وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry Of High Education And Scientific Research
جامعة محمد البشير الابراهيمي برج بوعريريج
University Of Mohamed El Bachir El Ibrahimi-BBA
كلية الحقوق و العلوم السياسية
Faculty Of Law And Political Sciences

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر في القانون

تخصص: قانون أعمال

الموسومة بـ :

دور القاضي في إحداث التوزان العقدي

من إعداد الطالبتان:

- يعقوبي آية
- بوشوشان سمية

إشراف الأستاذ:

د/ دريسي عبد الله

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة

السنة الجامعية: 2024م/2025م

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

(الطالب الأول)

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): لعقوبي آلاء الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 116426702 والصادرة بتاريخ: 2019/11/05

المسجل(ة) بكلية / معهد العلوم السياسية قسم الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: مساهمة القاضي في احداث التوازن العقدي

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2025/05/27

توقيع المعني (ة)

خروز زهير

*ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

(الطالب الثاني)

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): بوشتان اسمهان الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 110959699 والصادرة بتاريخ 2021/03/29

المسجل(ة) بكلية / معهد العلوم الإسلامية قسم الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: سلطة القاضي في إعمال التوازن العقدي

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2021/05/27

شوهد لأجل التصديق بالحصة

توقيع المعني (ة)

بسم الله الرحمن الرحيم
سلمان عبدالله
١٤٢٠

شكر وعرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

" يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ "

مصدقا لقوله تعالى:" ومن يشكر فإنما يشكر لنفسه"(لقمان:12)

وقوله صلى الله عليه وسلم :(من لم يشكر الناس ،لم يشكر الله عز وجل)

الحمد لله شكرا وامتنانا،واقرارا بفضله واحتراما بعظيم كرمه ، الحمد لله ليلا ونهارا ، سرا وجهارا، الحمد لله حين البدء والختام ، الحمد لله الذي اكرمنا ووفقنا لإكمال هذا العمل.

يشرفنا ان نتقدم بأسمى عبارات الشكر والعرفان والتقدير والمحبة إلى من مهدوا لنا طريق المعرفة والعلم

الى كل من افادنا بعلمه، من بداية مشوارنا الدراسي حتى اللحظة

إلى جميع اساتذتنا الافاضل اساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد البشير الابراهيمي

ونخص بالشكر ونرفع كلمة تقدير له الدكتور الفاضل عبد الله دريسي حفظه الله واطال في عمره لتفضله الكريم بالإشراف على هذه المذكرة،وتكرمه بنصحنا وتقديمه توجيهات علمية وارشادات قيمة حتى إتمام هذه المذكرة فجزاه الله كل خير

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء اللجنة المناقشة لقبولهم مناقشة مذكرتنا.

إهداء

الإهداء:

من قال أنا لها نالها

وأنا لها إن ابت رغم عنها أتيت بها

بكل حب أهدي ثمرة نجاحي وتخرجي :

إلى كل من سعت وضحت وشقت دربي نحو نور.

إلى من أوصاني الرحمان بها برا وإحسانا.

إلى من كان دعائها سر قوتي أمي الغالية.

إلى من علمني أن الدنيا كفاح وسلاحها العلم والمعرفة

إلى الذي لم يبخل عني بأي شئ إلى من سعى لأجل راحتي ونجاحي أبي العزيز

إلى من دمهم يجري في عروقي وبوجودهم في الحياة أكتسب القوة والمحبة لا حدود لهما أخواتي وأخي

إلى تاج رأسنا أطال الله في عمرها جدتي

وإلى كل من دعمني ومد لي يد العون خلال مشواري الدراسي .

سمية

الاهداء :

من قال انا لها نالها

وانا لها أن أبت رغما عنها أتيت بها

وبكل حب اهدي ثمرة نجاحي وتخرجي:

إلى والدي، منار حياتي وصمّت سماء أيامي،

زرع فيّ أزهار الحلم، وسقى روحي بصبر لا ينضب،

بيديه ارتفع قلبي، وبكلماته اكتملت قصتي،

لك وحدك أُهدي هذا العمل، ثمرة حبك وعطاءك المستمر.

إلى والدتي، نبض الحنان وسحر الحياة،

بابتسامتها تزهر أيامي، وبكلماتها أرتوي من دفء لا ينتهي،

هي التي زرعت في قلبي الحلم، وسقته بصبرها الذي لا يكلّ،

لها وحدها أهدي هذا العمل، زهرة وفاء من روحي إليها.

إلى إخوتي، رفاق دربي وأحلامي المتشابكة، سند في عواصف الحياة، ودفء في ليالي الوحدة، بهم أحيا وأمضي، وبضحكاتهم تزهر أيامي.

إلى جدتي، نجمة لا تغيب، دفء صوتها يعانق روحي، ويدها برقة تنسج لي الأمان،

حياتها قصيدة حب ترددها أركان البيت.

وإلى روح جدي، التي تحلق بين الذكرى والسماء،

ظلٌ حنوني يرشدني في دروب التعب، صمتُه حكمة، وابتسامته سلام،رحمه الله وأضاء قبره بنور الإيمان.

هذا العمل، نثرٌ من وجداني، وباقة وفاء، أهديها لمن كان لهم في قلبي أثرٌ خالد.

اية

المقدمـة

مقدمة:

يعد العقد من أبرز التصرفات القانونية، كما يعتبر من أهم مصادر الإلتزام، وهو توافق إرادتين في إحداث أثر قانوني معين ، فاللمتعاقدين الحرية المطلقة في وضع ما يرونه مناسبا من بنود وشروط على هذا العقد، وذلك إعتمادا على مبدأ سلطان الإرادة، والذي يرتكز على عنصرين أساسيين هما مبدأ الرضائية وقدرة الإرادة على تحديد أثار العقد، بحيث تعطي الإرادة قوة للعقد على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين.

كما كان لمبدأ سلطان الإرادة أثر قوي وفعال في تطور العقود، بحيث جعل إرادة المتعاقدين حرة في تحديد شكل العقد وشروطه ومضمونه لا سيما تعديل العقد بعد إبرامه.

إلا أن تغير العوامل الاقتصادية و السياسية في المجتمعات الحديثة جعل هذا المبدأ لا يتلاءم مع الواقع المعاش، وكذلك تضارب المصالح والتفاوت بين المتعاقدين واستغلال القوي للضعيف أدى إلى ظهور عدم توازن في العقد بين أطرافه وتفاوت في الأداءات لصالح الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف، واستغلال كبير من الطرف القوي الذي يملك القوة الاقتصادية والفنية والعلمية بحيث يفرض شروطه بكل حرية، فهذا التطور الاقتصادي الكبير بدوره أثر على العلاقة العقدية فجعل مراكزها غير متوازنة وغير متساوية من حيث المعلومات التفصيلية اللازمة لانعقاد العقد، فأصبح من الواضح عدم وجود تكافؤ في العلاقات التعاقدية بين المراكز الاقتصادية والمعرفية.

فنظرا لوجود عدم المساواة والتوازن بين إلتزامات الأطراف في العلاقات العقدية، تدخل المشرع تلقائيا في إرادة الأطراف وذلك لتكريس العدالة العقدية وحماية الفئة الضعيفة، وللحفاظ على التوازن العقدي واستمرار العقد دون ابطاله، وذلك بوضع

تشريعات خاصة آمرة، لتنظيم الروابط العقدية لإقامة التوازن، ولإخضاع إرادة الأطراف إلى المصلحة العامة.

كما يتجه المشرع إلى إقرار وسيلة لإعادة التوازن للعقد وتنظيمه اذا اختل، والتي تمثلت في "وسيلة التعديل" التي تعد استثناءا على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" والتعديل كمفهوم قانوني هو إجراء يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عدة عناصر من العقد وذلك بالإنقاص أو بالإضافة أو إستبدال بعض شروط العقد بشروط أخرى أكثر مرونة للحفاظ على العلاقة التعاقدية مراعاة لمصالح الأطراف.

فالمشرع بإقراره وسيلة التعديل، ميز بين التعديل الإتفاقي الذي يتم باتفاق الأطراف وهو الأصل، وبين التعديل الذي يتدخل فيه المشرع إما بطريقة تلقائية مباشرة أي التعديل التشريعي وإما بطريقة غير مباشرة عن طريق منح القاضي صراحة سلطة تقديرية لتعديل العقد ألا وهو التعديل القضائي، وهذا الأخير هو ذلك التعديل الذي يجريه القاضي بمناسبة النزاع المطروح أمامه وبطلب من أحد أطراف العقد لإعادة التوازن المختل به، ويكون ذلك في حالات محددة قانونا على سبيل الحصر متى كان العقد مخالفا لمبادئ العدالة.

تقتصر وظيفة القاضي في الأصل على تفسير العقود دون تعديل بنودها ولا المساس بقوتها الملزمة، إلا أنه استثناء رخص له المشرع التدخل لإحداث التوازن العقدي وذلك بتعديل العقد إما في مرحلة تكوينه أو في مرحلة تنفيذه، ففي مجال إبرام العقد منح له سلطة تعديل الشرط التعسفي وعقد الإذعان، وفي حالة وجود غبن ناتج عن الاستغلال، وفي مرحلة تنفيذ العقد في حالة حدوث ظروف طارئة وتخفيض الشرط الجزائي.

فتدخل القاضي أصبح أمر حتمي نتيجة التطور المعرفي وتطور أساليب الإنتاج الذي أفرز إختلالا في مراكز المتعاقدين مما فرض تهذيب قاعدة "لعقد شريعة المتعاقدين".

قد تظهر أهمية البحث في هذا الموضوع في إيجاد وسائل تضمن حماية المتعاقدين والمصلحة المشتركة بينهما، فضلا عن حماية المصلحة العامة والمحافظة على التوازن الإجتماعي واستقلاله من خلال حماية الفئات الضعيفة ضحية إختلال التوازن في العقد.

لا سيما أن هذه الدراسة من شأنها تسليط الضوء على أهمية وظيفة القاضي و حقيقة الدور الإيجابي الذي يجب عليه أن يقوم به في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية، وذلك من خلال القضاء على مظاهر الغبن و الإستغلال في التعاملات بين أفراد المجتمع.

و ترمي دراسة هذا الموضوع إلى تحقيق جملة من الأهداف المتمثلة في:

– دراسة التفاصيل المتعلقة بدور القاضي في إحداث التوازن العقدي وذلك من خلال بيان دوره وسلطته التقديرية التي منحها له المشرع في سبيل إعادة التوازن للعقد المختل بالتعديل في مرحلتي إنشائه وتنفيذه، لمساعدة الأفراد في الحد من البطلان أو فسخ العقود حرصا على استقرار المعاملات واستمرارها.

– توضيح دور القاضي في تعديل العقود للأطراف المتعاقدة ليكونوا على دراية بحقوقهم وواجباتهم.

– التأصيل لمختلف المفاهيم والمبادئ المتداولة في المذكرة (سلطة التقديرية، العقد شريعة المتعاقدين، نظرية الظروف الطارئة، الشرط الجزائي)

تعود أسباب إختيارنا لهذا الموضوع إلى عدة أسباب منها ما هي ذاتية مرتبطة بنا، ومنها ما هي موضوعية يمكن أن نلخصها في النقاط التالية:

– بالنسبة للأسباب الذاتية: فتتمثل في الرغبة الذاتية والميل للدراسات المتعلقة بالقانون المدني، ومحاولة الاسهام في دراسة هذا الموضوع مع من سبق لهم ذلك، من خلال بيان الدور الإيجابي للقاضي في إحداث التوازن العقدي أثناء مرحلتي إنشاء العقد وتنفيذه، خاصة مع أن الموضوع مترابط مع تخصصنا كطالبتين في تخصص: قانون الأعمال، وهذا الموضوع مرتبط بمجال بحثنا في ميدان قانون الأعمال.

– أما الأسباب الموضوعية: فتكمن في أن هذا الموضوع له صلة كبيرة بالواقع الإجتماعي ومركز إهتمام العديد من الأفراد الذين تربطهم معاملات مدنية، فتدخل القاضي في تعديل العقود يساهم في تقديم حلول بديلة للنزاعات الناشئة بين أطراف العلاقة التعاقدية،مما يقلل الحاجة للجوء إلى الإجراءات القضائية المعقدة وطويلة الأجل.

تناولت الدراسات السابقة لموضوع سلطات القاضي في حفظ توازن العقد، الموضوع من عدة جوانب، ويمكن تلخيصها فيما يلي:

– محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر،2012، حيث تناولت هذه الدراسة سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ونحن إنصبت دراستنا على سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري فقط.

–عيساوي رجاء، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2022، حيث أن هذه الدراسة جزئية من جزئيات الموضوع ولم تشمل جميع الجوانب التي تدخل في سلطة القاضي في تعديل العقد، وأهم

ما يميز دراستنا أنها اشتملت على كل مراحل تدخل القاضي في تعديل العقد المدني الجزائري.

ومن خلال دراستنا لموضوع مذكرتنا حاولنا مناقشة الإشكالية التي يطرحها والمتمثلة في السؤال التالي:

إلى أي مدى تتحدد سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي في مرحلتي التكوين والتنفيذ؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية المحورية جملة من التساؤلات الفرعية والتي تتمثل فيمايلي:

- ما هي الحالات التي يمكن فيها القاضي تعديل العقد بسبب الغبن؟
- ما مفهوم عقد الإذعان؟
- ما هي الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة
- ماهي الشروط التي يجب توافرها لصحة الشرط الجزائي؟

وللإجابة على هذه الإشكالية والتساؤلات الفرعية إعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي، حيث يظهر جانبه الوصفي من خلال التعريف بكل نظرية لتسهيل وتيسير فهمها، وتعداد شروطها القانونية الواجب توفرها حتى يعمل القاضي سلطاته في تعديل العقد، أما عن المنهج التحليلي فيظهر من خلال إبراز وفهم أحكام النصوص القانونية والأحكام القضائية ذات الصلة بالموضوع، والبحث في تحليلاتها بغية الوصول إلى الفهم الواسع لسلطات القاضي في تعديل العقد سواء في مرحلة البناء أو التنفيذ.

ومن أجل مناقشة الإشكالية التي طرحناها سنقوم في المرحلة الأولى من بحثنا بدراسة سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه (الفصل الأول)، وذلك من خلال مبحثين نتناول في المبحث الأول سلطات القاضي في عقود الغبن و الإستغلال أما

المبحث الثاني من هذا الفصل فإنه ينصب على عقود الإذعان لنوجه بحثنا في المرحلة الثانية نحو دراسة سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه (الفصل الثاني)، وذلك من خلال التطرق في المبحث الأول إلى سلطات القاضي في تعديل الشرط الجزائي أما عن المبحث الثاني فنخوض في سلطة القاضي في تفعيل نظرية الظروف الطارئة كسبب لتعديل العقد، لنختتم هذه الدراسة بتقديم حوصلة لمجموعة من النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا مع تقديم بعض المقترحات.

الفصل الأول

سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي في مرحلة التكوين

إن تأثر بعض القوانين بالنزعة الفردية أتاحت فرصة للأقوياء باستغلال الضعفاء تحت ستار حرية التعاقد (1) مما تسبب في مشاكل معقدة مست بالعدالة الإجتماعية، و في مرحلة تكوين العقد قد يختل التوازن الإقتصادي للعقد نظرا لما يحتله أحد المتعاقدين من مركز إقتصادي قوي يمكنه من فرض شروطه على الطرف الآخر، أو أن أحد المتعاقدين يصبح ضحية إستغلال للمتعاقد الآخر نتيجة إستغلال ضعف فيه كالطيش والهوى.

