا .

**المبحث الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تكوينه للشروط التعسفية في عقود الإذعان.**

لقد ظهرت فكرة عقود الإذعان، وكل ما تعلق بها من قوانين كظاهرة جديدة اقتضتها المدنية الحديثة، استثناء على النموذج التقليدي في التعاقد الذي يتم بالتفاوض والمساومة.

ويرجع أساس هذه الفكرة إلى حتمية الحد المطلق بالعمل بمبدأ "سلطان الإرادة العقدية" في ظل الوضع الاقتصادي القائم على هيمنة قوى تحتكر القوة والمال والخدمات، وتفرض شروط تعسفية على الأطراف العقدية، الأمر الذي ترتب عليه الظلم والجور والتعسف، فكان لازماً الخروج على عموم قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" باستثناء في مثل هذه الظروف والأحوال وإعطاء القاضي إمكانية تعديل، أو إلغاء بعض الشروط التعسفية التي تراضى عليها العاقدان، وذلك لمصلحة الطرف الضعيف، وفقاً لما تقضي به العدالة، وتفسير القاضي للعبارات الغامضة في العقد لمصلحة الطرف المذعن في عقد الإذعان.

#### **المطلب الأول: تعريف و شروط عقد الإذعان.**

من خلال هذا المطلب الذي سأطرق فيه إلى تعريف عقد الإذعان ببيان خصائصه، ثم بعد ذلك تحديد طبيعته القانونية بإبراز الاتجاهات التي تناولت هذه الجزئية، وهذا خلال الفرع الأول، لأتطرق في الفرع الثاني إلى الشروط القانونية لعقد الإذعان.

#### **الفرع الأول: تعريف وخصائص وطبيعة عقد الإذعان.**

أقر المبدأ القانوني العقد شريعة المتعاقدين الذي لا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، بمعنى لا يجوز لأحد المتعاقدين، أو للقضاء نقض أو تعديل شيء من شروطه، أو آثاره إلا باتفاقهما.

إلا أنه استثنى حالتين:

إحدهما : الظروف الطارئة وسنتاولها في حينها

والثانية: عقود الإذعان وقد تعرض لها المشرع في ثلاث مواد قانونية وهي:

المادة 70: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل المناقشة فيها".

المادة 110: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

المادة 2/112: " غير أنه لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

من خلال هاته النصوص المذكورة، سنتعرض إلى تعديل القاضي لالتزامات الأطراف العقدية في عقود الإذعان، لكن قبل ذلك نوضح ما المقصود بعقد الإذعان، وما هي خصائصه، وما هي طبيعته القانونية؟  
أولاً: تعريف عقد الإذعان.

1- تعريف عقد الإذعان لغة: بمعنى: الانقياد والإقرار والذلة والإسراع في الطاعة نقول: أذعن له إذا سلس وانقاد، وهو مذعن، وأذعن فلان بحقي: أقر به<sup>1</sup>، قال تعالى:

2- " وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين"<sup>2</sup>.

نلاحظ أن هذه المعاني السابقة متوفرة في عقد الإذعان إذ المذعن في موقف ضعيف وسنرى أن المعنى الاصطلاحي لهذه الكلمة لا يخرج عن معناها اللغوي، وهي في هذا المعنى بعيدة عن معنى المساومة.

2- تعريف عقد الإذعان اصطلاحاً:

بالنسبة للتعريف القانوني نجد أن المشرع الجزائري لم يكتفي بتحديد معنى العقد بمفهومه الكلاسيكي الوارد في المادة 54 ق م كما سبق عرضه في الفصل الأول، بل ذهب إلى تبني مفهوم حديث للعقد، حيث عرفه في المادة 02/04 إلى أن: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق، مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد بن محمد على المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، جامعة الأزهر، ط2، دار المعارف، 1994، ص210. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج13، ص92. كذلك: بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، 1989، مطابع تيبو برش، ص420.

<sup>2</sup> - سورة النور، الآية 49.

3 - قانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 غشت 2010 يعدل ويتم القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج رج ج، العدد 46، المؤرخ في 18 غشت 2010.

من التعريف يمكن القول أن المشرع الجزائري اهتدى أخيرا إلى إعطاء تعريف لعقد الإذعان، بعدما اكتفى في القانون المدني ببيان بعض الأحكام المتعلقة بتكوينه وتفسيره<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للتعريف الفقهي نجد أن شراح القانون قد تكفلوا بتحديد معناه ووضعوا تعريفات عديدة له نذكر المنتقى منها:

يعرفه عبد المنعم فرج الصده بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقـررة يضعها الموجب<sup>2</sup> ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"<sup>3</sup>.

ولقد لخص السنهوري التعريف الاصطلاحي لعقد الإذعان في الفقه الغربي الحديث الذي انبثقت عنه المواد القانونية فقال " عقد الإذعان لا يكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية:

#### ثانيا: خصائص عقد الإذعان.

- 1- تعلق العقد بسلع، أو مرافق تعتبر من الضروريات للمستهلكين، أو المنتفعين.
- 2- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا، أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.
- 3- صدور الإيجاب إلى الناس كافة، بشروط واحدة، وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة.

ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة، تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية، وأخرى تشدد من مسؤولية الطرف الآخر، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يعم فهمها على أوساط الناس<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود...، المرجع السابق، ص80.

<sup>2</sup> - الواقع أن الموجب هنا هو متعاقد محترف ومتخصص يتمتع بخبرة نتيجة قيامه في السوق بعمليات متكررة ومتشابهة، مما يمكنه من وضع الشروط التي تتفق مع مصلحته، واقتصاديات المنافسة في السوق، ولا يكون بوسع المستهلك سوى قبول الشروط دون التفاوض فيها أو مناقشتها، أنظر: محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص74.

<sup>3</sup> - عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص120.

<sup>4</sup> - السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م1، ص245.

ما يمكن إضافته أن مصطلح عقود الإذعان يقابله في اللغة الفرنسية مصطلح *contrats d'adhésion*، وهو جاء بمعنى الانضمام<sup>1</sup>.

الذي هو في معناه أضيق من الإذعان، ويكون الإذعان أوسع منه معنى وأخص بالتعبير في دلالاته على النفور أو عدم القبول.

ولهذا أعتقد أنه من الجيد أن يلتزم المشرع الجزائري بلفظ الانضمام لأنه المترجم لمعنى اللفظ الفرنسي هذا من جهة.

من ناحية أخرى نجد أن التعريفين السابقين لا يخرجان عن فكرة القبول بشروط يتقدم بها الموجب وهي لا تقبل المناقشة كما هو الشأن في عقود المساومة<sup>2</sup>.

فلا يكون أمام المتعاقد الآخر إلا القبول بجملة هذه الشروط لحاجته التي يتحصل عليها مقابل إبرامه العقد كالعقد النموذجي<sup>3</sup>.

إذن فعقد الإذعان هو صورة انعدام سلطة مناقشة المضمون العقدي من طرف المذعن وذلك بسبب مجرد تفوق اقتصادي نتيجة احتكار قانوني أو فعلي<sup>4</sup>.

ويتميز عقد الإذعان على هذا بجملة من الخصائص أولها تعلق العقد بالسلع والخدمات الأولية بالنسبة لجمهور الناس، الذي تترتب عنه مباشرة الخاصية الثانية وهي أن يكون الطرف الأقوى محتكرا للسلعة أو الخدمة احتكارا قانونيا، أو فعليا أو أن تكون المنافسة بينه وبين غيره لتقديم تلك الخدمة أو السلعة محدودة وضيقة النطاق،

<sup>1</sup> - جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، المرجع السابق، ص1106.

وفي هذا الصدد يعبر جاك غستان عن الإذعان بالانضمام بحيث يقول: ويتقلص اختيار الانضمام إلى إبرام العقد الذي يفلت مضمونه عن إرادته أو عدم إبرامه، أنظر: جاك غستان، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، ص96.

<sup>2</sup> - يعرف باتريك عقد المساومة على أنه:

« Le contrat de gré a gré (ou contrat négocié) est le contrat dans lequel les clauses sont l'objet d'une discussion entre les contractants : par exemple, le contrat de vente ». Patrik canin, op.cit, page33.

<sup>3</sup> - العقد النموذجي *contrat tupe*، نوع من عقود الإذعان تحصره سلفا المؤسسات الكبرى (مصارف، شركات تأمين.. الخ) في شكل نموذج يتضمن الشروط العامة لعقد لا يستمد على الأقل نظريا قوته الإلزامية إلا من استعادته في عقود فردية. أنظر: جيرار كورنو، المرجع السابق، ص1909.

إن تعدد عقود الإذعان ما هو إلا نتيجة للتطور الاقتصادي الحاصل، الذي نتج عنه تركيز سلطة القرار في الإنتاج والتوزيع وحصر الشروط وفرضها على جانب المستهلك دون إمكانية تعديل مضمونه.

<sup>4</sup> - فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1997-1998، ص 8.

وأخيرا أن يكون هذا العرض موجها إلى فريق معين بصفات معينة، ويكون منشورا، وهذا العرض لا يقبل المناقشة<sup>1</sup>.

هذا وقد أثار عقد الإذعان الكثير من الجدل فيما يخص طبيعته، لهذا سأتطرق إلى تحديد طبيعته القانونية، بناء على ما انقسم إليه الفقه.

### ثالثا: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.

هناك من الفقه من يرى أن عقد الإذعان هو عقد، ومنهم من لا يراه سوى نظاما.

### 1- عقد الإذعان ما هو إلا نظام: "institution"

إن هذا الرأي ينكر وصف العقد على الإذعان، ويرى فيه مجرد نظام قانوني، وما هو سوى مجرد لائحة تحكيم<sup>2</sup>.

أما أصحاب هذا الرأي وعلى رأسهم الأستاذ سالي، وتابعه في ذلك فقهاء القانون العام مثل ديجيه "Duguit"، وهوريو "Hauriou"<sup>3</sup> فينكران على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية، فالعقد توافق بين إرادتين عن حرية واختيار<sup>4</sup> وهو ما لا يتوافق ويغيب في هذه العقود.

فهو عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب، فتكون بمثابة قانون أو لائحة من أجل الضرورات الاجتماعية التي تبرر أحيانا منح أشخاص القانون الخاص سلطة التنظيم فأضحى عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم<sup>5</sup>. ومن هنا يجب تفسير الإذعان، كما يفسر القانون أو اللائحة وأن يطبق وفقا لذلك، مع مراعاة مقتضيات العدالة، وحسن النية، وتماشيا مع الأوضاع الاقتصادية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 42، 43.

<sup>2</sup> - فطيمة عاشور، تفسير العقد، المرجع السابق، ص 70.

<sup>3</sup> - يقول هوريو "Hauriou" في هذا الصدد أن "عقد الإذعان عنده، ليس سوى مركز قانوني يتميز باستقلال مقدم السلعة أو الخدمة في وضع أحكامها دون المشتري، ويقول إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان وخضوع، فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون نظاما أخذت شركات الاحتكار الناس بإتباعه ولذا يجب أن يفسر كما يفسر القانون ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية"، أنظر: السنهوري، الوسيط...، م 1، المرجع السابق، ص 247.

<sup>4</sup> - السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط...، م 1، المرجع السابق، ص 247.

<sup>5</sup> - محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، ص 43.

<sup>6</sup> - محمد بودالي، الشروط التعسفية...، المرجع السابق، ص 15.

وقد دافع أصحاب هذا الرأي بحجج أهمها:

- أن "عقود الإذعان" تقوم على عناصر ثلاث تخرجها من النطاق العقدي:

• عنصر العمومية: فهذا العنصر معناه أن يكون الإيجاب موجه إلى الجمهور بوجه عام، وليس إلى شخص معين، ويكون لهذا العنصر صفة الاستمرار، حيث تم من أجل أن يظل قائما خلال مدة معينة كالإيجاب بعقد التأمين بمقتضى عقد نموذجي<sup>1</sup>.

• عنصر الإكراه: وهو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية، ويضاف إلى ذلك في أن عقد الإذعان لا يمكن للمدعن تعديله إذا رغب فيه الطرف المدعن.

وتخلف إمكانية التعديل هذه تخرج عقد الإذعان من المجال العقدي<sup>2</sup>.

• عنصر الإذعان: فعلى الرغم من ضرورة التعبير عن إرادة الطرف المدعن، فإن هذه الإرادة في حقيقة الأمر لها دور ثانوي فقط، فالحالة القانونية التي نشأت من قبل بإرادة المشتراط، وهي سابقة على الإعلان الصادر من المدعن<sup>3</sup>.

## 2- عقد الإذعان عقد حقيقي<sup>4</sup>.

يرى أنصار هذا المذهب - وهم غالبية فقهاء القانون المدني - أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد، ولو لم يكن طرفاه متساويين اقتصاديا، هذا ومهما يبلغ الضغط الذي يفرضه الطرف الأقوى في العلاقة العقدية، فإنه لا يبلغ حد الإكراه الذي يتسبب في انعدام الرضا، أو إفساده<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، (دراسة مقارنة)، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007، ص60.

<sup>2</sup> - السنهوري محمد عبد الرزاق، الوسيط... م1، المرجع السابق، فقرة 116، ص 245.

<sup>3</sup> - حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 62.

- أعتقد أن إعلان الإرادة من قبل الطرف الداعن أمر وارد ومنطقي فالطرف الضعيف اقتصاديا عادة يفتقر إلى القدرة على المبادرة.

<sup>4</sup> - حامد عبد الكريم، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، (مصادر الالتزام)، محاضرات في القانون المدني، ج1، 2008، ص21.

[http:// farisalajrish.maktoobblog.com](http://farisalajrish.maktoobblog.com)

<sup>5</sup> - محمد بودالي، الشروط التعسفية...، المرجع السابق، ص15.

بالإضافة إلى ذلك نجد أن القانون لا يشترط في تكوين العقد أن يكون مسبقا بمساومة أو تفاوض ومناقشة.

فالعقود التي تحصل يوميا بين المواطنين لا تفترض ذلك بل يعود لكل متعاقد أن يحدد شروطه وفقا لشروط وسعر محدد منه، في مقابل ذلك قد لا يشتري المشتري إلا بالشروط التي يريدتها أو يضعها فإذا ما اتفقا فيما بينهما أبرم العقد، بالرغم من الشروط الموضوعية من أحدهما أو كليهما التي تتطلب إما الإذعان لها وإما عدم التعاقد. وهذا الاتجاه الثاني الذي يذهب إلى اعتبار عقد الإذعان كأبي عقد عادي انقسم بدوره إلى اتجاهين:

اتجاه يذهب للقول إلى أنه وبما أن عقد الإذعان عقد عادي، فالنتيجة الحتمية له أنه يخضع إلى القواعد التي تنظم سائر العقود الأخرى.

واتجاه آخر يرى أن عقود الإذعان يجب أن تخص بمعاملة خاصة<sup>1</sup>.

في هذا المعنى الأخير وبالرجوع إلى نص المادة 112: " يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

أميل مع الرأي الأخير لأنه وبالعودة إلى تعريف عقد الإذعان، نجد أنه لا يمكن معاملته بنفس معاملة العقود الأخرى العادية، ولعل المادة 112 توضح ذلك في كون أن عقود الإذعان تتميز عن هذه الأخيرة بخروجها عن القاعدة العامة في التفسير، بمعنى أن القاضي وخلال قيامه بعملية التفسير لحماية الطرف الضعيف في العقد يبحث عن النية المشتركة لكلا المتعاقدين<sup>2</sup>، وهو من أجل ذلك يلجأ إلى عوامل داخلية في العقد، وأخرى خارجية عن هذا العقد<sup>3</sup>.

إلا أنه وفي عقد الإذعان نجد أن القاضي بناء على مقتضى النص القانوني يسعى إلى تفسير العقد بإعمال قاعدة يفسر الشك لصالح المذعن<sup>4</sup>، والمذعن هنا قد يكون مدينا أو

<sup>1</sup> - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد...، المرجع السابق، ص 691.

<sup>2</sup> - راجع المادة 111 القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - أنظر في هذا المعنى: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 295.

<sup>4</sup> - أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/10/08، ملف رقم 73 06 16، م ق، ع 2، 1998، ص 58.

دائنا كونه الطرف الضعيف في عقد الإذعان، بحيث إذا كان تفسير ضارا بمصلحة المذعن تعين نقض حكمه في حالة الشك بما يضر به.

ولما كانت انطلاقتنا في تحديد طبيعة "عقد الإذعان" القانونية المنصبة على عقديته، أو عدم عقديته فإنني أوافق الرأي الثاني القائل بعقيدته على أساس موقف المشرع الجزائري الذي لم ينازع في الطبيعة العقدية لعملية الإذعان وحسم الأمر من خلال نص المادة 70 ق م : " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل المناقشة فيها"، وهو بهذا يضع حدا للاختلاف القائم فعقد الإذعان عقد حقيقي، وأن التسليم بشروط محددة سلفا لا يصل إلى درجة التأثير على الرضا، مادام في وسع الطرف المذعن قبول أو رفضها فهو مخير في إبرامه العقد من عدمه، كما أن التفاوت الموجود، لا يعدو أكثر من تفاوت اقتصادي أملتته التطورات الاقتصادية.

#### الفرع الثاني: الشروط القانونية لتعديل القاضي للشروط التعسفية.

بالرجوع إلى نص المادة 110 من تقنيننا المدني، نجد أنها تتضمن الشروط القانونية التي من شأنها إذا توافرت في عقد الإذعان، السماح للقاضي بالتدخل لتعديل الشروط التعسفية في هذا العقد، أو إعفاء الطرف المذعن منها، وهذا لا يعدو إلا خروجاً على المبدأ العام في حرية التعاقد "العقد شريعة المتعاقدين"<sup>1</sup>.

فبمقتضى هذا المبدأ لا يجوز لأحد المتعاقدين، ولا للقاضي تعديله، أو إلغاؤه إلا باتفاق الإرادتين اللتين كانت سببا في إبرامه.

يتضح من خلال النص القانوني أن الشروط القانونية لتدخل القاضي لإحداث التعديل في عقود الإذعان يمكن اختصارها وإدماجها في شرطين أساسيين:

الشرط الأول: أن يكون هناك عقد إذعان.

الشرط الثاني: أن يتضمن هذا العقد شروطا تعسفية مرهقة للطرف المذعن.

أولاً: شرط وجود عقد تم بطريق الإذعان .

بالنسبة لهذا الشرط، فإنه لا يكون للقاضي دور في تعديل العقد، بمناسبة نزاع معروض عليه، إلا إذا تضمن العقد شرطاً أو أكثر من الشروط التعسفية التي من شأنها إرهاق أحد أطراف العقد على حساب الآخر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - راجع المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 43، 44.

فيكون المذعن في رضوخه والإذعان إلى أسعار المحتكرين، ولو كانت مرتفعة، كون أن شروط التعاقد هي نفسها سواء من بائع إلى بائع آخر، أو بمعنى آخر فإن الوضع الاقتصادي هو الذي جعله يرضخ للمحتوى التعاقدى حتى ولو كان يحمل شروط مجحفة في حقه<sup>1</sup>.

وتبدأ مهمة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، إذا تبين له توافر عناصر العقد، وهذا حتى يقرر حمايته المقررة قانوناً وتتمثل هذه العناصر كالاتي:

- فالعنصر الأول: أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة، أو المنتفعين بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة<sup>2</sup>، وتحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من متطلبات الحياة أولاً هي مسألة واقع تدخل في نطاق التقدير الموضوعي للقاضي<sup>3</sup>.

- العنصر الثاني: أن يكون الموجب محتكراً احتكاراً قانونياً أو فعلياً للسلعة أو الخدمة، أو أن تكون هناك منافسة بينه وبين غيره.

أما العنصر الثالث: الإنفراد بوضع شروط العقد<sup>4</sup>، بمعنى أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفقاً لشروط وهذه الشروط محددة ومقررة مسبقاً<sup>5</sup>.

لعل هذه الخاصية هي من تثير مسألة التمسك بالحقوق، وهذا ما جعل من عقد الإذعان مصدراً للتعسف كونه الأداة القانونية التي هي في يد الأقلية يمارسون حقوقهم التي خولها لهم المشرع المتمثلة في حرية التعاقد في مقابل ذلك يحرم من هذه الممارسة جيش من الأفراد بسبب مكانتهم الاقتصادية والاجتماعية، وهو الأمر الذي أدى إلى اعتبار مقياس أو معيار الإذعان هو التعسف<sup>6</sup>.

وهو ما يقود إلى القول أنه: " كلما كان هناك تفوق إرادات اقتصادياً كلما اصطدمنا

<sup>1</sup> - فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> - محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 59.

<sup>3</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 44.

<sup>4</sup> - فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص 9.

<sup>5</sup> - حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص 44.

<sup>6</sup> - فاطمة نساخ، المرجع نفسه، ص 9.

بتراجع مبدأ سلطان الإرادة أي نجد هذا المبدأ في مأزق<sup>1</sup>.

فالواقع برهن أن هذا المبدأ مجرد مفهوم يتمتع به إلا الأفراد الذين يتفوقون اقتصاديا في حين يحرم منه الأغلبية نتيجة لعوامل اجتماعية واقتصادية، جعلتهم لا يمارسون الحقوق التي منحها المشرع إياهم وخاصة ما تعلق منها بالحقوق المتفرعة عن الحرية العقدية<sup>2</sup>، الأمر الذي أدى إلى خلق عدم التكافؤ في الالتزامات العقدية، وتحميل الطرف المذعن في العقد التزامات مرهقة نتيجة الشروط التي قد تحمل معها تعسفا لطرف على حساب الطرف الآخر في العقد.

هذه الخصائص من شأنها إذا توافرت في العقد، أن تعطي للقاضي حق التدخل للتحقق من مدى توافر الشروط التعسفية في عقد الإذعان، في الوقت الذي تزداد هذه التعسفات والشروط المجحفة مع التطور الاقتصادي وكثرة المعاملات التجارية، وعليه منحت للقاضي سلطة هامة تمكنه من تعديل العقد المبرم لتحقيق التوازن العقدي، وحماية الطرف الضعيف الذي هو في الغالب المستهلك<sup>3</sup>.

ثانيا: أن يتضمن هذا العقد شروطا تعسفية مرهقة للطرف المذعن.

القاضي كما سبق الإشارة إليه يتفحص العقد ليقرر مدى توافر الشرط التعسفي<sup>4</sup> ضمن شروطه، فإذا وجدت يتولى القاضي حينها تعديل الشرط أو الشروط بما يعيد للعقد توازنه بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين المتعاقدين، ويخفف العبء الملقى على الطرف المذعن في العلاقة العقدية، ويخفف عنه الإرهاق الذي قد يلحقه نتيجة لتنفيذ أو إلغاء هذا الشرط كله.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا:

<sup>1</sup> - Or chaque fois que se manifeste ce phénomène d'inégalité économique, entre contractant, le postulat de la doctrine de l'autonomie de la volonté qui suppose un consentement libre, se trouve faussé voir : marcel maline l'individualisme et le droit, Montchrestien, édition Domat, 1949, p188.

<sup>2</sup> - فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، المرجع السابق، ص17.

<sup>3</sup> - جميلة عزيزي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 48.

<sup>4</sup> - لقد عرّف التشريع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 35 من قانون 1978/01/10 في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين بأنه يمكن أن تكون محررة ومحددة أو منظمة مسبقا الشروط المتعلقة بها حيث تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر، وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة. (أنظر: جميلة عزيزي، المرجع السابق، ص6).

## متى نكون بصدد الشرط التعسفي؟ وكيف يقدر القاضي ذلك؟

في هذا الصدد لاحظ الباحثون لجوء المحترفين إلى إيراد الشروط التي تخدم مصالحهم في العقود التي يبرمونها مع المستهلكين، ورغم الضغط الذي تمارسه الشركات الكبرى على المشرعين لتلاقي سن قوانين تحد من حرية العمل بهذه الشروط، فإن ذلك لم يمنع من وجود أنظمة اختلفت في مكافحتها لها، وهي تتأجج بين ثلاثة أساليب:

الأسلوب التشريعي الذي يتلخص في سن قائمة محددة بالشروط التعسفية، غير المشروعة والمحظور العمل بها، والأسلوب الإداري أو التنظيمي حيث يترك للسلطة الإدارية، أو التنظيمية سلطة التقدير العملي للشروط التعسفية حسب كل حالة، وهو أسلوب المشرع الفرنسي، أما الأسلوب الأخير فهو الأسلوب القضائي، حيث يفسح القانون أمام القاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط، وهو أسلوب المشرع الأمريكي، أما الألماني فقد سلك الأسلوب التشريعي والقضائي معا<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فهو لم ينص على نظام خاص لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية على غرار التشريعات السابقة الذكر، وحتى القضاء لم تتح له الفرصة لذلك نظرا لقلّة المنازعات المتعلقة بشؤون الاستهلاك<sup>2</sup>، رغم اعتناق المشرع بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"<sup>3</sup> وما نتج عن الحرية التعاقدية من مظالم كثيرة، فهي تجعل المتعاقدين الضعفاء تحت رحمة الأقوياء، الأمر الذي يقودنا إلى طرح التساؤلات التالية: إذا كان التوازن العقدي لا يتحقق إلا بوضع نظام قانوني متجانس فهل يوجد في قانوننا الوضعي ما يحقق هذا التوازن؟ بمعنى ما هي الوسائل اللازمة لمكافحة الشروط التعسفية؟ وما هو دور القاضي هنا في تعديل العقد المدني من خلال مكافحة الشروط التعسفية؟ وهو ما سنتطرق إليه بالدراسة في المطلب الثاني.

### المطلب الثاني: دور القاضي إزاء عقود الإذعان.

وفقا للقواعد العامة فإن دور القاضي يقتصر بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها بغية تطبيق القانون عليها، ولما كانت طبيعة عقود الإذعان تتصف باستقلال وانفراد أحد

<sup>1</sup> - محمد بودالي، الشروط التعسفية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 16، 17.

<sup>2</sup> - محمد بودالي، المرجع السابق، ص 47.

<sup>3</sup> - المادة 106 ق.م.ج .

الطرفين بوضع شروط العقد، فإن هذا الأمر جعل احتمال التعسف<sup>1</sup> قائم في حق الطرف المذعن، وفتح المجال للمشرع للخروج عن المبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين"، واعترف للقاضي بدور استثنائي بموجب المادة:110 مدني جزائري<sup>2</sup>، لتعديل الالتزامات الأمر الذي يتيح له تجاوز الدور السابق إلى إهدار الشروط الواردة في العقد وتعديلها متى تبين له أنها تعسفية، وذلك لإعادة التوازن العقدي، وحماية الطرف الضعيف فتجسدت هذه الحماية من خلال ثلاث صور:

- الصورة الأولى: تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقد الإذعان.
- الصورة الثانية: الإعفاء من الشروط التعسفية.
- الصورة الثالثة: تفسير عقد الإذعان.

ولما كانت الصورة الثالثة متعلقة بالتفسير وموضوع بحثنا يتعلق بالتعديل القضائي، لذا سنقصر الدراسة على الصورة الأولى والثانية دون الثالثة في فرعين يحمل كل فرع عنوان كل صورة.

### الفرع الأول: تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقد الإذعان

يجوز للمستهلك<sup>3</sup> بموجب المادة 110 ق م ج أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد من العقود، مادام أن القانون منح أداة قوية يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار والمحترفين<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - التعسف لا نجد له تعريفا في القانون المدني الجزائري، إنما أوضحت معايير التعسف المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، أما بالنسبة للتعريف الفقهي للشروط التعسفي فيعرفه بأنه: " البند الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه وقد أُلِي على الفريق الآخر تحقيقا لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة منتقضا من حقوق الطرف الآخر الذي أذعن له لتسلط من فرضه على العقد ". ( أنظر: مصطفى العوجي، القانون المدني، المرجع السابق، ص 764).

<sup>2</sup> - نلاحظ أن نص المادة:110 يتكرر فحواه في العديد من القوانين العربية الحديثة، وهو غير موروث عن القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> - المستهلك هو كل شخص يفتني بثمن أو مجانا منتوجات أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به. ( أنظر: المادة 02 من المرسوم رقم 90-39 المتعلق برقابة النوعية وقمع الغش، ج ر ج، العدد 5، المؤرخ في 04 رجب 1410).

<sup>4</sup> - المحترف كل منتج، أو صانع، أو وسيط أو حرفي، أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك وعليه فالمحترف يكون هدفه الأساسي الحصول على أرباح في حين المستهلك يقبل هذه المنتوجات والخدمات لغرض إشباع حاجته الشخصية، أو حاجة أسرته. ( أنظر: المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 15-09-1990 والمتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، العدد 40، بتاريخ 19 سبتمبر 1990).

ووفقا لنص المادة 110 السابقة الذكر فإن السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، تقتصر بطبيعتها على العقود المدنية<sup>1</sup> دون الإدارية، وأن هذه العقود المدنية لا ترد على السلع فحسب، وإنما تغطي الخدمات أيضا، وهذا يعني أن طائفة كبيرة من المتعاقدين ستدخل ضمن مفهوم المستهلك<sup>2</sup>، منهم نذكر مشترى المواد التموينية والكهربائية والمنزلية باعتبارهم مشتريين للسلع، ومنهم المستفيدون من خدمات المواصلات والصحة والكهرباء والتعليم والخدمات المصرفية والاتصالات (الهواتف، الانترنت، البريد) باعتبارهم مشتريين للخدمات<sup>3</sup>.

ولا يهتما كثيرا التركيز على طائفة المتعاقدين التي تدخل ضمن مفهوم المستهلك بالقدر الذي سنركز فيه على موضوع دراستنا الذي يخص تعديل القاضي للشروط التعسفية.

فإذا كان الأصل أنه لا يجوز له التدخل لتعديل ما اتفق عليه الطرفين فإن الاستثناء على هذا الأصل يجيز للقاضي في حالات معينة ممارسة سلطته في التعديل، وذلك في حال ما إذا تبين له انعدام التوازن العقدي من أجل رفع كل ضرر قد يلحق بالطرف الضعيف في حالة تنفيذ العقد بما اشتمل عليه من شروط<sup>4</sup>، والقاضي من خلال تعديله الالتزامات العقدية لا يمارس عمله هذا إلا بعد دراسة وقائع القضية المطروحة عليه، وتكييف مدى شرعية، وعدالة الالتزامات الملقاة على عاتق أطراف العقد، معتمدا على المعيار الموضوعي، مع الأخذ بعين الاعتبار المعيار الشخصي، حتى يقوم بتكييف محتوى العقد وبيان الشروط المجحفة في حق الطرف الضعيف<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> - ومن أمثلة هذه العقود التعاقد مع شركات الكهرباء والغاز والتليفونات وعقود النقل البري والبحري والجوي وعقود التأمين وعقود العمل في الصناعات الكبيرة. (أنظر: فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 276).

<sup>2</sup> - أعتقد أنه من الأفضل لو يستبدل مشرنا مصطلح كل شخص كتعريف للمستهلك بكلمة المتعاقد وبهذا يكون التعريف شاملا لجميع الفئات المتعاقدة الذين هم بحاجة إلى الحماية بسبب افتقارهم إلى القوة الاقتصادية أو قلة خبرتهم في الموضوع الذي يتعاقدون عليه.

<sup>3</sup> - فراس يوسف الكساسبة ومؤيد محمد القضاة، فعالية مشروع قانون حماية المستهلك الأردني، (دراسة تحليلية نقدية لنطاق مشروع القانون ووسائل تنفيذه)، مقال منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، جويلية، ص 148.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 107 والمادة 110 قانون مدني جزائري.

<sup>5</sup> - جميلة عزيزي، الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 65.

1- فقد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل، أو الثمن في عقد البيع، أو القيمة الإيجارية في عقد الإيجار، ما يجعلها شروط جوهرية في العقد، يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية نفسها، فيكون تدخل القاضي للتعديل هو أنسب الحلول لرفع الإجحاف وحماية الطرف المذعن<sup>1</sup>.

2- لا وقد يتم التعديل على صورة إنقاص التزامات أحد الطرفين أو زيادتها فيستطيع القاضي في هذه الصورة إعادة التوازن العقدي، من خلال إنقاص التزامات الطرف الضعيف متى ثبت له أن الطرف الآخر قد وضع شروط مجحفة<sup>2</sup> مستغلا ضعف مركزه الاقتصادي والاجتماعي بالنظر إلى المركز الذي يحتكره<sup>3</sup>، كما يستطيع المستهلك أن يطلب الإنقاص من التزاماته المرهقة له<sup>4</sup>.

إذا كان للقاضي الدور الواسع في تحديد الالتزامات التي يجب إنقاصها بما يحقق التوازن العقدي، فهل هذا الدور قاصر على تعديل الالتزامات العقدية بصورة الإنقاص فقط دون الزيادة؟.

في الحقيقة وبالرجوع إلى أحكام المادة 110 من القانون المدني الجزائري نجد أن القاضي إذا تبين له من خلال ملبسات القضية، والظروف المحيطة بها أن التعديل لا يكون إلا بزيادة التزامات الطرف المستغل فله أن يقوم بذلك، مادام أنه لا يوجد أي نص يمنعه ومادام أن ذلك أنفع لمصلحة المستهلك حتى يحصل على السلعة أو الخدمة التي يفترض أن يقدمها له المحترف الذي كان سببا رئيسيا في إحداث عدم تكافؤ في العقد، بمعنى أن زيادة التزاماته لا تستدعي رضائه<sup>5</sup> وهذا يعد استثناءا على ما ورد في نص المادة 90 من القانون المدني.

<sup>1</sup> - حميد بن شنيطي ، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> - جميلة عزيزي، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 65.

<sup>3</sup> - محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، 2005-2006، ص 05.

<sup>4</sup> - جميلة عزيزي، المرجع السابق، ص 65.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 65.

3- وقد يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن أو حالة من حالاته بمعناه المادي فيدخل القاضي هنا لتعديل الالتزامات العقدية وإحداث نوع من التوازن العقدي على أساس من العدالة بإزالة الغبن وهو في عملية التعديل هنا، يتقيد بالشرط أو بالقيود المتطلبه قانونيا للتعديل، لأن قيامه بالتعديل هنا لا يتم على أساس الطعن بالغبن، أو الاستغلال وإنما يستند إلى أساس آخر وهو الطعن بتعسفية الشرط الوارد في العقد، والمطالبة بتعديله بموجب النص القانوني الذي يخول للقاضي ممارسة السلطة في حال توافرت الشروط القانونية.

4- كما أن الشرط التعسفي قد يرد في صورة شرط جزائي مبالغ في تقديره، وهنا يتدخل القاضي لتعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه على أساس اعتباره شرطا تعسفيا<sup>1</sup>.