إلا أن التبادلات المهمة التي طرأت على الحياة الإجتماعية والإقتصادية في العالم بسبب تقدم العلم والصناعة ، أدت إلى زعزعة مبدأ سلطان الإرادة في تصرفات الناس فأخذت مختلف التشريعات بيد الطرف الضعيف من خلال مضاعفة تدخل الدولة بقواعد آمرة تحل محل إرادة الأطراف وذلك من خلال منح القاضي دورا إيجابيا يتمثل في مراقبة وتعديل العقود منذ تكوينها حتى إنهائها.

تتسم سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد بطبيعة وقائية تتمثل في حماية مسبقة للطرف الضعيف في العقد،وذلك لإعادة التوازن للعقد المختل ومراعاة مصلحة الأطراف.

ولا يكون هذا إلا إستنادا وخروجا عن القاعدة العامة لأن إرادة الأطراف هي التي تحدد مستقبل.

(1): كان مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ المسيطر على العلاقة التعاقدية، إذ لا يجوز لأي من المتعاقدين تعديل العقد أو إنهائه إلا برضا الطرف الآخر، مما ترتب عليه مشاكل معقدة مست بالعدالة الإجتماعية، وهذا الحال دفع بعض الباحثين إلى القول بأن:" مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ما هو إلا ستار يخفي إستغلال القوي للضعيف" رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة, دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص22

الروابط القانونية التعاقدية تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة حيث أنه طبقا للقوة الملزمة للعقد فإنه لا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق الأطراف أي أنه لا يجوز للقاضي تعديل العقد أو إلغائه.

وهذا ما يستنتج من نص المادة 106 من المدني الجزائري التي تنص على أن «العقد شريعة المتعاقدين» فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.(1)

فيتدخل القاضي لتعديل العقد في مرحلة تكوينه بموجب السلطة الممنوحة له إما لوجود تفاوت فادح بين إلتزامات طرفي العقد بوقوع أحد الأطراف في غبن نتيجة إستغلاله من المتعاقد الآخر (المبحث الأول) وإما لتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية مرهقة للطرف الضعيف (المبحث الثاني).

(1):المادة 106 من الأمر رقم 75_ 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975, المعدل والمتمم بالقانون رقم07/05 المؤرخ في 13 ماي 2007, عدد 31 الصادرة في 13ماي 2007.

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الإستغلال:

يعد التراضي ركنا جوهريا وأساسيا في العقد حيث ينبغي أن يكون الرضا صحيحا خاليا من عيوب الإرادة الناشئة عن أطراف التعاقد.

ونجد كثيرا من الأحيان علاقات تعاقدية مشوبة بأحد العيوب مثل الغبن و الإستغلال مما يؤدي إلى إختلال في التوازن العقدي الذي تطرق إليه المشرع الجزائري وعالجه في المادة 90 من القانون المدني الجزائري الذي بدوره تناول فيه الغبن و الإستغلال كأحد أهم المظاهر التي تؤدي إلى إخلال التوازن العقدي ومنح السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد وحماية الطرف المغبون والطرف المستغل.

المطلب الأول: تدخل القاضي لحماية الطرف المغبون:

نظرا لأن العقد يتم بالإرادة المشتركة للطرفين فإنه ينتج أثاره القانونية في المستقبل بين الأطراف المتعاقدة وبالتالي تحقق المساواة غير أن في بعض الأحيان يحدث عدم التوازن في العقد نتيجة لأسباب مختلفة مما يؤدي إلى تفاوت في الإلتزامات بين الأطراف ويعرف هذا بالغبن، في هذه الحالات يجوز للقاضي التدخل لتعديل العقد بناءا على طلب من الطرف الضعيف الذي لديه مصلحة في ذلك وبناءا على ذلك سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم الغبن (الفرع الأول) وتدخل القاضي لرفع الغبن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الغبن:

إن مشكلة الغبن من المشاكل الإجتماعية المعقدة ولا يكاد يخلو منه عقد من العقود فعند تطابق إرادة الطرفين يتم إنشاء العقد المدني ويصبح نافذا قانونيا بالنسبة لهم فهذا يعتبر تعبيرا عن الرضا وبالتالي فإن صحة العقد تكمن فيه ولكن يحدث وأن يشوب ركن

الرضا عيوب وهي خمسة حسب القانون المدني الجزائري بحيث هذه العيوب تجعل الرضا فاسدا قابل للإبطال،لأنها تؤثر على صحة العقد قانونيا وبالتالي فإن الرضا غير كاف لإنشاء عقد صحيح،وإنما يجب أن يكون خال من أي عيوب في الإرادة ومن أبرزها نجد الغبن الذي تناوله المشرع الجزائري في المادتين 90 و 91 من القانون المدني الجزائري، ولدراسته يجب التطرق إلى تعريف الغبن (أولا) وبيان عناصره (ثانيا) ثم حالاته (ثالثا).

أولا: تعريف الغبن:

أ-التعريف اللغوي للغبن:

-الغبن بسكون الباء مصدر غبن أي بمعنى النقص فيقال غبنه يغبنه غبنا إذا خدعه في البيع أو الشراء. (1)

ورد لفظ الغبن في معاجم اللغة العربية أكثر من معنى فيقال غبن: الغين والباء والنون كلمة تدل على ضعف واهتضام فيقال غبن الرجل في بيعه فهو يغبن غبنا وذلك إذا اهتضم فيه وغبن في رأيه وذلك إذا ضعف رأيه.(2)

ب -التعريف الفقهي للغبن:

يعرف الأستاذ السنهوري بأنه عدم التوازن بين ما يأخذه وما يعطيه العاقد فقد يكون مغبونا إذا أعطى أكثر مما أخذه وقد يكون غابنا إذا أخذ أكثر مما أعطى.

---

(1): محمد بن منظور، لسان العرب،دار صادر،بيروت،الطبعة الأولى،1990،المجلد الثالث عشر،ص309.

(2):احمد بن فارس، معجم المقاييس في اللغة- باب الغبن- دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع, دون طبعة, بيروت, 1994,ص811.

فالغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه، والخلاصة من هذا التعريف هو أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الإحتمالية أما في عقود التبرع وعقود المعاوضة الإحتمالية لا يتصور الغبن(1).

والغبن يمكن تعريفه كظاهرة مادية للإستغلال وهي عبارة عن عدم تحقق التوازن في إلتزامات الطرفين في العقد حيث يحدث إنحراف بين ما يتم تقديمه من قبل إحدى الأطراف وما يتم إستحقاقه من قبل الطرف الآخر. (2)

ويقصد به أيضا هو إختلال التوازن الإقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة التفاوت بين ما أخذه كل عاقد فيه وما يعطيه .

ولا يتحقق الغبن إلا عند إنشاء العقد فينظر إلى تعادل الأداءات في هذا الوقت فإذا بيع المنقول الذي يقدر بضعف قيمته فإنه يتضمن غبنا للبائع وإذا بيع بثلاثة أضعاف فهو يتضمن غبنا للمشتري.(3)

ج. التعريف القانوني للغبن:

لم يرد المشرع الجزائري تعريفا محددا للغبن،بل أشار إليه في المادة 90 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالإستغلال والتي تنص على أنه: «إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر،وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأنه المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح".

---

(1): عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة الجديدة دار النهضة، مصر، 2011،ص 291.

(2): ربيعة ناصيري، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري, مجلة القانون العقاري والبيئة, جامعة الطاهري محمد بشار, المجلد 9, العدد1 الجزائر, 2021,ص 119.

(3): محمد صبري السعدي, النظرية العامة للإلتزامات, القسم الأول مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري, كتاب الأول, دار الكتاب الحديث, الجزائر 2003,ص 212.

ثانيا: عناصر الغبن:

1- العنصر المادي:

العنصر المادي في الغبن يقوم على الإختلال الفاحش في التعادل أي أن يصل هذا الإختلال إلى حد يجاوز المألوف،فالإختلال لا ينظر فيه إلى القيمة المادية لشيء بل إلى القيمة الشخصية.

فإذا كانت الفداحة في التفاوت و اختلال التوازن تقوم على المعيار المادي فلا يمكن أن نقول هذا المعيار ثابت بل على العكس متغير وهذا تبعا لظروف كل حالة وقد يقع الإختلال الفاحش والتفاوت في الإلتزامات في جميع التعاملات، ولكن يتحقق بصورة خاصة في عقود المعاوضة، حيث يظهر الإختلال في التعادل بين الأداءات المتقابلة، لكن قد يقع في عقود الغرر والعقود الإحتمالية.(1).

فالغبن مسألة مادية تتعلق بحدوث إختلال كبير بين القيم المتبادلة في العقد يتم تقسيم هذا الإختلال إستنادا إلى معيار موضوعي بحت، بحيث يمكن القول بوجود غبن في العقد بمجرد التحقق من عدم التوازن بين ما قدمه أحد الطرفين للطرف الآخر وما تلقاه منه، لا يهم إذا كان هذا الغبن ناتجا عن إستغلال أحد الطرفين للآخر أو كان نتيجة للمساومة حول العقد دون نية إستغلال.(2)

2_العنصر المعنوي:

يقوم العنصر المعنوي في الغبن على فكرة الإستغلال، حيث يستغل أحد المتعاقدين ضعف أو حاجة الطرف الآخر، سواء بسبب حاجته أو طيشه أو ضعفه أو نقص خبرته أو عدم إدراكه، هذا الإستغلال يؤدي إلى رضوخ المغبون لعقد لم يكن ليقبله لو كان حرا في إختياره.

---

(1): إلياس ناصيف, موسوعة العقود المدنية والتجارية, الجزء الأول, أركان العقد ، البحث الأول، أحكام العقد، الطبعة الثانية، منشورات حلبي الحقوقية 1997،ص 225/ 226.

(2): عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،(نظرية الإلتزام بوجه عام) المجلد الأول للعقد, الطبعة الثالثة, دار النهضة العربية, القاهرة, 2011،ص197.

مما يجعل هذا الإستغلال غير مشروع ويؤثر على توجيه إرادته، وقد تنشأ ظروف خارجة عن نطاق العقد تؤثر على الشخص المغبون، مما يجعله عرضة للإستغلال بسبب ما يعاني من تلك الظروف، فتكون إرادة المغبون معيبة بسبب التظليل الناتج عن طيش أو هوى أو حاجة أو قلة خبرة أو ضعف إدراك.

ينتشر الإستغلال بشكل كبير في الحياة العملية، ويمكن تقديم العديد من الأمثلة عليه نكتفي بذكر مثال واحد لتوضيح العنصر النفسي في الغبن: فقد تتزوج إمرأة غنية في منتصف العمر من رجل أصغر منها بكثير بسبب ميل وهوى، فيستغل الزوج زوجته بابتزاز أموالها من خلال عقود يفرضها عليها.(1)

ثالثا: حالات الغبن:

1-الغبن في بيع العقار:

جاء في نص المادة 358 قانون مدني أنه " إذا بيع العقار بغبن يزيد على 1/5 أي الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس 4/5 ثمن المثل ويجب التقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم بحساب قيمة العقار وقت البيع، وتسقط تكملة الثمن بثلاث سنوات من يوم إنعقاد العقد وبالنسبة لعديمي الأهلية من يوم إنقطاع سبب العجز مع عدم إمكانية جواز الطعن في بيع تم بالمزاد العلني."

فالمشرع راع العقار بحماية خاصة في التنصيص على مقدار 1/5 الخمس والغاية هنا هي حماية الطرف المغبون وهو البائع في البيوع العقارية لهذا النوع من العقود من أثار مالية مرهقة(2).

(1): إلياس ناصيف, مرجع سابق,ص 228

(2): درماش بن عزوز, التوازن العقدي, أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة أبي بكر بالقايد, تلمسان, الجزائر, 2014,ص 120/ 121.

2-الغبن في العقود القسمة الرضائية:

يسمح المشرع الجزائري للشخص المتعارض للغبن في القسمة التي تمت بتراضي وتجاوزت نصيب الخمس بأثاره دعوة الغبن شريطة أن يتم إحتساب القيمة وقت القسمة وفقا للمادة 732- 1ق م . ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة واحدة التالية للقسمة ويحق للمدعي عليه وقف سير الدعوى إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته.(1)

3-الغبن في عقود المقايضة:

تصب على المقايضة نفس أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المقايضين بائعا و مشتري لشيء الذي قايض عليه، فإن دعوة الغبن مقدرة لفائدة كل من المقايضين باعتبار أن المقايضة تطبق لأحكام البيع.(2)

الفرع الثاني: تدخل القاضي لرفع الغبن:

يعد الغبن عيبا من عيوب الرضا, بحيث يتمثل في عدم التوازن بين الحقوق والإلتزامات المتبادلة في العقد, وفي حال حدوثه وتفاقمه لدرجة حدوث إختلال في توازن العقد يمنح المشرع الجزائري للقاضي صلاحية تقديرية لرفع الغبن، مما يعطي للطرف المغبون حقوقه المشروعة، ولرفع الدعوة بخصوص الغبن يجب توافر مجموعة من الشروط(أولا) وإذا توفرت هذه الأخيرة جاز للطرف المتضرر رفع دعوة يطالب منها برفع الغبن (ثانيا).

---

(1): بالحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007،ص 135.

(2): المادة 415 من القانون المدني.

أولا: الشروط الواجب توافرها للطعن بالغبن في العقار:

1 – أن يكون العقد بيعا للعقار:

يجب أن يرد العقد على عقار أو حق عيني عقاري (1)

فلا يجوز الطعن بالغبن في حق عيني منقول سواء كان مادي أو معنوي ويدخل ضمن مفهوم العقار في حساب غبن العقار بالتخصيص، فإذا إشتمل عقد البيع على عقار أو منقول بثمن واحد فإن دعوى الغبن لا تقبل إلا للعقار دون المنقول(2).

2 – أن لا يكون البيع تم بالمزاد العلني:

تقتضي المادة 360(من قانون م ج) شرط لقبول دعوى الغبن أن يتم بيع العقار بطريقة رضائية , لأن البيع عن طريق المزاد العلني يسمح للبائع الحصول على أعلى ثمن ممكن, فإذا بيع المزاد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس فهذا يعني أن العقار لم يجد مشتري يدفع فيه أكثر.

فلا يجوز الطعن في بيع يتم بالمزاد العلني ويعود سبب ذلك إلى أن البيع الذي يتم بالمزاد العلني يخضع لإجراءات رسمية تهدف إلى الحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار، وبالتالي لا يوجد مبرر للطعن فيه بوجه الغبن بيد بعد ذلك(3).

---

(1): نص المادة 358 من القانون المدني الجزائري سالفة الذكر على أنه" إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس...."

(2): محمد حسنين, عقد البيع في القانون المدني الجزائري, الطبعة 3, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 1996,ص71

(3) محمد حسنين, مرجع نفسه، ص 72.

3- أن يكون في البيع غبن يزيد على خمس قيمته :

يشترط القانون أن يزيد الغبن على الخمس 1/5, وهذا يعني أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع العقار إلا إذا بيع العقار أقل من أربعة أخماس 4/5 من قيمته الحقيقية والعبرة في تقدير الثمن تكون بالنظر إلى قيمة العقار وقت البيع أي لا عبرة لقيمته وقت التسليم أو وقت رفع الدعوى. (1) مثال:

كيفية تعيين مقدار الغبن

بيع مسكن ب 140 مليون سنتيم قيمته وقت البيع 200 مليون سنتيم.

مقدار الغبن= القيمة الحقيقية– الثمن.

مقدار الغبن= 200– 140

مقدار الغبن= 60 مليون سنتيم.

ثانيا: جزاء الطعن بالغبن في العقار:

جاء في نص المادة 358 من ق م " فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل"،فإذا توافرت شروط الطعن بالغبن في العقار يحق للبائع رفع دعوى على المشتري يطالبه فيها بتكملة الثمن إلى حد إزالة الغبن، وإذا لم يقم المشتري بالموافقة عليه فللبائع الحق في طلب فسخ العقد وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.(2)

وبالتالي فالجزاء الذي قرره المشرع في حالة الغبن في البيع (العقار) هو تكملة الثمن وليس

(1) محمد جمال زكي، الوجيز في نظرية الإلتزام, الطبعة الثالثة, مطبعة جامعة الأزهر, القاهرة, 1978,ص 45.