تناولنا من خلال ما سبق أن عقد الإذعان إذا تضمن شروطا تعسفية فإن القاضي يبقي هذه الشروط، ويتناولها بالتعديل بالوسائل والطرق الملائمة، ومن جملة الشروط التعسفية ما يشترطه الموجب على المذعن من شروط تنقل من أعبائه، مثل شرط تقييد حق المذعن في إيداء الدفوع أو شرط الحد من حريته في إبرام العقود مع الغير<sup>2</sup>.

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه لأهميته أن المحترفين قد يلجئون إلى تضمين عقودهم لشرط يستبعدون بموجبه سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التي يروها تعسفية، الأمر الذي جعل المشرع يتنبه إلى ذلك ليعالج المسألة في نص المادة 110<sup>3</sup>، فنصت هذه المادة على استثناء وخولته للقاضي لحماية الطرف الضعيف المذعن، وحق هذا الأخير في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، حق يتعلق بالنظام العام<sup>4</sup>.

فمثل هذا الشرط يبطل لمخالفته للنظام العام، والآداب العامة، فقد اعتبرت محكمة التمييز في قرار لها صادر في 19-4-1985 باطلا ودون مفعول البند الذي يلحظ زيادة موجبات المدين في حال حصول التصفية القضائية (أي ما يوازي حالة الإفلاس)، لأنه يمس بالنظام العام الذي يفرض المساواة بين الدائنين، وبالتالي يمكن اعتبار البنود الماسة

<sup>1</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني، المرجع السابق، ص 47.

<sup>2</sup> - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد...، المرجع السابق، ص 692.

<sup>3</sup> - راجع المادة 110 قانون مدني جزائري.

<sup>4</sup> - محمد بودالي، الشروط التعسفية...، المرجع السابق، ص 60.

بحماية حقوق المستهلكين متعلقة بالنظام العام الاقتصادي، وبالتالي تبطل دون أن يرد بشأنها نص قانوني خاص<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: إعفاء القاضي للشرط التعسفي في عقد الإذعان.

تعتبر هذه الصورة من أهم صور تدخل القاضي لاستبعاد الشروط التعسفية وهي دون شك أشد جرأة من الصورة الأولى<sup>2</sup> وتكون في حال ما إذا استحال على القاضي تعديل الالتزامات العقدية سواء بالزيادة أو النقصان فيكون أمام إبطال الشرط الذي هو الوسيلة لتحقيق العدالة العقدية.

وللبحث عن الأساس الذي يستند إليه لإبطال الشرط التعسفي، نجد أن آراء الفقهاء قد تباينت حول مجموعة من الأسانيد التي يعتمدها القاضي كأساس لأجل بسط الحماية اللازمة وإحداث تعديل في الالتزامات العقدية بما يحقق العدالة بين أطراف العقد المبرم، ورفع الظلم الذي رتبته أصحاب النفوذ الاقتصادي، فقد تبطل هذه البنود مثلاً لمناهضتها لمبادئ حسن النية والإنصاف ولمفهوم سوء استعمال الحق، كما قد تبطل أيضاً لمخالفتها للنظام العام، والآداب العامة، أو بالاستناد إلى عيب من عيوب الرضا كالإكراه<sup>3</sup>.

فقد نجد تعلق بعض القواعد القانونية بالنظام العام المطلق ما يقتضي بداهة وجوب إثارة خرقها، هذا لكون القاعدة تكتسي صبغة أمره سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للقاضي.

ويعتبر عدم إثارتها من طرف محكمة الموضوع كسبب يمكن اعتماده للطعن بالنقض على اعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية وهنا يطرح السؤال التالي:

هل يجوز للقاضي أن يثير تلقائياً بطلان الاتفاقات المخالفة للقواعد الآمرة المرتبطة

### بالنظام العام؟

جواباً على هذه الإشكالية قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2000/02/15 أن خرق النصوص المشار إليها وإن تعلق بالنظام العام لا يمكن إثارتها إلا من طرف الشخص موضوع الحماية، بحيث لا يمكن للقاضي أن يثير ذلك من تلقاء نفسه التزاماً منه بمبدأ الحياد لكن محكمة العدل للمجموعة الأوروبية، ذهبت في اتجاه مخالف في قرارها

<sup>1</sup> - مصطفى العوجي، القانون المدني، المرجع السابق، ص 760.

<sup>2</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 47.

<sup>3</sup> - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 760، 761.

الصادر بتاريخ 2000/06/27 معتبرة أنه يحق للقاضي إثارة بطلان الشروط التعسفية من تلقاء نفسه" ولو لم يطلب الأطراف صراحة".

وهذا الاتجاه له من الأهمية التي من شأنها تقوية حماية الطرف المدعى في عقد التأمين كون أن التدخل القضائي لا غنى عنه لضمان حماية المستهلك<sup>1</sup>.

إلا أن ما يمكن قوله أو ما نلاحظه في هذا الصدد أن القاضي وإن كان له دور في تعديل الالتزامات العقدية سواء بالزيادة أو النقصان، أو إلغاء الشروط التعسفية، فإن الذي لا يمكن غض النظر عنه هو أنه يعد معاونا للطرف الضعيف إذاً يجوز له بمقتضى نصوص القانون ذلك ، والسؤال الذي يطرح نفسه هو: لماذا لا يكون هذا التدخل إجبارياً في حال تعلق الشرط التعسفي أو مساسه بالنظام العام؟

وهنا نجد أن النصوص التي تنظم عقد التأمين مثلاً تهدف في مجملها إلى حماية المؤمن له بنصوص لا يجوز مخالفتها.

وفي الحقيقة نجد عدة نصوص مبعثرة في مختلف القوانين تنص صراحة على إبطال الشروط الباطلة التي قد يضعها المتعسف في حق المؤمن له فالمادة 622 من القانون المدني الجزائري عدت الشروط الباطلة وهي:

- الشرط الذي يقضي سقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جنائياً أو جنحة عمدية.
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.
- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
- شرط التحكيم إذا أورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.
- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، المرجع السابق، ص22.

كذلك نجد المادة 10 من المرسوم 90-266<sup>2</sup> تنص على بطلان كل شرط يقضي بعدم الضمان حتى ولو كان باتفاق الطرفين.

إن الشروط السابقة الذكر تعتبر باطلة، وإذا أراد المستهلك استبعاد شرط منها، فما عليه إلا التمسك بالنص الذي يحضرها، حتى يتسنى للقضاء الحكم ببطلانها<sup>3</sup>.

المادة 07 من القانون 2/89<sup>4</sup> تنص: " أن الضمان المنصوص عليه في المادة 06 من هذا القانون حق للمستهلك دون مصاريف إضافية كل شرط مخالف لذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا".

أما بالنسبة للمادة 811 من الأمر 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري قد نص صراحة على بطلان كل شرط تعاقدى هدفه أو أثره المباشر أو غير المباشر إبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للناقل والمنصوص عليها في المواد 773-777-780 أو تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ المحدد في المادة 805 منه، والتي تخص كيفية التعويض عن الأضرار التي قد تلحق البضائع أو منع الناقل الاستفادة من التأمين على البضائع<sup>5</sup>.

ونجد أن المشرع تدخل أيضا لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، فقد حرص على حماية هذا الأخير من ظاهرة رفض البيع التي تنتشر غالبا عند ندرة منتج معين أو سلعة معينة.

وهنا أجد أن المشرع بتدخله هذا سهل ويسر من عمل القاضي حتى يتدخل لإحداث تعديل في الالتزامات العقدية بما يحفظ التوازن العقدي ويحقق مصالح أطراف العقد على حد سواء دون ظلم أو تعسف لطرف على حساب الطرف الآخر.

---

<sup>1</sup> - راجع المادة 622 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي 266/90 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات الصادر في 15/09/1990، العدد 40، بتاريخ 19 سبتمبر 1990.

<sup>3</sup> - محمد بودالي، الشروط التعسفية...، المرجع السابق، ص 76، 77.

<sup>4</sup> - القانون 02/89 المؤرخ في 07/02/1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر ج، رقم 06، بتاريخ 08 فيفري 1989.

<sup>5</sup> - أمر رقم 76-80 مؤرخ في 23-10-1976 المتضمن القانون البحري ص 496، ج ر ج، عدد 29، بتاريخ 10 أبريل 1977.

ولم يقتصر الأمر على النصوص السابقة فحسب بل نجد أن الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة قد تضمن بعض النصوص التي تقضي ببطان بعض الشروط التعسفية أيضا وهو الحال بالنسبة للمادتين 59-60 التي نصت على منع كل اشتراط على المستهلك عند البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط البيع بمنتجات أخرى أو خدمات أو اشتراط أداء خدمة أخرى بمعنى أن مجموع هذه الشروط باطلة ما يدعونا إلى طرح التساؤل السابق طرحه حول كيفية تدخل القاضي لإحلال التوازن العقدي ورفع الظلم عن الطرف المذعن، إذ لا مشكلة تثار حول عمل القاضي وتدخله لاستبعاد الشروط التعسفية حال نص القانون صراحة على بطلانه، لكن المسألة المطروحة هنا هي: كيف يكون تدخل القاضي لتعديل الالتزامات العقدية في حال عدم أو غياب النصوص التي تقضي باستبعاد الشروط التعسفية في عقد الإذعان؟

بالرجوع إلى نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري، نجدها قد أعطت للقاضي الدور الواسع لإعادة التوازن العقدي، وذلك من خلال عملية التعديل التي تمس عقد الإذعان بصفة عامة بحيث يمكن للقاضي من خلالها إبطال واستبعاد الشروط التعسفية، مع العلم بأن العقود المبرمة بين المحترف والمستهلك تعتبر عقود إذعان.<sup>1</sup> أما إذا كان العقد المبرم بين المستهلك والمحترف ليس من عقود الإذعان<sup>1</sup>، فإنه وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الاستناد إلى أحكام المادة 104 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

فحسب ما تقتضي به هذه المادة أنه وفي حال تبين للقاضي أن الشرط التعسفي وضعه المحترف لتحقيق مصلحة غير مشروعة فإنه يبطل هذا الشرط ويبقى العقد قائما ويستند القاضي في تكييف عدم شرعية المصلحة التي يهدف المحترف لتحقيقها إلى مجمل النصوص المانعة لفرض هذه الشروط التعسفية.

أما في حال غياب نص قانوني يستند عليه القاضي نجد أن الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني تنص على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف"

<sup>1</sup> - جميلة عزيزي، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 66.

أما الفقرة الثالثة فتتص على أنه: "إذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"

ولما كان الفقه الإسلامي قد عرف عقود الإذعان قبل أن يعرفها القانون الوضعي، وسبق إقراره سلطة التعديل والإلغاء للقاضي في حال وجود شروط تعسفية، فإن ما يُحمد للفقه الإسلامي إقراره لهذه السلطة على سبيل الوجوب وليس على سبيل الجواز كما هو شأن القانون الوضعي لأن قواعد وأصول الفقه توجب رفع الضرر عن الطرف المذعن، بالرغم أن العدالة دائماً تقتضي وجوب رفع الضرر وإعادة التوازن العقدي كما هو في الفقه الإسلامي، بغض النظر عن إقرار الفقه الإسلامي أيضاً للحماية المقررة لطرفي العقد دون حماية لطرف وترك آخر<sup>1</sup>.

هذا ونجد أن الاعتماد على هذه النظرية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية هي الأخرى جد نسبية وذلك في كون أن القاضي لا يستطيع التدخل تلقائياً لبطان أي شرط إلا إذا تعلق الأمر بالنظام العام، أو كان هناك نص يقضي صراحة ببطلانه، كما أن القاضي يتدخل لاستبعاد الشروط التعسفية المجحفة في حق المستهلك إلا بعد مطالبة هذا الأخير بذلك وتأسيس طلبه تأسيساً قانونياً وهذا عادة ما يعجز عليه لقلّة خبرته وكفاءته القانونية في مقابل المركز القانوني الذي يتمتع ويحض به المحترف.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد...، المرجع السابق، ص 694، 695.

<sup>2</sup> - جميلة عزيزي، حماية المستهلك...، المرجع السابق، ص 66.

## خلاصة المبحث الثاني:

إن المشرع الجزائري خرجا عن الأصل إلى الاستثناء خول للقاضي التدخل بموجب نصوص قانونية لتعديل العقد المدني، بل وتجاوز الدور السابق من زيادة، أو إنقاص في الالتزامات العقدية إلى إهدار الشروط الواردة في العقد، وهو الحال بالنسبة لعقود الإذعان من خلال نص المادة 110، والمادة 02/112 قانون مدني، والتي يكون للقاضي من خلالها دور فعال في تعديل التزامات المتعاقدين، وتحقيق التوازن العقدي، وذلك من خلال التفسير، بمعنى البحث عن النية المشتركة لكلا العاقدين، كذا وتوافر الشروط القانونية للتدخل وتعديل العقد، أيضا والقيام بتكييف النزاع والبحث عن النص القانوني الواجب تطبيقه لتحقيق مصلحة المستهلك الذي غالبا ما يكون هو الطرف المذعن في العلاقة العقدية.

هذا في الوقت الذي تثار فيه مسألة التمسك بالحقوق، الأمر الذي جعل من عقد الإذعان مصدرا للتعسف كونه الأداة القانونية التي هي في يد الأقلية يمارسون حقوقهم التي خولها لهم المشرع المتمثلة في حرية التعاقد، في مقابل ذلك يحرم من هذه الممارسة جيش من الأفراد بسبب مكانتهم الاقتصادية والاجتماعية، وهو الأمر الذي أدى إلى اعتبار مقياس أو معيار الإذعان هو التعسف .

والجدير بالذكر أن النقص في النصوص التشريعية الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية يؤثر سلبا على دور القاضي في حماية المستهلك ما دام أنه لا يمكن الاستناد إلى القواعد العامة لحل النزاعات وتحقيق التوازن العقدي.

إذن وحتى وإن تم الاستناد إلى نظرية السبب المنصوص عليها في القواعد العامة لمحاربة الشروط التعسفية التي تكون سببا في اختلال توازن العقد، وغبن طرف على حساب آخر، فإنها لا ترمي إلى مستوى الغاية التي يرمي إليها المشرع بالنص على تدخل القاضي ورد الشروط التعسفية وتحقيق العدالة العقدية.

## خلاصة الفصل الثاني:

من خلال هذا الفصل الذي يمكن القول من خلاله أنه وبالرغم من صمود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لقرون طويلة، ورسوخه، إلا أن المتغيرات الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، والأخلاقية، أثبت أن مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني الجزائري لا يقف أسوة مع التطورات، والمستجدات في ظل كثرة المعاملات، وتعقدها، وبعد أن كان تدخل القاضي لتعديل العقد محل خلاف وحذر، لما يشكله من خطورة على المبدأ القائم، لذا انصرفت التشريعات المعاصرة ومنها القانون المدني الجزائري إلى تقرير تدخل القاضي لتعديل الالتزامات العقدية بالزيادة أو النقصان طالما لم يتعارض هذا التدخل مع المقصود الذي يرمي إليه المشرع من السماح له جوازا لإحداث التعديل في العقد المدني، وتبقى فكرة النظام العام، والآداب من الأصول العامة والمبادئ الرئيسة الراسخة التي تقيد هذه السلطة للقاضي.

وتفريعا على ما تقدم، ولما كان سلطان الإرادة هو المبدأ الذي يسود العلاقات العقدية، ونطاق العقد يتحدد على الوجه الذي اتفق عليه المتعاقدان، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، إلا أنه لما كانت العدالة تقتضي التوازن بين الالتزامات المتقابلة، ومنعا للضرر الذي يصيب أحد الأطراف فإن القاضي يتدخل بتعديل الالتزام العقدي بتحقيق العدل وحماية مصالح أطراف العقد جميعا، وذلك لا يتأتى إلا تحت المراقبة القضائية.

وقد سبق لنا من خلال هذا الفصل عرض تدخل القاضي في مرحلة تكوين العقد، بما له من سلطة تسمح له بمراجعة اتفاق الأطراف، وإزالة ما يخالف العدالة، استنادا على المادة 90 مدني جزائري بصراحة ووضوح على هذا التدخل في حالة الغبن الاستغلالي، لأنه وإن كان المفروض في المعاملات المالية هو التعادل بين التزامات كل من الطرفين، إلا أن ما هو واقع في المعاملات المالية وخاصة في عقود المعاوضات أن هذه العقود تخضع عادة لقانون العرض والطلب، ومن ثم قد يكون ثمن السلعة المنفق عليه في العقد أكبر من قيمتها الحقيقية، وهنا يظهر عدم التعادل المادي بين الالتزامات، أو ما يسمى بالغبن، في حين قد يقع أحد المتعاقدين ضحية استغلال من المتعاقد معه مما يجعله يتحمل التزامات تفوق كثيرا ما اكتسبه من حقوق تحت وطأة طيش بين، أو هوى جامح، فيجوز للقاضي تعديل العقد رفعا لهذا الغبن، وهذا في حالة الغبن الاستغلالي.

كما رأينا أن للقاضي السلطة أيضا في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان المادة 110 مدني جزائري، وتوصلنا إلى أن للقاضي في مجال عقود الإذعان السلطة اتجاه العقد الذي تضمن شروطا تعسفية قدرها هو، ليتدخل بذلك في العقد، ويخالف إرادة المتعاقدين ، والقانون عندما يقرر للقاضي في مثل هذه الحالة تعديل العقد، فإنما ذلك يكون بناء على طلب المذعن ليعدل الشروط التعسفية بما يرفع عن هذا الأخير إجحافا أو أن يعفيه كلية منها، ووجدنا أن المشرع عندما رخص له ذلك خصّه بحكم خطير عن طريق منح القاضي سلطة تتجاوز إلى درجة كبيرة المألوف من سلطته، فهو يعدل الشرط التعسفي، بل قد يهدره كلية إن اقتضت العدالة ذلك، في حين نجد أن مهمته وفقا للقواعد العامة تقتصر في شأن العقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون فيها هذا بالنسبة للتعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تكوينه.

# الفصل الثالث

التعديل القضائي للعقد

المدني في مرحلة تنفيذه في

التشريع الجزائري

إن الأصل هو احترام القاضي لقانون العقد، فلا يمكن له أن يحل محل إرادة الأطراف في تعديله لأن ذلك يعني المساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد. وإذا كانت وظيفة القاضي في الأصل تقتصر على تفسير العقود، وتطبيق أحكامها دون تعديل بنود العقد، فإنه وأثناء تنفيذ العقد، قد تحدث ظروف تؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة بأحد المتعاقدين، أو ضرر واضح بينهما، تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا للمدين أو ضارا وتسفر عن اختلال في التوازن العقدي، وبالتالي اختلال في العلاقة العقدية وأمام صعوبة تدخل القاضي لتعديل العقد لما ينجم عن ذلك من عدم استقرار في العلاقات والمعاملات العقدية، فإنه استثناء على مبدأ - العقد شريعة المتعاقدين - لم يكتف المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية بمنح القاضي إمكانية لتعديل العقد أو إعادة التوازن إليه في مرحلة تكوينه فحسب كما رأينا، بل امتد إلى مرحلة تنفيذه أيضا، وهذا سعيًا منه إلى إيجاد التوازن في الالتزامات المتبادلة والحفاظ على ديمومة العقد دون إلحاق أي ضرر أو خسارة بأحد أطرافه أو كلاهما.

على هذا سوف نحاول من خلال عرضنا لهذا الفصل أن نركز على أهم الحالات التي بمقتضاها يتدخل القاضي لتعديل العقد المدني في مرحلة تنفيذه، والتي سنقتصر معالجتها على حالتين كنموذج للتعديل القضائي للعقد المدني الذي شابه تفاوت واضح في الالتزامات، ذلك لأن تدخل القاضي بموجب هذه الحالات يشكل أبرز وأهم مظاهر تعديل العقد المدني فيما تبقى هناك حالات استثنائية فقط لا ترقى إلى مستوى نظرية عامة. لذا نحاول أن نبحث في هذا الفصل عن نظرية عامة لتعديل القاضي العقد المدني في مرحلة تنفيذه وفقا للتقسيم التالي:

المبحث الأول: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه للظروف الطارئة.

المبحث الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه للشرط الجزائي.

## المبحث الأول : التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه للظروف الطارئة.

بالرجوع إلى نص المادة 3/107 من القانون المدني نجدها قد تطرقت إلى نظرية الظروف الطارئة بنصها: "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".

فإذا كان الأصل في العقد أن ينفذ كل طرف فيه التزاماته الناشئة منه بحسن نية وأمانة، فإنه استثناء على هذا الأصل قد يحدث عند حلول أجل تنفيذ العقد، أو خلال تنفيذه ظروف اقتصادية بسبب حادث غير متوقع، الأمر الذي يجعل معه تنفيذ التزامات أحد الطرفين مرهقا إلى الحد الذي يهدده بخسارة فادحة، وهنا نجد أن العدالة تقتضي التوازن في التزامات المتعاقدين، ومن هنا نشأت نظرية الظروف الطارئة والتي سنحاول من خلالها التركيز على مجال تدخل القاضي لتعديل العقد المدني على نحو يعيد للعقد توازنه وأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

مما سبق يقودنا الموضوع إلى طرح التساؤلات عن المقصود بنظرية الظروف الطارئة وشروطها القانونية حتى يتمكن القاضي من التدخل وتعديل العقد .

وعلى هذا سنتناول بالدراسة تعريف و شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في المطلب الأول ثم نتطرق إلى كيفية رد القاضي للالتزام المرهق إلى الحد المعقول في المطلب الثاني.

### المطلب الأول : مفهوم و شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

خروجا على مقتضيات المبدأ العام الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ، الأمر الذي لا يجوز معه لأحد طرفي العقد أن يستقل بنقضه، أو تعديله، بل لا يجوز ذلك أيضا للقاضي لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقيدها، فقد خرج المشرع عن هذا المبدأ استثناء عن ذلك واستنادا إلى نظرية الظروف الطارئة، وهذا نزولا عند اعتبارات العدالة العقدية، والصالح العام.

فما هو تعريف نظرية الظروف الطارئة ؟ وما هي شروط تطبيقها ؟ .

## الفرع الأول : مفهوم الظروف الطارئة.

سننظر من خلال هذا الفرع إلى تعريف نظرية الظروف الطارئة ( أولا )، ثم إلى التطور التاريخي لمسألة تعديل القاضي للعقود بسبب الظروف الطارئة ( ثانياً).

### أولاً : تعريف نظرية الظروف الطارئة<sup>1</sup>.

#### 1- التعريف الاصطلاحي:

أ- التعريف الفقهي: تناول الفقهاء الظروف الطارئة بتعريفات مختلفة نوردها كالآتي:

يقول جانب من الفقه أن المقصود بهذا التعبير هو: "الحوادث غير المنتظرة التي لا تنشأ عن فعل المدين أو خطئه"<sup>2</sup>.

نلاحظ على هذا التعريف أنه لم يفرق بين الحوادث الطارئة والقوة القاهرة، فجاء تعريفه شاملاً لكل منهما.

وتُعرف كذلك أنها: "كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول على التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتواخى<sup>3</sup> كذا في الأصل تنفيذه إلى أجل أو آجال ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً ويتهدهد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار"<sup>4</sup>.

ومؤدى هذا التعريف أن نظرية الظروف الطارئة تدرس مسألة الحادث الذي لا يد فيه لأي المتعاقدين، كما هو الحال لحالة الحرب التي يترتب عليها انقطاع الواردات، أو أي كارثة طبيعية قد أتلقت المحصول، أو صدور قانون يترتب عليه ارتفاع أثمان أشياء معينة يترتب عليه ارتفاع أثمان أشياء معينة، أي أنها تعالج اختلال التوازن عند تنفيذ العقد، وذلك بسبب الظروف الاقتصادية المتغيرة، والتي تؤدي إلى فقدان التوازن الاقتصادي بين الالتزامات الناشئة عن العقد في ذمة طرفيه، الأمر الذي ينتج عنه

<sup>1</sup> - سميت في القانون المدني الجزائري بالحوادث الاستثنائية.

<sup>2</sup> - عبد الرحمان هزرشي، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص16.

<sup>3</sup> - الصحيح يتراخى.

<sup>4</sup> - محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، ص131.

توزيع تبعة الحادث الطارئ وتوزيع الخسارة على طرفيه من قبل القاضي، كما لو كان العقد من عقود التوريد فارتفعت الأسعار بسبب الحرب مثلاً فأصبح سعر السلعة المطلوبة أكبر بكثير عما كان عليه سعر السلعة وقت إبرام العقد، أو كما لو كان العقد من عقود الإيجار الطويلة المدة، وانخفض سعر العملة فأصبحت الأجرة المتفق عليها لا تكفي لتغطية مصاريف صيانة العين المؤجرة<sup>1</sup>.

إن المشرع أطلق لفظ الالتزام التعااقدي<sup>2</sup> دون أن يحدد نوعاً معيناً من أنواع الالتزامات التعااقدية، وعليه قد تنطبق النظرية على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدوري كما تنطبق على العقود الفورية التي يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ الالتزامات وهذا تحقيقاً للهدف المقصود من تشريع هذه النظرية، وهو إصلاح الاختلال الواقع على العقد جراء الظرف الطارئ ورفع الإرهاق على الطرف المغبون<sup>3</sup> حتى يطبق المدين تنفيذه، يطيقه بمشقة ولكن في غير إرهاق<sup>4</sup>.

فنظرية الحوادث الطارئة لا تنقص التزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق<sup>5</sup>.

وهنا نجد من الضرورة التنبيه إلى أن الحادث الطارئ والقوة القاهرة وإن كانا كل منهما أمراً غير متوقع الحصول عند التعاقد ولا يمكن دفعه إلا أنهما يختلفان من حيث أن القانون قد اشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاماً، ورتب عليه تعديل العقد، ورد

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ج1، ص251، 252 .

<sup>2</sup> - راجع المادة 3/107 قانون مدني جزائري.

<sup>3</sup> - عبد الرحمان هزوشي، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي المرجع السابق، ص 18، 18. أنظر كذلك: أنور طلبية، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج1، ص418.

<sup>4</sup> - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج1، ص706.

<sup>5</sup> - إعادة النظر في الالتزامات المرهقة، (مقال لم يذكر صاحبه)، (موقع المحامون العرب)، ص53.

الرابط الإلكتروني: <http://uhiv-sba, jolm.t486-topic>

- الإرهاق في التقنيات المدنية العربية هو الأثر المترتب على حدوث واقعة استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، والذي لا يؤدي إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام التعااقدي مستحيلاً، وإنما فقط يهدد الدين بخسارة فادحة، ويظهر الفرق بين فكرة الإرهاق في القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، حيث يكون في القوة القاهرة في استحالة تنفيذ الالتزام بينما في الظروف الطارئة يتمثل الإرهاق في وجود مشقة في تنفيذ الالتزام التعااقدي، أنظر في هذا الصدد: محمد عبد الجواد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ع4، السنة الثالثة والثلاثون، 1963، ص556.

الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بينما يمكن أن تكون القوة القاهرة حادثاً فردياً أو عاماً كان ينقضي بها الالتزام، وذلك لاستحالة التنفيذ<sup>1</sup>.

ويبقى الفرق بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة هو أن الأول يؤدي في حال الأخذ به إلى تعديل الموجب، أو حل العقد، بينما تؤدي القوة القاهرة إلى إلغاء العقد كما سبق وأن أشرنا لاستحالة التنفيذ وهنا يميز الفقه بين استحالة التنفيذ التي تؤدي إما إلى وقف التنفيذ بصورة مؤقتة للعقد، إلى غاية زوال المانع من التنفيذ وإما إلى حل العقد إذا ثبت أن تنفيذه مستحيل<sup>2</sup>.

وتُعرف كذلك أنها: " تلك الظروف التي تعترف للقاضي بحق الأخذ بعين الاعتبار أثناء العمل بالاتفاقات التعاقدية في الظرف أو الحدث غير المتوقع أو غير المنتظر الذي قد يحصل أثناء الاتفاق ويكون من نتيجة هذه الظروف الخارجية وغير العقدية أن تخل بالتوازن العقدي، ويكون بالتالي من حق المدين أن يفرض على المتعاقد الآخر إما فسخ العقد، وإما إعادة النظر فيه بإعادته إلى سابق توازنه"<sup>3</sup>.

الملاحظ على هذا التعريف تركيزه على الأثر الذي يحدثه الظرف الطارئ بإتاحة المجال للقاضي بغرض تعديل الالتزامات العقدية على نحو يعيد إلى العقد توازنه وهو في عمومه لا يخلو من الشروط التي تتكرر في باقي التعريفات كون الظرف غير متوقع عند التعاقد كما يكون ظرفاً استثنائياً غير مألوف، وهذا الظرف يقتصر على الأعمال الإرادية كالعقود.

أما السنهوري يرى أن الظروف الطارئة تفترض الوضع الآتي : "عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو آجال كعقد التوريد ويحل أجل التنفيذ فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن في الحسبان، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً..."<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد رشيد قباني، المرجع السابق، ص 131.

<sup>2</sup> - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 749.

<sup>3</sup> - عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، بيروت، دار الفكر، 1971، ص 202.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، ج1، ص 705.

من مختلف التعريفات التي ذكرناها نستخلص أن الظروف الطارئة من شأنها إعادة التوازن إلى العقد، شأنها شأن نظرية الاستغلال، وذلك عن طريق تدخل القاضي لتعديل الالتزامات بما يكفل إعادة التوازن المفقود بين الأداءات.

#### ب- التعريف القانوني:

تنص المادة 107<sup>1</sup> من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية بل ويتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

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".

يمكن أن نستشف من المادة التعريف القانوني لنظرية الظروف الطارئة بأنها :

حوادث استثنائية عامة غير متوقعة الحدوث في مرحلة تنفيذ العقد، تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث تهدده بخسارة فادحة، أو هي نظرية تذهب إلى أن القاضي يستطيع أن يعيد النظر في التزامات طرفي العقد إذا طرأت بعد انعقاد العقد حوادث عامة غير متوقعة ترتب عليها أن تنفيذ الالتزام وإن لم يصبح مستحيلا إلا أنه أصبح مرهقا لأحد الطرفين وهو التعريف الذي أفضله خصوصا أنه يتفق مع الغرض من دراسة الموضوع من حيث تدخل القاضي لتعديل العقد وإعادة النظر في التزامات طرفيه الأمر الذي يحقق العدالة العقدية بما يحقق مصلحة أطرافه .

ويشير هزرشي عبد الرحمن أن القانون المدني الجزائري لم ينص على أمثلة تطبيقية للحوادث تاركا المجال للفقه والقضاء لأن الحوادث التي تطرأ بعد العقد وتجعله مرهقا للمدين لا يمكن حصرها<sup>2</sup>، إلا أن ما يمكن قوله في هذا الصدد أن التشريعات التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة، ومنها المشرع الجزائري، لم تكثف بإقرار نص تشريعي عام، بل أوردت لها تطبيقات في نصوص خاصة تخضع هذه التطبيقات للأحكام الواردة

<sup>1</sup> - تقابل المادة 107 ق م ج، المادة 2/147 مدني مصري والمادة 2/146 مدني عراقي والمادة 148 مدني سوري، والمادة 147 مدني لبيبي والمادة 146 مدني كويتي.

<sup>2</sup> - هزرشي عبد الرحمن، أثر العذر والجوائح على الالتزامات...، المرجع السابق، ص16.

بشأنها، وهي تختلف في مواضعها عن الأحكام التي تقضي بها النظرية العامة فبالرجوع إلى تقنيننا المدني نجد التطبيق الخاص للنظرية في عقد الإيجار<sup>1</sup> مثلا، كذا عقد المقاول<sup>2</sup>، كذا حق الارتفاق<sup>3</sup>.

وفي هذا الصدد يؤكد حمزة بن خدة بقوله أن المشرع رخص في شرط العموم الذي يجب توافره في الحادث الطارئ الاستثنائي فاعتبر بعض الحوادث الطارئة الاستثنائية ولو كانت خاصة بأحد المتعاقدين ولم تتوافر لها صفة العموم، مبررا لتعديل أحكام العقد، فمن هذا القبيل مثلا عقد الإيجار، حيث اكتفى المشرع بوقوع حادث فردي خاص بالمدين بدلا من شرط العموم، وأنه حدد الأثر الذي يترتب على وقوع هذا الحادث فلم يتركه لتقدير القاضي، ومن الحالات الخاصة أيضا ما ورد في القانون المدني في حق الارتفاق كذا عقد المقاول، وهي حالات تخضع للحالات الواردة في شأنها وكثيرا ما تختلف عن المبدأ العام المنصوص عليه في المادة 3/107 من ذات القانون<sup>4</sup>.

باستقراء نص المادة 510 من القانون المدني مثلا نجد أن المشرع منح لورثة المستأجر الحق في طلب فسخ عقد الإيجار إذا تم إثباتهم إما لأن أعباء العقد أصبحت أثقل من أن تتحملها مواردهم، وإما لأن العين المؤجرة تتجاوز حدود حاجتهم، فإذا كان لنص المادة المتعلقة بعقد الإيجار تطبيقا تشريعا خاص للنص العام للنظرية، لأنه وبمجرد حدوث ظرف طارئ وهو - موت المستأجر - يكون حدوث هذا الظرف كشرط لفسخ عقد الإيجار ذلك لأن مصلحتهم تقتضي عدم استمرار العقد لما قد يلحق بهم استمراره من إرهاب.

غير أن وجه الاختلاف بينهما يتجلى في كون أن النص الخاص لهذا العقد لم يشترط أن يكون الحادث الاستثنائي عاما، كون أن موت المستأجر حادث خاص، إضافة إلى أنه في نظرية الظروف الطارئة نجد أن المشرع قد منح القاضي إمكانية التدخل لتعديل الالتزامات العقدية وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مقارنة بنص المادة 510 ق م التي تجيز طلب الفسخ كجزاء أما بالنسبة للمادة 561 ق م نلاحظ أنها تتفق مع المبدأ

<sup>1</sup> - راجع المادتين: 510-513 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - راجع المادتين: 561، 562 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - راجع المادة 881 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> - حمزة بن خدة، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة علوم إنسانية، السنة السادسة، ع 39، خريف 2008، ص 8.

العام للنظرية لكن تختلف عنه في كونها تجيز فسخ العقد في -حالة الحوادث الاستثنائية العامة- التي يؤدي وقوعها إلى اختلال التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول في حين تكتفي المادة 107 من نفس القانون كما سبق وأن أشرت إليه إلى تعديل القاضي للالتزامات برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

إذا كان هذا شأن التعريف القانوني، فإنه وبعد استعراضنا له فإننا لا نجد اختلاف بينه وبين التعريفات الفقهية لأنها جميعا تدور في فلك شروط واحدة، وقبل تحديد مضامين الشروط، نتناول فيما يلي التطور التاريخي للنظرية مركزيين على المسألة التي تهمننا في هذه الناحية ألا وهي مسألة تعديل القاضي للعقود وذلك عند حدوث ظروف طارئة.

ثانيا: تعديل القاضي للعقود بسبب الظروف الطارئة(التطور التاريخي).

### 1- النظرية في العصور الوسطى:

لما كانت النظرية ذات جانب أدبي بارز، فإن ظهورها لا يستغرب في القوانين المشبعة بالروح الدينية، ظهرت في العصور الوسطى، وفي القانون الكنسي، ولها أثر واضح ومهم في الفقه الإسلامي<sup>1</sup>.

أ- أما بالنسبة للقانون الكنسي<sup>2</sup> فقد أجمع الفقه أنه قد عرف هذه النظرية وأقام قواعدها على أساس من العدالة، التي يجب أن تسود العقد منذ إبرامه إلى حين تنفيذه إلى غاية الانتهاء من تنفيذه.

لكن هذه العدالة قد تزول بوجود الغبن الظاهر المنبثق عن الاختلال في الالتزامات العقدية، إضافة إلى وقوع أحداث إنسانية وما تخلفه من نتائج، الأمر الذي يؤدي إلى إزالة كل قرينة بعدالة تلك العقود.

مما يفرض معه التعديل العقدي احتراماً لتلك العدالة على نفس المستوى الذي يفرضه

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط، ج1، ص 707.

- إن التعديل القضائي للعقد عند حدوث ظروف طارئة أخلت باقتصادياتها وبقي غريباً عن التشريع الروماني، الذي لا نسمع عنه إلا في أقوال الفلاسفة أمثال شيشرون Ciceron وسيناك Senéque ( أنظر في هذا الصدد عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط ...، المرجع السابق، ج1، ص 707، كذلك جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1983، ص15.

<sup>2</sup> - أسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مقال منشور بمجلة المحاماة، ع1، السنة الأربعون، سبتمبر 1959، ص 217.

الالتزام نفسه<sup>1</sup> فعلى الرغم من العناية الفائقة التي أولاها رجال هذا القانون للقوة الملزمة للعقود، واعتبارهم عدم الوفاء بالتعهدات نوعاً من الخطيئة، إلا أنهم اعترفوا بوجود شرط ضمني في جميع العقود، هو شرط بقاء الأمر على ما هي عليه *clause rebus sic stantibus*<sup>2</sup>.

ب- أما في الفقه الإسلامي حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً التشريع فإن الموازنة بين القوة الملزمة للعقد، والاستثناءات الواردة عليها كانت متوافرة لا تحتاج إلى وضع نظرية عامة يرجع إليها ما دامت العدالة وأسسها تسود المعاملات حيث كان فقهاء الشريعة يبحثون الاستثناءات حالة ذلك كله في مسائل متفرقة دون أن يلجئوا إلى صياغتها كنظرية عامة<sup>3</sup>.

فالفقه الإسلامي عموماً لم يبين على النظريات ولا على الأسلوب التحليلي، بل هو صورة خاصة وليد الاستقراء والاستخلاص الذي توصل إليه الفقهاء باختلاف مذاهبهم الفقهية من درس القضايا الفردية التي كانت ميداناً لاجتهادهم وموضوعاً لأبحاثهم وذلك بغية رفع الضرر عن أحد المتعاقدين بسبب تغير ظروف تنفيذ العقد مسترشدين في ذلك بما أقره الشرع الإسلامي في القرآن الكريم<sup>4</sup> والسنة النبوية بضرورة المساواة بين المتعاقدين في الحقوق والالتزامات ولما كان الثابت في مصادر التشريع الإسلامي كافة الإجماع على إزالة الضرر، فقد كان تعديل العقد للظروف الطارئة في تطبيقات مختلفة

<sup>1</sup> إعادة النظر في الالتزامات المرهقة، المرجع السابق، ص 8. أنظر أيضاً: محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 29-31.

<sup>2</sup> - مؤدى هذا الشرط- بقاء الأمور على ما هي عليه - إن التزم المتعاقد بما تعاقده عليه لا يبقى إلا إذا بقيت الظروف الاقتصادية التي تم في ظلها العقد على ما هي عليه، فإذا ما حدث وأن تغيرت الظروف عما كانت عليه وقت التعاقد وانجر عليها إرهاب أحد المتعاقدين واستفادة الآخر من الوضع، زال التساوي وحدث الاختلال العقدي في الالتزامات وجب إذن لإحلال العدالة تعديل العقد تعديلاً يضمن بقاء هذه المساواة . ( أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م1، ص 707). ( أنظر كذلك: جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة...، المرجع السابق، ص17). ( كذلك أنظر: عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 111). ( كذلك: بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق، ص 254).

<sup>3</sup> - عبد الرحمان هزوشي، أثر العذر والجوائح على الالتزامات...، المرجع السابق، ص19. أيضاً: جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 32.

<sup>4</sup> - فقد جاء في سورة البقرة الآية 286 ( ... لا يكلف الله نفساً إلا وسعها... ) والآية 185 ( ... يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر... ) وجاء في سورة الحج الآية 78 ( ... وما جعل عليكم في الدين من حرج... ) ، مؤدى هذه الآيات الكريمة أن الله سبحانه وتعالى لا يرضى لعباده الضيق والإرهاق والضرر.

بأسماء متنوعة كالفسخ والأعذار ووضع الحوائج في بيع الثمار أو تعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود<sup>1</sup>.

## 2- مرحلة التقنيات الحديثة:

بالنسبة لفرنسا لم يأخذ القانون المدني الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة في حين أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي اجتهادا تبعا لمقتضيات المصلحة العامة، ولقد أثرت الظروف التي أحدثتها الحربان العالميتان الأولى والثانية في الأوضاع الاقتصادية الأمر الذي دعا بعض الدول التي حددت قوانينها إلى قبول النظرية بنص صريح وأهم هذه القوانين : القانون البولوني، والقانون الإيطالي، والقانون اليوناني<sup>2</sup>، إذن قبلتها هذه القوانين ليس على عقودها الخاصة فحسب، بل وعلى عقودها العامة كذلك، كما قبلتها أنظمة قانونية أخرى وبقرارات قضائية رغم عدم وجود النص العام الذي يكرسها<sup>3</sup>.

ولذلك سوف ندرس التعديل القضائي في نطاق النظرية للقوانين السابقة خاصة الفرنسي، لنخرج بعد ذلك إلى معرفة واقع نظرية التعديل القضائي في التشريع المصري قبل التطرق إلى التشريع الجزائري.

### أ- النظرية في القوانين البولونية والإيطالية واليونانية.

تشير المادة 269 من القانون المدني البولوني على أنه إذا اعترضت العقد صعوبات مرهقة، أو هدد تنفيذه أحد المتعاقدين بخسارة فادحة، ولم يتمكن المتعاقد أن يتوقعها حين إبرام العقد كالحرب والوباء، أو تلف المحاصيل بأسرها أو أية كارثة طبيعية أخرى جاز للمحكمة بعد أن تستعين بمبادئ حسن النية وتوازن بين مصلحة الطرفين، إذا رأت ضرورة لذلك أن تعين طريقة تنفيذ العقد أو مقدار الالتزام بل والحكم بفسخ العقد.

ثم تلا تقنين الالتزامات البولوني التقنين المدني الإيطالي الجديد، فنص في المادة 1467 على ما يأتي : "في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على إثر ظروف استثنائية، جاز للمتعاقد المدين

<sup>1</sup> - لمزيد من التوضيح في هذا الصدد أنظر: عبد الرحمان هزوشي، المرجع السابق، ص 54-92. أنظر كذلك: جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 19-31.

<sup>2</sup> - محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة...، المرجع السابق، ص 133.

<sup>3</sup> - إعادة النظر في الالتزامات المرهقة، المرجع السابق، ص 20.

بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد وعلى المتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة"<sup>1</sup>.

كما نصت المادة 388 من القانون المدني اليوناني على أنه: "إذا طرأ حادث استثنائي غير متوقع على العقد المبرم وفقا لما يوجبه حسن النية ويتفق مع العرف في المعاملات وكان سيجعل التزامات الطرفين المتعاقدين مرهقة تزيد على الحد المألوف، فيجوز للمحكمة بناء على طلب المدين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولها أن تقضي بفسخ العقد كله أو بفسخ الجزء الذي لم ينفذ منه، فإن قضت المحكمة بالفسخ انقضت التزامات الطرفين وعلى كل منهما أن يعيد إلى الآخر ما أداه إليه وفقا للأحكام المتعلقة بالإثراء بلا سبب".

وفي هذا الصدد أتفق مع أسعد الكوراني في أن هذه المواد تختلف فيما بينها في أربعة نقاط:

أما الأولى: تتعلق بالمحل، فالقانون البولوني قد حدد المحل بالعقود عامة دون أن يميز في طبيعتها، وهذا ما أخذ به القانون اليوناني، إلا أن الملاحظ أن هذه العقود يجب أن تبرم وفقا لمقتضى حسن النية وما يوجبه العرف عادة في المعاملات.

أما بالنسبة للقانون الإيطالي فقد خص المحل بإعادة النظر في العقود المستمرة أو الدورية أو المؤجلة التنفيذ للظروف الطارئة، دون أن يربط ذلك الأجل بمدة محددة.

أما النقطة الثانية: فالمشرع البولوني انفرد بإعطاء أمثلة على خلاف المشرع الجزائري أو المصري، في حين نجد أن المشرعان الإيطالي واليوناني قد اشترطا إلى جانب عنصر عدم التوقع أن يكون الحادث استثنائيا.

أما النقطة الثالثة: فالمشرع اليوناني أوضح المقصود بالخسارة الفادحة والإرهاق الفاحش بأنها خروج الخسارة والإرهاق عن الحد المألوف في العادة، أما القوانين الأخرى فلم تخرج عن ما ينتج عن الظرف الطارئ من صعوبات مرهقة تهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة، أو حصول الإرهاق في التنفيذ بصورة فاحشة.

أما النقطة الأخيرة فهي كيفية التعديل القضائي للتعاقد فإذا كانت مجموع هذه القوانين لا تخرج فيما بينها على أن الإرادة في التعديل هي الإرادة من ضيقة الأمر

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م1، ص 716.

بالنسبة للتشريع الإيطالي، وشبه مطلقاً في التشريع اليوناني، ومطلقاً في التشريع البولوني<sup>1</sup>.

## ب- النظرية في فرنسا.

تعتبر فرنسا أشهر البلاد عناداً في رفض نظرية الظروف الطارئة، وأكثرها صراحة وذلك لتمسكها بنظرية القوة الملزمة للعقد، لقفل الباب أمام القاضي حتى لا ينفذ إلى العقد، فينال من قوته الملزمة، ولقد ثبت القانون الفرنسي الحديث على هذا الموقف فلم يقر النظرية لا فقها ولا قضاء<sup>2</sup>، ولكن إزاء الطبيعة الخاصة التي تتصف بها بعض العقود إزاء التطورات الاقتصادية والاجتماعية المستحدثة فقد عادت النظرية إلى الظهور في بعض الاجتهادات القضائية، ولعل الأسباب التي كانت وراء غياب النظرية كمبدأ عام عن القانون الخاص ترجع إلى الاعتبارات السياسية وعن شعارات الثورة الفرنسية وكذا من تشريع للحقوق الفردية والتعامل إضافة إلى النظرة إلى التعاقد كأساس للمبادلات واستقرار المعاملات استناداً إلى مبدأ الثقة، وهذا يفترض معه إنتاج العقد لآثاره دون أي حاجة لتدخل خارجي عن مؤسسة العقد.<sup>3</sup>

أما الاعتبارات القانونية فمردها القوانين الحديثة التي تأثرت بالعوامل السياسية وأول تلك التقنيات تقنين نابليون.

<sup>1</sup> - إعادة النظر في الالتزامات المرهقة، المرجع السابق، ص 21.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م 1، ص 708. (كذلك أنظر: وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة في العقد...، المرجع السابق، ص 646). لم يأخذ القانون المدني والفرنسي بهذه النظرية إذ نص في المادة 1/1134 على أن " الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها".

« Les conventions légalement formes, donnent lieu de loi à ceux qui les ont faites »

<sup>3</sup> - فعلى سبيل المثال أبدت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقدا يرجع إلى القرن 16 عشر، حيث كان متفقاً أن تروى مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية تافها كثيراً وذلك في قضية ( قنال كرابون canal crapon ) الشهيرة، وفي عام 1567 تعهد المهندس ( آدم دو كرابون Adam de carpon بإرواء الأراضي العائدة لسكان منطقة بليسان Pelissanne لقاء مبلغ مقطوع بعملة ذلك الزمان، وبعد مضي ثلاثة قرون أضحى هذا المبلغ زهيدا، فتقدم ( الماركيز دو كالفيفه Marquis de califet الذي آلت إليه ملكية القتال إلى محكمة آكس Aix ، وطلب تعديل العقد وإلزام المنتفعين من القتال بأجر إضافي، فاستجابت المحكمة وقضت بطلبه ولكن محكمة النقض الفرنسية أصدرت بتاريخ 6 آذار (مارس) 1876 م قراراً بنقضه، وهذا استناداً على قوة العقد الملزمة التي لا يجوز أن تكون محل تعديل قضائي للظروف الطارئة مهما وصل الإرهاق طالما لم يصل إلى حد الاستحالة. ( أنظر في هذا الصدد: عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 15-18).

إن هذه النظرة تبدلت تماما إبان الأزمات والحروب، فالحرية العقدية لم تعد حرية بمفهومها شبه المطلق، بل وضعت أمامها حواجز لم تكن معروفة إذ كان لتدخل الدولة لتلعب دور الموجه انعكاساته على النظريات القانونية إجمالاً<sup>1</sup>.

على أن نظرية الظروف الطارئة بالرغم من اندثارها في القانون الخاص، ازدهرت في القانون العام، حيث بدأت في القانون الدولي العام كشرط ضمني مفروض في المعاهدات الدولية، فهي تنقضي بتغير الظروف ثم انتقلت من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي أتاحت لمجلس الدولة الفرنسي للأخذ بها في قضية الغاز المعروفة، ذلك أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ثم ارتفع السعر بنشوب الحرب من 28 فرنك للطن في سنة 1913 إلى 73 فرنك في سنة 1915 ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد في القرار الصادر بتاريخ 30 مايو 1916 حيث كان أول قرار صدر بهذا الشأن، بعد هذا الحكم توالى أحكام أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى<sup>2</sup>.

#### ب.1 – النظرية في القانون العام ( القانون الإداري الفرنسي ) :

إذا كان موقف القضاء المدني الفرنسي جاء على هذا النحو إضافة إلى من شايهه من الفقهاء، فإن الأمر على النقيض من ذلك على صعيد القضاء الإداري الفرنسي الذي احتضن النظرية فاعتبرت بذلك من العوامل المساعدة لتسيير المرافق العامة<sup>3</sup>. ولما كان القانون الإداري متعلق ومرتبط بالمصلحة العامة، ذلك أن الغاية منه ومن خلال العقود الناشئة بموجبه كعقود التوريد والأشغال العامة والنقل هي إسداء الخدمات العامة لأكبر عدد من الناس.

ولهذا يوصف دائماً بأنه قانون قضائي، فالقضاء هو الذي يخلق القاعدة القانونية، وهو الذي يفسرها وهو الذي يستبدل بها غيرها...، وعلى ضوء هذه الخلفية للقانون

<sup>1</sup> – فاضل شاكِر النعمي، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة النظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية، وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، بغداد، دار الفكر، سنة 1971، ص 70.

<sup>2</sup> – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م 1، ص 714.

<sup>3</sup> – محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 45.

الإداري فإن النظرية وجدت أرضاً خصبة في ظل القانون وبالتالي القضاء<sup>1</sup>.  
وقد أخذ القضاء الإداري الفرنسي كما سبق الإشارة إليه دون القضاء المدني بنظرية  
الحوادث الطارئة لسببين وهما على التوالي:

**أما الأول :** أن القضاء الإداري ليس مقيدا بنصوص تشريعية كالقانون المدني فهو  
يتمتع بقدر كبير من الحرية والسلطات الواسعة، التي تجعل بعض أحكامه أقرب إلى  
التشريع كما تيسر له أن يتماشى وتطور الظروف<sup>2</sup>.

**أما الثاني :** إذا كان القضاء المدني يركز على المصلحة الخاصة، فإنه خلافاً عنه  
 نجد القضاء الإداري هدفه الصالح العام، ولذلك يحرص على أن يوفق في أحكامه بين  
التطبيق الصحيح للقواعد القانونية وبين مقتضيات المصلحة العامة، فإذا نظر القضاء  
الإداري قضية كقضية شركة الغاز التي أشرنا إليها وجب أن يحسب حساباً للخدمة  
العامة التي تقدمها الشركة للجمهور، إذ هي تقوم بمرفق عام، فلا يجوز أخذها بالعنت وإلا  
ترتب عن ذلك إفلاسها وتضرر الجمهور جراء ذلك أكثر من تضرره بتعديل عقد الالتزام  
نزولاً على حكم الحوادث الطارئة<sup>3</sup>.

### ج- في القانون المصري.

في هذا الصدد تشير أن أحكام " المجلة " مجلة الأحكام العدلية التي صدرت في تركيا  
عام 1876، ظلت إلى وقت بعيد تطبق في البلاد العربية حتى انفصالها عن الدولة  
العثمانية ولم تلغ أحكامها إلا في البلاد التي اختارت قانوناً وضعياً خاصاً بها كسوريا،  
والعراق، والكويت وليبيا، وكل هذه القوانين أخذت بنظرية الظروف الطارئة الوارد نصها  
في القانون المصري الجديد الصادر في 16 يونيو " حزيران " 1948 في المادة 147 منه،  
هذا القانون الذي أخذ بالنظرية على غرار القانون البولوني والقانون المدني الإيطالي  
الجديد لكن مستمداً أحكامها من الشريعة الإسلامية.

<sup>1</sup> - إحسان ستار خضير، نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود، بحدث مقدم كجزء  
من متطلبات الترقية إلى الصنف الأول من صنوف القضاة، 1997، ص 8.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م1، ص 714. محمد رشيد قباني، نظرية الظروف  
الطارئة، المرجع السابق، ص 135.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 714.

## د- في القانون المدني الجزائري.

تقضي المادة 3/107 من ق م ق م على : "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، 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".

نستقرئ من المادة أنه يجوز تعديل العقد في حالة ما إذا طرأت بعد إبرامه حوادث استثنائية لم تكن متوقعة ترتب عليها أن تنفيذ الالتزام وإن لم يصبح مستحيلا فهو مرهق للمدين وبإدراج هذا النص يكون المشرع الجزائري قد انتهك انتهاكا صارخا القوة الملزمة للعقد، بمعنى أن سلطان الإرادة عنده قد تراجع بحيث أصبح المتعاقد في بعض الحالات غير ملزم بما تعهد به، بمعنى وإن كان الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين فإن هذا المبدأ المدرج في نص المادة 106 ق م لم يعد يأخذ على إطلاقه بدليل أن هناك استثناء على هذا ورد في نص المادة 3/107 من ق م، وهو ما يقودنا للقول أنه لا بد من أن يوضح ذلك صراحة، فلا يبدو بمظهر أنه يرفض المساس بالقوة الملزمة للعقد، ثم يورد استثناءا على وجوب تنفيذه بحسن النية، فكان حريا بالمشرع أن يكون واضحا بأن ينص على هذا الاستثناء أي على جواز تعديل العقد من قبل القاضي - كاستثناء على عدم جواز تعديله، وليس استثناءا لوجوب تنفيذه بحسن نية- .

كما جاء به نص المادة 107 ق م ، لهذا نجد أن المشرع وإن كان قد نقل حرفيا الفقرة الثالثة من المادة 107 ق م من نص المادة 147 قانون مدني مصري<sup>1</sup>، إلا أنه حاد عنها ذلك أن تطبيق النظرية كما سنرى لاحقا<sup>2</sup> لا يقتضي في تحققها حسن نية المدين أو سوئها، إذ أن المدين لا دخل له في حدوث الظرف الطارئ.

<sup>1</sup> - تنص المادة 147 ق م م على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون

ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" .

<sup>2</sup> - أنظر الفرع الثاني من المطلب الأول، ص 143.

ولهذا أقترح أن يعدل نص المادة 107 ق م بأن تلحق الفقرة الثالثة منه إلى نص المادة 106 لأن الاستثناء يتبع الأصل ويضيف حمزة بن خدة أن المشرع نص في المادة 106 على: "... جاز للقاضي تبعا للظروف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..." في حين نجد النص الفرنسي لهذه الفقرة يستعمل كلمة *réduire* بدلا من يرد، وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يستعمل فعل ينقص، فقامت مناقشة حادة حول ما إذا كانت سلطة القاضي تقتصر على الحكم بإنقاص التزام المدين فقط، أو تمتد إلى الحكم بزيادة التزام الدائن، بحيث يتعادل مع التزام المدين؟ في حين أن الرأي انتهى إلى جواز أخذ القاضي بأحد الأمرين وقد تم إبدال فعل ينقص بفعل يرد حتى يطبق على الإنقاص وعلى الزيادة على السواء.

وعلى ذلك يظهر أن النص العربي قد وُفق باستعماله لفعل يرد بينما فعل *réduire* يعكس ترجمة ناقصة للمادة 2/147 م مصري<sup>1</sup>.

بعد استعراضنا للتطور التاريخي لإعادة النظر في الالتزامات المرهقة، نقول أن تعديل القاضي للعقود بسبب الظروف الطارئة، إنما وجد أصلا بهدف تحقيق التوازن العادل بين طرفي الرابطة العقدية وللبحث في مسألة تعديل القاضي للعقد المدني بموجب نظرية الظروف الطارئة، يقتضي منا الأمر بيان الشروط القانونية لتطبيق النظرية، والتي تبرر التعديل القضائي للعقد وهو ما سيتم توضيحه بالدراسة من خلال الفرع الثاني.

### الفرع الثاني: الشروط القانونية لتعديل القاضي العقد (تطبيق النظرية).

لقد بلور الفقه الشروط القانونية التي من شأن توافرها بموجب نص المادة 3/107 مدني، تدخل القاضي في العقد لتعديله بسبب الظروف الطارئة في عدة شروط وهي<sup>2</sup>:

- 1- أن يكون العقد الذي يستوجب تطبيق النظرية متراخي التنفيذ.
- 2- أن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام وليس في الوسع توقعه.

<sup>1</sup> - حمزة بن خدة، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 9.

<sup>2</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 55.

3- أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا<sup>1</sup>.

أولا : أن يكون العقد الذي يستوجب تطبيق النظرية متراخي التنفيذ.

يلزم لكي تطبق أحكام نظرية الظروف الطارئة أن يكون بصدد عقد متراخي التنفيذ أي عقد يكون هناك فاصل زمني بين إبرامه وتنفيذه<sup>2</sup>.

ومع ذلك لا تشترط بعض القوانين كالقانون المصري والليبي و السوري والعراقي ذلك، فتطبق النظرية على العقود التي يستلزم تنفيذها وقتا وعلى تلك التي لا يستلزم تنفيذها وقتا<sup>3</sup>.

ذلك أن النظرية تفترض لتطبيقها أن حادثا وقع بعد قيام العقد وقبل التنفيذ وأن هذا الحادث قد أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجودا وقت انعقاد، بمعنى أن هناك فترة زمنية تفصل بين انعقاد العقد وتنفيذه، وهو المفروض في تطبيق هذه النظرية وعلى سبيل المثال نذكر: عقد الإيجار الذي هو من عقود المدة، أو عقد التوريد ذي التنفيذ الدوري، وكذا العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل.

ويضيف عبد المنعم فرج الصده أنه من الممكن إضافة طائفة أخرى من العقود وإن كان يندر وقوعها من الناحية العملية فإن ذلك ليس مستحيلا، هذا إذا كان العقد فوريا وغير مؤجل التنفيذ، وحصل أن وقع حادث استثنائي عقب صدوره مباشرة<sup>4</sup>، إلا أن هذه الصورة من الناحية العملية ضئيل إلى الحد الذي يسمح بالقول<sup>5</sup> بأنه يشترط في العقد الذي

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق، ص 255.

اختلاف الفقهاء بشأن مسألة تعداد الشروط، فالسنيوي قسمها إلى أربعة مثلا، أما توفيق فرج الصده فقسمها إلى ثلاثة شروط إلا أن هذا الاختلاف لا يؤثر على الناحية الجوهرية ولا يرتب أي أثر. ( أنظر: حميد بن شنيته، المرجع السابق، ص 55).

<sup>2</sup> - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، (مصادر الالتزام) ، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقهاء الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز ، (د، ط)، (د، ن)، 2003، ص 184.

<sup>3</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 145.

<sup>4</sup> - عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 483.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنيوي، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص 718.

تطبق عليه أحكام النظرية أن يكون عقدا متراخي التنفيذ<sup>1</sup>.

يبدو مما سبق أن إعادة النظر في العقد لا يكون لأي سبب من الأسباب ذلك أن نظرية الظروف الطارئة تستهدف كما قلنا رفع الإرهاق عن المدين برد التزامه إلى الحد المعقول، أما وأنه فرضا قد تم تنفيذ الالتزام العقدي، وبعد ذلك حدثت هذه الظروف فإننا طبعا لا نكون بصدد هذه النظرية وتطبيقها ولا يحق للمدين أن يطالب برفع الحرج عنه هذا من جهة.

ومن جهة أخرى يمكن أن تطبق أحكام النظرية في حالة العقد الفوري طالما تراخى لتنفيذها بسبب لا يرجع إلى المدين كما في عقد البيع الذي يدفع فيه الثمن على أقساط من قبل المشتري، أو كان تسليم الشيء المبيع مؤجلا من جانب البائع فإذا حدث وأن طرأ عليه حوادث عامة لم يكن في الوسع توقعها من قبل المدين، عندئذ تطبق أحكام النظرية في هذه الحالة<sup>2</sup>.

**أما السؤال المطروح: ماذا بشأن العقود الاحتمالية؟.**

أما بشأن العقود الاحتمالية كعقد التأمين، ومدى انطباق أحكام نظرية الظروف الطارئة عليها، فقد اختلف الفقه بصددتها وإن كان النص جاء مطلقا في اشتراطه أن يكون العقد متراخي التنفيذ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 483.

- هناك اختلافات فقهية تتعلق بمجال نظرية الظروف الطارئة، فهناك من يقول أنها تقتصر على العقود التبادلية دون الملزمة لجانب واحد. ( أنظر: أسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة...، المرجع السابق، ص 229). وهناك من يرى أنها تشمل العقود التبادلية والعقود الملزمة لجانب واحد وهو الرأي الراجح في الفقه. ( أنظر: حميد بن شنياتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 56). فإذا رجعنا إلى نص الفقرة الثالثة من المادة 107 نجد في ثناياها عبارة -وبعد مراعاة مصلحة الطرفين- الأمر الذي يوحى بضرورة وجود تقابل بين الالتزامات لكن هذا لا يمنع من ترجيح الرأي الفقهي القائل بانطباق النظرية على جميع العقود بما فيها الملزمة لجانبين والملزمة لجانب واحد، لأنه إذا كانت الحكمة التي من أجلها شرع المشرع نظرية الظروف الطارئة هي إزالة الإرهاق عن أحد المتعاقدين وتحقيق التزامه، فليس من العدالة أن يرفق بمتعاقده دون الآخر لمجرد أن الالتزام العقدي الذي يتحمل به لا يجد التزاما يقابله من الناحية الأخرى. ( أنظر: جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 98.

<sup>2</sup> - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 174.

<sup>3</sup> - أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 175.

إلا أن نبيل إبراهيم سعد يستبعد العقود الاحتمالية، وعقود المضاربة في البورصة من نطاق تطبيق النظرية، بحكم طبيعتها التي فيها يتعرض المتعاقد للخسارة أو الربح بغض النظر عن جسامه الخسارة أو كثرة الربح<sup>1</sup>.

هذا بالنسبة للعقود الاحتمالية التي لا تطبق النظرية عليها، كما لا تطبق أيضا إذا تراخى تنفيذ العقد بسبب خطأ المدين، فإذا كان هذا التراخي راجعا إلى خطئه وتقصيره فلا يستفيد من تطبيقها.

هذا والمدين لا يستفيد من تطبيق أحكام القانون الخاصة بالظروف الطارئة، كما في حالة المشتري الذي لم يدفع الثمن بعد، وقام البائع بإعذاره فلم يدفع، اعتبر مقصرا، فإذا وقعت بعد ذلك ظروف طارئة تجعل التزامه مرهقا لم يكن في وسعه أن يلجأ إلى القضاء مطالبا برد الالتزام إلى الحد المعقول، ففي هذه الحالة لا يمكن أن يتحمل الدائن نتائج خطأ هذا الأخير<sup>2</sup>.

وعليه فنظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع العقود التي يتراخى تنفيذها ويطرأ خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدي إلى إرهاب في تنفيذ الالتزام سواء كانت عقود زمنية أو فورية بهدف إعادة التوازن الاقتصادي للعقود إلا أنه يستثنى من هذه الفئة من العقود الاحتمالية التي هي بطبيعتها تحتمل الكسب أو الخسارة، كذا والعقود التي يكون محل التزامها نقودا وهذا طبقا للمادة 95 من التقنين المدني الجزائري<sup>3</sup>.

ويبدو أن المشرع قد سكت عن ذكر هذا الشرط في المادة 3/107 من التقنين المدني، إلا أنه لا يمكن تجاهله أثناء التطبيق، خاصة وأن للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن وعلى هذا لا تنصرف النظرية إلى عقود القرض بحسب ما أشارت إليه نص المادة 95 من القانون المدني.

<sup>1</sup> - قضت محكمة النقض بأنه يجوز إهمال نظرية الحوادث الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 2/147 مدني في شأن عقود بيع القطن الآجلة (الكونترات)، لأن المتعاقد يعلم سلفا أنه يتعاقد بعقد احتمالي مبناه فكرة المخاطرة، (نقض مدني، 15 فبراير 1966، مجموعة أحكام النقض السنة 17 جزء 1 رقم 38 ص 287). ( أنظر: نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 288). ( أنظر كذلك: مصطفى محمد الجمال، أحكام الالتزام، (د.ط.)، (د، ن) ، 2000، ص 235).

<sup>2</sup> - مصطفى الجمال ورمضان أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، (دراسة مقارنة)، (د.ط.)، منشورات الحلبي الحقوقية، (د، س)، ص 199.

<sup>3</sup> - تنص المادة 95 على أنه: " إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

ثانيا : أن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام وليس في الوسع توقعه.  
لدراسة هذا الشرط نفسه إلى ثلاثة أقسام :

### 1- أن يكون حادثا استثنائيا:

الحادث الاستثنائي هو حادث غير مألوف، أو الأمر الذي يندر حدوثه فهو حادث لا يقع في ظروف عادية، ومن بين الحوادث الاستثنائية يذكر الفقهاء على سبيل المثال<sup>1</sup> زلزال أو حرب أو إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة رسمية، أو إلغائها أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها، أو وباء ينتشر، أو جراد يزحف أسرابا، ويظهر من هذه الحوادث أنها استثنائية يندر وقوعها<sup>2</sup>.

هذا ونجد أن من بعض الفقهاء من يعارض إلحاق وصف الاستثنائية بالحادث ذاته، ويرون انصراف هذا الوصف إلى الأثر الذي يحدثه الحادث الطارئ...، ذلك أنه قد يكون عاديا مألوفا، لكن ما يترتب عنه من نتائج قد تؤدي إلى اقتصاديات العقد وترتيب الالتزام المرهق<sup>3</sup>.

وفي هذا الصدد أنفق مع علي فيلالي في كون أن العبرة تكون بالآثار الاستثنائية للحادث، كما تكون كذلك بالحادث نفسه إذا كان استثنائيا<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - علي فيلالي، الالتزامات...، المرجع السابق، ص 374، أنظر كذلك: رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 225. أنظر كذلك: عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 483.

<sup>2</sup> - محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة...، المرجع السابق، ص 142. (أنظر كذلك: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 99).

<sup>3</sup> - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 374. (أنظر كذلك : جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 113).

- راجع القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 2000/01/12 في الملف رقم 21278 والذي يعتبر أن الظروف الأمنية السائدة في منطقة الأخضرية لسنة 1994 أنها من قبيل الحوادث الاستثنائية، المجلة القضائية، 2001، العدد الأول، ص 114.

<sup>4</sup> - جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 374.

## 2- أن يكون الحادث الاستثنائي عاما:

وهو ما استوجبه المادة 107 فقرة 03 من تقنيننا المدني، بحيث لا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين وحده<sup>1</sup>، ولعل هذا راجع إلى حرص المشرع على الحفاظ على القوة الملزمة للعقد، وحتى لا تتزعزع المعاملات وذلك بالتضييق من نطاق تطبيق النظرية، وهو ما أشارت إليه لجنة المراجعة<sup>2</sup>، وهو ما يضمن عدم غش المدين بادعائه خلاف الواقع<sup>3</sup>.

في حين أن الاتجاه الغالب في القانون المقارن، نأخذ مثلا القانونين البولندي والايطالي لا يتطلبان وصف أن يكون عاما حتى يكون المجال أمام القاضي لتعديل العقد<sup>4</sup>.

## 3- ألا يكون الحادث الطارئ متوقعا وقت التعاقد:

وذلك ما تطلبه المادة 03/107 مدني إذ أنه وحتى يتمكن القاضي من التدخل بغرض رفع الإرهاق وتطبيق النظرية أن يكون الظرف الطارئ الاستثنائي العام ليس في الوسع توقعه وقت انعقاد العقد<sup>5</sup>، كما لا يكون في الاستطاع دفعه من قبل المدين، كما لو كان فيضانا عاليا بدرجة غير عادية بحيث لا يستطيع توقعه<sup>6</sup>.

لأن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعا أو غير متوقع، ولا يكون حينئذ حادثا<sup>7</sup>.

وهنا نجد أن الفقه يشدد على أهمية هذا الشرط معتبرا إياه أساسيا لإعادة النظر في العقود للظروف الطارئة، بل إن بعضه يذهب إلى أبعد من ذلك باعتباره يغني عن شروط استثنائية الظرف نفسه " إلا أنه إذا صح أن الحادث الاستثنائي قد يكون متوقعا، فإنه على العكس من ذلك، فإذا كان الحادث غير متوقع فلا بد من أن يكون استثنائيا" والأصل أن

<sup>1</sup> - علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص99.