(2): محمد وحيد سوار, الإتجاهات العامة في القانون المدني,(دراسة مقارنة) بالفقه الإسلامي والمدونات العربية,ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان, 2001,ص194.

الإبطال.(1)و مثال ذلك : إذا كانت القيمة الحقيقية لسكن يقدر بمبلغ 2،5مليون دينار جزائري ثم بيع بمبلغ 1،97 مليون دينار جزائري، هل يحق رفع دعوى الغبن لتكملة الثمن؟

-تقدير مقدار الغبن :

1-تقدير الخمس 1/5:

- مقدار الخمس= القيمة الحقيقية×1/5
- مقدار الخمس=0،5 مليون.

2-تقدير مقدار الفرق :

مقدار الغبن= القيمة الحقيقية – الثمن

مقدار الغبن= 0،53 نقارن بين قيمة الخمس ومقدار الغبن.

مقدار الغبن أكبر من قيمة الخمس فيحق للبائع رفع دعوى الغبن.

- المبلغ الواجب تكملة من طرف المشتري

1-تقدير مقدار أربعة أخماس

- قيمة أربعة أخماس=4/5× القيمة(2،5).

قيمة أربعة أخماس= 2 مليون.

2-تعيين الثمن الواجب تكملته من طرف المشتري.

المبلغ الواجب تكملته=2-1،97

المبلغ الواجب تكملته= 0،03 مليون دينار جزائري.

---

(1): محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام إلالتزام، الطبعة الرابعة،دار الهدى ، عين مليلة-الجزائر ،2009.,ص 208.

المطلب الثاني :تدخل القاضي لحماية الطرف المستغل.

يعد توازن الالتزامات بين الأطراف حجر الأساس لتحقيق العدالة التعاقدية، إذ لا يتصور عدلا في عقد تختل فيه الموازين بشكل يضر بأحد المتعاقدين.

فإذا ثبت أن أحد الأطراف لم يقدم على التعاقد إلا نتيجة استغلال ضعف نفسي أو ظرف خاص من طرف المتعاقد الآخر، فإن العقد يكون مشوبا بعيب الاستغلال.

وفي هذه الحالة، يحق للطرف المغبون أن يطلب من القضاء إما تعديل العقد لإعادة التوازن بين الالتزامات، أو إبطاله كليا، ويملك القاضي سلطة تقديرية للنظر في مدى تحقق هذا الاستغلال واتخاذ القرار المناسب. وانطلاقا من هذا المبدأ، يستوجب تناول الموضوع في فرعين رئيسيين: الفرع الأول مفهوم الاستغلال، ثم الفرع الثاني تدخل القاضي لرفع الاستغلال.

الفرع الأول: مفهوم الاستغلال.

لا يمكن تناول موضوع الاستغلال بمعزل عن الإحاطة بمفهومه، إذ يقتضي التحليل السليم أن نبدأ أولا بتحديد تعريف دقيق له، قبل أن نستعرض العناصر الأساسية التي ينبني عليها، لنصل في الأخير إلى الشروط التي يجب توافرها.

أولا-تعريف الاستغلال:

1- لغة: الغل والغلة والغلل والغليل كله شدة العطش وحرارته، ويقال: أغل إبله. أي أساء سقيها والغل بكسر الغين الغش والعداوة والحقد.[1]

[1]- ابن منظور، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، الجزء 13 ،1999، ص499.

2- اصطلاحا: هناك من عرفه على أنه: "استغلال الطيش البين والهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات مع العوض (المقابل) أو من غير مقابل".[1]

وهناك من عرفة على أنه: «استغلال شخص طيشا بينا وهوى جامحا في آخر لكي يبرم تصرف يؤدي إلى غبن فادح".[2]

يعتبر الغبن مظهرا ماديا للاستغلال، فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين حالة ضعف نفسي المتواجد في المتعاقد الآخر للحصول على مزايا ومنفعة لا تعادل منفعة المتعاقد الآخر أو تتفاوت مع منفعة تفاوتا غير مألوفا.[3]

وتناول المشرع الجزائري الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة حيث نصت المادة 90 ق م ج على ما يلي: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".[4] وهو استغلال أحد الأطراف المتعاقدة لوضع الضعف الذي يعاني

---

[1]- بوداود خليفة، بوزيان السعيد، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018، ص10.

[2]- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، دار الكتاب الحديث، 2003، ص213.

[3]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الاول التصرف القانوني العقد والارادة المنفردة، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص127.

[4]- المادة 90 من القانون المدني السالفة الذكر.

منو الطرف الآخر بهدف الحصول على مزايا تفوق الفوائد التي يحصل عليها لطرف الآخر أو لتفاوت المزايا منه بشكل غير متوازن.[1]

نستخلص من التعاريف السابقة أن الاستغلال يقوم على ميزة وهي استغلال الجانب النفسي في المتقاعد رغبة منو في الحصول على منفعة مغبنه.

ثانيا-عناصر الاستغلال:

بعد بحث القاضي عن شرط وجود الاختلال بين أداءات التعاقدين الذي يعتبر العنصر المادي لنظرية الاستغلال والذي يقول عنه الدكتور عبد المنعم فرج الصده بأنه" مفتاح الوقف في مجال الإثبات، كونه يلفت بالنظر إلى الظروف غير العادية التي تم فيها العقد".[2]

ينتقل القاضي إلى البحث عن الحالة النفسية لمن وقع عليه الاستغلال أي العنصر النفسي المتمثل في وجود حالة من حالات الضعف النفسي في المغبون المتعاقد أولا "العنصر المعنوي للاستغلال"، وأن يستغل المتعاقد الآخر هذا الضعف ثانيا" العنصر المادي للاستغلال.

1- العنصر المعنوي أو النفسي للاستغلال:

بالنظر إلى نظرية الاستغلال فإنه لا يكتفي القاضي بتقدير الاختلال بين الأداءات وحده، وإنما يجب التأكد من توافر الشرط المعنوي أو العنصر النفسي، وقوامه أن ينتهز أحد العاقدين حالة من حالات الضعف الإنساني، أي أن تكون هناك حالة ضعف في

[1]- بوكرزازة أحمد، الغبن والاستغلال وأثرهما القانوني، مجلة المعيار، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة مجلد 15، العدد 62، الجزائر، 2021، ص954.

[2]- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974، ص265.

المتعاقد المغبون ويستغلها الغابن، فلا يصدر رضاه عن اختيار كاف وهكذا يصبح غير مشروع مؤثرا في توجيه الارادة لدرجة يصح معها القول، أن المتعاقد لو كان حرا في اختياره ولم يقع استغلاله، لما قبل التعاقد.[1]

من استقراء المادة 90 من القانون المدني التي نصت على ما يلي: "... أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا..."، يتبين أن المشرع حصر الضعف النفسي في حالتين هما: الطيش والهوى، واشترط في الطيش أن يكون بين (أولا) وفي الهوى أن يكون جامحا (ثانيا) حيث يكون في إمكان الطرف الآخر تبينه.

مسألة تقدير ما إذا كان الطيش بينا والهوى جامحا مسألة موضوعية تترك لتقدير القاضي الذي ينظر في تصرفات الشخص والأحوال والظروف المحيطة بالتصرف،[2] لا الطيش والهوى يمكن أن يتحقق بالنسبة للصغار والكبار كما يجب أن يكون كل منهما واضحا ومؤثرا.[3]

---

[1]- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، البحث الاول: أحكام العقد، الجزء الأول: أركان العقد، ب.د.ن، ط2، لبنان، 1997.ص228.

[2]– محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الارادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2014، ص96–97.

[3]– عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام: دراسة للعقد والارادة المنفردة والعمل النافع والعمل الضار والقانون كمصادر للالتزام في القانون المدني المصري مع أحكام القضاء والإشارة إلى بعض أحكام الفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، مصر، 1990، ص 106.

أ- الطيش البين

الطيش البين هو حالة من يقدم على عمل دون مبالاة أو اكتراث بما قد ينجم عنه من نتائج،[1] فيشمل الخفة والتسرع المؤديان إلى سوء التقدير كما يشمل الأقدام على إبرام من فترات التحمس أو الاستفزاز، ويشمل أخيرا حالة من لا يأبه إلا بنتائج الحالة العارضة وإغفال المضار المستقبلية، بحيث هو حالة مرضية تمنع الشخص من التبصر بعواقب الاعمال وتقدير ما فيها من غبن، وهو لا يعدم الارادة وإنما يعيبها.[2]

تشبه حالة الطيش البين إلى حد كبير حالة السفيه التي تتميز أيضا بتبذير المال وإتلافه على خالف ما يقتضيه العقل والشرع،[3] إلا أن الفرق بين الحالتين أن السفيه ناقص أهلية لذلك يخضع للحجر، في حين الشخص الذي يعتريه طيش يتمتع بأهلية كاملة.

لا يشترط في الطيش أن يكون حالة مستمرة يتصف بها الشخص على وجه دائم، بل قد يظهر في نواح معينة أو لفترة محددة.[4] ومن أمثلته، شاب ورث مال فيعميه طيشه ويندفع في تصرفاته من غير تدقيق ولا وزن للعواقب، أو يستغله المرابون ويحصلون منه على عقود تودي بأمواله،[5] ومثاله أيضا إذا كان البائع طائشا

---

[1]- عبد الناصر محمد عبد عابدين، الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013، ص 45.

[2]- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص197.

[3]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط3، الجزائر، 2013، ص 222.

[4]- نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص197.

[5]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول، المرجع السابق، ص 366.

ومبذرا وسكيرا ومقامرا ومرهقا بالديون وكان المشتري عالما بأحواله فيستغل طيشه واشترى منه عقارات بثمن بخس.[1]

ب- الهوى الجامح:

يقصد بالهوى الجامح تلك الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد نحو شخص أو شيء، تجعله يفقد سلامة الحكم على هذا الشخص أو ذاك الشيء،[2] ومن أمثلته، حالة زواج، رجل مسن من إمرة شابة، إذ كثيرا ما تستغل هذه الأخيرة ما تلقاه عند زوجها من هوى،....وتبرم معه تصرفات تستغل فيها هذا الهوى الجامح، أو امرأة تكره زوجها كرها يؤدي بها إلى الرغبة الملحة في الانفصال عنه فيحصل منها الزوج على مبلغ طائل من المال في مقابل طلاقه،[3] أو كالشخص المهووس بالسيارات، فيعجب بسيارة معينة فيعرض عليه مالكها ثمنا باهضا فيفقد المتعاقد المهووس حسن المعقولية ويندفع لشرائها بالثمن الباهظ،[4] أو حالة إعجاب أحد الهواة بلوحة فنية إلى حد أن تأسر عقله وتفكيره فيدفع مبلغا خياليا من أجل الحصول عليها.[5]

2- العنصر المادي للاستغلال:

[1]- إلياس ناصيف، الجزء الاول، المرجع السابق، ص244.

[2] - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص198.

[3] - محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص96.

[4] - شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة للنشر والتوزيع، ط1، المملكة الأردنية الهاشمية، 2008، ص149.

[5] -عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي، الكتاب الأول، مصر، 1984، ص393.

يتمثل هذا العنصر في التفاوت بين التزامات المتعاقدين حيث يكون ما يعطيه أحد الطرفين للآخر لا يتناسب على الاطلاق، ويتفاوت تفاوتا كثيرا مع ما يأخذه منه فإذا كانت التزامات أحد العاقدين لا تتناسب مع ما حصل عليه، ويظهر أن العاقد المغبون قد استغل فيه الطيش البين ليبرم العقد جاز لمقاضي بناءا على طلب العاقد الذي تعرض للغبن الفاحش أن يطلب إبطال العقد.[1]

ويتم تحديد قيمة الأداء وفقا للقيمة الشخصية التي تحقق للمتعاقد شخصيا بصرف النظر عن قيمته الذاتية في السوق فقد يجلب الاداء للمتعاقد فائدة تفوق قيمته المقررة في السوق[2].

ويتبين هذا التفاوت عند مقارنة قيمة الأداء بقيمة الأداء المقابل ويعتد المشرع بالتفاوت الكثير في النسبة واكتفى بوصف التفاوت بدون تقدير حساب له، كما والحال في حالات الغبن،[3] أما بالنسبة للتفاوت اليسير الذي نجده في كل المعاملات هو أمر عادي في التبادلات العقدية واكتفى بوصف التفاوت دون تعين مقدار حسابي، فالقاضي هو الذي يتولى تعيين التفاوت الكثير في النسبة.

ثالثا-شروط الاستغلال:

حتى يصيب الاستغلال الارادة يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط:

[1]- ياسين محمد الجبوري، المنوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق، مجلد 1، نظرية العقد، القسم 2، مراتب انعقاد العقد، دار وائل، عمان، الأردن، 2002، ص75.

[2]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام بالعقد والارادة المنفردة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 113.

[3]- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 219.

1- **عدم تعادل الأداءات:** ومثال على ذلك البيع بثمن باهض أو بثمن بخس ويتصور هذا الإختلال في الأداءات سواء في عقود المعاوضات (من بيع وايجار وغيرهما)، محددة كانت أو إحتمالية ومن أمثلة على ذلك أن يكون الثمن في البيع عبارة عن إيراد مرتب مدى الحياة إلا أن احتمالات الخسارة أكبر بكثير من إحتمالات الكسب، كمن يشتري عقار من شيخ هرم لقاء إيراد زهيد.[1]

2- **قصد الطرف الآخر استغلال الطيش البين والهوى الجامح:** إن توافر شرط وجود الطيش البين والهوى الجامح لدى المتعاقد الاخر للاستفادة من هذا الضعف النفسي، وهنا يقضي أن يكون المتعاقد الذي استغل طيش بين وهوى جامح المتعاقد الآخر على علم بوجود هذا الضعف النفسي فيه وهذا يظهر في مصطلح " طيش بين" و" هوى جامح"، وفي حالة عدم العلم أو عدم القصد فلا يرتب هذا الشرط أي أثر كما أنه لا يشترط أن يكون صاحب النية أو القصد هو نفسه المستفيد من التصرف.[2]

3- **أن يقع الاختلال في الأداءات وقت إبرام العقد:** وهذا الشرط واضح على اعتبارات الاختلال الذي يقع بعد إبرام العقد إنما يجد حله في نظرية الظروف الطارئة وليس في نظرية الاستغلال.[3]

4- **كون الاستغلال هو الدافع للتعاقد:** تكمن العبرة في تحقق الاستغلال في ارادة المتعاقد الغابن فيما إذا اتجهت إلىّ استغلال حالة ضعف موجودة في المتعاقد

---

[1]- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 29.

[2]- صافي زينة، مقري شيماء، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص16.

[3]- دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص30.

المغبون أم لا، ويرجع تقدير ذلك إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ويقع عبئ إثبات توافر شروط الاستغلال على الطرف المغبون.[1]

الفرع الثاني: تدخل القاضي لرفع الاستغلال.

في حالة تحقق الاستغلال يمكن للمتعاقد المغبون وفقا للمادة 90 من ق م ج أن يطلب بإبطال العقد أو إنقاص التزاماته إلى الحد الذي يرفع عليه الاستغلال وهو ما يبرر تدخل القاضي لرفع الغبن الاستغلالي (أولا) طبقا لمعايير معنية (ثانيا).