<sup>2</sup> - مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، المرجع السابق، ص282.

<sup>3</sup> - مصطفى محمد الجمال، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص246.

<sup>4</sup> - المادة 269 مدني بولندي، والمادة 1467 مدني ايطالي .

<sup>5</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص58. ( نقض جلسة 1968/02/12، س17، مح فني مدني، ص1521) أنظر في هذا الصدد: معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1987، ج1، ص239.

<sup>6</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد...، المرجع السابق، ص484-485.

<sup>7</sup> - محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة...، المرجع السابق، ص143.

يكون متوقعا فالتوقع هو القانون ، وعدم التوقع هو الاستثناء وعلى القاضي أن يكون حذرا عند استنتاجه<sup>1</sup>.

وبالتالي لا جدوى من ذكره كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993، "حيث أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا"<sup>2</sup>. وفي هذا الصدد يرى علي فيلالي أن هذا الشرط هو في حقيقته مكمل للشرط الأول، ذلك أن الحادث الغير متوقع هو الحادث الاستثنائي<sup>3</sup>، وهو ما أميل إليه وأؤيده، بحيث يظهر أن المشرع أورد هذه الصفة من باب التأكيد والتذكير على أن تدخل القاضي لتعديل العقد هو حالة استثنائية فقط.

وهنا نجد أن الفقه قد تساءل عما إذا كانت العبرة في عدم التوقع (يعني توقع الحادث في حد ذاته) أم هي بعدم توقع نتائج الظرف الطارئ بحيث هي نتائج غير متوقعة؟. ثالثا: أن يؤدي الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا .

وهذا الشرط يعتبر جوهر النظرية، إذ أنه يتعلق أساسا بأثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، فإذا ما اتضح أن الحادث الطارئ سوف يجعل تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المدين مرهقا ويهدده بخسارة فادحة كان من حقه أن يستفيد من الحماية المقررة بموجب نص المادة 3/107 مدني<sup>4</sup>، ولأهمية هذا الشرط فإنه ومهما توافرت لتطبيق نظرية الظروف الطارئة الشروط السابقة الذكر، فإنها تبقى عديمة الجدوى، إذا لم ينتج عن تنفيذ العقد الإرهاق<sup>5</sup>، إذ لا يعتد بالحادث الطارئ إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام

<sup>1</sup> - إعادة النظر في الالتزامات المرهقة، المرجع السابق، ص 54. أنظر كذلك: عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد...، المرجع السابق، ص 484، أنظر كذلك: خديجة فاضل، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 80 .

<sup>2</sup> - المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 10/10/1993، ملف رقم 99694، المجلة القضائية، ع1، 1994، ص 217.

<sup>3</sup> - علي فيلالي، الالتزامات...، المرجع السابق، ص 375.

<sup>4</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 59.

<sup>5</sup> - جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 121.

مرهقا وليس مستحيلا<sup>1</sup>.

وعلى هذا فقد عرفت الفقرة الثالثة من المادة 107 من التقنين المدني الجزائري، وغيرها من نصوص التقنيات العربية التي أقرت بنظرية الإرهاق بأنه ما يهدد المدين بالخسارة الفادحة<sup>2</sup>.

فليس المقصود من هذا الشرط أن يصبح الالتزام المطلوب من المدين تنفيذه ثقيلًا وإنما أن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا للغاية<sup>3</sup> دون أن يكون مستحيل التنفيذ.

ولتحديد طبيعة الإرهاق، فقد جرت محاولات متعددة فقهية وقضائية تدور حول أساسين: وجود خسارة فادحة، ومرونة المقياس الذي ينبغي اعتماده لتحديد هذه الخسارة. يقول السنهوري: "إن الإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث معيار مرن ليس له مقدار ثابت، فما يكون مرهقا في ظروف أخرى، والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة - غير مألوفة - فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي لأن التعامل مكسب وخسارة<sup>4</sup>."

نستنتج من خلال ما ذهب إليه السنهوري أن المعيار المعتمد لتحديد الإرهاق الناتج عن الأثر غير المألوف للحادث الطارئ أنه معيار مرن، وهذا راجع إلى اختلاف الحالات والأشخاص.

ويضيف عبد السلام الترماني، أنه من الصعب ضبط مقياس يتحدد على أساسه حصول الإرهاق أو عدم حصوله، فالمسألة تتباين بحسب موضوع الصفقة، وبحسب شخصية المتعاقد، فالإرهاق قد يصيب مدينا معينًا دون آخر وقد يصيبه في ظرف آخر مختلفًا عن الظرف الذي وجد فيه<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> - راجع المقارنة بين نظريتي الظروف الطارئة، والقوة القاهرة، المرجع السابق، ص 6-11. كذلك فيما يخص القوة القاهرة راجع: أحمد سليم فريز نصر، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2006، ص 157-160.

- راجع القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة الاقتصادية، ع2، 1999، ص 95.

<sup>2</sup> - جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة...، المرجع السابق، ص 121.

<sup>3</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 59.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م1، ص 723.

<sup>5</sup> - عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 318.

الأمر الذي يدعوننا في الآتي تناوله طرح التساؤل التالي: ما هو معيار الإرهاق؟  
وما مقداره؟

## 1- معيار الإرهاق:

هناك معياران للإرهاق: الأول ذاتي ويقدر على ضوء ثروة المدين، فإذا كان غنيا فقليلا ما يكون تنفيذ الالتزام بالنسبة إليه مرهقا، ولو زاد مقداره بأضعاف كثيرة عن العوض الذي يتحصل عليه طالما كان يستطيع تحمله<sup>1</sup>.

أما الثاني: فهو المعيار الموضوعي، بحيث ينظر بخصوص الإرهاق والخسارة إلى الصفة في حد ذاتها دون النظر إلى ظروف المتعاقد الخاصة، وذلك ما أستقر عليه القضاء في الدول التي أخذت بهذه النظرية<sup>2</sup>.

ويبدو أن اعتماد المعيار الموضوعي يساهم في تحقيق وإرساء العدالة العقدية بين أطراف العقد وهو الذي يتلاءم مع فكرة إعادة النظر في الالتزامات العقدية من قبل القاضي ويوسع من مجال تطبيق النظرية، وهذا لعدة أسباب أوجز أهمها كالآتي:

- إن اعتماد المعيار الشخصي، يركز على الوضعية المادية أو الخاصة بالمتعاقد والبحث في وضعيته الخاصة قد يحمله على القيام بأعمال تتنافى مع القواعد الأخلاقية المفروضة، كالغش الضريبي بإخفاء الربح، وتهريب الثروة.

- إن تطبيق المقياس الذاتي صعب التطبيق من الناحية العملية ذلك بالبحث عن أوضاع كل مدين على حقه وبيان حالته المادية في الوقت الذي انقلبت فيه مقاييس الملائة والثراء فلم تعد تظهر بمظاهر مادية واضحة وإنما تستتر وراء العمليات المصرفية أو المساهمة في الشركات الضخمة.

<sup>1</sup> - علي فيلاي، الالتزامات...، المرجع السابق، ص 377.

<sup>2</sup> - أقرت محكمة النقض المصرية في حكم صادر عنها بتاريخ 1970/12/15 أن: "تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول طبقا للمادة 2/147 رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المههد بخسارة فادحة وتقدير مدى الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ومناطق هذا الإرهاق الاعتبارية الموضوعية بالنسبة للصفة ذاتها لا للظروف المتعلقة بشخص المدين" السنة 21 رقم 1234 مجموعة النقض المصرية، في نفس الاتجاه نقض مصري 1964/03/26 - 15- 409، نقض 1962/05/10-13-129، نقض 1964/12/07 - 7512. (مشار إليه عند: عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، ط 1988، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص 109).

أنظر كذلك: أنو سلطان، الوسيط، المرجع السابق، م 1، ص 419، 420.

- إضافة إلى أن تطبيقه لا يؤثر على العقود التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنويين أطرافا في هذه العقود، نتيجة للحيطه والحذر لهؤلاء الأمر الذي يؤدي مثلا إلى تكديس كميات من موضوع الصفقة قبل ارتفاع أسعارها، وما يترتب عن ذلك من عدم استفادة المدين من تطبيق النظرية لمصلحته نتيجة اليقظة والتبصر<sup>1</sup>.  
وهذه الأسباب وغيرها أدت إلى اعتماد غالبية الفقه المعيار الموضوعي.

## 2- مقدار الإرهاق:

بالرجوع إلى نص المادة 3/107 نجد أن المشرع لم يعين مقدار الإرهاق بل اكتفى بوصف هذا الإرهاق بالخسارة الفادحة أي - غير مألوفة-.

إن توافر الشروط جميعا بحسب ما ورد في نص المادة السابقة، يجيز للقاضي استثناء التدخل لتعديل العقد المدني أثناء تنفيذه بسبب الاختلال الحاصل في الالتزامات العقدية، وللقاضي سلطة تقديرية لتقدير الإرهاق حسب الاعتبارات الموضوعية للعقد<sup>2</sup>.  
**المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في التعديل للظروف الطارئة.**

إذا توافرت الشروط السابقة الذكر " جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>3</sup>.

فإذا كان المشرع الجزائري قد خول للقاضي إمكانية تعديل العقد بمجرد توافر الشروط القانونية ، وهذا بغرض تحقيق العدالة العقدية، ورفع الإرهاق على المدين، وهو الأمر الذي يقودنا إلى طرح التساؤل عن الكيفية التي يتجسد بها تعديل الالتزامات العقدية وبصورة أوضح ما هي وسائل القاضي لتعديل العقد بمناسبة الظروف الطارئة؟.

لكن بالرغم من تدخل القاضي بوسائل لتعديل العقد، نجد أن المشرع مع هذا لم يكن يهدف إلى إطلاق يد القاضي في التصدي لشروط العقد دون قيد، أو شرط إذ أنه عندما نص على جواز تعديله العقد استثناء من المبدأ العام " العقد شريعة المتعاقدين" فإنه قيد

<sup>1</sup> - إعادة النظر في الالتزامات المرهقة، المرجع السابق، ص85.

<sup>2</sup> - راجع قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، 1999، عدد خاص، ص95.

<sup>3</sup> - راجع نص المادة 3/107 مدني جزائري .

هذا التدخل بجملة من القيود والضوابط، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عن القيود التي تضبط عمل القاضي أثناء تعديله العقد بسبب الظروف الطارئة؟.

### الفرع الأول: مراعاة القاضي الضوابط التشريعية.

بعد أن تتوافر الشروط الآنف الذكر في هذه الحالة فقط يجوز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة أطراف العقد أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول<sup>1</sup>.  
فيجب على القاضي فوق ما تقدم أن يراعي الضوابط التي وضعها المشرع كنموذج يحتذى به عند وضع الإرهاق عن كاهل من أُبتلي به.

ونظرا لما أبداه خصوم النظرية من انتقادات عنيفة لها على أساس أنها تعد ثغرة ينفذ منها القاضي لينال من مبدأ لزوم العقد، وبالتالي عدم استقرار مبدأ سلطان الإرادة الذي بدأ يتراجع بفعل التوجهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتعرض لها معظم الشعوب، نظرا لكل ذلك، وحتى لا يفتح المشرع أمام القاضي سلطة تعديل الالتزامات العقدية بصورة واسعة دون ضوابط أو حدود، فقد أحاطه بمجموعة من القيود عليه مراعاتها أثناء عمله، وتتلخص هذه القيود كالاتي :

أولا : مراعاة الظروف المحيطة بالقضية.

ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين.

ثالثا: الحد المعقول لرد الالتزام المرهق.

وقبل أن نبين ما هي القيود والضوابط الواجب مراعاتها يستدعي انتباهنا لفظة وردت في نص المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري وهي لفظة "جاز" الأمر الذي يثير العديد من التساؤلات.

الأول : هل الجواز هنا يعني أن القاضي بالخيار بين قبول الدعوى ونظرها والحكم فيها ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول برغم أحقية صاحب الالتزام في ذلك ؟.

الثاني : هل يراد بالجواز أن القاضي بالخيار أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول من خلال الضوابط التشريعية أم أنه يستطيع رده دون مراعاة تلك الضوابط مع لزوم قيامه بالرد؟

<sup>1</sup> - راجع المادة 3/107 مدني .

في هذا الصدد يذكر محمد محي الدين إبراهيم سليم أن كلمة الجواز هنا تفصح عن ضرورة تقيد القاضي للقيود والضوابط التشريعية، كما أنها لا تعني أن له الخيار بين رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أو عدم رده ويبرر رأيه هذا ويرجعه إلى عدة أسباب:

1- إن الحكمة من إفراد المشرع نصا خاصا لمعالجة الظرف الطارئ لغاية مقصودة وهي أنه لم يشأ أن يجعل هذا النص مهملًا، فيكون مصيره بيد القاضي إن شاء أخذ بها وإن شاء أهمله، ولهذا نجد أن المشرع قد أحسن فعلا لنصه على ذلك.

2- إن المشرع على خلاف القاعدة العامة، قد استثنى مسألة معينة من قاعدة عامة وهي مسألة الظرف الطارئ، وهو بهذا يقصد إلى تطبيق أوصاف معينة وضوابط محددة أفردتها لتلك المسألة فلا يقبل بعد ذلك أن يقال بجواز الأخذ بهذه الضوابط أو طرحها.

3- من ناحية أخرى قد رتب المشرع جزاء البطلان على كل اتفاق بين الطرفين يكون من شأنه غل أو سلب القاضي سلطته في التعديل، وهذا يدل على مدى حرص المشرع على أن يكون الأمر بيد القاضي يطبقه بحذافيره دون ترك أو إغفال لجزء من أجزائه<sup>1</sup>.

وتأكيدا لذلك ما ورد في الأعمال التحضيرية، أنه ومتى توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ، فإن للقاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذي صار مرهقا إلى الحد المعقول، وهو حين يختار- في حدود سلطته التقديرية- الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه<sup>2</sup>.

نستشف مما سبق أن لفظة "جاز" إنما هي رخصة في يد القاضي يستعملها بتوافر شروط تحقق الظرف الطارئ، واستعمال هذه الرخصة خاضع لمحكمة النقض من حيث توافر الشروط التي تبيح هذا التدخل، فعلى القاضي أن يراعي الضوابط التي أقرها المشرع في سبيل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بقى في الآتي أن نبين الضوابط التي تحكم سلطة القاضي في تعديل العقد للظروف الطارئة.

#### أولا : مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية

طبقا للمادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري "غير أنه... جاز للقاضي وتبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...".

<sup>1</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة...، المرجع السابق، ص 430، 431.

<sup>2</sup> - مجموعة الأعمال التحضيرية، المرجع السابق، ج2، ص 285.

بموجب هذه المادة خول المشرع للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك تبعا للظروف، ويذكر حميد بن شنيبي أن المشرع أراد من خلال هذه العبارة أن يوسع من دور القاضي وسلطته التقديرية بما يمكن معه أداء مهمته في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فهذه العبارة تشكل ضابطه من ضوابط القاضي في تعديل العقد، إلا أنها مع هذا لا تعد بالضرورة قييدا على تدخله<sup>1</sup>.

غير أن الفزاري حسبو يذكر أن عبارة "تبعا للظروف" لم تجئ عينا بل قصد بها تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدود ما تكون عليه ظروف التعاقد أو التنفيذ<sup>2</sup>.

ومما لا شك فيه أن القاضي وهو بصدد رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إنما يفعل ذلك من خلال الظروف المحيطة بالجو العام الذي تنفذ فيه الالتزامات التعاقدية، أي أنه لا ينظر إلى الالتزام المرهق مجردا من الظروف التي ساهمت في إضفاء صفة الإرهاق عليه، فعليه أن يتفحصها ليتبين آثارها على الالتزامات التعاقدية وما إذا كان الظرف الطارئ ذا تأثير مستمر أم مؤقت كل ذلك من أجل الوصول إلى حل مناسب باستخدام الطريق المناسب<sup>3</sup>.

ولقد ضرب السنهوري مثلا يوضح فيه مدى أهمية مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالدعوى بمقاول يتعهد بإقامة مبنى وترتفع أسعار بعض مواد البناء كحادث طارئ ارتفاعا فاحشا ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد فيوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضررا جسيما يلحق بصاحب المبنى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - حميد بن شنيبي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 60، 61.

<sup>2</sup> - حسبو الرسول الشيخ الفزاري، المرجع السابق، ص 615، نقلا عن: خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 103. جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 138. أنظر كذلك: نقض جلسة 1969/11/11، س 20، مج فني مدني، ص 1193. (مشار إليه عند: معوض عبد التواب، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 239).

<sup>3</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 432.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج 1، ص 725.

## ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين ( المتعاقدين )

من المتعارف عليه فقها وقضاء أن نظرية الظروف الطارئة لا تعني رفع للإرهاق كله عن كاهل المدين وإلقائها على عاتق الدائن<sup>1</sup>، فمصلحة المدين تقتضي أن يؤخذ بيده وإقالته من عثرته التي أوقعته فيها الظروف التي طرأت وأثقلت كاهله حتى يود الإفلات من التزام أرقهه، ومصلحة الدائن تتجسد في رغبته بتنفيذ المدين لالتزامه في الموعد المحدد وبالكيفية المتفق عليها خاصة بعدما بانته له علامات الربح الوفير المتمثل في فارق الأسعار، والذي يمثل بالضبط لدى المدين خسارة فادحة<sup>2</sup>.

ومن ثم ينبغي على القاضي أن يتوخى الدقة في توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين وأن يجري موازنة بينهما<sup>3</sup>، فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بإعادة النظرية في الالتزامات المرهقة بسبب اختلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة<sup>4</sup>.

والقاضي وهو يقوم بالموازنة بين مصالح الطرفين، فلا بد أن ينظر إلى المسائل بمعيار موضوعي فلا يتأثر بالحالة الشخصية لا للمدين ولا للدائن.

ومن بين مظاهر الموازنة بين مصلحة الطرفين أن القاضي يجري سلطته التقديرية على الحاضر فقط، دون الالتفات إلى ما تم في الماضي الذي ربح فيه من ربح، وخسر فيه من خسر، وكذلك بغض الطرف عن المستقبل الذي تكتنفه احتمالات عديدة من بينها احتمال زوال أثر الحادث الطارئ<sup>5</sup>.

في الأخير نقول وأنه حرصا من المشرع على أن يتم التعديل بالموازنة بين مصلحة المتعاقدين فقد نص صراحة على ذلك بقوله " وبعد مراعاة مصلحة الطرفين"<sup>6</sup>.

## ثالثا: الحد المعقول لرد الالتزام المرهق.

خول المشرع الجزائري طبقا لإحكام المادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري

<sup>1</sup> - جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 138.

<sup>2</sup> - محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 433.

<sup>3</sup> - جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 138.

<sup>4</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 61.

<sup>5</sup> - محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 434.

<sup>6</sup> - المادة 3/107 مدني جزائري.

للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول<sup>1</sup>، وهذا الحد هو الذي يتحقق به العدل، ولا يتعارض مع العقد والمنطق، فبقدر الغنم يكون الغرم، وبقدر الكسب تكون الخسارة<sup>2</sup>، ورد الالتزام المرهق يكون إما بالإنقاص في الالتزامات العقدية، وإما بالزيادة في الالتزامات المقابلة، أو وفق تنفيذ العقد، إضافة إلى ذلك فهناك من يأخذ بالفسخ<sup>3</sup>، إلا أن وقوع حادث طارئ عام غير متوقع يؤدي إلى إرهاب المدين في تنفيذ التزامه العقدي. ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يتدخل لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وذلك في حدود المعقول<sup>4</sup>، أي على القاضي مراعاة ظروف كل قضية على حدة، ومصصلحة طرفي العقد دون إلحاق خسارة بأحدهما أو كليهما، وكذا نجاعته في اختيار الوسيلة لإزالة الإرهاب إلى الحد المعقول<sup>5</sup>.

### الفرع الثاني: وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.

كما سبق وأن أشرنا، فإنه وبتوافر الشروط المتقدمة تعين تطبيق حكم الظروف الطارئة .

والقاضي في هذا التعديل لا يزيل كل الخسارة التي تلحق المدين، وإنما هو يقوم بالتعديل ليحد من الخسارة الفادحة التي تصيب المدين بقصرها على الحد المعقول، وتحقيق التوازن بين الالتزامات العقدية يترك تقديره للقاضي<sup>6</sup>.

فالمشرع لم يحدد للقاضي طريقة محددة، أو وسيلة بعينها لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بل منح للقاضي في سبيل ذلك سلطة واسعة في اختيار الوسيلة الملائمة لتحقيق ذلك فكما أن للقاضي أن يستخدم وسيلة الإنقاص في الالتزام المرهق كصورة من

<sup>1</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص104.

<sup>2</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص61.

<sup>3</sup> - الأمر بالنسبة للقانون البولندي من خلال المادة 269 مدني والتي تنص على: "... جاز للمحكمة إذا رأت ضرورة لذلك تطبيقاً لمبادئ حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره بل وأن تقضي بفسخ العقد".

<sup>4</sup> - نقض جلسة 1973/12/23، س23 مج فني مدني، ص799. ( أنظر: معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني...، المرجع السابق، ص241).

<sup>5</sup> - خديجة فاضل، المرجع السابق، ص105. أنظر كذلك : حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص61 .

<sup>6</sup> - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، القاهرة، ط 1983، ص556. أنظر كذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م1، ص735. أنظر كذلك: فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص233، 234.

صور التعديل، فإنه له أيضا زيادة الالتزام المقابل الذي يقع على الدائن، أو أن يوقف تنفيذ العقد لفترة محددة<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد نجد أن القوانين التي اشتملت نصوصها على نظرية الظروف الطارئة لم تتفق بشأن وسيلة واحدة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول<sup>2</sup>.  
لذا سنوضح أولا مختلف هذه الوسائل في مختلف القوانين الأجنبية منها والعربية، ثم ثانيا نتناول الوسائل التي يستطيع بها القاضي تعديل العقد.

**أولا: في مختلف القوانين الأجنبية .**

**1\_ في القوانين الأجنبية:**

**- في القانون البولوني :**

فقد نصت المادة 269 م بولوني على ما يأتي :

" ... جاز للمحكمة إذا رأت ضرورة لذلك تطبيقا لمبادئ حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره بل وأن تقضي بفسخ العقد"<sup>3</sup>.

نلاحظ أن المشرع البولوني قد أعطى سلطة واسعة للقاضي في التدخل لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وقبل بيان الوسائل القانونية التي عالج بها القانون البولوني الظرف الطارئ، نجد أنه قد بين الضوابط التي يجب على القاضي مراعاتها وهي كون تدخله مما تقتضيه الضرورة<sup>4</sup> وتطبيق مبادئ حسن النية فضلا عن الموازنة بين مصلحة الطرفين، فإذا لمس لمس القاضي أن ما حل بالمتعاقد ليس من قبيل الصعوبات التي تهدده بخسارة فادحة، لم يكن من الضروري أن يتدخل، بل يجب في هذه الحالة تنفيذ الالتزام بحسب ما اتفق عليه المتعاقدان قبل وقوع الظرف الطارئ<sup>5</sup>، وللقاضي كذلك أن يراجع العقد، ولا يتولى إدخال

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص231.

<sup>2</sup> - جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص126.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م1، ص716.

<sup>4</sup> - إن ضابط الضرورة يتفق مع ما نص به المشرع البولوني من خلال نص المادة 269 مدني، بحيث يظهر أثر الظرف الطارئ عندما يصبح تنفيذ الالتزام محاط بصعوبات شديدة، تسمح للقاضي التدخل لتعديل العقد، ورفع الاختلال الناتج عن الظرف الطارئ برد الالتزام المرهق بحيث يتجنب المتعاقد الخسارة الفادحة.

<sup>5</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص436.

إدخال أي تغيير عليه إلا إذا كان ملائماً لمبدأ حسن النية، فاللجوء إلى حسن النية هو أمر هام جدا في النطاق الذي لا تكفي فيه القواعد القانونية ، ويجب معاضدتها بالقواعد الأخلاقية.

إن التأثير الناتج عن الظروف الطارئة لا يمكن أخذه بعين الاعتبار إلا بمقتضى القواعد الأخلاقية لتعدد الحالات وشدة اختلافها عن بعضها، ما يجعلها تستعصي على أي قاعدة عامة قانونية، لأن القاعدة القانونية تقتصر على وضع الأطر الخارجية لعمل القاضي الذي يتولى بدوره تنظيم مدى دور وتأثير الظرف الطارئ حسب كل حالة طبقاً لمقتضيات حسن النية ...، وفي الواقع فإن سلطة القاضي في التعديل واسعة بخصوص اختيار الوسائل التي يمكن توظيفها لبلوغ النتيجة المناسبة لمقتضيات حسن النية<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للضابط الأخير والمتمثل في ضرورة الموازنة بين مصلحة الطرفين فهو يتعلق بتوزيع تبعه الحادث الطارئ كما سبق الإشارة إليه<sup>2</sup>.

بعد بيان الضوابط التي يتوخاها القاضي قبل أن يتدخل لإحداث التعديل في العقد بسبب الظرف الطارئ، نتطرق إلى كيفية معالجة القاضي البولوني لأثر الظرف الطارئ والذي يتم بالوسائل القانونية التالية :

- تعيين طريقة تنفيذ الالتزام .
- تحديد مقدار الالتزام.
- القضاء بفسخ العقد .

### 1- تعيين طريق تنفيذ الالتزام :

يتمتع القاضي في هذه الحالة بسلطة تقديرية واسعة، فهو قد يرى إزالة الإرهاق عن طريق جعل تنفيذ الالتزام يتم على دفعات بدلا من دفعة واحدة، أو أن يتم الوفاء على أقساط بدلا من أن يكون فوريا، وقد يرى نقل البضاعة بالسيارات بدلا من نقله عن طريق السكك الحديدية، وقد يرى أن يتم الوفاء من صنف أقل جودة، إذا كان الصنف المنفق عليه قد تناقصت كمياته في السوق إلى حد الندرة، أو أحاطت به الظروف التي جعلت الحصول عليه أمرا مرهقا، وقد يرى تأجيل تنفيذ العقد إلى زوال الحادث الطارئ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص110.

<sup>2</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص436.

<sup>3</sup> - جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة...، المرجع السابق، ص127.

## 2- تحديد مقدار الالتزام:

في هذه الحالة قد يلجأ القاضي إلى وسيلتين للحد من الإرهاق الذي يصيب الالتزام العقدي وذلك إما بزيادة الالتزام، أو بإنقاصه من ناحية الكيف والكم.

## 3- القضاء بفسخ العقد :

إذا قدر القاضي أن الظروف الطارئة أحاطت بتنفيذ الالتزام بصعوبات شديدة تقترب من صعوبات القوة القاهرة فلن يكون أمامه إلا فسخ العقد.<sup>1</sup>

### - في القانون الإيطالي :

بالنسبة للقانون الإيطالي فقد نصت المادة ( 1467 ) مدني منه على الآتي :

"... جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرأ

طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة"<sup>2</sup>.

الملاحظ أن دور القاضي على غرار هذا النص يكون رهن إرادة المتعاقدين ويكون مقيدا بما يطلبانه، وهو إما فسخ العقد أو تعديل شروطه، وبالتالي لا نكاد نلمح أية ضوابط يتقيد بها القاضي، ولعل الأمر منطقي، كون أن الالتزام بالضوابط رهن بتقرير السلطة له، لكن وبالرجوع إلى النص أعلاه نجد أن طلب الفسخ وتعديل الشروط يجب أن يكون متفقا مع العدالة، وكلمة العدالة ضابط للقاضي يعطي له سلطة واسعة، فكلمة العدالة من جهة وإن كانت مبدأ من المبادئ العامة التي يفترض أن تسود كل المعاملات العقدية، إلا أنها من جهة أخرى تعطي للقاضي زمام الأمر لتقرير العدالة العقدية بما يتفق و روح العدالة<sup>3</sup>.

- فدور القاضي بالنسبة للفسخ لا يختلف عن دوره في التقنين البولوني لأنه لا فسخ إلا بناء على طلب المدين .

أما دوره بالنسبة للتعديل فيختلف فيه القانونان عن بعضهما<sup>4</sup>.

### - في القانون اليوناني :

<sup>1</sup> - جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة...، المرجع السابق، ص128.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، م1، المرجع السابق، ص716.

<sup>3</sup> - انظر في هذا الصدد: محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة...، المرجع السابق، ص436.

<sup>4</sup> - راجع المادة 269 مدني بولوني، والمادة 1467 مدني ايطالي.

نصت المادة 388 من القانون المدني اليوناني على مايلي :

" إذا طرأ حادث استثنائي غير متوقع على العقد المبرم وفقا لما يوجبه حسن النية ويتفق مع العرف في المعاملات وكان من شأنه أن يجعل التزامات الطرفين المتعاقدين مرهقة تزيد على الحد المألوف، فيجوز للمحكمة بناء على طلب المدين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولها أن تقضي بفسخ العقد كله أو تفسخ الجزء الذي لم ينفذ منه فإذا قضت المحكمة بالفسخ انقضت التزامات الطرفين، وعلى كل منهما أن يعيد إلى الآخر ما أداه إليه، وفقا للأحكام المتعلقة بالإثراء بلا سبب "

الملاحظ على هذا النص أنه ترك للقاضي وسيلتين لمعالجة الالتزام المرهق وجعلها إما رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أو فسخ العقد كله أو الجزء الذي لم ينفذ منه. وهو بهذا يتفق مع القانون البولوني، عكس القانون الايطالي الذي كان واضحا حسب النص ( المادة 1467 مدني ).

إن سلطة القاضي في التدخل للفسخ أو تعديل شروط العقد بناء على طلب المتعاقد تبقى فقط له السلطة في تقرير ما يتفق أو لا يتفق مع العدالة كما سبق الإشارة إليه<sup>1</sup>.

## 2 \_ في التقنيات العربية :

إن المبدأ الذي أخذت به التقنيات العربية<sup>2</sup> في حال ثبوت الإرهاق، هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولفظ " رد " هو مرادف للتعديل، وهو مقصود المشرع من إيراد النص إذ يمثل ضمانه كبيرة لتحقيق العدالة المتوخاة من تدخل القاضي، كما أنه يتفق مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة ومبررها الفني، الذي يتلخص في فكرة بقاء الظروف على حالها لاحترام القوة الملزمة للعقد، ولا يفرض هذا الاحترام إلا

<sup>1</sup> - عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص33.

<sup>2</sup> - نصت الفقرة الثانية من المادة 146 مدني عراقي على أنه : " إذا طرأت حوادث عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

نلاحظ على المادة 146 قانون مدني عراقي، أنها تضمنت لفظة ينقص بدلا من " يرد " وهذا على خلاف التقنيات العربية الأخرى كالمادة 3/107 مدني جزائري، والمادة 147 مدني مصري.

وفي هذا الصدد رأيت لجنة مجلس الشيوخ أن الإنقاص هنا ليس المقصود منه الإنقاص المادي للالتزام، وإنما المقصود به هو تعديله بتخفيف عبئه، ولهذا استبدلت كلمة " يرد " بكلمة " ينقص " . ( أنظر في هذا الشأن: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، المرجع السابق، ص 285).

مع الظروف التي تم فيها إبرام العقد، وإلا وجب تعديله ليصير متفقاً مع الظروف الجديدة، فكلما "يرد" تعني إعادة الوضع المختل إلى حالة التوازن التي كان يتسم بها الاتفاق أثناء انعقاده بما يمنع الغنى الفاحش والثراء الفاحش في نفس الوقت، وبما يحقق التوازن العقدي بين مصالح الطرفين في هذه الظروف الجديدة، قياساً على ما كانت عليه في ظل الظروف القديمة عند نشوء الاتفاق موضوع النزاع<sup>1</sup>.

وإن كنا قد تطرقنا إلى وسائل رد الالتزام المرهق لدى التقنيات الأجنبية السابقة فإن المشرع العربي بدوره أعطى القاضي الدور في تعديل العقد المدني، وذلك عن طريق منحه سلطه التعديل دون الفسخ، وذلك حرصاً منه على المحافظة على ديمومة وبقاء العقد حتى تنفيذه ويتجسد ذلك في توزيع تبعه الحادث الطارئ بين أطراف العقد، بحيث لا يتحملها الطرف المدين وحده<sup>2</sup>.

وفي هذا المعنى أصدرت محكمة بغداد حكماً جاء فيه " أنه لما كانت هذه الصفقة موضوع الدعوى ستنزّل خسارة محققة قدرها الخبراء بنسبة 33 % ولهذا ارتأت المحكمة توزيع عبء الحادث الاستثنائي على الطرفين وإشراكها في الخسارة إذ أن القاعدة العامة التي يمكن تطبيقها في هذا الصدد أنه لا يسوغ أن ينقل عبء الطوارئ غير المتوقعة نقلاً كاملاً عن عاتق المدين إلى عاتق الدائن، كما لا يجوز تحميل المدين وحده تبعه الطوارئ الاستثنائية وعليه ولغرض التوازن بين مصلحة الطرفين ولتكون الخسارة الناجمة عن الحادث الطارئ موزعة بين السلطة مانحة الالتزام، وبين الملتزم بحيث يعود إلى التوازن المالي للعقد شيء من التعادل، فقد ارتأت المحكمة أن توزع الخسارة مناصفة بين الطرفين<sup>3</sup>.

هذا ونجد أن القاضي وإن كان هدفه إعادة التوازن بين المتعاقدين وتوزيع الخسارة عليها، فإنه من ناحية أخرى لا يجوز له أن يحكم بفسخ العقد بناء على طلب المدين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - حميد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 62.

<sup>2</sup> - أسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة...، المرجع السابق، ص 169.

<sup>3</sup> - جميلة بولحية، نظرية الحوادث الطارئة...، المرجع السابق، ص 131، أنظر : ( نقض 1985/6/9 ، ص 26، ص 1163 ) مشار إليه لدى : أنور طلبية، الوسيط...، ج 1، ص 422 .

<sup>4</sup> - مصطفى الجمال وآخرون، المرجع السابق، ص 202 .

ونجد أن بعض الفقه قد استحسّن المسلك الذي سلكه المشرع العربي في تقرير جزاء التعديل فقط، لأن الهدف من النظرية هو توزيع الأعباء غير المتوقعة بين أطراف العلاقة العقدية وليس إعفاء أحدهما منها بفسخ العقد.

في حين نجد أن البعض الآخر من الفقه ينتقده على أساس أن التعديل لا يكون دائما الحل الأمثل، فقد يكون ارتفاع الأسعار فاحشا إلى درجة أنه مهما وزع القاضي الزيادة غير العادية على المتعاقدين وبأي نسبة يتم هذا التوزيع، فإن المدين لن يستطيع تنفيذ الالتزام<sup>1</sup>.

### ثانيا: وسائل القاضي لرد الالتزام المرهق.

بعد أن تبينا موقف التشريعات التي أخذت بتعديل شروط العقد، دون الفسخ نوضح فيما يلي الوسائل التي يستطيع بها القاضي تعديل العقد والمتمثلة في:

1/ رد الالتزام المرهق يكون عن طريق إنقاص الالتزامات المرهقة.

2/ رد الالتزام المرهق قد يكون عن طريق الزيادة في الالتزامات المتقابلة .

3/ رد الالتزام المرهق قد يكون عن طريق وقف تنفيذ الالتزام.

### 1- رد الالتزام المرهق قد يكون عن طريق إنقاص الالتزامات المرهقة:

هذه وسيلة من وسائل القاضي في تعديل الالتزام المرهق، فقد ينصب رد الالتزام المرهق على ناحية الكم ، كما قد ينصب رد الالتزام المرهق على ناحية الكيف.

### أ- التعديل في صورة الإنقاص من ناحية الكم<sup>2</sup>.

ومثاله لدى بعض الفقهاء أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لأجل مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية ثم تقل كميات السكر المتداولة في السوق لحادث طارئ (حرب منعت استيراد السكر، أو إغلاق بعض المصانع)، الأمر الذي يجعل توريد الكميات المتفق عليها أمرا مرهقا فيجوز للقاضي أن ينقص من كمية السكر المتفق عليها حتى يرد الالتزام المرهق إلى الحد الذي يستطيع التاجر القيام بتوريده<sup>3</sup>، فإذا حكم القاضي

<sup>1</sup> - جميلة بولحية، نظرية الحوادث الطارئة...، المرجع السابق، ص 132.

<sup>2</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 63 .

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م 1، ص 726، 727.

بذلك أصبح ملتزماً فقط بالكمية التي عينها القاضي ويجري العقد بما حكم به القاضي من تعديل<sup>1</sup>.

فلو عرضت الواقعة التي تضمنها المثال السابق على القاضي فإن له أن ينقص من كم الالتزام الذي تعهد المدين بأدائه بمعنى أنه لو التزم بتوريد مائه طن من السكر، فهنا يستطيع القاضي أن ينقصها إلى سبعين طن مثلاً، وفي هذه الحالة يصبح على التاجر (المدين) أن يورد الكميات التي عينها القاضي فقط، ومن ناحية أخرى يجوز لمصنع الحلوى (الدائن) أن يقتضي تلك الكميات من المدين عينا أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة بل يجوز له لو امتنع المدين عن تنفيذ التزامه وفقاً لوضعه الجديد أن يطلب فسخ العقد مع التعويض<sup>2</sup>.

وقد لا يقتصر دور القاضي على تقليل الكمية الملتزم بها من قبل المدين فحسب بل يذهب البعض أن القاضي فضلاً عن إنقاص الكمية أن ينقص الثمن الذي يدفعه المدين أو يقسطه أو ينقص فوائده أو يرفعها كلية<sup>3</sup>.

هذا عن إنقاص الالتزام المرهق من حيث الكم، ويطرح التساؤل عن دور القاضي في تعديل الالتزام بإنقاصه من حيث الكيف فهل يجوز له ذلك؟ .

#### ب- الإنقاص من ناحية الكيف.

كما يقوم القاضي بتعديل الالتزام المرهق في صورة الإنقاص من ناحية الكم، قد يقوم بالإنقاص من ناحية الكيف والمثال الذي يقدمه الفقه في هذا الصدد هو حالة ما إذا تعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة بمواصفات متفق عليها ثم طرأت حوادث استثنائية تجعل الحصول على تلك السلعة أمر غير ممكن للمتعهد إما بسبب غلاء سعرها أو فقدانها فيصبح الالتزام مرهقاً للمدين - المتعهد - فيجوز للقاضي تعديل الالتزام، وذلك بالترخيص له بالوفاء بنفس الكمية المتفق عليها، ولكن من سلعة أقل جودة منها، حيث يكون من اليسير الحصول عليها دون إرهاق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرحمان هزرشي، أثر العذر والجوائح...، المرجع السابق، ص 85.

<sup>2</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة...، المرجع السابق، ص 442.

<sup>3</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 442.

<sup>4</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 63، 64 .

إلا أن هذه الوسيلة محل نقاش ونظر، وفي هذا الصدد يرى محمد محي الدين إبراهيم سليم أنه وإن كانت سلطة القاضي مطلقة في اختيار الوسيلة التي يرد بها الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فليس له أن يتلاعب بمقدرات العقد، ويغير من جوهر الالتزام على عكس ما اتفق عليه الطرفان لأنه مقيد بالضوابط التشريعية والتي سبق الكلام عنها، ومن بينها الموازنة بين مصلحة الطرفين، ولاشك أنه ليس من مصلحة الدائن الحصول على صنف أقل من الصنف المتفق عليه في العقد<sup>1</sup>، لأن نوعية السلعة قد تكون مقصودة لذاتها، كما إذا كانت نوعاً من الغزل يستعمل في نوع معين من ماكينات النسيج ولا يصلح غيره، أو نوع معين من مواد البناء لا بديل له.

فكيف يمكن إلزام الدائن بقبول الصنف الذي لا يستخدمه ولاشك أن قيام القاضي بالسماح للمدين بتقديم صنف أقل من الصنف الذي التزم بتوريده يصطدم مع نص المادة 276 مدني جزائري.<sup>2</sup>

وقد علق مجموعة الأعمال على هذا النص بقولها: "ينبغي أن يقع الوفاء على الشيء المستحق أصلاً سواء أكان الالتزام به التزاماً بنقل حق عيني أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن العمل فلا يجوز أن يستبدل بهذا الشيء شيء آخر، ولو كان أعلى منه قيمة إلا أن يرتضي الدائن الإعتياض (الوفاء بمقابل) أو أن يكون ظاهر التعنت"<sup>3</sup>.

فيجب ألا يطلب من الدائن أن يقبل وفاء من المدين بشيء غير متفق عليه في العقد أصلاً، لأن تلك السلطة غير ممنوحة للقاضي، لأنه وكما عبرت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي "... فإذا تثبت القاضي من قيام الطارئ غير المتوقع، وعمد إلى إعمال الجزاء بإنقاص الالتزام الذي أصبح يجاوز السعة، فهو ينقص منه إلى " الحد المعقول"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 94 مدني جزائري على أن: "... إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته، ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".

<sup>2</sup> - المادة 276 مدني جزائري تطابق نص المادة 341 مدني مصري، والتي تنص على الآتي: " الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره، ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى".

<sup>3</sup> - مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، المرجع السابق، ص 212.

<sup>4</sup> - مجموعة الأعمال التحضيرية، المرجع السابق، ص 281.

على هذا واعتمادا على الأسباب والمبررات أعلاه، فإنني أؤيد وأوافق محمد محي الدين إبراهيم سليم في الرأي الذي تبناه ذلك أن العقد وسيلة لتحقيق مصالح أطرافه على الوجه الذي يتفق مع روح العدالة العقدية.

أما ما يمكن قوله فيما يخص وسيلة الإنقاص التي هي في يد القاضي يستعملها لتعديل الالتزامات العقدية، فإنها تبدو جد فعالة، لأنها وإن لم تقضي على الإرهاق فإنها تؤدي إلى تخفيف حدته دون إلحاق الضرر بالدائن، إلا أن هذه الوسيلة لا تعد الوحيدة وفيما يلي نتطرق إلى الوسيلة الثانية للتعديل القضائي.

## 2\_ رد الالتزام المرهق قد يكون عن طريق زيادة قدر الالتزام المقابل.

قد يختار القاضي، من أجل تحقيق الالتزام المرهق للمدين لا إنقاصه، وإنما زيادة الالتزام الملقى على عاتق الدائن<sup>1</sup>، فالزيادة في التزامات الدائن تقلل من الخسارة التي يتحملها المدين، فإذا رجعنا إلى المثال السابق المتعلق بسعلة السكر، نجد أنه عوضاً أن تنقص من مقدار كمية السكر التي التزم بها المدين، نزيد من ثمن السكر ونبقي المقدار المتفق عليه، ويرى أنصار هذا الرأي أن النتيجة واحدة سواء في حالة التعديل بإنقاص الالتزامات، أو في حالة الزيادة في التزامات الدائن، ففي كلتا الحالتين يتحمل كل متعاقد جزء من الخسارة المترتبة على الظرف الطارئ.

غير أن هناك من يرفض هذا الاتجاه الفقهي<sup>2</sup> على أساس أن المشرع الجزائري لم يصرح به صراحة ولا ضمناً<sup>3</sup> والدليل على ذلك أنه إذا كانت المادة 3/107 مدني تؤدي

---

<sup>1</sup> - جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة...، المرجع السابق، ص136. كذلك أنظر: حميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص64.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق، ج1، ص259. كذلك أنظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق، ص101. أنظر أيضاً: جميلة بولحية، المرجع السابق، ص136.

<sup>3</sup> - إن النص الفرنسي للمادة 3/107 لم يأخذ بوسيلة زيادة قدر الالتزام المقابل بل اكتفى بعبارة الإنقاص Réduire، أما النص العربي فاستعمل عبارة "يرد"، سواء عن طريق الإنقاص أو زيادة قدر الالتزام المقابل لذا نقول أنه لو أراد المشرع، إضافة وسيلة الزيادة لنص على ذلك صراحة، كما هو الشأن في نص المادة 3/561 من التقنين المدني والتي سنتطرق لها في الحين .

هذا المعنى، فلماذا يضع المشرع مادة خاصة بعقد المقاولة، ويعطي فيه للقاضي سلطة واسعة بزيادة الأجرة أو فسخ العقد<sup>1</sup>؟.

فالمشرع الجزائري أخذ بوسيلة الزيادة في قدر الالتزام المقابل كحل استثنائي طبقا للمادة 3/561 من التقنين المدني<sup>2</sup> إلا أن تطبيق وسيلة زيادة قدر الالتزام المقابل نجدها في العقود الملزمة للجانبين، ونجد صعوبة التسليم بها في العقود الملزمة لجانب واحد، لأنه ليس ثمة التزام مقابل<sup>3</sup>.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن المشرع وإن كان قصد منح سلطة واسعة للقاضي، فلما لم يستعمل عبارة "التعديل"؟

وقد كان المشرع الهولندي صريحا عندما نص في المادة 6-5-3-11 على أن " للمحكمة بناء على طلب أحد طرفي الرابطة تعديل العقد، أو استبعاده كليا، أو جزئيا بسبب

---

<sup>1</sup> - تنص المادة 3/561 مدني جزائري على أنه: " 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 التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد" .

<sup>2</sup> - المشرع الجزائري استعمل عبارة " جاز للقاضي " في المادة أعلاها الفقرة 03 منها، وهي نفس العبارة المستعملة في المادة 3/107 من القانون ذاته، مما يؤدي إلى الاعتقاد أن القاضي غير ملزم بمراجعة عقد المقاولة، وهذا تأويل خاطئ، ويتعارض مع غرض المشرع من استحداث نظرية الظروف الطارئة، وقد قررت المادة 3/107 من القانون المدني بطلان كل اتفاق يخالف أحكامها مما يعني أن مراجعة العقد بسبب الحوادث الاستثنائية يعتبر من النظام العام، ورغم أنه لم يرد ذلك في المادة 3/561 من القانون المدني، إلا أنه مادامت هذه المادة ما هي إلا تطبيق للمادة 3/107، فإنه يتعين اعتبار أحكام المادة 3/561 من القانون المدني أيضا من النظام العام، وبالتالي فالقاضي ملزم بتعديل عقد المقاولة ، إذا توافرت الشروط القانونية، إما بزيادة الأجر، أو بفسخ عقد المقاولة لمزيد من التوضيح حول نص المادة 561 مدني جزائري أنظر: توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون عقاري جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق ، قسم العلوم القانونية، 2009- ص 67-73.

<sup>3</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 93.

ظروف غير متوقعة ذات طبيعة من تلك التي لا يكون للطرف الآخر الحق فيها بتطبيق معياري السبب والعدالة وذلك حرصا على استمرار العقد<sup>1</sup>.

ويلاحظ بالنسبة للوسائل التي ذكرناها، أن أعمال إحداها يكون بالنسبة للحاضر فقط، ولا شأن للقاضي بالمستقبل لأنه غير معروف وقد يزول أثر الحادث الطارئ فيعود العقد إلى سيرته الأولى قبل التعديل وتعود له قوته الملزمة<sup>2</sup>.

وأخيرا فإن صعوبة تحديد مقدار الإنقاص هي نفس صعوبة تحديد مقدار الزيادة، ففي كلتي الحالتين يثار التساؤل عن النسبة التي ينقص بها القاضي التزام المدين إذا اختار وسيلة الإنقاص أو وسيلة الزيادة؟.

بعد أن تطرقنا للوسيلتين الأولى، والثانية، نتطرق في الآتي إلى الوسيلة الثالثة.

### 3\_ رد الالتزام المرهق قد يكون عن طريق وقف تنفيذ الالتزام.

قد يرى القاضي أن الظروف الطارئة مؤقتة ولن تلبث طويلا حتى نزول، فيأمر بوقف تنفيذ التزام المدين، إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن<sup>3</sup>. ومثال ذلك المثال السابق ذكره وهو أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار بعض مواد البناء ارتفاعا فاحشا بسبب حادث طارئ، لكن هذا الارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد، فيوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه حتى يتمكن من القيام بالتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى<sup>4</sup>.

من المثال أعلاه يتبين أن الوقف ما هو إلا إجراء يستطيع به القاضي أن يمد من أجل تنفيذ الالتزام إذ أنه يعطل التزامات العقد فترة وأثره، فإذا ما انكشفت غمة الظرف عادت الأمور إلى حالتها الأولى وتحركت القوة التنفيذية للعقد مرة أخرى<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 64.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج 1، ص 727. كذلك: محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 445.

<sup>3</sup> - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق، ص 101. أنظر: فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 233.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م 1، ص 725.

<sup>5</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 446.

لكن وإن كان تنفيذ بعض العقود يتم بسهولة، فإنه من الصعب تنفيذها في عقود أخرى، والمتمثلة في عقود المدة، وذلك لأن الزمن فيها محل اعتبار، إذ على ضوءه تتحدد الالتزامات التعاقدية، فمثلا في عقد العمل المبرم سنتين فتتغير هذه الالتزامات لو أوقف تنفيذ العقد، لكن الفقه حاول التصدي لهذه الإشكالية، بأن جعل توقيف العقد لا يؤثر على التزامات المدين، فمهما كانت المدة التي قررها القاضي لصالح المدين، يظل كم الأداء بدون تغيير، لأن الوقف لا يمس مضمون العقد<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للأجل الذي يمدده القاضي فيكون نوعا من نظرة الميسرة التي نص عليها

المشرع في المادة 181 من القانون المدني، ولكن يشترط ألا تزيد مدة الوقف عن سنة<sup>2</sup>. وهنا تطرح مسألة مدى تداخل الوقف مع نظرة الميسرة<sup>3</sup> التي منحها القاضي للمدين. إن المشرع في الحقيقة قد عمد إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة بهدف إزالة الإرهاق عن المدين بتحديد مقدار الدين، وبذلك يمكن القول أن هذه النظرية تعد صورة لنظرة الميسرة، التي منح فيها القاضي سلطة مطلقة لاختيار الطريقة التي يراها مناسبة والتي من شأنها الحد من الإرهاق في تنفيذ الالتزام، ولمعرفة المزيد حول تفاصيل المسألة التي طرحت نلقى الضوء سريعا على نظرة الميسرة<sup>4</sup> التي نصت عليها المادة 281 الفقرة الثانية منها على: "أنه يجوز للقضاء<sup>5</sup> نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة

<sup>1</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 66.

<sup>2</sup> - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق، ص 101.

<sup>3</sup> - نظرة الميسرة أو الأجل القضائي الذي يجوز للقاضي أن يمنحه للمدين أجلا للوفاء بالتزامه، يعد بمثابة تخفيف من عبء التزام المدين ورأفة به. (أنظر: زينب عيساني، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 2002/2001، ص 4).

<sup>4</sup> - إن الشريعة الإسلامية قد كان لها السبق في إقرار هذا النظام صراحة بالآية الكريمة " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وإن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعملون " سورة البقرة، الآية 280.

<sup>5</sup> - الملاحظ أن النص العربي أورد لفظة (القضاء)، في حين نجد أن النص الفرنسي لنفس المادة استعمل لفظة القضاء وهو الصحيح.

الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة، وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها"<sup>1</sup>.

وبتصفح القانون التجاري الجزائري نجد أن المشرع نص في المادة 464 منه على أنه: "لا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المواد 426 و 438.

وعليه يكون المشرع قد حصر للقاضي الكيفية التي يمكن له من خلالها منح الأجل، فنظرة الميسرة قاعدة تجد لها تطبيقاً في القانون المدني<sup>2</sup> كما التجاري.

على هذا فإن نظرة الميسرة كما سبق الإشارة إليه أجل قضائي يمنحه القاضي للمدين الذي تأخر عن تنفيذ التزامه في مواعده، ودون موافقة الدائن على ضوء الظروف والملاسات التي تحيط بتنفيذ المدين لالتزامه وأهمها حسن أو سوء النية، على أن منح هذه المهلة مرتبط بأن لا يتسبب في ضرر جسيم للدائن لأنه ليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار بالبليغ بالدائن ومثال هذه الظروف أن يلم بالمدين مرض أو بأحد أفراد أسرته فيستفيد ما كان أعده من نقود للوفاء بالتزامه<sup>3</sup>.

ويلاحظ أنه يجوز للقاضي تحديد قدر المهلة التي يمنحها للمدين، وذلك أن القانون لم يقيد بحد أقصى لهذه المدة، كل ما في الأمر أن تكون المدة معقولة، إضافة إلى ذلك يستطيع القاضي بدل أن يمنح أجل واحد أن يمنح المدين عدة آجال بمعنى أن يقسط عليه الدين ويحدد للوفاء بكل قسط أجلاً معيناً<sup>4</sup>.

من خلال ما سبق عرضه، يمكن أن نحدد أوجه الشبه وأوجه الخلاف كالتالي:

أ- أوجه الشبه:

كلاهما يتم من خلال السلطة التقديرية للقضاة أضف إلى ذلك أن كلاهما يتضمنان تأجيل الأجل الأصلي وتمديده لأجل لاحق يحدده القاضي.

ووقف الالتزام ومنح المهلة كلاهما يشترط فيهما ألا يتسببا في ضرر جسيم للدائن.

ب- أوجه الخلاف :

<sup>1</sup> - يقابل هذا النص المادة 346 من القانون المدني المصري، والمادة 1244 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> - أنظر كذلك المادتين: 1/119-2، والمادة 210 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 447.

<sup>4</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 448.

إن السبب الذي يدعو إلى منح نظرة الميسرة هو حادث خاص فردي، متعلق بالمدين وحده، أو بأحد أفراد أسرته، وأقرباءه الذين يلتزم بالإففاق عليهم، أما وقف الالتزام فإنه يكون قاصرا على حادث عام استثنائي وليس خاصا بالمدين، بل يعم الإرهاق الناجم عنه بمن في مثل ظروف المدين.

- نظرة الميسرة لا تمنح عند تقاعس المدين بحسن نية عن الوفاء بالتزامه، وإنما للإرهاق الذي سببته إن هو نفذ التزامه في مثل هذه الظروف.

أما بالنسبة للمعيار الذي يمنح القاضي على أساسه نظرة الميسرة فهو معيار شخصي، في حين نجد أن المعيار في وقف الالتزام هو المعيار الموضوعي الذي ينظر فيه إلى الرجل المعتاد في مثل ظروف المدين<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى المدة: فالمدة في نظرة الميسرة لا يتقيد القاضي فيها بحد أقصى، أما في وقف الالتزام فإنه يتقيد بمدة معينة هي تلك التي يقدر أن بعدها سيزول أثر الظرف الطارئ.

ورخصة القاضي في منح نظرة الميسرة ليس في حاجة إلى أن يسوق أسباب رفض منحها، بمعنى إن شاء أعملها وإن شاء حبسها عن المدين حسب سلطته التقديرية<sup>2</sup>. نخلص للقول أنه رغم التشابه الموجود بين وقف الالتزام ونظرة الميسرة، إلا أن كل منهما يشكلان نظاما مستقلا عن الآخر.

وأخيرا نؤكد على أن سلطة القاضي في التدخل وإحداث تعديل في الالتزامات العقدية عن طريق اختيار الوسيلة التي يرد بها الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، إلا أنه يخضع لرقابة محكمة النقض لتقدير مدى توافر الشروط التي تبيح له التدخل وتعديل العقد<sup>3</sup>.

بقي فقط أن نعرف موقف المشرع الجزائري حول مسألة الفسخ: في هذا الصدد نلاحظ أن المشرع الجزائري قد خول استثناء على نص المادة 3/107 من التقنين المدني سلطة فسخ العقد بموجب أحكام المادة 3/561 من التقنين المدني "... جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 448.

<sup>2</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 449.

<sup>3</sup> - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ج 2، ص 278.

وإقرار الفسخ كوسيلة لرد الالتزام المرهق على الحد المعقول، لا يترتب عنه التعويض، بل إعفاء المدين عكس المادة 119 من التقنين المدني، وهذا معناه فك وإنهاء الرابطة العقدية، وهو الأمر الذي لا يتناسب مع ما تهدف إليه النظرية ( نظرية الظروف الطارئة) وهو إعادة التوازن الاقتصادي للعقد في حالة اختلاله، بمعنى السماح للقاضي بتعديله وهو ما يسمح في النهاية بالمحافظة على كيان العقد وبقائه، لهذا لم ينص المشرع لا صراحة ولا ضمناً عليه كوسيلة لرد الالتزام المرهق<sup>1</sup>.

### خلاصة المبحث الأول:

إذا كان الأصل في العقد أن ينفذ كل طرف فيه التزاماته الناشئة منه بحسن نية وثقة، فإنه استثناء على هذا الأصل قد يحدث عند حلول أجل تنفيذ العقد، أو خلال تنفيذه ظروف اقتصادية بسبب حادث غير متوقع، الأمر الذي يجعل معه تنفيذ التزامات أحد الطرفين مرهقاً إلى الحد الذي يهدده بخسارة فادحة، وهنا نجد أن العدالة تقتضي التوازن في التزامات المتعاقدين، ومن هنا نشأت نظرية الظروف الطارئة التي لم تكن معروفة بمفهومها الحالي لدى الشرائع القديمة، وإن كانت تلك الشرائع ضمت بين جنباتها تطبيقات متناثرة لأحكام الطوارئ كعلاج لظروف معينة كانت تحدث في المجتمع دون أن ترقى إلى مستوى نظرية عامة .

أما في العصور الوسطى فالأمر كان مختلفاً، فقد ضمها القانون الروماني والقانون الكنسي لتتنقل بعد ذلك إلى أوروبا الحديثة خاصة القانونين الإيطالي والبولندي، أما في الفقه الإسلامي حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً التشريع فإن الموازنة بين القوة الملزمة للعقد، والاستثناءات الواردة عليها كانت متوافرة لا تحتاج إلى وضع نظرية عامة يرجع إليها ما دامت العدالة وأسسها تسود المعاملات حيث كان فقهاء الشريعة يبحثون الاستثناءات حالة ذلك كله في مسائل متفرقة دون أن يلجئوا إلى صياغتها كنظرية عامة.

<sup>1</sup> - لمزيد من التوضيح حول المسألة أنظر: حميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 67.

إن نظرية الظروف الطارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا دون أن يصل إلى حد الاستحالة المطلقة، فالمدين يستطيع تنفيذ الالتزام، ولكن بشيء من الصعوبة، وبهذا تفرق عن نظرية القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة.

فأساس النظرية يتحدد في ذلك الشرط الضمني، والذي يثور بصدد كل عقد ومقتضاه إعادة النظر في الالتزامات المرهقة نتيجة ظروف استثنائية صادفتهم وهي تتميز في كونها عامة وغير متوقعة، تؤدي إلى إرهاب في تنفيذ الالتزام العقدي، وحتى يتمكن القاضي من إعادة التوازن الاقتصادي للعقد عن طريق تعديله، وجب توفر الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 3/107 من تقنيننا المدني، لكن بالرغم من تدخل القاضي بوسائل لتعديل العقد كالتعديل بطريق الإنقاص، أو التعديل بطريق الزيادة، أو التعديل بطريق وقف التنفيذ، نجد أن المشرع مع هذا لم يكن ليهدف إلى إطلاق يد القاضي في التصدي لشروط العقد دون قيد، أو شرط إذ أنه عندما نص على جواز تعديله العقد استثناء من المبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين" فإنه قيد هذا التدخل بجملة من القيود والضوابط، ذلك لأن الهدف من تدخل القاضي إنما هو لحماية الطرف المغبون في العلاقة العقدية، فعلى القاضي أن يراعي الضوابط التي أقرها المشرع في سبيل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هذا من جهة.

من جهة أخرى فإن ما توصلنا إليه من خلال هذه الدراسة أيضا أن المشرع الجزائري، حتى وإن نقل الفقرة الثانية من المادة 107 نقلا حرفيا عن المشرع المصري، إلا أنه بهذا يكون قد شد على الاتجاه السابق، ذلك أن نظرية الظروف الطارئة التي تقتضي تعديل العقد قضاء، جاءت استثناء لعدم جواز تعديله، وليس استثناء لوجوب تنفيذه بحسن نية، حيث لا ينظر في تحقق هذه النظرية لحسن نية المدين أو سوءها، إذ أن المدين لا دخل له في حدوث هذه النظرية التي قد تحدث وهو حسن النية، فهي نظرية تقاس بمعيار مجرد لا بمعيار ذاتي، وعلى ذلك يجب تصحيح هذا الخطأ بنقل الفقرة الثالثة للمادة 107 إلى الفقرة الثانية للمادة 106 التي تنص على أن العقد شريعة للمتعاقد.

### المبحث الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه للشرط الجزائي.

إن الغاية من نظام المسؤولية العقدية هي معالجة الوضع المترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو تأخره في ذلك ، لأن الأصل في التنفيذ أن يكون عينا، ولا يلجأ إلى التنفيذ بمقابل، أو عن طريق التعويض إلا استثناءا في أحوال معينة والتعويض هنا إما أن يكون عن عدم التنفيذ، أو عن التأخر في التنفيذ وهو ما أشارت إليه المادة 176 مدني جزائري.

ولما كان القصد من التعويض هو جبر الضرر الذي لحق بالمضروب فإن المشرع وحرصا منه على بلوغ عدالة التعويض، أرسى وسيلة اتفاقية تجسدت في الشرط الجزائي، أو التعويض الإتفاقي، فقد يدرك المتعاقدان من واقع ظروف العقد ومدى التزاماتهما المتقابلة أن التعويض الذي يقدر وفقا للقواعد العامة عن الإخلال بالعقد لا يكون عادلا بالنسبة لهما أو لأحدهما، لذلك فالمشرع صرح لهما مسبقا بتحديد قيمة التعويض بما ينفق والعدالة من وجهة نظرهما المشتركة فالعقد شريعة المتعاقدين.

ولما كان موضوع بحثنا في هذا الفصل يركز بالدراسة على تعديل القاضي للالتزامات العقدية في مرحلة تنفيذ العقد.

ولما كان المشرع هو من سمح للمتعاقدین بتحديد قيمة التعويض، فإن المشرع أيضا هو من أذن للقاضي أن يتدخل بما لديه من سلطة لتعديل الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي)، فغاية قاضي الموضوع عند التصدي للمسؤولية العقدية أن يحكم بتعويض عادل ومناسب حال ما لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هنا من يتولى تقديره.

هذا وإن طبيعة هذا المبحث تقتضي مني تقسيمه إلى مطلبين:

المطلب الأول نتطرق فيه إلى مفهوم، وشروط استحقاق الشرط الجزائي والمطلب الثاني نتعرض فيه إلى مدى سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

**المطلب الأول: مفهوم، وشروط استحقاق الشرط الجزائي.**

قد يتبين للمتعاقدین من ظروف وملابسات العقد ومدى التزاماتهما المتقابلة أن التعويض الذي يقدر وفقا للقواعد العامة بمعرفة القاضي عن الإخلال بأحد الالتزامات التي يرتبها العقد لا يكون عادلا بالنسبة لأحدهما أو كليهما، فيتفقان على تحديد قيمة التعويض مقدما بما يتفق وما يريانه عادلا من وجهة نظرهما المشتركة.

ولقد نظم المشرع من خلال المادة 183 و ما يليها من التقنين المدني الشرط الجزائي و

بين أحكامه و السؤال المطروح هو:

ما هو مفهوم الشرط الجزائي؟

وما هي شروط استحقاق الشرط الجزائي؟

**الفرع الأول: تعريف، وطبيعة، وخصائص الشرط الجزائي.**

**أولا: تعريف الشرط الجزائي.**

إن الملاحظ لمصطلح " الشرط الجزائي " يجده مركبا من كلمتي شرط وجزاء.

ولتعريف الشرط الجزائي وأخذ فكرة واضحة عنه كنظام قانوني، نتعرض له من

خلاله تعريفه اللغوي، ثم الاصطلاحي.

**1 / التعريف اللغوي للشرط الجزائي:**

الشرط الجزائي، أو البند الجزائي "clouse pénale"<sup>1</sup> إن أصل معنى كلمة

الشرط لغة يدل على علم وعلامة فما كان من باب العلم على الشيء أو العلامة عليه، فهو

<sup>1</sup> - مجمع اللغة العربية، معجم القانون، القاهرة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، 1999، ص 105.

شرط في اللغة، ومنه: الشرط بمفهومه في باب العقود، فهو علامة يجعلها المتعاقدان على ما يراه كل منهما هاما في العقد الذي يجريانه، وتطلق الشروط على الصكوك أيضا كونها تدل على التوثق<sup>1</sup>.

والشرط: هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه<sup>2</sup>.

ما يستشف من هذا التعريف أن المتعاقدان ارتضيا في العقد الذي أبرماه على أشياء محددة على أساسها تكون الالتزامات.

## 2 / التعريف الاصطلاحي للشرط الجزائي:

### أ/ التعريف القانوني للشرط الجزائي:

ويقصد بالتعريف القانوني ذلك التعريف الذي يعطيه المشرع للنظام القانوني الذي يفرضه على الأفراد، وبالرغم من أن التعريف ليس من اختصاص المشرع بل متروك للفقهاء الذي غالبا ما يقوم بذلك، لأن تولي المشرع ذلك العمل قد يؤدي إلى خلق مشاكل قانونية، لأنه سيعطينا إلا القليل حول جوهر وطبيعة النظام المعرف، بالإضافة إلى اختلاف الفقهاء حول طبيعة النظام وخير دليل على ذلك الشرط الجزائي الذي نحن بصدد<sup>3</sup>. حيث عرفه المشرع الفرنسي في نص المادة 1226<sup>4</sup> مدني فرنسي على أن: "الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ".

أما المادة 1229<sup>5</sup> مدني فرنسي فقد عرفت الشرط الجزائي على أنه: " تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي.

<sup>1</sup> - إبن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق، ص260.

<sup>2</sup> - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، بيروت، لبنان، دار العلم للجميع، ( د ت)، ج 2، ص368 .

<sup>3</sup> - عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني (دراسة مقارنة)، بحث للحصول على درجة الماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1983، ص6.

<sup>4</sup> - تنص المادة 1226 مدني فرنسي على أن:

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

<sup>5</sup> - تنص المادة 1229 مدني فرنسي على أن :

« La clause pénale est la compensation de dommages et intérêt 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 ».

ولا يمكنه أن يطالب في نفس الوقت بالأصل والجزاء ما لم يكن الشرط مقررا لمجرد التأخير".

يلاحظ على التعريفين أن الأول هو تعريف عام وناقص إذ اقتصر على عدم التنفيذ. أما الثاني فقد لقي معارضة شديدة من طرف جانب من الفقه الذي كان يعتبر الشرط الجزائي عقوبة، كما انتقد هذا التعريف<sup>1</sup>، لكونه جاء مخالفا لروح نص المادة 1152 مدني فرنسي والتي تنص على أنه: "إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغا معيناً من النقود على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطي لتعويض الطرف الآخر

مبلغ أكثر أو أقل"<sup>2</sup>.

بمقتضى هذه المادة يمكن للدائن أن يحصل على قيمة الشرط الجزائي حتى ولو لم يلحقه أي ضرر<sup>3</sup>.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فإنه لم يورد تعريفا للشرط الجزائي كما فعل المشرع الفرنسي الذي أتى بتعريف مزدوج له، بل اكتفى بتأكيد شرعيته في المادة 183 وبيان أحكامه في المواد 184 و185<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - راجع في مسألة التعريف القانوني للمادتين 1226 و 1229 من التقنين المدني الفرنسي: عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 7، 8.

<sup>2</sup> - وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي قبل التعديل

Art.1152 : « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme a titre de dommages –intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre ».

ثم أضاف المشرع الفرنسي على نص المادة 1152 الفقرة التالية:

« Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine (loi n° 85-1079 du 11 /10/1985) qui avait été convenu si elle est manifestement excessive ou dérisoire (loi n°75-5970, juill. 1975).

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، (الإثبات - آثار الالتزام) ، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، م2، ص 856 .

<sup>4</sup> - عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص8.

## ب/ التعريف الفقهي للشرط الجزائي:<sup>1</sup>

يعرف بأنه: "اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه"<sup>2</sup>.

الملاحظ على هذا التعريف أنه يحمل للطرفان المتعاقدان إمكانية تقدير التعويض المستحق للدائن جراء عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخير فيه، وإن كان الأصل أن من يقوم بتقدير التعويض هو القاضي.

وما يُحمد لهذا التعريف دقته في تحديد الوقت الذي يتم على أساسه تحديد قيمة التعويض، وربط هذا التعويض بتحقق شرط وهو حالة ما إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو تأخر في تنفيذه.

ولعل العبرة في ذلك تمييز الشرط الجزائي عن الصلح، فإذا كان الغالب أن يوضع مثل هذا الشرط في ذات العقد المنشئ للالتزام، فإن هذا لا يعني أن يكون وضع هذا الشرط في اتفاق لاحق طالما تم هذا الاتفاق قبل تحقق الإخلال بالالتزام، ذلك أنه إذا اتفق على مقدار التعويض بعد تحقق الإخلال بالالتزام فإن هذا الاتفاق لا يعد شرطاً جزائياً وإنما هو من قبيل الصلح<sup>3</sup>.