أولا-حالات تدخل القاضي لرفع الغبن الاستغلالي:

1- دعوى إبطال العقد:

إذا نجح المتعاقد المغبون في إثبات الغبن بشروطه فله الحق في طلب إبطال العقد بسبب تعيب إرادته، ويمكن للقاضي أن يجيب على طلبه ويبطل العقد إذا ثبتت لديه أركان البطلان، خاصة إذا كان هناك استغلال للضعف المعروف وعلى الرغم من توافر الاركان السابقة. يحق للقاضي أن يقرر عدم الابطال بل يمكنه أن يقتصر على إنقاص التزام المتعاقد.[2]

إذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد، فإنه يجوز للطرف الآخر في المعاوضات دون التبرعات، أن يتقي إبطال العقد إذا عرض ما يراه القاضي كافي لرفع الغبن وهذا ما تنص عليه الفقرة 3 من المادة 90 "يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر

[1]- صافي زينة، مقري شيماء، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص17.

[2]- رضا عبد الحميد عبد المجيد الباري، مصادر الالتزام، الكتاب الاول، المصادر الارادية للالتزام (العقد-الإرادة المنفردة)، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص152.

دعوى الابطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن"،[1] وتتميز دعوى الابطال بخاصيتين:

الأولى: أن مدتها سنة واحدة من تاريخ العقد، وتسقط بالتقادم على عكس الدعاوى الأخرى السابقة التي تمتد مدتها لثلاث سنوات من تاريخ زوال عيب الإرادة أو 15 سنة من تاريخ العقد.

الثانية: أنو يجوز توقيها أي توقي الابطال قبل الحكم فيها إذا عرض الطرف المستغل ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.[2]

2- دعوى الإنقاص:

أقر المشرع إلى جانب إبطال العقد وسيلة أخرى لرفع الغبن تتمثل في الإنقاص من التزامات المتعاقد المغبون ولا يمكن للقاضي أن يقضي بإبطال العقد إلا بتقدم المغبون كما لان هذا يخالف مبدأ التقاضي، ولا يسع القاضي إلا أن ينقص من التزامات المغبون إذا تحقق وجود الاستغلال.[3]

ولا يجوز أيضا للقاضي أن يرفع التزامات المستفيد من الاستقبال لكي يتعادل مع التزامات المغبون لان القانون لم يخول له هذه السلطة إذ أن نص الفقرة الاولى من المادة 90 لم يذكر سوى إنقاص التزامات المغبون فلا يسمح برفع التزامات الطرف المستغل إلا إذا عرض ذلك من تلقاء نفسه.[4]

---

[1]- محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الارادة في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دار عومة، الجزائر, 2002، ص 109.

[2]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 228.

[3]- مرجع نفسه، ص288.

[4]- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص110.

ثانيا-معايير سلطة القاضي التقديرية لرفع الغبن:

من ممارسة القاضي سلطته التقديرية، ينبغي أن يراعي المعايير التالية فيما يتعلق بعيب الاستغلال:

1- معيار الملائمة في إعمال الجزاء:

يتم تطبيق هذه الفكرة متى رفع المتعاقد الذي تعرض للغبن دعوى إبطال العقد، حيث يجتمع غالبية الفقه على ان القاضي لا يلتزم بالاستجابة لطلب الابطال وأن من سلطته العدول عن الابطال والاكتفاء بالتعديل حيث تنص المادة 90 ق.م.ج على أنو "يجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد وأن ينقص التزامات هذا المتعاقد." وقد وسع المشرع الجزائري من سمطه التعديل التي تتمتع بها القاضي عندما أجاز في الفقرة 3 من نفس المادة للطرف المستغل أن يتوقى بعرض زيادة في التزامه إن رأى القاضي هذه الزيادة مناسبة وكافية لرفع الغبن.[1]

2- معيار التقيد بالطلب القضائي:

يتم تحديد النشاط القضائي التقديري بناء على ما يطلبه الطرف المغبون، ويكون مقيدا بمبدأ الطلب القضائي بخياره في تحديد الذي يشكل الإطار العام لسلطته التقديرية بالإضافة إلى ذلك، يكون محصور بخياره في تحديد الجزاء لمبدأ الملائمة على سبيل المثال إذا طلب المتعاقد المغبون تخفيض الالتزامات يقتصر نشاط القاضي التقديري على هذا الطلب ولا يمتد إلى طلب الابطال وتحقيقا لإعادة التوازن

[1]- نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، المجلد 1، العدد 22، الجزائر، 2015، ص31.

أو التناسب بين الأداءات المتبادلة يتم النظر في طلب الإنقاص دون اللجوء إلى طلب البطلان.[1]

3- معيار توقي الابطال بإعادة التوازن للأداءات المختلة:

القاضي يعرض ما يراه مناسبا لرفع الاستغلال عن المتعاقد المغبون من خلال تقديره لزيادة الأداءات بهدف التحول من الاختلال الفادح إلى التوازن دون الحاجة لتساوي الأداءات تماما ويضل مقيدا بطلبات والدفوع من الاطراف دون تجاوز لنطاق الخصومة.[2]

[1]- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي،أطروحة دكتوراه في العلوم الاسلامية: شريعة وقانون، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012/2011، ص124.

[2]- مرجع نفسه، ص124.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

تولى المشرع الجزائري تنظيم مسألة الشروط التعسفية من خلال القانون رقم 02/04، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث أدرج هذه الشروط ضمن فئة الممارسات التعاقدية غير النزيهة. وقد عرفها صراحة في الفقرة الخامسة من المادة الثالثة من هذا القانون، على أنها: "كل بند أو شرط، سواء ورد بشكل منفرد أو اقترن ببنود أخرى، يؤدي إلى اختلال بين في التوازن بين الحقوق والالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد".

وتعد عقود الإذعان المجال الأبرز الذي تتجلى فيه هذه الشروط، إذ يملي الطرف المتمتع بقوة اقتصادية أو تفاوضية فائقة، شروط العقد بشكل انفرادي مسبق، دون منح الطرف المقابل، وهو غالبا الطرف الأضعف، فرصة مناقشتها أو التفاوض بشأنها، فيجد هذا الأخير نفسه مجبرا على القبول الكلي بالعرض أو رفضه برمته، دون إمكانية لإجراء أي تعديل عليه.

هذا الخلل في مبدأ التوازن التعاقدي دفع بالمشرع، على غرار ما هو معمول به في العديد من التشريعات المقارنة، إلى تمكين القاضي من صلاحية التدخل لتعديل أو إبطال الشروط التي يثبت طابعها التعسفي، وقد جاء هذا التوجه القانوني من أجل ضمان حماية فعلية للطرف المذعن، وفرض قدر من العدالة التعاقدية، حتى في ظل عقود يغيب فيها التوازن الطبيعي في القوة التفاوضية.

وبناء على ما تقدم، سيتم تناول هذه الإشكالية ضمن مبحثين: نخصص الأول لدراسة شرط وجود عقد الإذعان (المطلب الأول)، في حين نتناول في الثاني دور القاضي في حماية الطرف المذعن من آثار الشروط التعسفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شرط وجود عقد الإذعان.

لا يمكن الحديث عن الشرط التعسفي ما لم يكن العقد قد تم بطريق الاذعان، فعلى القاضي البحث في عناصر العقد، والتعرف على طبيعته القانونية ليتبين له إذا ما كان هذا العقد قد تم بطريق الاذعان، وبالتالي تشمله الحماية القضائية المقررة له قانونا، ولهذا يجدر التطرق إلى مفهوم عقد الاذعان (الفرع الأول) ثم الوقوف على طبيعته القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان.

وقوفا عند سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، تطرقنا الى تعريف عقد الاذعان (أولا)، ثم إلى خصائصه (ثانيا).

أولا–تعريف عقد الإذعان:

في القانون الفرنسي تطلق تسمية عقود الانضمام **contract d'adhésion** على عقود الإذعان، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون مناقشة[1]، أما الدكتور عبد المنعم فرج الصدة يقول أن تسمية "عقد الإذعان" التي أطلقها الدكتور السنهوري على تلك العقود هي الأصح، لأن الإذعان من دلالته الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان، فهو يشمل عقد الإذعان وغيرة من العقود.

1- الإذعان لغة:

[1]- Article 1171, LOI n°2018-287 du 20 Avril 2018, Code Civil François: «Dans un contract D'adhésion, toute clause non négociable, determine à l'avance par l'une des parties, qui Crée un déséquilibre significatif entre les droids et obligations des parties au contract Est Réputée non écrite.»

من ذعن يذعن ذعنا، والإذعان هو الانقياد الخضوع، يقال أذعن الرجل إذا انقاذ[1]، وقيل الإذعان الإسراع مع الطاعة، نقول اذعن لي بحقي: أي طاوعني لما كنت التمسه منه وصار يسرع اليه. لقوله تعالى: "وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين"، أي مسرعين في الطاعة. وورد في مختار الصحاح " أذعن له خضع وذل"[2]

2- الإذعان اصطلاحا:

لم يجمع الفقهاء على تعريف واحد وقد اختلفت التعاريف باختلاف المعيار المؤسس عليه الإذعان، حيث عرفه الأستاذ خليل أحمد حسن قيادة على أنه "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة سلفا يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، على أن يكون موضوع العقد محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه".[3]

فيما عرفه جاك غستان بأنها" انضمام لعقد نموذج يحرره أحد الطرفين بصورة أحادية الجانب وينظم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله".[4]

وذلك من خلال نصه في المادة الأولى من المرسوم رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي

---

[1]- أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، ب.س.ن، ص 208.

[2]- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص 93.

[3]- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1، ط2، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص27.

[4]- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منظور القاضي، المجلد 1، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص97.

تعتبر تعسفية [1]وكذا المادة 03 الفقرة 04 من القانون الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2]، بأن: "العقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

ومن خلال ما تم التطرق إليه نخلص إلى أن هذه التعريفات لم يتحدثوا عن ضرورة وجود احتكار للسلع والخدمات ليقوم عقد الإذعان، بل أوجدوا معيارا آخر مفاده التحرير المسبق والمنفرد للعقد.

ثانيا-خصائص عقود الإذعان:

عقود الإذعان تقتصر على قبول أحد الطرفين ما يعرض عليه من شروط، مع عدم جواز مناقشة ما تتضمنه هذه العقود، ومن خلال هذا يتبين أن عقود الإذعان تكون في دائرة معينة تحددها الخصائص التالية:

1- من حيث طريقة التعاقد:

الأصل أن العقد ينعقد بمجرد تطابق الإيجاب المستوفي للشروط القانونية بالقبول، وفقا لطرق التعبير عن الإرادة المنصوص عليها في المادة 60 وما بعدها من القانون

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006، العدد 56، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2008، العدد 07.

[2]- القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004، العدد 1، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010، العدد 46.

المدني الجزائري[1]، علما وأن هذا التطابق بين الإرادتين غالبا ما يكون مسبوقا بمفاوضات قد تطول أو تقصر بحسب نوعية وأهمية محل التعاقد، أما بالنسبة لعقود الإذعان فإن أهم ميزة تميزها عن عقود المساومة **gré à gré**، أنها غير مسبوقة بمرحلة تفاوض حول الالتزامات التعاقدية التي يرتبها العقد، لذلك يحدث القبول وينعقد العقد بمجرد التسليم بالشروط المقررة من طرف الموجب والتي لا يقبل المناقشة فيها.

وقد استعمل المشرع الجزائري عبارة "مجرد التسليم" لإبراز ضعف الطرف المذعن لكونه قبل بالعقد وليس أمامه حل آخر سوى عدم التعاقد، كما استعمل عبارة "شروط مقررة" لإبراز القوة التي يتمتع بيها الموجب في فرض شروطه، بحيث لا يجوز للموجب له أن يقترح أي تعديل كان، فله إما أن يقبل أو يرفض الايجاب جملة واحدة[2].

أما بالنسبة للإيجاب في عقود الاذعان فينبغي أن يصدر في شكل عام موجه لكل الجماهير دون تمييز بينهم، وذلك في قالب نموذجي يتضمن شروطا موحدة تسري على الجميع دون استثناء، أي في شكل نماذج عقدية غالبية الشروط التي تتضمنا نخدم مصلحة الطرف الذي وضعها على حساب الطرف الاخر المذعن.[3]

2- من حيث الأطراف:

تعتبر الخاصية الأولى بمثابة نتيجة حتمية للخاصية الثانية المتعمقة بطرفي عقد اذعان أو كما يسمى في فرنسا عقد الانضمام أن من يقبل العقد إنما ينضم إليه

[1] - الأمر 59-95 المؤرخ في 92 سبتمبر 4559 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 10 سبتمبر 4559، المعدل والمتمم.

[2]- عبيدة نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجيستير، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعموم السياسية، جامعة العقيد لطفي تلمسان، 2015-2016، ص 53.

[3]- بوكماش محمد، مرجع سابق، ص151.

دون أن يناقشه[1]، ذلك أن الميزة الأساسية في هذا النوع من العقود هي التفاوت في المراكز الواقعية بين أطراف الرابطة العقدية، والذي يخول للطرف الاقوى اقتصاديا أو معرفيا فرض ما يخدمه من بنود تعاقدية لا يمكن للطرف الضعيف إلا أن يرضخ ويذعن لها ولو كانت ضد مصلحته الشخصية، نظرا لحاجته الماسة إليها، فالمساواة القانونية الموجودة من الناحية النظرية تهدمها اللامساواة الفعلية، وحرية الشخص في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد، تزول أمام حاجته الملحة للسلعة أو الخدمة محل التعاقد لأنه مجبر على ذلك التعاقد لمساس حاجته إلى السلعة أو المرفق ،لان هذه السلعة أو المرفق من ضروريات الحياة التي لا تستقيم حياته بغيرها، و من ثم فإنه مجبر على القبول بالشروط التي يحددها الموجب وأن كان بعضها ليس في مصلحته ولا يملك إزاء هذه الشروط مناقشتها بل تملى عليها إملاء.[2]

3- من حيث المحل:

يستمد الطرف القوي قوته وهيمنته على الطرف الضعيف من نوعية السلعة أو الخدمة التي يتم التعاقد بشأنها، أي أن محل العقد ينبغي أن يكون على درجة من الأهمية والندرة والاحتكار حيث لا يمكن للطرف المذعن الاستغناء عنه، وفي نفس الوقت لا يجد إلا الطرف القوي أو قمة[3]من منافسيه قادر على تلبية هذه الحاجة الملحة، ويتكرس التفوق الاقتصادي في نقطتين هما:

أ- تمتع الطرف القوي باحتكار قانوني:

[1]- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2009، ص245.

[2]- كاظم خولة، محمد راضي لعموري، الايجاب في عقد الإذعان مجلة المحقق الحلي في العلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل للعلوم القانونية، العدد الأول، السنة السادسة، 2014، ص 377.

أو بما يعرف الاحتكار المنظم، والذي ينشأ بمقتضى القانون، حيث تمنح الدولة لشركة أو كيان ما الحق في تقديم خدمة أو إنتاج سلعة وحدها دون غيرها، وبذلك يجد مصدره في النصوص القانونية التي تقضي بعدم فتح مجال معين لحرية المنافسة وجعله حكرا على شخص عمومي معين يستأثر به وحده ولا ينازعه أي شخص اخر سواء كان عموميا أو خاصا ، هو الشأن في عقود الخدمات العامة كاحتكار الشركة الوطنية للتبغ والكبريت إنتاج وتوزيع التبغ والكبريت في التراب الوطني، واحتكار الشركة الوطنية للكهرباء والغاز إنتاج ونقل وتوزيع الكهرباء والغاز في التراب الوطني، فالشركات ومؤسسات التزويد بهذه الخدمات تتمتع بامتياز قانوني يضعها موضع المحتكر لها، مما يجعلها تفرض ما تراه مناسبا من شروط دون مناقشة من المتعاقد معهم[1]، وفي هذه الحالة (الاحتكار القانوني) فإنه لا يجوز للموجب (للشركة المحتكرة) أن ترفض التعاقد مع أي شخص يتقدم إليها، لأن الإيجاب هذا موجوه للجهور أو لعموم الناس، إلا إذا كان الرفض مستندا إلى أسباب مشروعة [2]، ومثال ذلك أن تمتنع شركة سونلغاز عن ربط منزل مواطن بالكهرباء بسبب عشوائية طريقة البناء أو تواجد المنزل في مكان غير مهيئ بطريقة ملائمة.

ب- تمتع الطرف القوي باحتكار فعلي:

وهو الاحتكار الذي ينشئ نتيجة ظروف معينة خارجة عن سلطان القانون، أي دون تدخل حكومي حيث لا يتدخل في إنشائها، ومن صوره منه أن يتمكن صاحب مشروع معين في الوصول إلى وضعية الهيمنة في السوق نتيجة سيطرته على المواد

[1]- الحيصة علي صالح مصبح، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الاذعان، رسالة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 26.

[2]- يحياوي الشريف، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد الثاني، ص 102.

الأولية، أو حسن تدبيره وتسييره، أو أن يتواجد مشروع وحيد في منطقة منعزلة مما سيجعله بصورة فعلية في تلك الوضعية الاحتكارية.[1]

أن يصدر الإيجاب إلى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة، وغير قابل للنقاش والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة فبهذا الإجابات ونهائي لا يمكن لمحتكر السلعة أو الخدمة التحلل من الإيجاب عن طريق تصرف سلبي هو الامتناع عن التعاقد، وإلا وقعت عليه مسؤولية بناءا على التعسف في استعمال الحق إن كان محتكرا فعليا.[2]

في هذه الحالة نجد أن النص القانوني لا يمنح امتياز لشركة معينة لتقديم حزمة أو بيع سلعة بصفة حصرية، إنما يستمد الاحتكار من واقع السوق الذي جعلت شركة بعينها أو مجموعة قليلة من الشركات أو الاشخاص تستأثر بتجارة سمعة أو خدمة، بمعنى أن المنافسة منعدمة أو أنها موجودة في نطاق ضيق.[3]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.

أن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإذعان آثار جدلا واسعا، وما يستوجب التطرق اليه لمعرفة ماهيا الطبيعة القانونية لعقد الإذعان هو موقف الفقه (أولا)، ثم موقف المشرع الجزائري (ثانيا).

أولا–موقف الفقه من طبيعة عقد الإذعان:

[1]– بوشارب إيمان، إعادة التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2021، ص 320.

[2]– يمينة بليمان، عقود الاذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الانسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، المجلد 3، العدد 2، الجزائر، ديسمبر 2019، ص105.

[3]– بوبكر قارص، دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الاذعان، مجلة طبنه للدراسات العلمية أكاديمية جامعة سطيف، مجلد 4، العدد 2، الجزائر،2021، ص444.

انقسم الفقه إلى فريقين حول طبيعة عقود الإذعان فمنهم من يرى أنها ليست عقودا حقيقية، وآخرون يرون أنها لا تختلف عن سائر العقود، ويرجع سبب الخالف أساسا إلى الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين:

1- الفريق الأول الذي أنكر صفة العقد على عقود الإذعان:

ذهب بعض الفقهاء إلى إنكار الصفة التعاقدية لعقد الاذعان فرأوا أنه عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه، لما يفترض في هذا الأخير من تساوي بين أطرافه، وكذا حرية إبرامه[1]، ومن هؤلاء الفقهاء وعلى راسهم الأستاذ ساليي، وقلة من فقهاء القانون العام أمثال "ليوف ديجي هوريو" حيث حاولوا تبرير موقفهم على أساس أن هذه التصرفات هي نتائج إرادة منفردة يصدرها المذعن له فتكون بمثابة قانون أو لائحة تنظم العلاقة بينه وبين المذعن الذي تتأثر إرادته العقدية نتيجة الضغط الاقتصادي.[2]

وقد كتب ساليي: "بأن عقد الاذعان المزعوم ليس له من العقد سوى الاسم لأنه في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة تملي قانونها على مجموعة غير محددة، وتلزك

[1]- JACQUES DOLLAT, Les contrats d'adhésion, these pour le doctorat, faculté de droit de L'université de Paris, 1905, p133 et suivant.
- RAYMOND SALEILLES, De la déclaration de volonté, contribution a L'acte juridique dans
Le code civil allemand (art.116 à 144), libraire cotillon, 1901, p 229. P230.
- LEON DUQUIT, Les transformation générales du droit privé depuis le code napoléon, 2ème édition, paris, 1920, p21.

[2]- بوشارب إيمان، مرجع سابق، ص 31.

مسبقا انضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد[1]، وقد استند هذا الرأي على عدة حجج ومؤيدات[2] منها:

- انعدام المساواة بين طرفي عقد الإذعان وانعدام حرية المناقشة، وقبول الطرف الضعيف والآخر؛
- عدم توافر الارادة التعاقدية المشتركة؛
- أن قبول المذعن في هذه العقود لا يكون عن حرية وبينة[3].

2- الفريق الثاني: الذي يرى بأن عقد الإذعان عقد حقيقي.

أن أغلبية فقهاء القانون المدني قد رفضوا اتباع الأفكار التي أوردها كل من ساليي وديجي ومن تبعهم، وكذلك ذهب فقهاء القانون الخاص إلى أن عقد الاذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الاخر، فإن هذه الظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، وهذا التباين الاقتصادي في عقد الاذعان لا يؤثر في صحة التراضي وبالتالي فإن القبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب،[4] فأصحاب هذا الموقف تمسكوا برأي مخالف مفاده الطبيعة التعاقدية لعقد الاذعان فيقول الدكتور سليمان مرقس: "وقد ثار الشك أول مرة حول اعتبار الإذعان قبولا ينعقد به عقد

---

[1]- دريد محمود علي، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، القسم الأول: مصادر الالتزام -دراسة تحليلية مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2012، ص86-87.

[2]- الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية-دراسة مقارنة-، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، المجلد 1، العدد 2، جوان 2024، ص 103.

[3]- أحمد سمير قرني، عقود الاذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة الشارقة، إمارات، 2007، ص48.

[4]- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص 15.

حقيقي أو اعتبار العلاقة بين المحتكر والمذعنين علاقة لائحية ينظمها القانون أن كان الاحتكار قانونيا".[1]

ثانيا-موقف المشرع الجزائري:

حسم المشرع الجزائري هذا الخلاف بين الفقه، برغم أنه لم يضع تعريفات له إلا أنه أضفى عليه الصيغة التعاقدية وذلك بنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يحصل القبول في عقود الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

يتبين من استعمال المشرع عبارة "مجرد التسليم" أنه يبرز ضعف الطرف المذعن، واستعماله لعبارة" شروط مقررة" لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروط، وقد يتعسف في ذلك دون تفاوض حولها مع المتعاقد الآخر الذي ليس أمامه إلا يقبل العقد أو يرفضه، أي عقد الإذعان هو كباقي العقود يقوم على الإيجاب والقبول، إلا أن ما يميزه هو الحاجة للتعاقد للحصول على سمعة أو خدمة تعد من الضروريات لا يمكن الاستغناء عنها لذلك يجد الطرف المذعن نفسه مضطرا لقبول الإيجاب أي رضاه موجود لكنه مفروض عليه.[2]

[1]- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، "نظرية العقد والارادة المنفردة"، الجزء 2، ط4، دار الكتب القانونية، بيروت، لبنان، 1998.

[2]- عزت صلاح عبد العزيز محمد، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2013، ص105.

واستعمل مصطلح "التسليم" لإبراز ضعف الطرف المذعن، وهو المعيار الامثل الذي يمكن الاستناد عليه في إطار الشروط التعسفية، لديهم القوة الاقتصادية، حيث أثبت الواقع العلمي خطورة التفوق التقني والفني لهؤلاء التي تمكنيهم من فرض شروط تعسفية.[1]

المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي لحماية الطرف المذعن:

يقتصر دور القاضي بالنسبة للعقود وفقا للقواعد العامة على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها، غير أن خروجا على هذه القاعدة وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان. منح المشرع الجزائري للقاضي في المادة 110 ق.م سلطة إستثنائية تتيح له تعديل العقد لإعادة التوازن العقدي وذلك في حالة إثبات أن العقد يحتوي على شرط تعسفي، كما يجوز له أن يعفي الطرف المذعن منه. وبناءا على ما تقدم

[1]– حبيبة كالم، الشروط التعسفية في ظل القانون رقم 02/04 المتعمق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، المجلد الثامن، العدد 2، الجزائر، 2002، ص891.

سنتطرق في هذا المطلب إلى الشروط القانونية لتعديل الشرط التعسفي (الفرع الأول), ثم نتطرق إلى صور تدخل القاضي في عقد الإذعان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط القانونية لتعديل الشرط التعسفي:

بالرجوع إلى نص المادة 110 ق.م نجد أنها تنصب على" إذا تم العقد بطريقة الإذعان, وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"(1). نجد المادة سالفة الذكر بأنها تتضمن الشروط الواجب توافرها في عقد الإذعان ومنح للقاضي سلطة التدخل لتعديل ما تضمنه العقد من شروط تعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها(2). ومن خلال تحليل هذا النص يتضح أن هذه الشروط تتمثل في:

أولا: أن يتعلق النزاع بعقد إذعان:

يظهر من خلال المادة 03/04 من القانون رقم 04/02 وقد عرفت عقد الإذعان هو« كل

---

(1):من المادة 110، الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،

(2): ربيعة ناصيري, مرجع سابق,ص 122.

كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي.(1) وعلى ضوء هذا التعريف يبدو أنه لكي نكون بصدد عقد الإذعان لابد من توفر عنصرين وهما:- التحديد المسبق لمحتوى العقد من أحد أطرافه.

- عدم إمكانية الطرف المذعن من إحداث تغيير حقيقي في العقد.

فلابد لإعمال السلطة الحمائية المنصوص عليها في المادة 110 ق.م.ج. البحث عما إذا كان العقد موضوع النزاع عقد إذعان أم لا؟ ويفترض سريان هذه السلطة أن تكون أمام عقد صحيح, توافر له عنصر التراضي من إيجاب وقبول خاليا من العيوب التي يمكن أن تشوبه, فإذا ثبت للقاضي إنعدام هذا التراضي قضى بإبطال العقد لا بتعديل شروطه.(2)

ثانيا: أن يتضمن العقد شروطا تعسفية:

بالإضافة تعلق النزاع بعقد الإذعان لابد من تضمن العقد شروطا تعسفية إذ نص في المادة 03/05 من القانون04/02 على الشرط التعسفي هو " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروطا أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقود".

ومن التعريف السابق نستخلص بأنه وصف شرط أو بند بأنه تعسفي ينبغي أن تتوفر فيه الشروط والعناصر الأساسية : (3)

---

(1): المادة03/04 ,من القانون رقم04/02, سالف الذكر.

(2): محمد بوكماش, سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري, والفقه الإسلامي, بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه, كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر, باتنة, الجزائر, 2012.ص157.

(3): بودالي محمد, الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني, نظرية العقد والإرادة المنفردة, الجزء02، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية، بيروت، لبنان، 1998،ص80.

1- أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو تأدية خدمة.

2- أن يكون العقد مكتوبا.

3- أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أوعونا إقتصادي.

4-أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف.

الفرع الثاني : صور تدخل القاضي في عقد الإذعان:

يتدخل القاضي في مجال عقد الإذعان في حالتين: حالة تعديل الشروط التعسفية وحالة إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية.

أولا: حالة تعديل الشروط التعسفية:

يقوم القاضي بتعديل الشرط التعسفي ويعني الإبقاء عليه, مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها بالوسيلة التي يراها ملائمة, وتتعدد الأوجه لذلك وتتمثل في ما يلي:

قد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظيره الخدمة التي سيؤديها أو قد تكون هذه الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ أو مدته فيكون التعديل إما بالزيادة أو بالنقصان بحيث تتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي توخاه المشرع من منح القاضي هذه السلطة، وهو التوازن بين الأداءات المتقابلة.(1)

وهذا ما يظهر جليا في نصوص المادتين 110 و 112 من القانون المدني الجزائري حيث

---

(1): محمد بوكماش, مرجع سابق،ص:164/165.

أولى المشرع حماية خاصة للطرف المذعن في عقد الإذعان ومنح للقاضي سلطة تعديل العقد فله أن ينقص من إلتزامات الطرف المذعن متى ثبت له أن الطرف الآخر قد وضع شروط مجحفة مستغلا بذلك مركزه، يمكن أن يكون طلب إنقاص الإلتزامات المرهقة من طرف المتعاقد الضعيف. (1)

وليضمن المشرع لتلك الحماية التي خاصه بها الطرف المذعن في العقد، جعل سلطة القاضي في هذا الشأن من النظام العام، فلا يجوز للطرفين في عقد الإذعان أن يتفقا على هذه السلطة، فمثل هذا الإتفاق يكون باطلا لمخالفته لفئة النظام العام فقد جاء في المادة 110 ق.م ج." ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".(2)

والواقع أن القضاء قد أخذ بعدة تطبيقات لتعديل الشروط التعسفية نذكر منها على سبيل المثال:

1- في عقد البيع:

إذا كان الشرط يتمثل في موعد التسليم جاز للقاضي تحديده، أو عما إذا كان الثمن مبالغ فيه جاز للقاضي تخفيضه تبعا للظروف، تكون هذه الشروط متعلقة بالتنفيذ فيكون التعديل لها بالزيادة وإما بالتعديل بالشكل الذي يجعل فيه الإلتزامات متوازنة.

2-في عقد التأمين:

عرفته المادة 2 من قانون التأمينات على أنه " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى الغير المستفيد الذي إشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا

(1): نور الهدى كرميش, الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الإجتماعية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، المجلد 17، العدد 01، الجزائر 2020،ص 161.

(2): نورة السعدي, سلطة القاضي في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهري محمد بشار، المجلد 01,العدد 22، الجزائر ،2015،ص34.

أو أي أداء مالي آخر حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفوع مالية أخرى" .(1)

من خلال نصوص هذه المادة يتبين لنا أن عقد التأمين ينشأ بين متعاقدين, المؤمن وهو الطرف القوي الذي يقوم بوضع شروط العقد بكل إستقلالية, يلتزم بأداء التعويض للمؤمن

له وهو الطرف الضعيف في العقد, والمؤمن له يعمد إلى تأمين نفسه من خطر ما، بأن يتعاقد مع شركة التأمين وقد يترتب على إعتبار التأمين من عقود الإذعان حماية واسعة المذعن من تعسف نفسه، حيث يجب على القاضي عند عرض نزاع عليه أن يبطل الشروط التعسفية لمصلحة المؤمن له، كما أن المشرع حرص على حماية جمهور المؤمن لهم من أي تعسف يمكن أن يلحق بهم نتيجة إستخدام شركات التأمين للعقود الجاهزة المعدة سلفا، إذا جاء بنصوص لا يجوز مخالفتها وإلا كان الإتفاق باطلا.

ومن أمثلة عقود التأمين كعقود الإذعان نجد: عقد التأمين على السيارات, عقد التأمين على المباني, عقد التأمين على الطائرة لمالك طائرة أو مستثمرها بشروط المؤمن دون أن يكون له الحق في مناقشتها.(2)

ثانيا: حالة الإعفاء من الشروط التعسفية:

بالنسبة لسلطة الإلغاء فالقاضي إذا رأى أن تعديل الشرط التعسفي لا يفي بالغرض, أي لا يضمن الحماية الكافية للطرف المذعن, فإنه يستطيع أن يعطل هذا الشرط بإعفاء

---

(1): المادة 2 من الأمر 95-07 المؤرخ في 27 شعبان عام 14 الموافق ل 25 يناير سنة 1995 المتعلق بالتأمين للعدل والمتمم بالقانون 06/04, في 20 فيفري 2006, الجريدة الرسمية 2006/15 .