وفي تعريف آخر للشرط الجزائي، يذكر أنه: "تعويض اتفاقي يتفق عليه أطراف العقد، ويلتزم به الشخص الذي أخل بالتزامه التعاقدية قبل التعاقد الآخر"<sup>4</sup>.

بمعنى أنه اتفاق على تعويض ضرر لم يقع بعد، فإذا وقع الخطأ وترتب عليه ضرر بالطرف الآخر، وكان هذا الضرر هو نتيجة لذلك الخطأ، استحق المشتري التعويض الذي سبق الاتفاق عليه.

---

<sup>1</sup> - باعتبار أن الشرط الجزائي منشؤه القانون الوضعي، ولم يدخل مجال الفقه الإسلامي في ثوبه المعاصر إلا في العصور المتأخرة، وهو ما يؤكد فؤاد محمود معوض في مؤلفه دور القاضي في تعديل العقد، بحيث يذكر أن في الواقع لا وجود في كتب المذاهب الفقهية لتعبير الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي عن الخطأ العقدي، وإنما الموجود هو لفظ الضمان تعبيرا عن ذات المعنى المقصود.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج2، ص851. أنظر كذلك: أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص371.

<sup>3</sup> - أنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 372.

<sup>4</sup> - فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 308.

إن هذا التعريف قد حدد العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، لكن لم يحدد طبيعة هذا الخطأ أو الإخلال بالالتزام كما هو الشأن بالنسبة للتعريف السابق. والشرط الجزائي يعرف أيضا بأنه: "الشرط الذي عن طريقه يقيم المتعاهدون مقدما الخسائر، الأرباح المفتعلة"<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى تقنيننا المدني نجد أن المشرع الجزائري قد أفرد للشرط الجزائي الفصل الثاني تحت عنوان التنفيذ بطريقة التعويض، فالتنفيذ غايته الأصلية غير أن التعويض غايته البديلة فالتعويض هو محور الشرط الجزائي، وبتصفح التعريفات السابقة التي عرفت الشرط الجزائي نجد أن الفقه مجمع على أن الشرط الجزائي ما هو إلا تعويض وليس عقوبة<sup>2</sup>، وهو مقرر في حالتين وهما حالة عدم التنفيذ، وحالة التأخير في التنفيذ. وعلى هذا نستطيع تعريف الشرط على أنه مبلغ من النقود يدفعه المدين إلى الدائن، تعويضا عن عدم قيامه بتنفيذ التزامه، أو التأخر فيه.

هذا ونجد أن الشرط الجزائي يوصف بأنه تعويض اتفاقي<sup>3</sup>، ويسمى في القانون اللبناني بالبند الجزائي<sup>4</sup> نقلا منه عن القانون الفرنسي، وله تسميات أخرى كالجاء الإتفاقي، والجزاء التعاقدي، والتعويضات الجزائية<sup>5</sup>. وتسمية الشرط الجزائي شرطا، لأنه يأتي على شاكلة بنود يتفق عليها المتعاقدان، ويتضمنها العقد<sup>6</sup>.

هذا ومع تعدد تسميات الشرط الجزائي، وبالرغم من اختلافها فالمقصود منها يبقى دائما أنها مجرد تسمية وليس بتغيير التسمية في هذه الحالة تتغير معالم وأحكام الشرط الجزائي.

---

<sup>1</sup>- « la cloues pénale est celle par laquelle les contractants évaluent par avance les dommages intérêts dus par le débiteur, en cas de retard ou d'inexécution », voir : François terré et autres, op.cit, p 613.

<sup>2</sup>- أنظر في طبيعة الشرط الجزائي: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية تخصص فقه وأصوله، جامعة الملك سعود، كلية التربية، 1425-1426، ص 129-131

<sup>3</sup>- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات...، المرجع السابق، ص 399.

<sup>4</sup>- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني...، المرجع السابق، ج3، ص 181.

<sup>5</sup>- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص18.

<sup>6</sup>- جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص130.

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة ومتنوعة، فشرط المقاوله (CHIER DES CHARGES) قد تتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع عن التسليم أي تسليم العمل المعهود إليه إنجازا ولائحة المصنع (règlement d'atelier) قد تتضمن شروطا جزائية تقضى بخضم مبالغ معينة من أجره العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة، وتعريفه مصلحة السكك الحديدية، أو مصلحة البريد قد تتضمن كذلك تحديد مبلغ معين هو الذي تدفعه المصلحة المتعاقد معها في حالة فقد "طرده" أو "فقد رسالة...".<sup>1</sup>

في الأخير، ومن خلال التعريفات التي أوردناها على الشرط الجزائي، يمكن أن نستنتج الأمور التالية:

1- يعتبر الشرط الجزائي، اتفاق سابق على وقوع الضرر طالما أنه يعتبر اتفاق فيجب أن تتوافر فيه الأركان العامة الواجب توافرها في أي اتفاق أو عقد، وهي "الرضا، الأهلية، المحل، السبب"، وهذا الاتفاق يرد في الغالب ضمن شروط العقد الأصلي، ولكن لاشيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد<sup>2</sup> ولكن يجب أن يكون قبل وقوع الضرر الذي يستحق هذا التعويض من أجله لأنه إذا لم يعد ذلك أصبح صلحا<sup>3</sup>.

2- محل التعويض الإتفاقي غالبا ما يكون دفع مبلغ من النقود، ولكن هذا لا يمنع أن يكون محله (عمل معين) القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، وقد يكون محله اشتراط جميع أقساط الدين عند التأخر عن دفع أحد أحدهما في تاريخ استحقاقها المتفق عليه<sup>4</sup>. أو كما هو الحال مثلا (عندما يقوم المقاول ببناء عمارة وهو مقتنع بأن هذه العمارة سوف يتعدى بناؤها المدة المحددة، إذن سوف يدفع مبلغا معيناً عن كل يوم تأخر)<sup>5</sup>.

**ثانيا: طبيعة الشرط الجزائي وتكفيته القانوني.**

<sup>1</sup> - أنظر في هذه الأمثلة وأخرى عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م2، ص 852.

<sup>2</sup> - إبراهيم سيد أحمد، التعويض الإتفاقي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، (د، ط)، مصر، 2005، ص60.

<sup>3</sup> - طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الإتفاقي في القانون المدني، (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة إستكمالاً لدرجة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2007، ص9.

<sup>4</sup> - طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الإتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق، ص9.

<sup>5</sup> - un entrepreneur s'engage à construire un bâtiment, mais il est convenu que si le bâtiment n'est pas achevé dans le délai convenu ; il payera telle somme par jour de retard, voir : Français terre et autres, op.cit, p613.

في هذا الصدد نقول أن القوانين اختلفت حول طبيعة الشرط الجزائي وتكييفه القانوني إلى أربعة أقوال.

- 1- أنه عقوبة خاصة وهو ما كان عليه حال القانون الروماني.
- 2- أنه تعويض اتفاقي احتمالي جزافي له بعض آثار العقوبة يجوز أن يزيد عن قدر الضرر المتوقع زيادة غير فاحشة وهو الأمر بالنسبة للقانون المصري والجزائري وأكثر القوانين والأنظمة العربية<sup>1</sup>.
- 3- أنه تعويض اتفاقي احتمالي عن الضرر المتوقع ومساو له وبه أخذ القانون الأردني والإماراتي.
- 4- أنه مجرد اتفاق على التعويض لا علاقة له بالضرر وبه أخذ القانون الفرنسي و

القاضي اللبناني<sup>2</sup>.

وسبب الخلاف يرجع على مبدأ سلطان الإرادة وأن العقد شريعة المتعاقدين، فمن أصر على الأخذ به كاملاً أصر على التعويض في الشرط الجزائي بمجرد الإخلال ولو لم يقع الضرر.

ومن رأى أن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه لأنه يخالف العدل، ويؤدي إلى تعسف الأقوياء للضعفاء، رأى أنه لا بد من وقوع الضرر ليستحق الشرط الجزائي مع اختلافهم في التعويض وهل يلزم أن يساوي الضرر أم لا يلزم.

ونتائج الخلاف تصب في مدى قدرة القاضي على التعديل فمن رأى أنه تعويض عن الضرر أطلق يد القاضي في تعديله ليساوي الضرر، ومن رأى أنه تعويض له بعض آثار العقوبة أعطى القاضي الدور في التعديل لكن بنسبة أقل فلا يلزم التساوي، وأما من رأى أنه اتفاق ملزم لا علاقة له بالضرر رأى أنه لا سلطة للقاضي في التعديل.

---

<sup>1</sup> - إن الصفة الجزائية- أي العقابية- للشرط الجزائي هي إذن صفة استثنائية غير مقصودة بذاتها قد تتحقق عرضاً وبقدر محدود وفق الشروط والقيود التي حددناها وهي تنتج عن التنظيم القانوني للشرط الجزائي الذي لا يسمح بتدخل القاضي لتعديله إلا إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة فلا يكفي مجرد زيادته بقدر ضئيل عن الضرر وإنما يشترط أن تبلغ هذه الزيادة حداً معقولاً ودون أن تصل حد المغالاة من هنا تأتي الصفة الجزائية الحالية للشرط الجزائي. ( أنظر : محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في التطبيقات المعاصرة، المرجع السابق، ص 24).

<sup>2</sup> - عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني...، المرجع السابق، ص 75-91. كذلك أنظر: سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني...، المرجع السابق، ج 3، ص 246 وما بعدها.

## • موقف المشرع بشأن طبيعة الشرط الجزائي.

بالرجوع إلى النصوص القانونية التي عالجت الشرط الجزائي نجد أن المشرع الجزائري قد أضفى عليه بكل وضوح الطابع التعويضي متجاهلا تماما الفكرة العقابية بدليل أنه اشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وهو ما تجسد في نص المادة 1/184 مدني جزائري حيث جاء فيها أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"<sup>1</sup>، هذا من جهة من جهة أخرى فقد قرر

المشرع تطبيق أحكام التعويض بمقابل على الشرط الجزائي<sup>2</sup>.

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي المصري أنه: ليس الشرط الجزائي في جوهره إل تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أداءه، فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب هذا التعويض، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور، وقد يكون العمل

---

<sup>1</sup> - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص 25.

<sup>2</sup> - راجع المادة 183 مدني التي أحالت إلى تطبيق المواد 173 إلى 181 المتعلقة بالتنفيذ بمقابل من القانون المدني الجزائري.

- وهو نفس الموقف لدى المشرع المصري من خلال نص المادة 224 مدني التي تنص على أنه: " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر" .

وهذا الموقف ما هو إلا تجسيد لموقف القضاء المصري القديم التي كان يشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، حيث أصدرت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة حكما بتاريخ 06 ديسمبر 1926 منشور بمجلة المحاماة سنة 7، ص 331 ما يلي: إذا ثبت لدى القاضي أن مقدار الشرط الجزائي جائر وغير مقبول وغير متناسب مع الضرر الذي حصل فعلا للمتعهد إليه، وبعبارة أخرى إذا تبين أن الشرط الجزائي إنما هو الواقع ونفس الأمر شرطا تهديديا ليس إلا - وهذا أمر واقعي محض وخاص بكل قضية على حدتها- فإن له في مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض الجائر، وأن يقدره حسب ما يظهر له من ظروف ووقائع الدعوى. (أنظر: عبد الله نجاري، الشرط الجزائي...، المرجع السابق، ص 92).

غير المشروع في صور أخرى. فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط، إذن، من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض وهي الخطأ والإعذار<sup>1</sup>.

مما سبق استعراضه أيد الموقف الذي تبناه عبد الله نجاري في كون الشرط الجزائي ما هو إلا تعويض ولا يمكن أن يكون وسيلة ضغط على المدين، ذلك لأن النظرية تركز على فكرتين هما، المغالاة في تقدير التعويض والسلطة التقديرية للقاضي في التدخل لتعديل الشرط الجزائي.

أما الفكرة الأولى فهي لا تتجلى بصورة نهائية إلا في مرحلة لاحقة للاتفاق على الشرط الجزائي وهي مرحلة التنفيذ حيث عندما تتحقق واقعة عدم التنفيذ يمكن في هذه الحالة المقارنة بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذي حصل فعلا لتقدير مدى المغالاة في الشرط الجزائي فكيف يمكن أن يكون وسيلة ضغط للمدين إذن؟

أما الفكرة الثانية التي تخص دور القاضي، فيعتقد عبد الله نجاري أن هذا الأخير يرفض التدخل متى طلب منه ذلك خاصة إذا ما أخذنا في الحسبان الجانب النفساني للقاضي الذي يعلم أن هذا الاتفاق موجه ضده باعتبار أنه يجرده من بعض سلطاته الأصلية المتمثلة في تقدير التعويض<sup>2</sup>.

وهنا أعتقد بأن الأمر لا يجب أن يكون بالضرورة كما اعتقد عبد الله نجاري خصوصا إذا ما أخذنا في الاعتبار أن أساس عمل القاضي ودوره تحقيق العدل وإرساء العدالة العقدية بما يتفق ومصلحة الأطراف المتعاقدة، فالمسألة ليس تجريد من سلطات بقدر ما هي البحث عن الحلول المناسبة للمسألة المطروحة وإرساء العدالة وحفظ التوازن بين الالتزامات ورفع الغبن الفاحش بمكافحة التعسف والمغالاة فيه بالرغم من أنه جاء نتيجة اتفاق ورضا أطرافه وأنه في النهاية جاء كضمانة لتنفيذ العقد وهي غاية المشرع والقاضي اللذان يسعيان إلى المحافظة على ديمومة العقد ووجوده وكذا تنفيذه فالملتزم إما ينفذ التزامه عينا، بأن يقوم بالعمل الذي التزم به، وإما أن يكون تنفيذه لالتزامه عن طريق التعويض، وهذا الأخير هو غاية فكرة الشرط الجزائي.

**ثالثا: خصائص الشرط الجزائي.**

<sup>1</sup> - الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ج2، ص 573.

<sup>2</sup> - عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني، المرجع السابق، ص93.

الهدف من الشرط الجزائي ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدي، حيث يمكن القول بأن الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي) قبل كل شيء هو عبارة عن اتفاق بين الطرفين المتعاقدين، وبما أنه جاء لضمان تنفيذ الالتزام العقدي فهو يعتبر بهذه الصفة التزاما تابعا للالتزام الأصلي وليس مستقلا عنه<sup>1</sup>.

وعليه فإنه يتمتع بخصائص هي، خاصية الاتفاقية وخاصية التبعية والجزائية وسأتناولها تباعا:

### 1/ الخاصية الأولى: خاصية الاتفاقية.

أشارت إلى ذلك المادة 183 مدني جزائري بنصها على أنه: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

فلا يمكن تصور شرط جزائي مصدره القانون، وتتجلى الإرادة كمصدر للالتزام في شكلين هما العقد والإرادة المنفردة والشرط الجزائي العقدي له صورتين إما:

1- أن يكون مقترنا بالعقد فيدرج فيه كبند من بنوده وهذا هو الأكثر والغالب<sup>2</sup>.

والسؤال المطروح هنا: هل يتطلب القانون شكلا معيناً في هذا الشرط؟

نقول أنه وإعمالاً لمبدأ تبعية الشرط الجزائي، فإن وجوده لا يتطلب شكلاً خاصاً، أو صيغة محددة، فالمتعاقدان لهما مطلق الحرية في تحديد صيغة الشرط الجزائي، فيمكن أن يرد في صيغة العقد، ويمكن أن يرد في اتفاق مستقل سواء كان معاصراً للعقد، أو لاحقاً له<sup>3</sup>.

ويترتب على هذه التبعية ما يلي:

أ- بطلان الإلتزام الأصلي يبطل الشرط الجزائي والعكس ليس صحيحاً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الإتفاقي...، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود، المرجع السابق، ص 29.

<sup>3</sup> - عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة العقيد لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، باتنة، 2003-2004، ص 54. أنظر كذلك: عبد الله نجاري، الشرط الجزائي...، المرجع السابق، ص 38. كذلك أنظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 112.

<sup>4</sup> - من الأمثلة التي يوردها الفقه في هذا الصدد: " أن يتعهد شخص بالأ يطلق زوجته حتى لو خانت الأمانة الزوجية، وإلا دفع لها مبلغاً معيناً على سبيل التعويض، هذا الشرط الجزائي باطل لأنه تابع لتعهد باطل لمخالفته للنظام العام والآداب (استئناف مختلط 1912/2/22 م 24 ص 174). أنظر: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 75، 76.

ب- إذا انقضى الالتزام الأصلي بأي سبب من أسباب الانقضاء كما لو استحال تنفيذه بقوة قاهرة فلا يجوز المطالبة بالشرط الجزائي، وكذلك إذا سقط الالتزام الأصلي نتيجة لفسخ العقد فإن الشرط الجزائي يسقط بالتبعية.

ج- جميع الأوصاف التي يتسم بها الالتزام الأصلي بتبعية الشرط الجزائي، فيكون هذا الشرط موصوفا وصف الالتزام الأصلي من شرط وأجل وتضامن ونحو ذلك<sup>1</sup>.  
2- أن يوضع في اتفاق لاحق<sup>2</sup>.

فليس من الضروري وجوب وضع الشرط الجزائي ضمن العقد الأصلي إذ أنه قد يكون الشرط الجزائي في اتفاق لاحق للعقد ولكن بشرط أن يكون هذا الاتفاق اللاحق قبل وقوع الضرر الذي يقدر الشرط الجزائي التعويض عنه.

الشرط الجزائي الصادر بإرادة منفردة ويمكن تصور قيامه في حالتين:

أ- الشرط الجزائي المدرج في الإيجاب قد يصدر الموجب إيجابا وضمنه شرطا جزائيا لعدوله و يجب هنا التفرقة أيضا بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الإيجاب لا يتضمن أجلا للقبول فيمكن للموجب العدول في أي وقت.

الحالة الثانية: إذا تضمن الإيجاب أجلا لصدور القبول فلا يمكن للموجب العدول عن إيجابه قبل الأجل<sup>3</sup>.

ب- الشرط الجزائي المدرج في إيجاب موجه للجمهور وهنا يمكن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما لم يصدر القبول لكن إذا صدر القبول يحدث الشرط الجزائي المتضمن في الإيجاب أثره باعتباره اتفاقا، ولكنه اتفاق استثنائي لأنه ينطوي على خروج على القواعد العامة في تقدير التعويض<sup>4</sup>.

2/الخاصية الثانية: الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام احتياطي.

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص76، 77.

<sup>2</sup> - طلبه وهبه خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1983، ص68.

<sup>3</sup> - عبد الله نجاري، الشرط الجزائي...، المرجع السابق، ص39. أنظر كذلك: عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص55.

<sup>4</sup> - عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص40.

لأنه بمثابة تنفيذ بمقابل عن طريق التعويض، لا يتم اللجوء إليه إلا عند عدم تنفيذ الالتزام عينا، فاللتنفيذ العيني هو الأصل<sup>1</sup>.

والشرط الجزائي وسيلة احتياطية لا يلجا إليه إلا عند تحقق سببه، وعلى ذلك إذا تقدم المدين للتنفيذ العيني فلا يجوز لدائنه أن يطالب بالتعويض المقدر عن عدم التنفيذ، وكذلك فإن الدائن لا يكون ملزما بقبول التعويض إلا في الأحوال التي لا يتحقق فيها التنفيذ العيني للالتزام الأصلي<sup>2</sup>.

ومادام لا يعدو أن يكون نوعا من التنفيذ بمقابل يظل معه الالتزام الأصلي عاديا لا يتحول إلى تخيري ولا بدلي<sup>3</sup>.

غير أن وجود شرط جزائي في العقد لا يمنع الدائن من المطالبة بالتنفيذ العيني وهذا ما تقضي به المادة 1228 مدني فرنسي "للدائن أن يطالب المدين المعذر بتنفيذ الالتزام الأصلي بدلا من المطالبة بالجزاء المشترك ضده"<sup>4</sup>.

### 3/ الخاصية الثالثة: أنه مجرد تقدير جزافي للتعويض لا أكثر.

وما يهمننا في هذه الخاصية ما يترتب على كون الشرط الجزائي تقديرا جزافيا للتعويض، أنه لا يمكن للقاضي أن ينقص هذا التقدير بزيادته أو نقصه.

وقد كان القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 تبنى مبدأ عدم تغيير الشرط الجزائي، وبعبارة أخرى مبدأ ثبات الشرط الجزائي<sup>5</sup>.

"عندما يتضمن الاتفاق أن من يخل بالتزامه يدفع مبلغا على سبيل التعويض لا يمكن للطرف الآخر أن يطلب أكثر أو ينقص".

وبالرغم من صدور قانون جديد في 8 يوليو 1975 عدلت بموجبه أحكام الشرط الجزائي في فرنسا، حيث أضاف فقرة ثانية للمادة 1152<sup>6</sup> مدني التي تنص:

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص77.

<sup>2</sup> - رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام، (د، ط)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2006، ص106.

<sup>3</sup> - محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1985، ص65.

<sup>4</sup> - تنص المادة 1228 مدني فرنسي على ما يلي:

« Le creancier au lieu de demander la peine stipulée contre le debiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale ».

<sup>5</sup> - راجع النص الفرنسي للمادة 1152 التي سبق وأن أشرنا إليها.

<sup>6</sup> - تنص الفقرة الثانية من المادة 1152 على ما يلي:

" غير أنه يجوز للقاضي تخفيض أو زيادة الشرط الجزائي المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو تافها وكل اتفاق يخالف ذلك يعد باطلاً. بمقتضى هذه الفقرة تدخل المشرع ليجيز للقاضي أن يتدخل في الشرط الجزائي بتخفيضه، أو بزيادته إذا كان مبالغاً فيه بدرجة كبيرة، أو زهيدا بشكل واضح<sup>1</sup>. وكما سنرى فيما بعد أن هذه السلطة الموكله للقاضي تتميز بخصائص يتضح أنها لم تؤثر على الطابع الجزائي . أما بالنسبة للقانون الجزائري فنجده قد دعم هذا الشرط الجزائي، وذلك بمنعه المطالبة بزيادة الشرط الجزائي المتفق عليه إلا في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي.

يشترط لاستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه توافر مجموعة من الشروط أهمها الخطأ، الضرر، العلاقة السببية، إغذار المدين.  
أولاً: الخطأ.

نكون أمام خطأ المدين في حالة امتناعه عن تنفيذ التزامه العقدي أو تأخره، ويعتبر الخطأ أساس الشرط الجزائي، ويكون مبنياً على أساس موضوعي قوامه الاعتداد بواقعة مادية بحتة هي عدم التنفيذ<sup>3</sup> ويشترط في عدم التنفيذ بعض الخصائص:  
1- أن يكون عدم التنفيذ نهائياً، فلكي يستحق الدائن مبلغ التعويض الإتفاقي لا بد أن يكون عدم التنفيذ نهائياً بحيث لو كان مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ولا يستحق الشرط الجزائي<sup>4</sup>.

---

(L.n° 85-1097 du 11 oct.1985) « Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine » (L.n° 75-597 du 9 juill1975) « qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoir.toute stipulation. »

<sup>1</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص73.

<sup>2</sup> - تنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأ جسيماً".

<sup>3</sup> - عبد الله نجاري، الشرط الجزائي...، المرجع السابق، ص113، 114.

<sup>4</sup> - عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص115.

2- أن يكون عدم التنفيذ كلياً: لاستحقاق الدائن الشرط الجزائي كاملاً لا بد أن يكون عدم التنفيذ كلياً، فإذا كان جزئياً من قبل القاضي<sup>1</sup> فيجب الحكم بالشرط الجزائي في حدود مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ هذا<sup>2</sup>.

ونجد أن المشرع الجزائري في نص المادة 2/184 من القانون المدني قد أجاز للقاضي التعديل الالتزام العقدي بتخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي<sup>3</sup>. وتقتضي القواعد العامة بوجوب إثبات الدائن للضرر، أما في حالة الشرط الجزائي، فإن عبء الإثبات ينتقل منه إلى المدين<sup>4</sup> فتنتفي مسؤولية هذا الأخير إذا أثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر<sup>5</sup>.

وعليه فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا كان هناك خطأ وقع من المدين وغالبا ما يكون عقدياً، وقد يكون تقصيراً فإن لم يكن هناك خطأ من المدين فلا مسؤولية على عاتقه ولا محل لإعمال الشرط الجزائي<sup>6</sup>.  
ثانياً: وجوب وقوع ضرر للدائن<sup>7</sup>.

طبقاً للمادة 184 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. فالضرر يفترض حصوله إلى جانب الخطأ، فمادام قد وقع خطأ فهناك بالضرورة ضرر، وعلى المدين كما سبق أن أشرنا إثبات انتفاء الضرر حتى يتخلص من تحمل الشرط الجزائي<sup>8</sup>.

ويعرف الفقه الضرر على أنه: "الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة سواء كان لذلك الحق أو لتلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن"<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 84.

<sup>2</sup> - عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 115.

<sup>3</sup> - راجع المادة 2/184 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 79.

<sup>5</sup> - راجع المادتين: 1/184 و 176 من القانون المدني الجزائري. ( نقض 1985/3/31 طعن 794 س 52 ق )، أنظر: إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 94.

<sup>6</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م 2، ص 856.

<sup>7</sup> - زينب عيسائي، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 30. أنظر كذلك: رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 107.

<sup>8</sup> - تقابل المادة 1/184 المادة 1/224 مدني مصري.

وبالنتيجة من خلال ما سبق بيانه فإن أي إخلال من قبل المدين في تنفيذ التزامه وإصابة الدائن بضرر من جراء هذا الاختلال، يقع على عاتق المدين تعويض الدائن عن هذا الضرر<sup>2</sup>.

هذا وقبل الانتقال إلى الشرط الآخر نشير أنه يشترط في الضرر أن يكون محققاً، ومباشراً، ومتوقفاً وفقاً للقواعد العامة، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض في قراراتها حيث اعتبرت أن التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون عن ضرر مستقبلي متى كان محقق الوقوع<sup>3</sup>.

### ثالثاً: علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

فلا يمكن فرض التعويض بأي ضرر يقع على الدائن، بل يشترط أن يكون الضرر ناتجاً عن خطأ المدين ذاته<sup>4</sup>.

بمعنى آخر فإن مفاد العلاقة السببية بين الخطأ والضرر هي امتناع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي أو تأخره في تنفيذه وهو الذي ألحق بالدائن ضرراً، أي النتيجة الحتمية لإخلال المدين بالتزامه، والذي يسبب تضرر الدائن ولكن يجوز للمدين قطع هذه العلاقة وذلك بإثبات السبب الأجنبي<sup>5</sup>.

ويعتبر من قبيل السبب الأجنبي القوة القاهرة وفعل الغير، وفعل الدائن نفسه إلى غير ذلك من الأسباب، فإذا أثبت المدين ذلك فإنه لا يكون مسئولاً عن التعويض في هذه الحالة، وقررت محكمة التمييز في هذا المجال ما يلي: " أن إصابة المبعوث بحادث سير

---

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 240.

كذلك أنظر: منذر الفضل، المرجع السابق، ص 300.

<sup>2</sup> - طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الإتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق، ص 36.

<sup>3</sup> - نقض جلسة 1965/05/13، مج فني مدني، ص 570. ( أنظر: معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، المرجع السابق، ص 448).

<sup>4</sup> - جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 135.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م 2، ص 859. أنظر كذلك: أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 373. أنظر كذلك: زينب عيساني، نظرة الميسرة...، المرجع السابق، ص 30.

- راجع المادة 184 قانون مدني جزائري، والتي توافق وتقابل المادة 224 مدني مصري، والمادة 226 مدني سوري.

أثر على قدرته التحصيلية العلمية وأدى بالنتيجة إلى عدم حصوله على الشهادة التي متى أقام قضاءه على أسباب مقبولة ومعقولة تكفي لحمله"<sup>1</sup>.

إلا أنه بخلاف حالات يعفى فيها الدائن من إعدار المدين، طبقا لأحكام المادة 181 من التقنين المدني الجزائري<sup>2</sup>، كما أنه يجوز للدائن إعدار المدين بمختلف الطرق القانونية أو الاتفاقية في حالة ما إذا كان الإعدار واجبا بعكس الحالات التي يعفى فيها من إعدار المدين وهو مضمون المادة 180 من التقنين المدني الجزائري.

وعليه وبعد تأكد القاضي من توافر مجموع الشروط أعلاه وجب عليه التدخل لتعديل الشرط الجزائي، ويحكم للدائن بمقدار التعويض نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، أو التأخر في تنفيذه، مراعيًا في ذلك ما إذا كان الضرر أقل أو أكبر من قيمة التعويض.

وفي هذا الصدد قررت محكمة التمييز في هذا المجال ما يلي: إن إصابة المبحوث بحادث سير أثر على قدرته التحصيلية، وأدى بالنتيجة إلى عدم حصوله على الشهادة التي انبعث لأجلها لا يعني أن المبعوث خالف أي شرط من شروط البعثة، وبالتالي لا يلتزم برد المبالغ التي أنفقت عليه<sup>3</sup>.

#### رابعًا: شرط الإعدار.

وهو دعوة المدين من قبل الدائن إلى تنفيذ التزامه وتبنيه إلى تأخره في هذا التنفيذ يوجب مسؤوليته من تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة هذا التأخر<sup>4</sup>. فإذا لم يقم الدائن بإعدار مدينه في الحالات التي يجب فيها ذلك فلا استحقاق للتعويض الاتفاقي، فمجرد الإتفاق على الشرط الجزائي لا يتضمن إعفاء من وجوب الإعدار في الحالات الواجبة فيه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - ( نقض 1984/12/11 - الطعن رقم 2196 لسنة 51 ق) أنظر في هذا الصدد: إبراهيم سيد أحمد، التعويض الاتفاقي فقها وقانونا، المرجع السابق، ص 73.

<sup>2</sup> - تقابلها المادة 220 مدني مصري.

<sup>3</sup> - طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق، ص 43.

- راجع المادة 179 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 86. أنظر أيضا: جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 135.

<sup>5</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 108.

هذا والأصل في الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام، ومن ثم فلا يعد إذارا إعلانه بصحيفة دعوى التعويض لإخلال المدين بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليف بالوفاء بهذا الالتزام، وتقدير اشتمال هذه الصحيفة على هذا التكليف من المسائل الموضوعية التي تخضع لسلطة قاض الموضوع في أن يأخذ بالتفسير الذي يراه مقصودا من العبارات الواردة بالصحيفة دون رقابة من محكمة النقض.

### المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

تتضمن القواعد العامة بشأن القوة الملزمة للعقود بحصانة الشرط الجزائي وعدم قابليته للمساس به باعتبار أحد بنود الاتفاق الذي تم برضاء أطرافه<sup>1</sup>.

فالشرط الجزائي إذا ملزم مبدئيا لطرفي العقد مهما بلغت قيمته أكانت زهيدة لدرجة تعتبر نافية للمسؤولية أم كبيرة بحيث تجاوز قيمة العقد<sup>2</sup>، الأمر الذي يغري المدين بتعمد عدم التنفيذ فيترك العملية إلى غيرها لتكون أكثر ربحا ما دام لن يلتزم إلا بتعويض ضئيل<sup>3</sup>، وفي الحالة العكسية تعسف ومغالاة في تقديره الأمر الذي يتناسب مع الضرر الحقيقي، الأمر الذي يستدعي معه وجوب تدخل القاضي في تلك الحالات لتقديره الشرط الجزائي ورفع الغبن والمغالاة والتعسف فيه.

إذن السؤال المطروح في هذا الصدد هو ما مدى السلطة التي منحها المشرع للقاضي في تعديل الشرط الجزائي؟

### الفرع الأول: مبررات، وقيود، وضمانات القاضي في تعديل العقد المدني.

إن التدخل من قبل القاضي لتعديل العقد المدني هو بمثابة استثناء على الأصل<sup>4</sup> عمد الفقه والقانون<sup>5</sup> إليه بمنح القاضي السلطة في تعديل الشرط الجزائي الذي يرد في

<sup>1</sup> - حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 71.

<sup>2</sup> - مصطفى العوجي، القانون المدني...، المرجع السابق، ص 585.

<sup>3</sup> - عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 75.

<sup>4</sup> - المادة 106 ق م ج التي تقضي بالمبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين".

<sup>5</sup> - منح المشرع الجزائي هذه السلطة للقاضي بموجب نص المادتين 184-185 ق.م.ج التي تنص الأولى على: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

العقود لضمان تنفيذها، بحيث يمكن تعديله من طرف القاضي في حالات معينة وبشروط وضوابط وضمانات محددة إذا طلب منه ذلك، وذلك لإعادة التوازن بين الالتزامات العقدية وهو ما يقودنا إلى طرح مجموعة من التساؤلات:

- ما هي مبررات تعديل القاضي للشرط الجزائي؟.
- ما هي القيود الواردة على تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي؟.
- ضمانات القاضي في تعديل الشرط الجزائي؟.

### أولاً: مبررات تعديل القاضي للشرط الجزائي.

قبل الخوض في الوسائل التي بواسطتها يتدخل القاضي لإحداث التعديل على الشرط الجزائي بما يحقق التوازن العقدي ويحفظ مصالح الأطراف المتعاقدة، نقول أن هذه السلطة تقررت للقاضي استجابة لعدد من المبررات.

فإذا كان الشرط الجزائي مرتفعاً، أو منخفضاً إلى درجة كبيرة فإن تدخل القاضي لتعديله إما بتخفيضه أو زيادته له ما يبرره ويستدعيه من الحجج التي وردت.

**الحجة الأولى:** إن روح العدل والإنصاف وحسن النية يأبى كل منهم الانصياع إلى هذا التحديد الجائر للشرط الجزائي<sup>1</sup>.

**الحجة الثانية:** الشرط الجزائي إذا كان مرتفعاً إلى درجة كبيرة، فإنه بمثابة تهديد مالي أو غرامة تهديدية لحمل المدين على الوفاء<sup>2</sup> ففي هذه الحالة قد يلجأ القاضي إلى وصف الحالة أو الواقعة واعتبارها غرامة إكراهية ليعد لها بما يتناسب والضرر<sup>3</sup>.