(2): عيساوي رجاء, سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د، تخصص قانون العقود في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، 2022،ص74.

الطرف المذعن من تنفيذه.(1)

القاضي غير مقيد إلا بمعيار العدالة ومعنى ذلك أن له سلطة تقديرية في إختيار وسيلة إلغاء الشرط أو الإكتفاء بتعديله. (2)

فمثال ذلك أن يرفع أحد دعوى لطلب إلغاء شرط تعسفي في عقد من عقود الإذعان, فالقاضي إما يستجيب لطلب الإلغاء ويلغي الشرط التعسفي إذا تبين له بعد دراسته الملف

والظروف المحيطة أنه لابد من إلغائه و إعفاء الطرف المذعن منه (مثل شرط الإعفاء من المسؤولية الواردة بعقد إشتراك الهاتف) وإما لا يستجيب لطلب الإلغاء ويقوم بتعديله حفاظا على العقد بحد ذاته إذا تبين له تعديل الشرط كاف لإزالة التعسف.

فعند إستعمال القاضي لسلطته في إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي إنما يفعل ذلك إنطلاقا من رغبة المشرع التي يحل القاضي محلها ويفترض عليه تجسيدها وهذه الرغبة تتمثل في إحقاق الحق وإرساء قواعد العدل.(3)

فالإعفاء يحقق الغاية من التعاقد ومن ثم العدالة التعاقدية و الإبقاء يكرس التعسف الذي يعكس الظلم الذي يتنافى مع مبادئ القانون ومن ذلك وجوب مراعاة تكافؤ الأداءات وتحقيق التوازن في العقد الذي قد يختل نتيجة وجود هذا الشرط الجائر والبند المجحف الدال على نية التعسف وقصد الإضرار بمركز الطرف المذعن الضعيف.

---

(1): مونة مڤلاتي، مزياني فريدة، سلطة القاضي في تعديل القانون المدني، مداخل مقدمة ضمن فعاليات الندوة الوطنية حول دور القاضي في سد الفراغ التشريعي بين الحرية والتطبيق، 27 نوفمبر 2023، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة 8 ماي 1945، ڤالمة، الجزائر،ص05.

(2): عيساوي رجاء, مرجع سابق,ص 166.

(3): معايزية سارة, لحماري وئام، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه08 ماي 1945، ڤالمة، الجزائر 2023/2024،ص39/38.

خلاصة الفصل الأول:

وفي نهاية فصلنا هذا يمكن القول بأن القاضي يمتلك سلطة تقديرية في تعديل العقد، من أجل إعادة التوازن العقدي وهو بذلك يلعب دورا هاما في مرحلة تكوين العقد، بحيث أن هذا الأخير قد يشوبه أثناء الإنعقاد عيوب من عيوب الرضا، كالغبن والإستغلال، حيث أن لهم تأثير متبادل على العقد والإرادة سواء من الناحية المادية" الغبن" أو من الناحية

المعنوية" الإستغلال", فيتدخل القاضي لرفع هذا الغبن عن طريق إبطال العقد أو إنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون حيث يتم ذلك بناءا على طلب منه إلا أنه يكون مقيد بمبدأ الطلب القضائي الذي يشكل الإطار العام للسلطة التقديرية،وكذلك يتدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية متى توافرت في عقود الإذعان عن طريق الإنقاص أو الزيادة في الإلتزامات بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط مع بقاءه قائما وإذا تعديل الشرط لم يضمن الحماية الكافية للطرف المذعن يستطيع أن يتدخل القاضي بتعطيل هذا الشرط من خلال إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه، ولضمان المشرع الحماية التي خصها للطرف الثاني المذعن جعل سلطة القاضي في هذا الشأن من النظام العام حيث لا يجوز للأطراف المتعاقدة الإتفاق على إستبعادها.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي في مرحلة التنفيذ

المبحث الأول:

سلطة القاضي في ظل نظرية الظروف الطارئة:

تعد الظروف الطارئة محور إهتمام العديد من الفقهاء والباحثين ومن أهم المسائل القانونية والنظريات الحديثة بالنظر لمدى فعاليتها في تحقيق مبدأ التوازن العقدي، أين تظهر أهميتها في الناحيتين العملية والعلمية فمن الناحية العلمية تعد نتاج قواعد العدالة التي تهدف إلى التخفيف من القوة الملزمة للعقد على أساس حسن النية المفترض وقت إبرام العقد والذي يقتضي إستمرار التعادل الشخصي.(1)

أما من الناحية العملية فالكل يعلم بأن الأوضاع الإقتصادية المتقلبة التي يمر بها العالم بصورة عامة تحتاج إلى وسائل تساعد على المحافظة على التوازن الإقتصادي الذي يتأثر بتلك التقلبات ، ومن أهم هذه الوسائل هي تطبيق نظرية الظروف الطارئة (2),وهذه الأخيرة تهدف إلى إعادة التوازن في الإلتزام العقدي في مرحلة تنفيذ العقد.

فخول القاضي بموجب المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري للقاضي سلطة التدخل بالتعديل من أجل ضمان الإستمرار في تنفيذ العقد والتي تنص على" غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ،جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل إتفاق

(1): عبد القادر فار, مصادر الإلتزام, مصادر الحق الشخصي في القانون المدني, دار الثقافة، الطبعة الرابعة ، الأردن، 2012،ص 130.

(2): عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثارها على إعادة التوازن الإقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد01، العدد 38، 2015،ص 84.

على خلاف ذلك".

وعليه سنتناول في مبحثنا هذا ما يلي: ما هي نظرية الظروف الطارئة(المطلب الأول) سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة(المطلب الثاني).

المطلب الأول: ما هي نظرية الظروف الطارئة:

تعد الظروف الطارئة حوادث عامة غير مألوفة لم تكن في حسابات المتعاقدين وقت التعاقد تؤدي إلى إختلال التوازن العقدي أثناء التنفيذ لتجعل وفاء المدين بالتزامه لا مستحيلا يؤدي به إلى خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف إذا وضع المشرع نظرية الظروف الطارئة كقاعدة لإعادة التوازن لأطراف العقد ومن خلال هذا المطلب سنبين ماهية نظرية الظروف الطارئة(الفرع الأول) وما يترتب على الظروف الطارئة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة:

أولا: تعريف نظرية الظروف الطارئة:

1-التعريف اللغوي:

هذا المصطلح متألف بين كلمتين وهما الظروف الطارئة وكل واحد منهما يحمل دلالة مختلفة, ويرجع إلى الأصل اللغوي المتباين.

أولا: المعنى اللغوي لكلمة الظروف:

الظروف جمع ظرف وهي بالفتح الوعاء .(1)

ووعاء كل شيء أي ما يقع فيه الشيء ويحويه زمانا ومكانا وعليه فظرف الزمان هو

(1): الشويري اللبناني طاهر خير الله، المع، الشراحة في اللغة والمعاجم، ط(2),بيروت، مكتبة لبنان 1995،ص 621.

من تقع فيه الظروف الطارئة من تصريف الدهر.(1)

ثانيا: المعنى اللغوي لكلمة طارئة:

الطارئة مفردها طارئ وهي أحداث غير متوقعة وتحدث فجأة هذا ويكون معنى الظروف الطارئة هي جمع الأحوال الغريبة التي تحدث فجأة ولا يعرف أين أتت.(2)

2-التعريف الفقهي:

لتعريف نظرية الظروف، التي تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين إرهاقا يهدده بخسارة فادحة مع إمكان التنفيذ رغم الإرهاق على أن لا تكون نتيجة الحادث إنقضاء الإلتزام بل وجوب رده إلى الحد المعقول،(3)

كما عرف الظرف الطارئ بأنه حالة غير عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية أيضا لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترقب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون الإلتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة إن لم يصبح مستحيلا.(4)

كما عرفت الحوادث الطارئة أيضا بأنها تلك الحوادث التي لا تؤدي إلى جعل تنفيذ الإلتزام للمدين مستحيلا لأنه لو صار مستحيلا لانقضى الإلتزام وانفسخ العقد ولم يكن

---

(1): إبن منصور بن محمد مكرم, لسان العرب, ط(3), دار صادر , بيروت, 2000,ص 184.

(2): صابر محي الدين, المعجم العربي الأساسي مجموعة من كبار اللغويين.

(3): مصطفى أحمد الزرقاء, شرح القانون المدني السوري، نظرية الإلتزام العام، مطبعة جامعة دمشق، طبعة (2), 1960،ص339.

(4): عبد الحكيم فودة, أثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية, منشأة المعارف، الإسكندرية،1999،طبعة(1),ص 27.

هناك مجال لتعديله.(1)

3-التعريف القانوني:

لم يعرف القانون المدني الجزائري الظروف الطارئة، وإنما ذكرها كواقعة قانونية يمكن للقاضي بناءا عليها أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول مع مراعاة مصلحة الطرفين. حيث تنص المادة 107 من القانون المدني في فقرتها الثالثة على نظرية الظروف الطارئة:" غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها, وترتب على حدوثها أن الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين, بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف, وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين, أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

الأصل لا يجوز للقاضي تعديل العقد باعتبار أن العقد قانون المتعاقدين، فلا يملك غيرهم الحق في تعديله، إلا أن المشرع أجاز للقاضي على سبيل الإستثناء أن يحل محل إرادة المتعاقدين، لإجراء تعديل في العقد إذا ما توفرت الشروط اللازمة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.(2)

ومثال ذلك: إذا تعهد شخص بتوريد الأغذية إلى المستشفيات بسعر معين, ثم حدثت ظروف إقتصادية غير متوقعة أدت إلى إرتفاع فاحش في أسعار هذه المواد التي إلتزم بتوريدها، فإنه إذا ظل منفذا لإلتزامه بتوريد الأغذية بذات السعر المتفق عليه في العقد فإنه سيصاب بخسارة فادحة تتجاوز الحد المألوف العادي، وعلى ضوء هذا المثال يمنح

---

(1): سمير عبد السيد تناغو, ومحمد حسين منصور, القانون و الإلتزام, نظرية القانون, نظرية العقد, أحكام الإلتزام, دار المطبوعات الجامعية, الإسكندرية, 1997,ص 156.

(2): المادة107 من القانون المدني, سالف الذكر.

القانون هذا المدين الحق في أن يطلب من القضاء رد إلتزامه إلى الحد المعقول."(1) والمشرع الجزائري قد جعل قواعد هذه النظرية من النظام العام، الذي يقوم على تعادل إلتزامات المتعاقدين ومصالحهم المستمدة من العقد، إذا طرأت ظروف قد تخل بهذا التعادل وذلك حسب الفقرة الأخيرة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي...." ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".(2)

ثانيا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة تتطلب توافر مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

1- أن يكون الحادث إستثنائيا وعاما:

حتى تطبق نظرية الظروف الطارئة فإنه يجب أن تكون الظروف التي طرأت فعلا استثنائية، فلا تدخل في نطاق هذه الظروف العادية التي تحدث دائما، فمثلا الزلزال إذا وقع في منطقة إعتادت عليه فلا يعتبر إستثنائي أما إذا وقع في منطقة لا تتعرض له عادة, ففي هذه الحالة يعد حادث إستثنائي أما المقصود بالحادث العام أي لا يكون الحادث الإستثنائي خاص بالمدين وحده أي شاملا لكافة الناس لأن عدم الإعتماد بالظروف الخاصة بالمدين ضمان لعدم الغش من جانبه بادعائه خلاف الواقع.(3)

ولا يشترط فيه أن يعم البلاد بكاملها بل يكفي أن يشمل أثره عدد كبير من الناس كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم وباشتراط وصف العمومية تخرج كل الظروف الخاصة

(1): رمضان أبو سعود, مصادر الإلتزام في القانون المصري واللبناني, الطبعة الأولى, الدار الجامعية للنشر, الإسكندرية, 1990,ص 213.

(2): علي فيلالي, مرجع سابق,ص 300.

(3): رشيد دحماني, عمار زعبي، وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين، بين الظروف الطارئة ومهلة الميسرة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،العدد02, تيزي وزو, 2019,ص 125.

بالمدين من أعمال أحكام نظرية الظروف الطارئة, وهذا ما جاءت به المادة 107/3ق.م.ج. التي تنص أن" لانطباق النظرية أن يطرأ حادث إستثنائي عام".

2-ألا يكون الحادث الطارئ متوقعا وقت التعاقد:

إضافة إلى كون الحادث الطارئ إستثنائيا وعاما يجب أن لا يكون في الوسع توقعه وقت إبرام العقد، ومعيار توقع الحادث هو موضوعي لا شخصي أي أن معيار الشخص العادي هو الأساس فيما إذا كان الحادث مما يسع توقعه أو أنه وليس شخص مدين، كما أن البحث في ذلك يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض متى أقام قضائه على أسباب سائغة تكفي لحمله.(1)

فإن عدم قابلية التوقع لا تعني أن الحادث لم يسبق له الوقوع، فالحروب وصدور قوانين جديدة لها أمور وقعت ومحتمل وقوعها وهذا ليس معناه أنه يجب توقعها.(2)

إذن مفهوم عدم التوقع بالنسبة للظرف أو الحادث الذي إعترض التنفيذ هو مفهوم نسبي فلا توجد حالة عدم توقع مطلقة لأنها فكرة لا تقدر بذاتها وإنما بعلاقتها بالظروف الأخرى المحيطة بالعقد.(3)

---

(1): نبيل إبراهيم سعد, النظرية العامة للإلتزام, دار الجامعة الجديدة,د ط، د ت،ص 291.

(2):يوسف بوشاشي, نظرية الظروف الطارئة بين إستقرار المعاملات و إحترام التوقعات, حوليات جامعة الجزائر 1, المجلد31, العدد1, 2017,ص 119.

(3): خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الإقتصادي للعقد،(دراسة تحليلية في ضوء المعاملات المدنية الإماراتي), أطروحة ماجستير في القانون الخاص, كلية القانون, جامعة الإمارات العربية المتحدة, أكتوبر 2017,ص 81.

3- أن يصبح تنفيذ الإلتزام التعاقدي مرهقا للمدين وليس مستحيلا:

إن الإلتزام المرهق هو ذلك الإلتزام الذي يمكن تنفيذه إلا أنه ينجم عنه خسائر كبيرة.(1) والإرهاق هو الذي ينقل نظرية الظروف الطارئة من الميدان النظري إلى ميدان التطبيق العملي، وهو أول ما يهتم به القاضي بدراسته والتحقق من توفره.(2)

لأنه مهما تبلغ درجة خطورة الحوادث الإستثنائية وعدم توقعها، إلا أنها تكون عديمة الأثر على العقد إذا لم تحدث إرهاق في تنفيذ أحد الإلتزامات الناشئة عن العقد.(3)و معنى ذلك أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل الإلتزام مرهقا للمدين, دون أن يصل الأمر إلى حد إستحالة تنفيذه, وفي هذا يختلف الظرف الطارئ من القوة القاهرة لأنه إذا كان الجامع بينهما صفة المفاجأة، إلا أن الفرق بينهما هو أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا، وهذه الإستحالة تؤدي إلى إنقضاء الإلتزام.(4)

4-أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ:

ومعنى ذلك أن يكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين إبرام العقد وتنفيذه، على أن العقد إذا كان غير متراخ وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الإستثنائية عقب صدوره

---

(1): خالد السيد أحمد عبد المجيد موسى, مصادر الإلتزام في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، النظرية العامة للإلتزامات، المصادر الإرادية والغير الإرادية- العقد- الإرادة المنفردة - العمل الغير المشروع- الفعل النافع- القانون, دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع, الطبعة الأولى, المملكة العربية السعودية, 2017،ص 154.

(2): هبة محمد محمود الديب, أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية, دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني, رسالة ماجستير في القانون الخاص, كلية الحقوق, جامعة الأزهار, غزة, فلسطين, 2012,ص46.

(3): زمام جمعة, العدالة العقدية في القانون الجزائري, أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق, جامعة الجزائر1, 2013/ 2014,ص 397.

(4): بالحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون،ط3، 2004،ص257.

مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادرا فلا يوجد ما يمنع هذه النظرية.(1)

جاءت المادة 95 من ق.م.ج.(2) بأنه يستثني من هذه النظرية العقود التي تكون محل إلتزامها، فالوفاء في هذا النوع من العقود يكون بالتزام المدين إلا بمقدار عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع هذه العقود ولانخفاضها أي أثر.

فلا تطبق هذه النظرية إذا تراخى تنفيذ الإلتزام بخطأ من المدين، إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصير تسبب فيه، أو تماطل المدين في التنفيذ إلى أن إنتهت المدة المتفق عليها، ولا يمكنه بالتالي المطالبة بتعديل العقد(3).

الفرع الثاني: أليات سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة:

أولا: ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة:

تخضع سلطة القاضي الممنوحة له في تعديل العقد في ظل الظروف لمجموعة من المعايير والضوابط التي يجب عليه مراعاتها أثناء ممارسته سلطة التعديل وتتمثل في ما يلي:

1- مراعاة الظروف المحيطة بالقضية:

إن عبارة" تبعا للظروف....." الواردة في نص المادة 107 الفقرة الثالثة لم توجد عبثا, بل قصد منها المشرع تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدوده المعقولة وما تكون

---

(1): عبد الرزاق السنهوري, مرجع سابق,ص206 /260.

(2): حيث جاء في المادة 95 ق.م ما يلي: " إذا كان محل الإلتزام نقودا, إلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير."

(3): أنور سلطان, المبادئ القانونية العامة, النظرية العامة للإلتزام, دار الجامعة الجديدة للنشر, كلية الحقوق, جامعة الإسكندرية, مصر, 2005,ص246.

عليه ظروف القضية. وذلك بتوجيهه للإعتداد بالظروف المحيطة بالتعاقد من أجل أن يحسن إختيار الوسيلة الملائمة لإزالة الإرهاق.(1)

يقصد بمراعاة القاضي لظروف المحيطة بالقضية أن لا ينظر القاضي إلى الإلتزام المرهق مجردا، وإنما يراعي الظروف المحيطة بالجو العام التي تنفذ فيها الإلتزامات التعاقدية والبحث في مدى أثرها على إلتزام المتعاقدين فيما إذا كانت ذات تأثير مستمر أو مؤقت إذا كان المدين مخطئ أو مقصر، بحيث يتماشى القاضي مع الظروف المحيطة بنوع من المرونة وذلك من أجل الوصول إلى الحل المناسب.(2)

وبالتالي يمكن للقاضي حسب الظروف المحيطة أن يقرر بعدم تعديل العقد والبقاء عليه كون الحادث الذي طرأ كان بخطأ من المدين أو بتقصيره، أو قد يرى بتأجيل الإلتزام مؤقتا، في حال وجد أن الحادثة الإستثنائية وقتية يقرر زوالها في وقت قصير.

ومثال ذلك: إرتفاع فاحش في سعر سلعة معينة يتبين أنه إرتفاع مؤقت أجرته السلطات لتحقيق التوازن الإقتصادي وينتهي هذا الإرتفاع بمجرد تحقيق هذا التوازن.

إن الغاية من إشتراط هذا الضابط هو إهتداء القاضي للحل الصائب بأن يتدخل في العقد بالحل الأمثل حيث أنها لا تعتبر قيدا على القاضي لأن هذا الآخير من خلالها يستطيع الحركة بشكل يوسع من سلطته التقديرية مما يمكنه من أداء مهمته على أكمل وجه على الوجه الحسن.(3).

---

(1): بولحية جميلة، المرجع السابق،ص 138، خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر1،بن يوسف بن خدة، العدد05، 2016،ص 105.

(2): عزت صلاح عبد العزيز محمد، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية، دراسة مقارنة، بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،مصر، 201أ،ص 275.

(3): صوريا غربي، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني بسبب الظروف الطارئة في مرحلة التنفيذ، مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية،مجلد4، العدد3، 2021،ص392.

2- الموازنة بين مصلحة الطرفين:

يعد ضابط الموازنة بين مصلحة الطرفين من الضوابط القانونية التي يجب أن يلتزم بها القاضي أثناء رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول لأن نظرية الظروف الطارئة لا تهدف إلى رفع الإرهاق كليا عن المدين،و يقصد بالموازنة بين مصلحة طرفي العقد، إجراء القاضي مقارنة بين مصلحة كل من المتعاقدين وما تنتج عنه هذه المقارنة يقع إختيار الحل الأنسب فمصلحة المدين تقتضي الأخذ بيده نتيجة الأضرار التي لحقت به من جراء الظروف التي طرأت على العقد، وأما مصلحة الدائن تقتضي في تنفيذ إلتزامه في الموعد المحدد وفق ما تم الإتفاق عليه, خاصة ما تبين له علامات الربح الوفير المتمثل في فارق الأسعار, والذي يمثل بالضبط لدى المدين خسارة فادحة .(1)

قيام القاضي بالموازنة ليست مسألة هينة فهي أمر نسبي يختلف من حالة إلى أخرى بحيث لابد أن ينظر إليها بنظرة موضوعية تتجرد من تأثيره بالحالة الشخصية للدائن أو المدين.(2)

فالقاضي أمام تعارض وتضارب مصالح المتعاقدين عليهم مراعاة مصلحة الطرفين والموازنة بينهما في خضم الظروف الإستثنائية الجديدة بالنظر إلى الظروف السابقة التي نشأ فيها العقد.(3).

3- ضابط رد الإلتزام إلى الحد المعقول:

هو ضابط نص عليه المشرع الجزائري بدوره في الفقرة الثالثة من نص المادة 170 ق.م.ج." ويجوز للقاضي أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول....."

---

(1): درش خليل، سلطة القاضي في نص المادة 107 الفقره03 من القانون المدني وتطبيقاتها القضائية، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة إبن باديس، المجلد6، العدد02، مستغانم، الجزائر، مارس 2019،ص262.

(2): عزت صلاح عبد العزيز، المرجع السابق،ص277،ص278.

(3): جلال علي العدوي, أصول الإلتزامات (مصادر الإلتزامات) منشأة المعارف, الإسكندرية,ط،1997،ص 245.

ويقصد برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول أن يشرك القاضي طرفا العقد معا في الخسارة التي لحقت بالمدين بسبب الظرف الطارئ، وهذا لا يعني بالضرورة إعادة التناسب الذي كان موجودا حين التعاقب ولإزالة الإرهاق كله، بل المقصود هو إزالة الإرهاق.(1)

في الجزء الغير العادي منه، حتى ولو ظل المدين محملا بقدر من الخسائر المعقولة لا الفادحة وللقاضي سلطة واسعة في تقديره والحد المعقول هو الذي يحقه العدل، ولا يتعارض مع العقد والمنطق، فبقدر الغنم يكون العزم وبقدر الكسب تكون الخسارة، وبالتالي يجب أن يشترك طرف العقد الدائن والمدين معا في الخسارة التي سببتها الظروف الغير المتوقعة(2)، فقد يقضي القاضي بإنقاص الإلتزامات التعاقدية والزيادة في الإلتزامات المتقابلة, أو وقف تنفيذ العقد, إضافة لذلك فهناك من يأخذ بالفسخ، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص عليه في التقنين المدني الجزائري.

ثانيا: أليات تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة:

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن القاضي بعد تحققه من توافر الشروط النظرية للظروف الطارئة فإنه يجوز له مراجعة العقد بأن يستخدم سلطته التقديرية في إختيار الوسيلة الملائمة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك بعد أن يراعي الظروف المحيطة بالقضية ومصلحة الطرفين، نص على ذلك المشرع في المادة 107/3 من القانون المدني التي نص فيها على أنه:"..جاز للقاضي تبعا لظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.."

(1): عزت صلاح عبد العزيز، مرجع سابق،ص116.

(2):مرام سعيد راضي الخاروف، تدخل القاضي في العقود المدنية ضمن التشريعات الفلسطينية(دراسة مقارنة), أطروحة إستكمال المتطلبات للحصول على درجة الماجستير, كلية الدراسات العليا, جامعة النجاح الوطنية, نابلس, فلسطين, 2020,ص67 .

فمصطلح" يرد" أعطى القاضي سلطة تقديرية واسعة ووسائل قانونية أكثر ملائمة لطبيعة القضايا المطروحة أمامه, وهذا يمثل ضمانة كبيرة لتحقيق العدالة وتتفق مع الأساس الذي تقوم عليه النظرية(1)،ومن بين الوسائل المتاحة للقاضي في سبيل إعادة التوازن العقدي, هي إما أن ينقص في الإلتزام المرهق أو زيادة الإلتزام المقابل أو يوقف تنفيذ العقد لحين زوال الظرف الطارئ.

1-سلطة القاضي في إنقاص الإلتزام المرهق:

يعد الإنقاص من مقدار الإلتزام المرهق هو الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين، فقد يرى القاضي أن رفع الإلتزام المرهق عن كاهل المدين يكون بإنقاص الإلتزام المرهق سواء كان العقد ملزما لجانب واحد أو ملزم لجانبين ، ولا يكون المدين ملزما إلا بالإلتزام الذي حدده القاضي(2).

والغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليص من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين دون المساس بالخسارة المألوفة، أي يستبقي القاضي الخسارة المألوفة مع توزيع مقدار الخسارة الفادحة على المتعاقدين(3)، ويكون ذلك بإنقاص حجم إلتزام المدين المرهق إلى الحد المعقول إما بإنقاصه من ناحية الكم أو من ناحية الكيف.

---

(1): لقد وقع المشرع الجزائري في نوع من التناقض بين مصطلحات المادة 3/ 107 من القانون المدني في الصياغة العربية والفرنسية ، حيث إستعمل في الأولى مصطلح" يرد" أما في الثانية إستعمل مصطلح" Réduire" والتي تعني" إنقاص"، فكلمة إنقاص تحد من سلطة القاضي في تعديل العقد لكونها حصرت تدخل أو رد الإلتزام المرهق في الإنقاص، وبالتالي إذا أخذ بمعنى الإنقاص فقط فإنه لا يكون الوسيلة المناسبة لإعادة التوازن إلى العقد المختل أما كلمة يرد فتمثل ضمانة كبيرة لتحقيق العدالة إذ تنسجم تماما مع ما هو مقصود من نظرية الظروف الطارئة". عبد الحميد شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 1997،ص62.

(2): عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية، ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، دار الفكر، بيروت،لبنان،1971،ص167.

(3): خليل أحمد حسن قدادة، المجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق،ص 113.

أ- إنقاص الإلتزام من حيث الكم:

قد يرى القاضي أن الوسيلة التي تعيد التوازن للعقد تشمل في إنقاص الإلتزام من ناحية الكم ومثال ذلك: أن تتعهد شركة السكر بتزويد كمية منه لمصنع الحلوى، ولحدوث ظروف طارئة يكون تزويد هذه الكمية مرهقا، فينقص القاضي من هذه الكمية بالمقدار الذي يرد الإلتزام للشركة إلى الحد المعقول، وفي هذه الحالة تلتزم الشركة بتزويد الكمية التي حددها القاضي فقط.(1)

ب- إنقاص الإلتزام المرهق من حيث الكيف:

قد يقوم القاضي بإنقاص إلتزام المدين المرهق من ناحية الكيف، ومن أمثلة ذلك: أن يتعهد شخص بتزويد كميات محددة من سلعة معينة بمواصفات متفق عليها، ثم تطرأ حوادث إستثنائية تجعل الحصول على تلك السلعة أمر غير ممكن للمتعهد إما بسبب غلاء سعرها، أو بسبب فقدانها فيصبح الإلتزام مرهقا للمدين- المتعهد- فيجوز للقاضي تعديل الإلتزام وذلك بالترخيص له بالوفاء بنفس الكمية المتفق عليها ولكن من سلعة أقل جودة منها يكون من الميسور الحصول عليها دون إرهاق.(2)

2- سلطة القاضي في زيادة الإلتزام المقابل:

قد يرى القاضي أن الإنقاص لا يرفع الإرهاق ولا يرده إلى الحد المعقول فيلجأ إلى تعديل العقد بوسيلة أخرى هي زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق بما يخفف من الخسارة التي يتعرض لها المدين دون أن يزيلها تماما.

---

(1): محمد صبري السعدي, الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق،ص 309.

(2): هزرشي عبد الرحمن, أثر العذر والحوائج على الإلتزامات العقدية في الفقه الإسلامي، مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية: تخصص قانون وشريعة, كلية العلوم الإسلامية بالخروبة ,الجزائر, 2005/ 2006,ص 85.

ومثال التعديل بالزيادة، إذا تعهد شخص بتزويد قمح بسعر معين، ثم إرتفع السعر بسبب حادث طارئ. ففي هذه الحالة يرفع القاضي السعر المتفق عليه في العقد، ويراعي في ذلك عدم الإعتداد بالزيادة المألوفة، أي أنه يرفع الأسعار في الحدود التي لا تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا بالنسبة للمدين،والقاضي عندما يرفع السعر، لا يفرض على الطرف الآخر الشراء بالسعر الذي حدده بل يكون له الخيار بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد، فإذا إختار الفسخ كان ذلك محققا لمصلحة المدين، إذ يزول عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ.(1)

فيلاحظ أن المشرع قد أورد نصا خاصا بتعديل العقد بالزيادة كحل إستثنائي وذلك بمجرد حديثه عن تعديل عقد المقاولة بزيادة أجرة المقاول بنصه في المادة561 الفقرة الثالثة من القانون المدني على أنه " إذا إنهار التوازن الإقتصادي بين إلتزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتراعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".(2)

3- سلطة القاضي في وقف تنفيذ الإلتزام:

إضافة إلى سلطة القاضي في تعديل العقد بالإنقاص في الإلتزام المرهق أو بالزيادة في الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق، فإنه قد يرى أيضا الوسيلة الأفضل لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول أن يقوم بوقف تنفيذ الإلتزام إلى حين زوال أثر الظرف الطارئ.(3)

---

(1): حدي لالة أحمد ,سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي وتطوير العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بالقايد، تلمسان، 2013/2012،ص 137.

(2): المادة 561 الفقرة الثالثة، من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

(3): بولحية جميلة, مرجع سابق,ص 137.

فقد يلجأ القاضي إلى مكنة وقف تنفيذ الإلتزام إذا إرتأى أن أثار الحادث الإستثنائي وقتية يقدر لها الزوال بعد فترة وجيزة، وأن الأمر لا يستدعي تعديلا وإنما تأجيلا في التنفيذ، فيقضي بوقف تنفيذ العقد فترة من الزمن حتى يزول أثر الظرف الطارئ، وكل ذلك شريطة عدم الإضرار بالدائن.(1)

ومثال ذلك:

أن يتعاهد مقاول بإقامة مبنى في وقت محدد، وترتفع أسعار مواد البناء إرتفاعا باهضا بسبب حادث طارئ، فإذا قدر القاضي أن هذا الإرتفاع زائل في وقت قصير لقرب السماح باستيراد المواد اللازمة مثلا، فيقضي بوقف تنفيذ إلتزام المقاول في الموعد المتفق عليه حتى يتيسر للمقاول تنفيذ إلتزامه دون إرهاق، ويشترط أن لا يترتب على وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى كتفويت فرصة بيع أو إيجار المبنى.(2)

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري, مرجع سابق,ص 646, نبيل إبراهيم سعد, مرجع سابق,ص 294.