**الحجة الثالثة:** الشرط الجزائي ليس سبباً في استحقاق التعويض، بل هو يقتصر على مجرد تقدير مقدماً وفقاً لما قام أمام الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات وظروف، فإذا اتضح أن الضرر الذي وقع لم يكن بمقدار ظن الطرفين قبل وقوعه وأن تقديرهما بالتالي كان مرتفعاً، أو منخفضاً إلى درجة كبيرة، فإن الأمر لا يخلو من خلط في التقدير

---

- ونصت الثانية التي هي المادة 185 ق.م.ج على أنه: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

<sup>1</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 112.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 73.

<sup>3</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 112.

الاقتصادي للضرر وقع فيه المتعاقدان أو ضغط وقع على المدين فقبل شرطا يعلم مقدما أنه مجحف به<sup>1</sup>.

**الحجة الرابعة:** أن الشرط الجزائي لا يعتبر عقدا مثل العقود الأخرى، ولكن هو شيء آخر أكثر خطورة، فهو مزيج هدفه الحد من الوظيفة القضائية ويصير وجها من أوجه التعسف<sup>2</sup>.

وهنا يذكر جانب من الفقه أن: "... اقتصار طبيعة الشرط الجزائي باعتباره اتفاقا على تقدير التعويض أن تكون سلطة القضاء سلطة خاصة تختلف عن سلطته بالنسبة للاتفاقات بصفة عامة، حيث تقتصر هذه السلطة على تفسيرها دون الخروج عن شروطها، إلا حين تكون شروطا تعسفية وفي أحوال خاصة يحددها القانون، أما بالنسبة للشرط الجزائي فهو الاتفاق مقدما على تقدير التعويض فالقانون إذ يسمح للأفراد بأن يقوموا مقام القضاء في هذا التقدير، فإنه يخضع اتفاقهم هذا لسلطة من القضاء تمكنه من الرقابة على مدى التزام الأطراف بقواعد تقدير التعويض على مغالاة أو تعسف"<sup>3</sup>.

**الحجة الخامسة:** تأثير العدالة في تدخل القاضي.

إلا أن المصالح وتعادلها في العقود يقتضى الرجوع إلى مبادئ العدالة الإبقاء على كفتي الميزان في حالة مساواة.

فهل تعد العدالة مبررا كافيا ليتدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي؟

رغم غموض وإبهام مفهوم العدالة<sup>4</sup>، فهذا لا يمنع من اتخاذها كمبرر لتدخل القاضي، لا سيما وأن العدالة تجد مصدرها في أحكام المادة 2/01 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أنه: "... وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

وبحكم أن العدالة تسعى إلى تحقيق فائدة عملية، لأنها ذات طبيعة عامة ومرنة الأمر الذي يجعل منها صالحة لحكم العديد من الحالات المتباعدة هذا من جهة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج2، ص875.

<sup>2</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص79.

<sup>3</sup> - جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، ط 1977، ج2، ص59.

<sup>4</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص88.

<sup>5</sup> - خديجة فاضل، المرجع السابق، ص88.

ومن جهة أخرى فالقاضي هو أمين العدالة يحترم الاتفاقات متى كانت مبنية على احترام العدالة وتجنب التعسف، وهو يتدخل في حالة كون الشرط الجزائي فاحش<sup>1</sup> وهذا حتى لا يترك الأمر إلى من هو متفوق اقتصاديا، أو لصاحب الخبرة ليستغل هذه الخبرة أو هذا التفوق أيا كان للاستفادة من من هم أقل علما ودراية<sup>2</sup>.

**الحجة السادسة:** تنص المادة 01/107 على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

إن مبدأ حسن النية من المبادئ التي اعتنقها المشرع الجزائري بنص صريح من خلال المادة 1/107 مدني بمعنى أنه في حال ما إذا طالب الدائن المدين بتنفيذ الشرط مع علمه بما ينطوي عليه الأخير من تعسف فإنه بهذا يكون سيء النية، لإدراكه على ما سيترتب على هذه المطالبة، بحيث يأخذ أكثر مما له، أو يعطي أقل مما عليه<sup>3</sup>.

**ثانيا: القيود الواردة على تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي.**

إن إقرار المشرع للقاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي إنما وجد على أساس حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، إلا أن هذه السلطة في التعديل لن تكون بالتأكيد مطلقة، بل هي مقيدة، لأن إطلاقها قد يؤدي بالضرورة إلى ظلم الطرف الضعيف أو السماح بإثراء أحد المتعاقدين على حساب الآخر دون القيام بدوره كأمين على العدالة، ولهذا يكون تدخل القاضي مقيدا في جميع مظاهر سلطته.

فلا يجوز للقاضي ممارسة سلطته في التعديل، إلا إذا بلغ الشرط الجزائي درجة كبيرة من الارتفاع، أو الانخفاض، مما يؤدي إلى إلحاق ضرر كبير بالطرف الضعيف، وبالتالي خرق مقتضيات العدالة<sup>4</sup>.

ففي القانون المدني الجزائري وطبقا لنص المادة 185 منه نجد أن المشرع اشترط لتدخل القاضي أن يكون الشرط الجزائي مفرطا، أما في القانون المصري والاطالي

<sup>1</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 80

<sup>2</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 115.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، م 2، المرجع السابق، ص 877.

<sup>4</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقود، المرجع السابق، ص 81.

والبولوني<sup>1</sup> فيشترط المشرع لتدخل القاضي أن يكون الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، وفي القانون اللبناني مثلاً أن يكون الشرط الجزائي فاحشاً<sup>2</sup>.

والقول أن درجة الإفراط تشكل قيماً على تدخل القاضي، لأن الارتفاع أو الانخفاض البسيط لا يؤخذ به في تدخل القاضي، ولا يشكل قيماً على سلطته، فمثلاً إذا كان مقدار الضرر يقدر بـ 3.000 دج وقيمة الشرط الجزائي تساوي 6.000 دج، ففي هذه الحالة رغم ارتفاع النسبة نوعاً ما، إلا أننا لسنا بصدد الإفراط، ونكون أمام حالة الإفراط، إذا كان مقدار الشرط الجزائي يقدر بـ 8.000 دج، وبما أن للقاضي الجزائي الحرية الكاملة في تخفيض الشرط الجزائي، إلا أنه جرى العمل، أو يحدّد تخفيض درجة الإفراط في حدود 6.000 دج إلى 8.000 دج أي حصر تخفيض الإفراط<sup>3</sup>، فحصر تخفيض الإفراط يعني بالضرورة التكفل لحماية مصالح الأطراف، ويكون القاضي ملزماً بتسبيب حكمه، سواء تعلق الأمر بالإفراط أو بالتنفيذ الجزئي، أو حتى زيادة مقدار التعويض، فهي مسائل قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، وأن قضاة الموضوع ملزمون بتسبيب أحكامهم في حالة قبولهم التعديل وذلك بتبيان المبلغ المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه<sup>4</sup>.

كما أن وجوب التسبيب لا ينسب إلا للجزء الذي شمله التعديل فقط<sup>5</sup>.

كما أن القاضي يزاوّل سلطته في تعديل الشرط الجزائي بتخفيضه لسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، فإن ذلك يكون على أساس مبلغ الشرط الجزائي المتفق عليه وليس على أساس التعويض الذي يحكم به القاضي عند عدم وجود الشرط الجزائي، وهذا يتفق مع روح القانون وإرادة الأطراف، فتدخل القاضي هنا كان لأجل وضع خاص، ولا يجوز أن يقوم القاضي بالتدخل للتعديل بما لا يتلاءم ويكون ضد رغبة المتعاقدين المعبر عنها عند إبرامهما العقد<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 224 مدني مصري، المادة 1384 من القانون المدني الإيطالي، والمادة 85 من القانون المدني البولوني.

<sup>2</sup> - المادة 266 موجبات لبناني.

<sup>3</sup> - راجع : خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 106.

<sup>4</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 106.

<sup>5</sup> - ( نقض 1994/3/24 طعن 273 س 60 ق، نقض 1990/5/27 طعن 3714 س 58 ق، نقض 1976/6/30 طعن

2376 س 52 ق ونقض 1974/5/20 طعن 2962 س 50 ق). (أنظر: إبراهيم سيد أحمد، التعويض الإتفاقي...،

المرجع السابق، ص 147).

<sup>6</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 91.

ثالثاً: ضمانات القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

إن دور القاضي في تعديل الشرط الجزائي، لا يمكن أن يؤدي الهدف إلا إذا كان محاطاً بجملة من الضمانات التي تكفل له السيادة.  
لأجل ذلك اقتضى الأمر إصباح هذه السلطة في التدخل لتعديل صفة النظام العام، فلا يجوز استبعادها بالاتفاق.

### 1- سلطة القاضي من النظام العام:

فلا يجوز استبعادها، ولعل العبرة من ذلك هو سد الباب أمام الطرف القوي في العلاقة العقدية والحوار دون أن يلزم المدين على استبعادها لأن من قبل على نفسه شرطاً جزائياً مرتفعاً أو منخفضاً إلى درجة كبيرة، فسيقبل أيضاً باستبعاد هذه السلطة للقاضي في التعديل، فاستبعاد هذه السلطة يقع باطلاً وهو ما يعكسه حرص المشرع على بطلان أي اتفاق على استبعادها<sup>1</sup>، وأنه وبتزويد القاضي بسلطة التعديل إنما هو في الواقع لخدمة وتجسيد أسس العدالة، يعني أن القانون بموجب نص خاص استثنائي على المبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين" قد أدخل العدالة في النظام القانوني الذي يتعين على القاضي الالتزام بتطبيقه تلقائياً للوصول إلى العدالة العقدية ورفض كل ظلم وإرهاق للطرف الضعيف في العقد.

### 2- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي مكفولة قانونياً

إن تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي لا يتم إلا بناء على طلب صاحب المصلحة، وبعد أن يثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر جراء إخلاله بالتزامه العقدي، أو التأخر فيه، أو أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه (مفرطاً) أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه<sup>2</sup>.

كما يتدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي، إذا أثبت الدائن أن المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً<sup>3</sup>.

وبمفهوم المخالفة لا يستطيع القاضي التدخل لإحداث التعديل في حالة عدم تمكن صاحب المصلحة من الإثبات في الحالات السابقة الذكر.

<sup>1</sup> - تنص المادة 3/184 على: "ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

<sup>2</sup> - راجع المادة 184 مدني جزائري .

<sup>3</sup> - راجع المادة 185 مدني جزائري.

والحقيقة أن هذا يعتبر من قبيل القيد والربط لسلطة القاضي في التشريع الجزائري وهو الأمر الذي لا يتناسب مع المعطيات الاقتصادية الجديدة، وهو ما تنبه إليه المشرع الفرنسي بأن استحدث تعديلا جديدا بموجب القانون الصادر في تاريخ 1985/10/11 الذي بموجبه قرر منح سلطة التدخل من تلقاء نفسه لفحص الشروط التعسفية وتقدير المغالاة في تقدير التعويض، وكذا استخدام سلطاته بموجب قانون سنة 1975 لتعديل هذه الشروط بالزيادة أو النقصان<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: وسائل القاضي لتعديل الشرط الجزائي.

تقضي المادة 184 ق م ج على أنه: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر". ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقرير كان مفرطا، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه."

وتقضي المادة 185 مدني جزائري بأنه: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا، أو خطأ جسيما".

يتبين من النصوص المتقدمة أن الأصل في الشرط الجزائي طالما كان اتفاق مسبق على التعويض، أن يتم إعماله نزولا عند مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين" ، فيحكم على المدين بالتعويض المقدر إلا إذا أثبت أن دائنه لم يلحقه أي ضرر، فلا استحقاق عندئذ للشرط<sup>2</sup>، وقد سبق لنا بيان ذلك ولكن عند تحقق الضرر واستحقاق الشرط، فقد منح المشرع للقاضي المجال للتدخل وتعديل الشرط الجزائي في ثلاث حالات وهي :

أولاً: حالة تخفيض الشرط الجزائي.

ثانياً: حالة زيادة الشرط الجزائي.

ثالثاً: حالة الإعفاء من الشرط الجزائي.

أولاً : تخفيض القاضي للشرط الجزائي.

<sup>1</sup> - راجع في هذا الصدد حميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 97.

(Cass. Civ. 18/1/89 Bull Civil N° 86- 15.495)

(Cass.Cou 10/07/90 .D 1990 IR .1) p 205.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 108.

يتبين من نص الفقرة الثانية من المادة 184 مدني جزائري السالفة الذكر أنه يجوز تخفيض الشرط الجزائي من قبل القاضي في حالتين:

**1- الحالة الأولى:** ويتم فيها تخفيض الشرط إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه<sup>1</sup>.

**2- والحالة الثانية:** إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة<sup>2</sup>.

وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد خذا في ذلك حذو القانون المدني المصري<sup>3</sup> والتقنيات العربية الأخرى.

ونتناول هاتين الحالتين على التوالي :

**1- الحالة الأولى:** تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي.

ورد في الفقرة الثانية من المادة 184 مدني جزائري حكماً مؤداه أنه يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه<sup>4</sup>، وهو ما قضت به محكمة النقض حيث نصت على أنه: " إذا كان الثابت من وقائع النزاع أن المدين ( البائع ) قد نفذ بعض الأعمال التي التزم بها وتخلف عن توريد باقي الأقطان المتفق عليها للمشتري، فإن تقصيره في هذا الشأن يكون تقصيراً جزئياً يبيح للقاضي على ما جرى به قضاء محكمة النقض أن يخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق الدائن مما يدخل تقديره في سلطان محكمة الموضوع"<sup>5</sup>.

يستخلص من حكم المادة 184 مدني جزائري، ومن ما قضت به محكمة النقض أنه يمكن للمدين طلب تخفيض التعويض الإنفاقي إذا أثبت واقعة التنفيذ الجزئي، فإذا انفق

<sup>1</sup> - مصطفى الجمال وآخرون، مصادر وأحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 635.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 377.

<sup>3</sup> - تنص الفقرة الثانية من المادة 224 مدني مصري على أنه: " يجوز للقاضي أن يخفض التعويض الإنفاقي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة وأن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ".  
وقارب في ذلك المادة 266 من قانون الموجبات والعقود اللبناني أو المادة 226 مدني سوري.

<sup>4</sup> - مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، ص574.

<sup>5</sup> - ( نقض مدني في 1962/12/27، لسنة 13، ص:1238). مشار إليه عند: وليد صلاح مرسى رمضان، المرجع السابق، ص 706.

الطرفان على تعويض يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام وقام المدين بتنفيذ جزء منه، ففي هذه الحالة يخفض التعويض، ولعل ذلك يفسر أن الضرر يكون أقل بالنسبة لعدم التنفيذ الكلي ولكن تجدر الإشارة إلى أنه باستطاعة أطراف العقد استبعاد حكم تخفيض الشرط الجزائي عند التنفيذ الجزئي وتقرير مسؤولية المدين كاملة لأن نص المادة 1231 آنذاك كان قاعدة مكملة يمكن استبعادها بالاتفاق<sup>1</sup>.

وهنا يطرح السؤال التالي: هل كل التزام يقبل التنفيذ الجزئي؟.

إذا كان تدخل القاضي في هذه الحالة متوقفا على التنفيذ الجزئي للالتزام من طرف المدين يترتب على ذلك أن يكون الالتزام الأصلي قابلا للانقسام، ولكن في حالات يكون الالتزام الأصلي غير قابلا للانقسام وبالتالي لا يمكن تطبيق الفقرة الثانية من المادة 184 مثال ذلك الالتزام عن عمل لا يقبل التقسيم، كما نتج المدين من المنافسة، أو الامتناع عن التمثيل في مسرح معين والى غير ذلك.

ومنه لا يكون الالتزام الأصلي قابلا للتنفيذ الجزئي إلا إذا كان قابلا للانقسام وتقرير قابلية، أو عدم قابلية الالتزام للانقسام مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع<sup>2</sup>.

إذا كان هذا حال نطاق تطبيق الفقرة الثانية من المادة 184 مدني جزائري على الالتزامات القابلة للانقسام، فإن السؤال الذي يمكن أن يطرح في هذا الصدد أيضا هو ما حكم المادة 277 من القانون المدني الجزائري بالنسبة لتنفيذ الشرط الجزائي المذكور في المادة 184 مدني جزائري؟.

الواقع أنه إذا كان الشرط الجزائي يفرض على المتعاقدين تحديدا مسبقا للتعويض، دون تدخل من قبل القاضي في تحديده، وتعديل شريعة المتعاقدين، فإنه من الممكن أن تكون توقعات المتعاقدين غير كافية عند إبرام العقد، وخاصة بالنسبة للتنفيذ الجزئي، فإذا أهمل الدائن الاستفادة من نص المادة 277 من القانون المدني الجزائري<sup>3</sup> والتي تسمح له

<sup>1</sup> - لكن بتدخل المشرع الفرنسي بقانون 09 يوليو 1975 عدل المادة 1231، بحيث أصبح يجوز للقاضي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام أن ينقص المبلغ المتفق عليه بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي، وجعل باطلا كل اتفاق يخالف أحكامها. (أنظر: محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام، المرجع السابق، هامش ص 67).

<sup>2</sup> - عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني، المرجع السابق، ص 193.

<sup>3</sup> - تقابل المادة 277 مدني جزائري المادة 342 مدني مصري.

بأن يرفض الإيفاء الجزئي للالتزام، لكن قد يكون الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن استفاء الجزء المعترف به فليس للمدين حينها رفض الوفاء بهذا الجزء، وفي هذا يكون الدائن قد عدل عن المطالبة بالتنفيذ الكامل، ولا يحق له عندئذ المطالبة بالتعويض الاتفاقي كاملا، لأنه بذلك يكون قد استفاد في الوقت نفسه من التنفيذ والجزاء معا، وهذا ما لا يجوز كما سبق ذكره وهذا ما قرره المادة 2/184 مدني جزائري<sup>1</sup>، فقررت بأن القاضي أن يعدل التعويض الاتفاقي عندما يكون التنفيذ جزئيا بناء على طلب المدين والذي يقع عليه عبء إثبات التنفيذ الجزئي<sup>2</sup>.

بعد أن حددنا نطاق تطبيق الفقرة الثانية من المادة 148 مدني جزائري، وبيننا حكم المادة 277 بالنسبة للتنفيذ الجزئي لنا أن نتساءل عما إذا كان كل تنفيذ جزئي يؤدي حتما إلى تخفيض الشرط الجزائي؟.

في هذا الصدد نجد أنه ليس كل تنفيذ جزئي يؤدي بالضرورة إلى تخفيض الشرط الجزائي.

فمثلا إذا اتفق الدائن والمدين على لقاء في مدينة وهران في تاريخ معين وحدد في العقد مبلغ يدفعه المدين كشرط جزائي إذا لم يحضر في المكان المتفق عليه، فلو ذهب المدين إلى مدينة قريبة من وهران مثل مستغانم، فلا يعتبر هذا من قبيل التنفيذ الجزئي للالتزام بالرغم من قطع تلك المسافة، والسبب يرجع إلى عدم استفادة الدائن من تنقل المدين.

أما في حالة أخرى كما لو اتفق الدائن مع المدين أن يورد هذا الأخير كمية من السلعة واتفقا على مبلغ معين يدفعه إذا أخل بالتزامه، ثم قام المدين بتوريد نسبة معينة من السلعة ثم توقف فيعتبر هذا تنفيذا جزئيا للالتزام يؤدي معه إلى تخفيض الشرط الجزائي<sup>3</sup>. وفي الآتي نبين طريقة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي.

#### أ- طريقة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي :

الملاحظ على المادة 2/184 من التقنين المدني الجزائري أنها منحت سلطة تقديرية واسعة للقاضي للتدخل وتعديل الشرط الجزائي، إلا أن ما يعاب عليها أنها ناقصة بحيث لا

<sup>1</sup> - تقابل المادة 2/184 مدني جزائري المادة 2/224 مدني مصري.

<sup>2</sup> - طارق محمد أبو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق، ص 77.

<sup>3</sup> - عبد الله نجاري، الشرط الجزائي...، المرجع السابق، ص 194.

تحدد للقاضي العناصر التي يعتد بها سواء في التقدير أو التخفيض، ويلزم القاضي بالقيام بعملية التخفيض في حالة ما إذا طلب المدين منه ذلك، وتحقق الضرر فعلا للدائن<sup>1</sup> لأن على القاضي مراعاة نوعية التنفيذ إن كان سليما، أو معينا كما يراعي أيضا الأسباب في ذلك<sup>2</sup>، فإذا كان السبب من الدائن جاز للقاضي تخفيض مبلغ التعويض وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 187 ق.م.ج: "إذا تسبب الدائن بسوء نيته، وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر".

إن إذا تحقق الضرر فعلا للدائن، وأثبت المدين أنه فعلا قد قام بتنفيذ جزئي للالتزام الأصلي قضى القاضي بالتخفيض، ويراعي القاضي أثناء عملية التخفيض هذه الضرر اللاحق بالدائن ويقارنها بالفائدة التي عادت عليه، أي يقوم بعملية المقارنة بين عنصري الضرر والفائدة التي يجنيها الدائن والتي هي شرط للتخفيض مع وجود الضرر<sup>3</sup>.

كما أن تدخل القاضي بالإضافة إلى شرط الفائدة لتخفيض الشرط الجزائي مرتبط أيضا بقبول الدائن للتنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، فلا يمكن للمدين أن يجبر الدائن على قبول جزء من الالتزام حتى ولو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة<sup>4</sup>.

هذا والقاضي لا يتوقف على عنصري الضرر والفائدة فقط، بل يلجأ إلى البحث عن عناصر أخرى تتماشى مع مبدأ العدالة العقدية، فهو يبحث عن النية الحسنة أو السيئة للمدين أيضا<sup>5</sup>.

فتقدير قيمة التنفيذ الجزئي متوقف على مسلك المدين، فالقاضي لا يقف إلى جانب المدين سيء النية فمتى تبين له سوء نية هذا الأخير في تنفيذه الجزئي للالتزام فإن المدين لا يستحق مقدار التعويض المتفق عليه، وهنا القاضي يحكم بالشرط الجزائي بكامله، إلا أنه متى قدر القاضي قيمة التنفيذ الجزئي بناء على العناصر السابق الإشارة إليها يقضي بتخفيض التعويض الاتفاقي.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 195. أنظر كذلك: خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 98.

<sup>2</sup> - عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته...، المرجع السابق، ص 76.

<sup>3</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 90.

<sup>4</sup> - راجع المادة 277 مدني جزائري.

<sup>5</sup> - خديجة فاضل، تعديل القاضي العقد، المرجع السابق، ص 99.

والسؤال المطروح في هذا الصدد: هل دور القاضي في تخفيض الشرط الجزائي يصل إلى الحد الذي يرفع فيه الضرر الفعلي، أم هو فقط ملزم بإزالة المبالغة فيه؟ في هذه الحالة لا يمكن للدائن الجمع بين التنفيذ العيني والتنفيذ بالمقابل، والقاضي ملزم باحترام إرادة الأطراف في حالة الاتفاق على التنفيذ الجزئي، وبالتالي ملزم بالأخذ به كمرجع، كما يمكن له القيام بعملية التخفيض إذا كان هناك فعلا مبالغة كبيرة في مقدار التعويض<sup>1</sup>.

بعد أن بينا ممارسة القاضي دوره في تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي نتناول في الآتي الحالة الثانية التي يجوز فيها تخفيض الشرط الجزائي.

## 2- الحالة الثانية: تخفيض الشرط الجزائي بسبب المبالغة في تقديره.

ويتم فيها تخفيض الشرط الجزائي، حالة ما إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة<sup>2</sup>.

والفرض هنا أن المدين لم يقدّر بتنفيذ التزامه أصلا، أو تأخر في التنفيذ مدة استحق من أجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي<sup>3</sup>، فكان يجب إعمال الشرط الجزائي بكامله دون تخفيض.

ويشترط لتخفيض الشرط الجزائي إلى الحد المعقول أن يثبت المدين أن التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة<sup>4</sup>، وهو ما أشارت إليه المادة 2/184 من التقنين المدني الجزائري " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التقويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً"، فالمشرع في هذه المادة استخدم عبارة " مبالغا فيه إلى درجة كبيرة"، طبقا لنص المادة 1/224<sup>5</sup> من القانون المدني المصري وهو ما أشرنا إليه سابقا.

<sup>1</sup> - راجع في هذه المسألة: عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 196، 197. كذلك: خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 99.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 109.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م 2، ص 861.

<sup>4</sup> - وليد صلاح مرسى رمضان، القوة الملزمة للعقد...، المرجع السابق، ص 705.

<sup>5</sup> - تنص المادة 1/224 من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز للقاضي أن يخفض التعويض الإلتفائي إذا أثبت أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وأن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

وقبل التطرق إلى كيفية تقدير القاضي للإفراط، وكيفية تخفيضه يتوجب علينا تحديد المقصود بالمبالغة.

#### أ- المقصود بالمبالغة:

يمكن تعريف المبالغة بأنها: "عدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ، بحيث يترتب على ذلك نوع من المضاربة"<sup>1</sup>.

الملاحظ على هذا التعريف أنه يركز على التفاوت الكبير الذي يكون بين التعويض المتفق عليه خلال إبرام العقد، وبين الضرر الذي يلحق بالدائن، بحيث يكون هناك عدم التناسب ولكن هذا التناسب والتفاوت يجب أن يكون مفرطاً، ومبالغاً فيه حتى يستطيع القاضي التدخل وتعديله بما يرفع الظلم والتعسف على أحد أطراف العقد.

ب- تقدير القاضي للإفراط: لم تنص المادة 2/184 من التقنين المدني الجزائري صراحة على كيفية تقدير التعويض ولا على العناصر التي على أساسها يسترشد بها القاضي للتمييز بين الشرط الجزائي المبالغ فيه، والشرط المعقول فهل يستند القاضي على المعيار الشخصي، أم على المعيار الموضوعي؟.

فبالنسبة للمعيار الموضوعي: فإنه يتمثل أو يفيد المقارنة بين مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر الذي أصاب الدائن.

أما المعيار الشخصي: فمفاده تقدير المسؤولية التعاقدية لكل من الطرفين أو المتعاقدين كحسن وسوء نية المدين، فهو إذن معيار ذاتي.

وفي هذا الصدد أنفق مع عبد الله نجاري في كون أن المعيار الموضوعي يستعين به القاضي عند تقديره للمبالغة الكبيرة الموجودة بين قيمة التعويض الإتفاقي والضرر الذي لحق الدائن، أما المعيار الشخصي فيعتد به القاضي في مرحلة لاحقة وهي مرحلة تخفيض الشرط الجزائي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الله نجاري، الشرط الجزائي...، المرجع السابق 188، أنظر كذلك:

Jean Carbonnier, Droit Civil, les obligations, Op.Cit .p292.

<sup>2</sup> - عبد الله نجاري، الشرط الجزائي...، المرجع السابق، ص189-190.

على هذا إذا أثبت المدين أن في التقدير زيادة، بل تبين له أن هذا التقدير انطوى على مبالغة كبيرة، فيكتفي القاضي في هذه الحالة بأن يخفض التعويض إلى الحد المعقول لا إلى الحد المساوي تماما للضرر<sup>1</sup>.

إذن إذا تبين بالفعل عدم التناسب الفاحش، يقوم القاضي بالتقدير، وبعد انتهائه من عملية التقدير ينتقل إلى عملية التخفيض وفقا لما يراه مناسبا.

**ج- تخفيض القاضي للشرط الجزائي المبالغ فيه إلى درجة كبيرة:** يبقى نص المادة 2/184 من التقنين المدني الجزائري مرجع القاضي في تدخله لتخفيض مقدار التعويض وهنا يمارس القاضي سلطته بحذر وبطريقة استثنائية في حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مجحفا بالمدين<sup>2</sup>.

فإذا ما أثبت المدين إن التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، فللقاضي أن يخفض هذا التعويض إلى الحد المعقول أي الحد الذي يتناسب مع الضرر، وليس الحد المساوي للضرر<sup>3</sup>.

كما سبق وأنا بينا، ولا يجوز تخفيضه إذا كانت الزيادة فيه لا تتطوي على مبالغة كبيرة<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص110. كذلك: طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الإلتقائي في القانون المدني، المرجع السابق، ص76.

- قررت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد ما يلي: وجود الشرط الجزائي يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن وعلى القاضي إعمال هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه"، أنظر: (طعن رقم 563 لسنة 34 ق، جلسة 1968/12/5) المنشور لدى: معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، المرجع السابق، ص 942.

<sup>2</sup> - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص82.

<sup>3</sup> - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد...، المرجع السابق، ص 705.

- إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، ويقال في تبرير هذا الحكم " أنه إذا كان محل الالتزام الأصلي مبلغا من النقود، فيكون المقصود بالشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يتعين تخفيضها إلى الحد القانوني، أما إذا كان محل الالتزام من غير النقود، فقد يكون المقصود من المبالغة في الشرط الجزائي أن يكون شرطا تهديديا، وفي هذه الحالة يأخذ حكم التهديد المالي بمعنى أنه يكون للقاضي إعادة النظر فيه وتقدير التعويض المستخف وفقا للقواعد العامة، وإذا لم يكن الغرض منه أن يكون شرطا تهديديا، فلا يمكن تفسير المبالغة فيه إلا على أساس غلط في مثل هذا الشرط الجائر، وفي أي من الفرضين يتعين إنقاص التعويض إلى الحد الذي يتناسب والضرر الواقع"، أنظر: (نقض 1955/2/17، لسنة 47، ص265) المشار إليه عند: أنور طلبية، الوسيط...، المرجع السابق، ج2، ص600.

<sup>4</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص83.

ويتمتع القاضي أثناء تدخله لتخفيض الشرط الجزائي بسلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن سواء فيما يتعلق بوجود مبالغة في التعويض من عدمها، أو فيما يراه حدا مناسباً لتخفيضه، ولا رقابة عليه في ذلك من جانب المحكمة العليا<sup>1</sup>.

### ثانياً : سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.

قد يتم تحديد الشرط الجزائي ( التعويض الإتفاقي) بمبلغ منخفض إلى درجة كبيرة بحيث لا يتناسب البتة مع الضرر الذي يصيب الدائن، إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، وهنا يثور السؤال حول ما إذا أعطى المشرع القاضي صلاحية التدخل لزيادة الشرط الجزائي لمصلحة الدائن إذا جاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي؟.

تنص المادة 185 مدني جزائري على أنه: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

نجد أن المشرع قد حرم على القاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي عن طريق الزيادة فيه وهذا بصفة مبدئية<sup>2</sup>، في حين نجد أن القانون سمح لطرفاً الالتزام أن ينفقاً على التخفيف من المسؤولية، أو الإعفاء منها<sup>3</sup>.

وبالتالي يتعين على القاضي في هذه الحالة أن يحكم بالشرط الجزائي كما هو ولو كان يقل عن الضرر الواقع، لأن في ذلك إعمالاً لإرادة المتعاقدين التي ترمي إلى تقدير التعويض بطريقة بتخفيض مسؤولية المدين، وبناء عليه تبقى هذه القاعدة عامة إلا في حالتين :

أما الأولى: فهي أن يلحق بالدائن ضرر أكبر من التعويض المتفق عليه، وأن يكون هذا الضرر عائداً إلى ارتكابه غشاً أو خطأ جسيماً.

ذلك لأن الدائن لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطئه الجسيم عند إبرامه الاتفاق مع المدين على تقدير التعويض، وهنا نجد المشرع قد أورد استثناء في حكم المادة 185

<sup>1</sup> - حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 83. كذلك أنظر: طارق محمد أبو ليلي، التعويض الإتفاقي...، المرجع السابق، ص 76. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد...، المرجع السابق، ص 706.

<sup>2</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 99.

<sup>3</sup> - تنص المادة 2/178 على: " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم...".

مدني جزائري عندما أجاز للدائن طلب الزيادة في الشرط الجزائي في حالة تمكنه من إثبات أن المدين قد كان سيء النية، أو ارتكب خطأ جسيماً لا يتناسب التعويض عليه مع قيمة الضرر<sup>1</sup>.

وعلى ذلك يجوز للقاضي أن يزيد في قدر التعويض في هذه الحالات لجعله مساوياً للضرر الواقع<sup>2</sup>.

**أما الحالة الثانية :**

إذا كان الشرط الجزائي على درجة من التفاهة، بحيث يكون المقصود به إعفاء المدين من المسؤولية التقصيرية، فإنه يقع باطلاً ويجوز أن يحكم بتعويض مناسب وفقاً للقواعد العامة، إذ لا يجوز الاتفاق بينهما على إعفاء المدين من المسؤولية التقصيرية لأن في ذلك مساس بالنظام العام<sup>3</sup>، وبالتالي يكون الشرط الجزائي باطلاً، وللقاضي أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير الضئيل والمنخفض الذي ذكر في الشرط الجزائي متوخياً وملتزماً بالعدالة بتطبيق القواعد العامة في التقدير القضائي<sup>4</sup>.

**ثالثاً : سلطة القاضي في الإعفاء من الشرط الجزائي.**

في هذه الحالة نجد أن القاضي يحكم بتنفيذ ما اتفقت عليه إرادة المتعاقدين، لكن قد يثبت أن يتفق الطرفان على شرط جزائي، وتتوفر شروطه لكن يقوم المدين فيثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر فيتدخل القاضي ليعفيه من مسؤولية التعويض عن عدم التنفيذ. وبالرجوع إلى نص المادة 184 ق.م.ج نجدها تنص على أنه: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

وعليه فإن المدين هو الذي يقع عليه عبء إثبات أن الدائن لم يصبه أي ضرر<sup>5</sup>.

ونفس الحكم ينطبق على الحالة التي يكون فيها عدم التنفيذ، أو التأخير فيه عائداً لسبب أجنبي يثبت المدين<sup>6</sup> ويثبت أن الضرر أيضاً أو زيادته كانت نتيجة خطأ الدائن<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - نصت المادة 185 على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأ جسيماً".

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص111.

<sup>3</sup> - تنص المادة 3/178 على : " ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الفعل الإجرامي".

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، م2، ص878، 879.

<sup>5</sup> - راجع المادة 1/184 من القانون المدني الجزائري.

<sup>6</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص79.

على هاتين المسألتين نص المشرع الجزائري في المادتين 176-177 من القانون المدني الجزائري .

فبالنسبة للمادة 176 ق.م.ج تنص على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

أما المادة 177 ق.م.ج فقد نصت على أنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

وفي هذا الصدد نجد أن علي علي سليمان وضع ضابطا للمسألة بحيث يقول أن: " للقاضي إعفاء المدين من التعويض المحدد في الشرط الجزائي متى أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، وذلك لأن الضرر ركن في المسؤولية متى انتفى فلا مجال للتعويض<sup>2</sup> .

وهكذا يتبين أن المشرع إنما هدفه ينصرف نحو حماية المدين كطرف ضعيف وبالأخص في مواضع الإذعان وذلك من ناحيتين :

**الأولى:** أنه يمكن تخفيض هذا الشرط إذا أثبت عدم تناسبه مع الضرر الذي لحق الدائن من الإخلال بالتنفيذ باشماله على مبالغة كبيرة في التقدير ويقوم القاضي بالتخفيض على النحو الذي يتناسب مع الضرر.

**الثانية:** أنه يمكن استبعاد الشرط الجزائي كلية إذا أثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد المجيد طبيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته...، المرجع السابق، ص77.

<sup>2</sup> - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص78.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص82.

### خلاصة المبحث الثاني:

نخلص من خلال هذا المبحث أنه إذا كان الأصل أن يتم التعديل طبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين (القوة الملزمة للعقد)، فإن المشرع قد أقر استثناء على هذا الأصل بالحق للقاضي أن يتدخل لتعديل الشرط الجزائي عندما يكون جائراً، ورغماً عن إرادة أطراف العقد.

فالشرط الجزائي كما الظروف الطارئة كلاهما من تطبيقات تعديل العقد أثناء مرحلة تنفيذه بواسطة القاضي.

وهو يتجسد في حالة اتفاق الأطراف بصورة مسبقة على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حال إخلال المدين بالتزامه، أو التأخر في تنفيذه بحسب ما أشارت إليه المادة 183 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

وبالرغم من تحاشي أطراف العلاقة العقدية تدخل القاضي لتقدير التعويض لما يشكل من مساس بمبدأ سلطان الإرادة، فإن الشرط الجزائي أحياناً يكون بمثابة الضرر وليس التعويض عن الضرر، ويكون ضرراً إما على الدائن، وإما على المدين، فهو ضرر على الدائن إذا كان مبلغاً بسيطاً لا يتناسب مع جسامة الضرر الذي لحقه من جراء عدم

تنفيذ المدين لالتزامه، أو التأخر فيه كما سبق الذكر، وضرر المدين إذا كان مبالغا فيه بحيث تزيد عن قيمة الضرر الذي أصاب الدائن.

ومن هنا أوجب المشرع على القاضي التدخل لرفع الضرر المترتب عن هذا الشرط، إما بالزيادة فيه في حالة أن جاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، وكذلك في حالة أن كان مقدار الشرط الجزائي تافها بحيث يفهم منه أنه اتفاق على التخفيف من المسؤولية التقصيرية المترتبة على العمل غير المشروع، أو الفعل الضار إلى الحد المناسب، أو النقصان منه في حالة أن كان تقدير الشرط الجزائي مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، وكذلك في حالة أن قام المدين بتنفيذ جزء من الالتزام الأصلي وهو ما يتفق مع قواعد العدالة العقدية.

كما خلصنا أيضا أن تدخل القاضي دائما يبقى مقيدا بتوافر شروط قانونية لاستحقاق الشرط الجزائي، وله أن يقبل، أو يرفض لهذا على المشرع أن يضيف صفة الإلزامية ما دام الغرض من التدخل هو إرساء العدالة العقدية، ورفع الضرر عن المضرور في العقد، لكن من زاوية أخرى قد يؤدي هذا الإطلاق ليد القاضي إلى إضعاف التعويض الإتفاقي في العقود.

هذا ووجدنا أن المشرع الجزائري لم يبين بوضوح المعايير التي يستند إليها للتقدير والتخفيض، نظرا لانتساق النص القانوني بالعمومية، لذا وجب على المشرع أن يكون أكثر وضوح لخدمة المصلحة الخاصة بكلا المتعاقدين.

### خلاصة الفصل الثالث:

أما بالنسبة للتعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه، فالقاضي يقوم بتعديل الالتزام العقدي بتخفيف الالتزام المرهق، ومنع الضرر الذي يصيب أحد المتعاقدين نتيجة شروط مجحفة فرضها أحدهما على الآخر، أو نتيجة ظرف طارئ، وهو ما أشارت إليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري، التي اعتمدت نظرية الظروف الطارئة، فاعتمدها القضاء في العديد من أحكامه، وجعل من تطبيقاتها نظرة الميسرة في حالة إعسار المدين.

هذا بالنسبة إلى التعديل القضائي للظروف الطارئة، أما بالنسبة للشرط الجزائي، فقد أقر المشرع أيضا للقاضي التدخل لمراجعتة، وذلك بغرض حماية الطرف الضعيف من الشرط الجزائي المبالغ فيه، وهو ما نصت عليه المادة 184 والمادة 185 مدني جزائري، ويترتب عن هذا أن التعديل القضائي للعقد المدني، وإن كان وسيلة احتياطية، فهو وسيلة هامة لإعادة التوازن للعلاقات العقدية.

فإن كانت النصوص القانونية الواردة في القانون المدني قليلة للتأسيس لنظرية التعديل القضائي للعقد المدني، فإنه وفي ظل تطور المنظومات القانونية نتيجة ما اعترى العقد من ظروف، ومستجدات أهمها اقتصادية، الأمر الذي يستدعي معه ضرورة إعادة

النظر في الالتزامات المرهقة بالتوسيع من سلطة القاضي في تعديل العقد، وإعطائها الحيز الذي يسهم في إيجاد نوع من المرونة، ومواكبة المستجدات القانونية الحديثة، وتحقيق العدالة العقدية، مادامت سلطة القاضي في التعديل مقيدة برقابة المحكمة العليا التي لا يمكن أن تُفقد منها الأحكام القضائية المخالفة للقانون، هذا من جهة، من جهة ثانية ما دامت هذه السلطة تتجسد في بعض الحالات الاستثنائية، فلا ضير إذن من توسيع هذا الدور، ولو كان استثناءً على الأصل لأن ما هو واقع أن مبدأ سلطان الإرادة قد أثبت فشله في العديد من الحالات.

في الأخير أذهب للقول أنه بالرغم من أن المبادئ التقليدية التي تقوم عليها النظرية العامة للعقد، التي قد تعوق العدالة ، وتتعارض مع التعديل القضائي للالتزامات المترتبة على العقد، فمن الممكن إذن للمشرع أن يعترف له صراحة، وذلك حتى يكون لتدخله الأساس القانوني حتى لا يكون في حاجة للبحث عن مبرر قانوني لحكمه في النزاعات المعروضة عليه، بالرغم من أن نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تفتح له المجال للتدخل وتعديل الالتزام العقدي، فإنها غير واضحة بما يكفي لرفع كل غموض، وعدم كفاية للتشريع.

وفي الأخير أذهب للقول، بأن الهدف من التعديل القضائي للعقد المدني ما هو إلا تجسيد للعدالة التي تظل هي الغاية المرجوة من هذه التطبيقات جميعها، لأنها المثل الأعلى الذي يشع نوره ويبسط جناحيه على هذه التطبيقات، مع اعتراف للقواعد الأصولية التي تمثل الأساس لكل تطبيق من التطبيقات.

خاتمة

## خاتمة:

لقد توصلت من خلال هذا البحث إلى التعرف على مدى صلاحية القاضي في إحداث تعديلات تمس ما تم الاتفاق عليه في العقد المدني من قبل الأطراف، ومدى مساس هذه التعديلات بمبدأ سلطان الإرادة، بالتركيز على أهم النظريات التي تعد كاستثناء على المبدأ العام لكون أن القاعدة العامة لا تجيز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق طرفيه، وهو ما نصت عليه المادة 106 التي كانت الانطلاقة للدراسة.

وقد توصلت من هذه الزاوية إلى عدة نتائج من أهمها:

— مبدأ سلطان الإرادة، أو الحرية التعاقدية تعتبر من المبادئ الأساسية في القانون المدني الجزائري، وقد أقر المشرع الجزائري هذا المبدأ صراحة من خلال نص المادة 106 مدني جزائري، فالعقد شريعة المتعاقدين، والأصل الحرية التعاقدية القائمة على الرضا، والوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد المدني المبرم بين أطرافه، فلا يقلل من طلاقة هذه القاعدة اشتراط معين في بعض العقود بجانب الرضا كاشتراط الرسمية في الالتزامات المؤجلة، لأن التراضي يبقى هو الأصل الذي تنشأ عنه هذه العقود.

— إن مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني الجزائري ظل جامدا في ظل التطورات، والمستجدات بسبب كثرة المعاملات، وتعقدها، وبعد أن كان تدخل القاضي لتعديل العقد محل خلاف وحذر، لما يشكله من خطورة على المبدأ القائم، انصرفت التشريعات المعاصرة ومنها القانون المدني الجزائري إلى تقرير تدخل القاضي لتعديل الالتزامات العقدية.

— تعتبر نظرية الاستغلال، وعقد الإذعان من أهم التطبيقات لتعديل العقد المدني من قبل القاضي المتعلق بتكوينه.

— إن الإذعان يكرس لفكرة عدم التوازن العقدي، ويعطي للقاضي المجال للتدخل، ومراقبة المضمون العقدي.

— تعتبر نظرية الظروف الطارئة، و الشرط الجزائي من أهم التطبيقات لتعديل العقد المدني من قبل القاضي في مرحلة تنفيذه.

— بإدراج المشرع الجزائري لنص المادة 3/107 يكون قد مس القوة الملزمة للعقد، بمعنى أن سلطان الإرادة عنده قد تراجع بحيث أصبح المتعاقد في بعض الحالات غير ملزم بما تعهد به، بمعنى أنه وإن كان الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين فإن هذا المبدأ

المدرج في نص المادة 106 ق م لم يعد يأخذ على إطلاقه بدليل أن هناك استثناء على هذا ورد في نص المادة 3/107 من ق م، وهو ما يقودنا للقول أنه لا بد من أن يوضح ذلك صراحة، فلا يبدو بمظهر أنه يرفض المساس بالقوة الملزمة للعقد، ثم يورد استثناء على وجوب تنفيذه بحسن النية، فكان حريا بالمشرع أن يكون واضحا بأن ينص على هذا الاستثناء أي على جواز تعديل العقد من قبل القاضي - كاستثناء على عدم جواز تعديله، وليس استثناء لوجوب تنفيذه بحسن نية- .

— إن التعديل يختلف عن التجديد، ويختلف عن الفسخ، فالأول ينشأ لنا عقدا جديدا عن العقد الأصلي، والثاني ينهي العلاقة التعاقدية، أما التعديل فهو يحافظ على بقاء العقد الأصلي، وديمومته.

— إن التعديل القضائي للعقد المدني يحافظ على استقرار المعاملات، ويراعي المصالح الاقتصادية للأطراف.

— إن إقرار المشرع لمسألة تعديل القاضي للعقد المدني على غرار التشريعات الأخرى، لا يعني فقدان العقد لأهم ما تم الاتفاق عليه من قبل أطراف العلاقة العقدية، بل هو تدعيم للالتزامات المتقابلة، وحماية للطرف المغبون والضعيف في العقد.

— من الضروري عدم ترك الحرية الكاملة للقاضي للتدخل وتعديل العقد المدني، وإطلاق يده دون ضوابط وقيود، فكل تعديل له ضوابط وشروط قانونية تستلزمه.

— احترام القاضي للنظام العام الذي يبقى أهم معيار يقيد كافة الأطراف سواء كانوا أشخاص عاديين، أو معنويين، والقاضي أثناء عمله يحترم قواعد النظام العام الكفيلة بتحقيق العدالة العقدية دون الإضرار بمصالح أطراف العقد.

#### الاقتراحات والتوصيات:

— نظرا لانتساب بعض النصوص القانونية بالنقص، وعدم الكفاية لتمكين القاضي من التدخل لرفع الغبن كالمادة 90 من القانون المدني، وعدم كفاية نصوص أخرى لحماية المتعاقدين لذا أقترح:

— تعديل نص المادة 90 ق م ج، بحيث تُدخل فيها حالة الضرورة التي استغنى عنها المشرع في نص المادة 89 ق م ج، والمتعلقة بالإكراه، لأن الإكراه قد يكون صادرا من المتعاقد الآخر، أو الغير، أو من الظروف الخارجية، غير أن المشرع الجزائري لم يورد هذه الحالة على غرار المشرع اللبناني الذي نص عليها بنص صريح.

وإن كان ليس من شروط الإكراه الغبن، فلا يجب تحميل نظرية الإكراه ما ليس من شروطها، وإن كان لابد من حماية المتعاقد من الغبن الناتج عن الاستغلال، فالأحرى ضم الظروف الخارجية إلى نظرية الاستغلال، بحيث لا تكون قاصرة على الطيش البين، أو الهوى الجامح فقط، لأن بهذا التوسع تتوسع سلطة القاضي للتدخل وتعديل العقد، وبهذا يكون المشرع قد وفر أكثر حماية للمتعاقد من خلال نظرية الاستغلال.

— كما أقتراح أيضا أن يُعيد المشرع النظر في المادة 90 ق م ج كذلك على غرار المشرع الألماني، وذلك بالتوسيع من الحالات الإنسانية الأخرى كالحاجة، وعدم الخبرة، وضعف الوعي والإدراك، وعدم صدور الرضا عن وعي كاف، وبذلك تتوسع سلطة القاضي في التدخل لتعديل العقد المدني بناء على أسس قانونية تسوغه لرفع الاستغلال عن الطرف الضعيف.

— كما أقتراح أيضا أن يعطي المشرع للقاضي الصلاحية في زيادة الشرط الجزائي وعدم حصرها إلا في حالتين: حالة غش المدين، وخطئه الجسيم.

لأن المشرع يذكر في المادة 185 من ق م ج حالة الخطأ الجسيم فحسب في حين أن الضرر قد يكون جسيما جراء خطأ تافه وبسيط، وهو ما يضر بمصلحة الدائن.

— والشأن أيضا بالنسبة للمادة 358 إذ قصرت الحماية على بائع العقار وحده دون المشتري وهذا فيه إجحاف في حق هذا الأخير، لأنه قد يكون مغبونا بالثمن أيضا.

فما هو ملاحظ من خلال هذه الدراسة أن كل تدخلات القاضي لتعديل العقد كان الغرض منها حماية المدين دون الدائن، وهذا فيه إجحاف.

— لهذا أقتراح أن يعاد النظر في صياغة المادة 358 والمادة 185 من القانون المدني لتوفير الحماية لكلا المتعاقدين، وليس تقرير الحماية لطرف على حساب طرف آخر، كذا تعديل المادة المتعلقة بالشرط الجزائي، وذلك بالسماح للقاضي بالزيادة فيه، فالزيادة في الشرط الجزائي، أو تخفيضه يجب أن يراعى فيه قيمة الضرر الفعلي.

— و أقتراح أن يعدل نص المادة 107 ق م بأن تلحق الفقرة الثالثة منه إلى نص المادة 106 لأن الاستثناء يتبع الأصل وهو المنطقي.

— إن النصوص القانونية الواردة في القانون المدني قليلة للتأسيس لنظرية التعديل القضائي للعقد المدني، فإنه وفي ظل تطور المنظومات القانونية نتيجة ما اعترى العقد من ظروف، ومستجدات أهمها اقتصادية، الأمر الذي يستدعي معه:

— ضرورة إعادة النظر في الالتزامات المرهقة بالتوسيع من سلطة القاضي في تعديل العقد، وإعطائها الحيز الذي يسهم في إيجاد نوع من المرونة، ومواكبة المستجدات القانونية الحديثة، وتحقيق العدالة العقدية، مادامت سلطة القاضي في التعديل مقيدة برقابة المحكمة العليا التي لا يمكن أن تُفُلت منها الأحكام القضائية المخالفة للقانون، هذا من جهة، من جهة ثانية ما دامت هذه السلطة تتجسد في بعض الحالات الاستثنائية، فلا ضير إذن من توسيع هذا الدور، ولو كان استثناءً على الأصل لأن ما هو واقع أن مبدأ سلطان الإرادة قد أثبت فشله في ظل اضمحلاله في أثره "مبدأ الحرية التعاقدية" في العديد من الحالات كما هو الحال بالنسبة لعقود الإذعان.

" تم بحمد الله "

# قائمة المراجع

1. القرآن الكريم.

أولاً: باللغة العربية:

• النصوص الرسمية:

1. القانون رقم: 02/89 المؤرخ في 07 فيفري 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ج ر ج ج، رقم 06، بتاريخ 08 فيفري 1989.
2. قانون رقم: 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 21 أبريل 1990، ج ر ج ج، العدد 17، المؤرخ في 25 أبريل 1990.
3. قانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 غشت 2010 يعدل ويتم القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج ج، العدد 46، المؤرخ في 18 غشت 2010.
4. قانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، عدد 21، بتاريخ 21 أبريل 2008.
5. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر ج ج، عدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975
6. أمر: رقم 76-80 مؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري، ج ر ج ج عدد 29، بتاريخ 10 أبريل 1977.

• النصوص التنظيمية:

1. المرسوم رقم: 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة النوعية وقمع الغش ج ر ج ج، العدد 5، المؤرخ في 04 رجب 1410.
2. المرسوم التنفيذي رقم: 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 والمتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، العدد 40، بتاريخ 19 سبتمبر 1990.

• الكتب:

1. إبراهيم سيد أحمد، التعويض الإتفاقي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، (د، ط)، مصر، 2005.
2. أحمد محمود عبد الرحمن ، الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، (د، ط)، 1995.

3. أحمد فهمي جلال، مهارات التفاوض، الطبعة الأولى، كلية الهندسة، جامعة القاهرة، مركز تطوير الدراسات العليا والبحوث في العلوم الهندسية، 2008.
4. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية (دراسة فقهية وقضائية)، (د، ط)، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002.
5. إحسان ستار خضير، نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود، بحدث مقدم كجزء من متطلبات الترقية إلى الصنف الأول من صنف القضاة، 1997.
6. آلان بينابنت، القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، بيروت- لبنان، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2004.
7. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، (مصادر الالتزام)، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقہ الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز ، (د، ط)، دون دار نشر، 2003.
8. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، (د، ط)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998.
9. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، (د، ط)، 2002.
10. أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثاني، (د، ط)، الأزاربطة، المكتب الجامعي الحديث، 2001.
11. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، (د، ط)، 2002.
12. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، (التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة )، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
13. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، (د، ط)، بيروت، الدار الجامعية، 1993.

14. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، (د، ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
15. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، ج2، ط 1977.
16. جاك غستان، المطول في القانون المدني، (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008.
17. جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)، (د، ط)، الدار الجامعية، 1994.
18. حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية ، (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
19. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العلمي (المبادئ والأسس العامة)، (د، ط)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998.
20. عبد الحكم فوده، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، 1993.
21. عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، (د، ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
22. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، ط 1988، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية .
23. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، (د، ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
24. خليل أحمد حسن قدارة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، الجزائر، (د، ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، (د، ت).
25. عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008) ، الطبعة الأولى، الجزائر ، منشورات بغدادي ، 2009.
26. عبد الرحمن أحمد شوقي محمد، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية، وغير الإرادية، (دراسة فقهية وقضائية)، (د، ط)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002.

27. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، (نظرية الالتزام بوجه عام)، ج1، (د، ط)، القاهرة، دار النهضة، 1997.
28. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1989.
29. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، م1، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
30. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، (الإثبات – آثار الالتزام) ، م2، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
31. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، (د، ط)، الأزرابطة، الإسكندرية، دارالجامعة الجديدة للنشر، 2003 .
32. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، (د، ط)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2006.
33. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة ، المجلد الأول، (د، ط)، عقد البيع، 1991.
34. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، (د، ط)، بيروت، دار الفكر، 1971 .
35. طلبه وهبه خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1983.
36. عجة الجبالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحماية، (د، ط) ، دار الخلدونية، (د، ت).
37. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
38. علي فيلالي، الالتزامات، (النظرية العامة للعقد)، (د، ط)، الجزائر، موفم للنشر، 2008.

39. فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة النظرية في الشريعة الإسلامية، والشرائع الأوروبية، وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، بغداد، (د، ط)، دار الفكر، سنة 1971.
40. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، (د، ط)، القاهرة، 1983.
41. فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، (د، ط)، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001.
42. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
43. محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، الجزائر، (د، ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990.
44. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، (د، ط)، الجزائر، دار هومة، 2007.
45. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
46. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، (د، ط)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 2000.
47. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيه في نظرية القانون، الجزائر، (د، ط)، دار هومة، 1999.
48. محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي الجزائري، (د، ط)، دار هومة، 1998.
49. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (د.ط)، القاهرة، دار الفكر العربي، 1976.
50. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام - التصرف القانوني)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2004.

51. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، (دراسة مقارنة)، (د، ط)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2007.
52. محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، (دراسة مقارنة)، (د، ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
53. محمود عبد الرحمن أحمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورها في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، دراسة مقارنة، القاهرة، (د، ط)، دار النهضة العربية، 1995.
54. محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007.
55. محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد (دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقہ الإسلامي والقانون الوضعي)، الأرباطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008.
56. مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، (دراسة مقارنة)، (د، ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، (د، ت).
57. مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية- الحق)، (د، ط)، بيروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
58. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، (د.ط)، (د، ن)، 2000.
59. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
60. معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الأول، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1987.
61. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، (دراسة مقارنة بين الفقہ الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية)، مصادر الالتزام، الجزء الأول، (د، ط)، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996.
62. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، بيروت، دار النهضة العربية، (د، ت).
63. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، (القانون المصري و اللبناني والسوري والعراقي والكويتي والسوداني)، (د، ط)، بيروت، دار النهضة العربية، 1974.

64. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، (دراسة مقارنة)، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.
65. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الأزاربطة، الإسكندرية، 2009.
66. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، (د، ط)، دار الجامعة الجديدة، 2008.
67. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، (د، ط)، دار الكتاب الحديث، 1990.
68. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، (د، ط)، دار الفكر العربي، 1984.
69. هائل حزام مهيب العامري، النظرية العامة للاستغلال (مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين)، (د، ط)، المكتب الجامعي الحديث، 2009.
70. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، (د، ط)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2009.
71. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الثاني، مراتب انعقاد العقد، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2002.

• الرسائل الجامعية:

1. أحمد سليم فريز نصره، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2006.
2. توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاوله على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون عقاري جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، 2009-2010.
3. جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1983.

4. جميلة عزيزي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002-2003.
5. جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، 2009.
6. عبد الحفيظ بقره، سلطة المستخدم في تعديل عناصر عقد العمل، (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية فرع قانون الأعمال، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، 2003.
7. حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 1996.
8. خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001-2002.
9. عبد الرحمان هزرشي، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، جامعة الجزائر، 2005-2006.
10. زينب عيساني، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 2001/2002.
11. طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الإنفاقي في القانون المدني، (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة إكمالاً لدرجة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2007.
12. عسالي عرعارة، نظرية الاستغلال، أطروحة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1997.
13. فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1997/1998.

14. فايزة دكار، الغبن في العقود المدنية، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2007-2008.
15. فرج توفيق حسن، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1966.
16. فطيمة عاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2003-2004.
17. عبد الله نجاري، الشرط الجزائري في القانون المدني (دراسة مقارنة)، بحث للحصول على درجة الماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1983.
18. عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائري وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة العقيد لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، باتنة، 2003-2004.
19. عبد المجيد عزوز، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2002-2003.
20. محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائري وأثره في العقود المعاصرة، (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية تخصص فقه وأصوله، جامعة الملك سعود، كلية التربية، 1425-1426.
21. محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، 2005-2006.
22. الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون، 2001-2002.

## المقالات:

1. أحمد الحراكي، الغبن في القانون الفرنسي والقانون الألماني، (دراسة مقارنة تحليلية نقدية)، مقال منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 21، العدد الأول، 2005.
2. أحمد الصويعي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الأضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن والثلاثون، ربيع الأول 1430هـ، أبريل 2009.
3. أسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد الأول، السنة الأربعون، سبتمبر 1959.
4. حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإنسانية، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، يونيو 2005.
5. حمزة بن خدة، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة علوم إنسانية، السنة السادسة، العدد 39، خريف 2008.
6. علي الخفيف، الغبن في العقود، مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات العربية، القاهرة، دار نافع للطباعة، ع رقم 10، 1979-1980.
7. فراس يوسف الكساسبة و مؤيد محمد القضاة، فعالية مشروع قانون حماية المستهلك الأردني، (دراسة تحليلية نقدية لنطاق مشروع القانون ووسائل تنفيذه)، مقال منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، جويلية.
8. محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني.
9. يزيد أنيس نصير، الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس عشر، شوال 1422، يناير 2002.
10. يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، عقد التفاوض بحسن نية، الجزء الثاني، (دراسة مقارنة)، بحث منشور في موقع:

• المحاضرات:

1. حامد عبد الكريم، محاضرات في القانون المدني، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام)، ج 1، ص 34. كتبها في 25 كانون الأول 2008.

• الدوريات والمجلات:

1. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الالتزامات، (مصادر الالتزام)، الجزء الثاني، (د، ط)، مصر، دار الكتاب العربي.
2. نشرة القضاة سنة 1983، السداسي الأول.
3. المجلة القضائية سنة 1989، العدد الأول.
4. المجلة القضائية سنة 1989، العدد الثاني.
5. المجلة القضائية سنة 1998، العدد الثاني.
6. المجلة القضائية سنة 1990، العدد الرابع.
7. المجلة القضائية، سنة 1994، العدد الأول.
8. المجلة الاقتصادية، سنة 1999، العدد الثاني.
9. المجلة القضائية، سنة 1999، عدد خاص.
10. المجلة القضائية سنة 2000، العدد الأول.
11. المجلة القضائية سنة 2001، العدد الأول.
12. المجلة القضائية للمحكمة العليا، سنة 2002، العدد الأول.
13. مجلة المحكمة العليا، سنة 2008، العدد الثاني.

• القواميس والمعاجم:

1. أحمد بن محمد على المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، جامعة الأزهر، الطبعة الثانية، دار المعارف، 1994 .
2. أديب اللجمي، البشير بن سلامة شحادة الحوري، عبد اللطيف عبيد، نبيلة الرزاز، معجم اللغة العربية، المحيط، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، بيروت، أمبريمتو، 1996.
3. بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، 1989، مطابع تيبو برس.
- بطرس البستاني، محيط المحيط، طبعة 1987، بيروت، لبنان، تيبو برس.
4. جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، 1997، (د.ط).

5. أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة، حققه عبد السلام محمد هارون، مصر، القاهرة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1981.
6. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الطبعة الأولى، المجلد الحادي عشر، بيروت، لبنان، دار صادر، 2000.
- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور بن علي بن أحمد، لسان العرب، ج5، بيروت، طبعة دار المعارف، 1956.
7. الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج 2، بيروت لبنان، دار العلم للجميع، ( د ت).
8. محمد الباشا الكافي، معجم عربي حديث، الطبعة الأولى، بيروت، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، 1992.

ثانيا: باللغة الفرنسية

المراجع:

1. Français terré, Philippe simler, Yves lequette, droit civil, les obligations, 9eme édition, paris, Dalloz, 2005.
2. jean carbonnier, droit civil, les obligations ,6édition, tome 4, paris, presse universitaires de France, 1969
3. Jean-Paul Doucet, les clauses d'indexation et les ordonnances du 30 décembre 1958 et du 4 février 1959, L.G.D.J, paris, 1965.
4. marcel maline, l'individualisme et le droit, Montchrestien, édition Domat, 1949.
5. Patrick canin, droit civil (les obligation), 3 édition, Hachette supérieur, 2007.
6. Philippe malourie, lourent aynés cours de droit civil, les obligation tome VI, 8eme édition, paris, éditions, 2005

# فهرس الموضوعات

شكر

قائمة المختصرات

أ	مقدمة	.....
01	الفصل الأول: ماهية تعديل العقد المدني	.....
01	المبحث الأول: مفهوم تعديل العقد المدني	.....
01	المطلب الأول: تعريف تعديل العقد المدني	.....
01	الفرع الأول: تعريف العقد	.....
09	الفرع الثاني: المقصود بالعقد المدني	.....
10	الفرع الثالث: تعريف التعديل	.....
	المطلب الثاني: مبررات تعديل العقد المدني، وتميزه عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة	.....
15	الفرع الأول: مبررات تعديل العقد المدني	.....
15	أولاً: مبررات التعديل الإتفاقي للعقد المدني	.....
16	ثانياً: مبررات تدخل المشرع لتعديل العقد المدني	.....
27	الفرع الثاني: تميزه تعديل العقد المدني عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة	.....
27	أولاً: تمييز تعديل العقد عن التفسير	.....
30	ثانياً: تمييز تعديل العقد عن التكملة	.....
35	خلاصة المبحث الأول:	.....
36	المبحث الثاني: صور تعديل العقد المدني	.....
36	المطلب الأول: التعديل الإتفاقي	.....
37	الفرع الأول: آلية التعديل الإتفاقي	.....
37	أولاً: بند التقييس	.....
40	ثانياً: بند إعادة التفاوض	.....
42	المطلب الثاني: التعديل القانوني والقضائي	.....
42	الفرع الأول: التعديل القانوني	.....
42	أولاً: حماية المتعاقدين من تدخل المشرع	.....

45.....	ثانيا: الاستثناءات الواردة على حماية الأطراف من تدخل المشرع
48.....	الفرع الثاني: التعديل القضائي
51.....	خلاصة المبحث الثاني:
53.....	خلاصة الفصل الأول:
55.....	الفصل الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني المتعلق بتكوينه في التشريع الجزائري
56.....	المبحث الأول: التعديل القضائي للعقد المدني المتعلق بتكوينه للغبن الاستغلالي
56.....	المطلب الأول: مفهوم الغبن والاستغلال
56.....	الفرع الأول: مفهوم الغبن
57.....	أولا: تعريف الغبن ومميزاته
61.....	ثانيا: الطبيعة القانونية للغبن
65.....	ثالثا: تطور فكرة الغبن
67.....	الفرع الثاني: مفهوم الاستغلال
67.....	أولا: تعريف الاستغلال
74.....	ثانيا: عناصر الاستغلال
79.....	المطلب الثاني: دور القاضي في تعديل العقد المدني لرفع الغبن الاستغلالي
80.....	الفرع الأول: وسائل تدخل القاضي لتعديل العقد المدني
80.....	أولا: نظرية عيوب الإرادة
86.....	ثانيا: نظرية السبب
89.....	الفرع الثاني: مدى دور القاضي في تعديل العقد المدني
91.....	أولا: في دعوى الإبطال ودور القاضي في تعديل العقد المدني
97.....	ثانيا: دعوى الإنقاص وسلطة القاضي في تعديل الالتزامات العقدية
103.....	خلاصة المبحث الأول:
105.....	المبحث الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني المتعلق بتكوينه للشروط التعسفية في عقود الإذعان
105.....	المطلب الأول: تعريف عقد الإذعان و شروطه
105.....	الفرع الأول: تعريف وخصائص وطبيعة عقد الإذعان

106.....	أولاً: تعريف عقد الإذعان.....
107.....	ثانياً: خصائص عقد الإذعان.....
109.....	ثالثاً: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.....
112.....	الفرع الثاني: الشروط القانونية لتعديل القاضي للشروط التعسفية.....
112.....	أولاً: شرط وجود عقد تم بطريق الإذعان.....
114.....	ثانياً: أن يتضمن هذا العقد شروطاً تعسفية مرهقة للطرف المذعن.....
115.....	المطلب الثاني: دور القاضي إزاء عقود الإذعان.....
116.....	الفرع الأول: تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقد الإذعان.....
120.....	الفرع الثاني: إعفاء القاضي للشرط التعسفي في عقد الإذعان.....
125.....	خلاصة المبحث الثاني:.....
126.....	خلاصة الفصل الثاني:.....
	الفصل الثالث: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه في التشريع الجزائري.....
128.....	المبحث الأول: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه للظروف الطارئة.....
129.....	المطلب الأول: مفهوم و شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....
130.....	الفرع الأول : مفهوم الظروف الطارئة.....
130.....	أولاً: تعريف نظرية الظروف الطارئة.....
135.....	ثانياً: تعديل القاضي للعقود بسبب الظروف الطارئة(التطور التاريخي).....
143.....	الفرع الثاني: الشروط القانونية لتعديل القاضي العقد (تطبيق النظرية).....
144.....	أولاً: أن يكون العقد الذي يستوجب تطبيق النظرية متراخي التنفيذ.....
	ثانياً: أن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام وليس في الوسع توقعه.....
147.....	ثالثاً: أن يؤدي الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا.....
152.....	المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في التعديل للظروف الطارئة.....
153.....	الفرع الأول: مراعاة القاضي الضوابط التشريعية.....
154.....	أولاً: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية.....

156.....	ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين.
156.....	ثالثا: الحد المعقول لرد الالتزام المرهق.
157.....	الفرع الثاني: وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.
158.....	أولا: في مختلف القوانين الأجنبية ..
163.....	ثانيا: وسائل القاضي لرد الالتزام المرهق.
172.....	خلاصة المبحث الأول:.....
174.....	المبحث الثاني: التعديل القضائي للعقد المدني في مرحلة تنفيذه للشرط الجزائي..
174.....	المطلب الأول: مفهوم، وشروط استحقاق الشرط الجزائي.
175.....	الفرع الأول: تعريف، وطبيعة، وخصائص الشرط الجزائي.
175.....	أولا: تعريف الشرط الجزائي.....
180.....	ثانيا: طبيعة الشرط الجزائي وتكفيته القانوني.
183.....	ثالثا: خصائص الشرط الجزائي.....
187.....	الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي.....
187.....	أولا: الخطأ.....
188.....	ثانيا: وجوب وقوع ضرر للدائن.....
188.....	ثالثا: علاقة السببية بين الخطأ والضرر.....
189.....	رابعا: شرط الإعذار.....
190.....	المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.....
191.....	الفرع الأول: مبررات، وقيود، وضمانات القاضي في تعديل العقد المدني.....
191.....	أولا : مبررات تعديل القاضي للشرط الجزائي.....
193.....	ثانيا: القيود الواردة على تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي.....
195.....	ثالثا: ضمانات القاضي في تعديل الشرط الجزائي.....
196.....	الفرع الثاني: وسائل القاضي لتعديل الشرط الجزائي.....
197.....	أولا : تخفيض القاضي للشرط الجزائي.....
204.....	ثانيا : سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.....
205.....	ثالثا : سلطة القاضي في الإعفاء من الشرط الجزائي.....
208.....	خلاصة المبحث الثاني:.....

210.....	خلاصة الفصل الثالث:
215-212.....	خاتمة
227-216.....	قائمة المراجع
232-228.....	فهرس الموضوعات