(2): فؤاد محمود معوض, دور القاضي في تعديل العقد- دراسة تحليلية تأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي, دار الجامعة الجديدة للنشر, الإسكندرية, مصر, 2004,ص 234،محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقانون الإداري، -دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية- دار اليازوري, عمان, الأردن, 2014،ص 107.

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

إلى جانب السلطة المخولة للقاضي في تعديل بنود العقد خلال مرحلة تنفيذه نتيجة لظروف طارئة تهدد التوازن المالي للعقد، منح المشرع للقاضي أداة قانونية أخرى تمكنه من تحقيق العدالة والإنصاف، وتتمثل في نظرة الميسرة أو ما يعرف بـ الأجل القضائي، فالأصل في تنفيذ الالتزامات، أن يفي المدين بما تعهد به عند حلول أجل الوفاء، ويجبر قانونا على ذلك، حتى وإن كان في وضع مالي مريح، غير أن هذا الأصل ليس مطلقا، إذ يمكن الخروج عنه متى ثبت إعسار المدين، حيث يحق للقاضي –كاستثناء – أن يمنحه مهلة إضافية ومعقولة للوفاء، مراعاً لظروفه القاهرة، وهو ما يشكل تجسيدا لفكرة "نظرة الميسرة".

ويستمد هذا المفهوم جذوره من الشريعة الإسلامية، حيث ورد في قوله تعالى:

"وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة، وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون" (البقرة: 280)، وهو توجيه رباني يؤسس لمبدأ التراحم في المعاملات المالية، ويكرس فكر التوازن بين صرامة الالتزام ومرونة الواقع.

وتعد نظرة الميسرة أحد أنواع الآجال من حيث مصدرها، إلى جانب الأجل الاتفاقي الذي يتفق عليه الأطراف، والأجل القانوني الذي ينص عليه المشرّع صراحة.

وبناء على ما سبق، سنعالج في الفرع الأول الشروط القانونية التي تتيح للقاضي التدخل لمنح الأجل القضائي، وفي الفرع الثاني إجراءات منح الأجل القضائي.

الفرع الأول: شروط تدخل القاضي لمنح الاجل القضائي.

يتعين على القاضي، قبل أن يمنح الأجل القضائي المعروف بـ "نظرة الميسرة"، أن يتحقق من توفر جملة من الشروط القانونية والموضوعية، تعد أساسية لضمان مشروعية هذا التدخل القضائي الاستثنائي، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا-عدم وجود مانع قانوني لمنح الأجل القضائي:

إن المشرع هو الحكم في تحقيق العدالة بين الدائن والمدين، وقد يرى أن العدالة يتم تكريسها في الحالات التي يوجد فيها نص صريح يمنع القاضي من منح الأجل القضائي ومن هذه الحالات على سبيل المثال: نص المادة 120 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها:" يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين" فوفقا لنص هذه المادة فيستبعد، يمنع القاضي من منح الميسرة (الاجل القضائي)في حالة الفسخ الاتفاقي[1] والمادة 392 ق.م.ج التي تنص على أنه:" في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع ودون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حمول الاجل، وهذا ما لم يوجد اتفاق على خالف ذلك". هنا نص القانون صراحة على فسخ البيع لصالح البائع عند إخلال المشتري بدفع الثمن عند الأجل المتفق عليه، وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يمنح نظرة الميسرة.[2]

[1]- المادة 120من القانون المدني، سالف الذكر.

[2]- المادة 392 من القانون المدني، نفسه.

وكذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 464 فقرة 2 من القانون التجاري لا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و438 من هذا القانون.[1]

ثانيا-أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك، بأن كان في عسر مؤقت ينتظر زواله:

يتبين من استعمال المشرع عبارة "حسب الظروف" في المادة 2/119 من القانون المدني وعبارة نظرا لمركز المدين " ومراعاة للحالة الاقتصادية" في المادة 2/281 من نفس القانون أما حالة المدين تستشف من ظرفه الاقتصادية ومركزه وبالتالي هي من الظروف التي تستدعي منح أجل قضائي للمدين حتى يتمكن من تنفيذ التزامه ويجب أن يكون:

1-حسن النية:

فمبدأ حسن النية من المبادئ العامة التي تحكم تنفيذ العقد، وقد أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 107 ق.م حيث تنص الفقرة الأولى منها على أنو:" تقييد العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية" والنية الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد ما لم يثبت من لو مصلحة عكس ذلك[2] فإذا ما ثبت أن المدين سيء النية وتعمد عدم التنفيذ، فإنه لا يستفيد من هذه المهلة.

[1]- المادة 2/464 من الأمر 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-09 المؤرخ في 04 شوال عام 1443 الموافق ل 5 ماي سنة 2022.

[2]- طرطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، جامعة البويرة، العدد 5، الجزائر، 2014، ص129.

2-أن يكون عاثر الحظ:

لا متعمدا عدم الوفاء ولا مقصرا فيه، تمر بو أزمة طارئة مؤقتة منعته من التنفيذ يمكن أن يتجاوزها بإعطائه أو منحه الأجل، كما يمكن في هذه الحالة أن يقوم القاضي بمراجعة العقد بتطبيقه لأحكام نظرية الظروف الطارئة إذا ما توفرت شروط هذه الأخيرة، قام بتأخير أجل الوفاء عن الأجل المحدد في العقد، فإنه يكون في هذا الحال قد طبق أحكام نظرة الميسرة، أو بالتالي يعد تطبيق نظرية الظروف الطارئة أحد صور نظرة الميسرة.[1]

3-ألا يكون المدين معسرا:

ويقصد بالإعسار تلك الحالة القانونية التي تنشأ من زيادة المدين المستحقة الأداء على حقوقه ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار، فلا يجوز للمدين المعسر أن يطلب إمهاله الاجل، بل يجب أن يكون لديه من المال ما يكفي للوفاء بالتزامه، سواء كان في شكل عقار أو منقول، لكن تعذر عليه بيعه، فيطلب منحه آجال للقيام بذلك أو تكون لديه أموال عند الغير مستحقة الدفع في مواعيد متعاقبة كأجر عمله، بحيث تكون تلك الاموال كفيلة بتسديد دينه ولو قسط عليه القاضي الدين.

4- يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرار جسيما:

فإذا كان في نظرة الميسرة ما يصيب الدائن بضرر جسيم، كأن يكون قد اعتمد على استيفاء الدين ليفي هو دينا عليه لا يستطيع التأخر في الوفاء بع، أو كانت نظرة الميسرة صفقة يعود فواتها عليه بضرر جسيم، فليس من العدل التخفيف على المدين

[1]- طرطاق نورية، مرجع سابق، ص121.

في مقابل الاضرار البالغ للدائن،[1] فالقاضي مجبر على منحه لنظرة الميسرة الموازنة بين مصلحة الطرفين مع تغليب مصلحة الدائن غالبا، والملاحظ على المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط، على عكس المشرع المصري الذي أورده في نص المادة 346 من قانون المدني.[2]

5-أن يكون الأجل الممنوح للمدين معقول وليس طويل:

فلا يجوز أن يمنح القاضي المدين أجل طويل يعطل فيه الدائن حقه، بل يجب أن يقاس الاجل بقدر ما هو ضروري، ليتمكن المدين من الوفاء،[3] ويجوز للقاضي أن يمنح المدين آجالا متعاقبة لا أجلا واحدا، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ في مواعيدها وفي مقاديرها قدرة المدين على الوفاء.

يشترط في الأجل الممنوح للمدين أن تكون مدته معقولة ومناسبة، إذ لا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجال طويلا يعطل فيه الدائن على حقه، بل يجب أن يقاس الاجل بقدر ما هو ضروري وكاف ليتمكن المدين من الوفاء ، بمعنى آخر على القاضي أن يمنح نظرة بقدر ما يزيل الضرر عن المدين وليس أجال طويلا يلحق بالدائن الضرر الجسيم اما اذا كان الضرر الذي سوف يتعرض له الدائن ضرر يسير مقارنة بالضرر اللاحق بالمدين فلا جناح أن يمنح المدين اجلا لقد حدد المشرع الجزائري في المادة 281 السالفة الذكر مدة الاجل القضائي بسنة واحدة لا يجوز له تجاوزها وذلك بنصه على ما يلي: "... أن يمنحوا آجال ملائمة للظروف يقدر بسنة دون أن تتجاوز مدة سنة..."، وبالتالي يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا واحدا أو

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجوب عام (الاوصاف، الحوالة، الانقضاء)، الجزء 3، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003، ص695.

[2]- محمد بوكماش، مرجع سابق، ص378.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق،696.

آجالا متعاقبة لا أجلا واحد بشرط أن لا تتجاوز هذه المواعيد أجل السنة، متى توافرت الشروط الأربعة السابق ذكرها وتحققت، جاز للقاضي أن يمنح المدين أجال لتمكينه من تنفيذ التزامه التعاقدي، وللقاضي السلطة التقديرية للقول إن كان ثمة ما يستدعي منح المدين أجال أو لا، و الرقابة عليه من المحكمة العليا في ذلك.[1]

الفرع الثاني: إجراءات منح الأجل القضائي (نظرة الميسرة):

منح الأجل القضائي هو أمر جوازي تركه المشرع الجزائري لتقدير القاضي، إذ خوله سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن، بشرط أن يعلل قراره تعليلا قانونيا سليما، غير أن هذه السلطة التقديرية لا تكون مطلقة، بل تختلف حدودها بحسب طبيعة الدعوى التي يرفعها الدائن.

فهذا الأخير يملك خيارين: إما المطالبة بتنفيذ الالتزام عن طريق دعوى التنفيذ (أولا)، أو اللجوء إلى دعوى الفسخ لإنهاء العلاقة التعاقدية (ثانيا).

وبالتالي، فإن نطاق سلطة القاضي في منح الأجل يختلف تبعا للخيار الذي ينتهجه الدائن، مما يجعل استعمال هذه السلطة مرهونا بظروف وخصوصيات كل دعوى على حدة.

أولا–سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ:

يقصد بدعوى التنفيذ تلك الدعوى التي يرفعها أحد المتعاقدين على الآخر طالبا منه تنفيذ التزامه، والأجل الممنوح في هذه الحال أساسه قواعد العدالة وذلك بالتخفيف من شدة القوة الملزمة للعقد التي تقوم على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، ومهلة التنفيذ التي يرفعها الدائن يجوز أن تتحدد خروجا عن الأصل العام في المهلة القضائية طبقا

[1]- عبيدة نجاة، مرجع سابق، ص144.

للقاعدة العامة أن لا تتحدد[1]حيث يجوز للقاضي طبقا لنص المادة 2/281 ق.م أن يتدخل بمنح المدين آجالا ملائمة لتنفيذ التزاماته عندما يطرأ خلالها حادث استثنائي يؤدي إلى جعل المدين ينفذ التزاما مرهقا، بمعنى المخالفة، فإن في حالة ما كان المدين قد ارتكب خطأ أدى إلى وقوع ظرف طارئ حال دون تنفيذ التزامه ففي هذه الحالة من الغير المتوقع أن يستفيد بأجل بسبب تقصيره[2].

ومن خلال هذه الدعوى يجوز لمقاضي أن يمنح للمدين أجال واحدا أو عدة أجال متعاقبة كأن يتم دفع الدين على أقساط كلما استدعت حالته ذلك، على أن يراعي في مواعيدها قدرة المدين على الوفاء، مع الاخذ بعين الاعتبار مجموعة من الشروط القانونية، ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف ذلك لأنه من النظام العام.[3]

كما أن هناك عقود تقتضي طبيعتها عدم منح نظرة الميسرة، مثل في عقد الوديعة، لأنه إذا طلب المودع من المودع لديه محل الوديعة، تعين عليه الاستجابة لهذا الطلب، وإذا تقاعس عن التنفيذ ولجأ الدائن إلى الفسخ بعد إعذاره، فلا يجوز منح المدين أجالا للتسليم لتعارض ذلك مع مصلحة الدائن.[4]

ثانيا–سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ:

نجد نطاق الفسخ في العقود الملزمة لجانبين فإذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد،[5] والأصل في الفسخ أن يكون قضائيا ما لم تتوافر حالة من حالات التي يفسخ فيها العقد من تلقاء نفسه، وللقاضي

[1]– طرطاق نورية، مرجع سابق، ص131.

[2]– بوكماش محمد، مرجع سابق، ص382.

[3]–لا عبيدة نجاة، مرجع سابق، ص146.

[4]- مرجع نفسه، ص146.

[5]– طرطاق نورية، مرجع سابق، ص 22.

السلطة الواسعة في منح المدين أجل لتنفيذ التزاماته بعد مراعاة ظروفه. ولرفع دعوى الفسخ يجب أن تتوفر مجموعة من شروط هي:

1-أن يكون العقد محل الفسخ ملزما لجانبين؛

2-أن يطلب الدائن بالفسخ وأن يكون قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد؛

3-عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه؛

4-أن يسبق طلب الفسخ إعذار المدين.

وعند توفر هذه الشروط تقام دعوى الفسخ، هنا تثبت السلطة التقديرية للقاضي بموجب السلطة المخولة له قانونا، والتي نصت عليها المادة 119 الفقرة الثانية التي تنص على: "ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجالا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"، معنى هذا أن القاضي لو السلطة التقديرية في تقرير ما يراه مناسبا وفي ضوء ملابسات القضية ومصلحة الاطراف أن يقضي بفسخ العقد أو أن يمنح المدين أجال لتنفيذ التزامه،[1] وبالتالي فإن منح المدين مهلة أثناء نظر دعوى الفسخ جوازي للقاضي وليس حقا للمدين.[2]

[1]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص461.

[2]- عبيدة نجاة، مرجع سابق، ص147.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

أصبحت الشرط الجزائي أو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي من العناصر الأساسية التي لا تكاد تخلو منها العقود في الحياة المعاصرة، إذ بات يعبر عن إرادة الأطراف في تنظيم آثار الإخلال بالالتزامات التعاقدية مسبقا.

ويجسد هذا الشرط مظهرا من مظاهر حرية التعاقد التي كرستها التشريعات المدنية الحديثة، حيث يضمن للطرف المتضرر تعويضا محددا مسبقا في حال وقوع إخلال يفضي إلى ضرر، متى توافرت شروط الاستحقاق.

غير أن التعويض المتفق عليه قد لا يكون دائما معبرا بدقة عن حجم الضرر الحقيقي، مما يفتح المجال أمام تدخل القاضي قصد تعديل هذا التقدير، حفاظا على التوازن العقدي ومنعا لأي تعسف.

وانطلاقا من ذلك، سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الشرط الجزائي (المطلب الأول)، ثم إلى سلطة القاضي في تعديله (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي.

يعد الشرط الجزائي آلية تعاقدية استحدثتها طبيعة التعاملات المعاصرة، نتيجة لما تفرضه السرعة والتعقيد في المعاملات من ضرورة تنظيم آثار الإخلال بالالتزامات بشكل مسبق. فهو يمثل تقديرا اتفاقيا للتعويض يُتفق عليه عند إبرام العقد، تحسبا لعدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه أو تأخره في الوفاء به.

غير أن هذا التقدير المسبق لا يكون دائما منصفا، فقد يبالغ في قيمة التعويض بشكل يحمل المدين أعباء لا مبرر لها، أو يكون ضئيلا إلى درجة لا تغطي الضرر الفعلي اللاحق بالدائن. في مثل هذه الحالات، يظهر دور القاضي كحام للتوازن العقدي

ومحقق للعدالة، حيث يخوله القانون سلطة تعديل قيمة الشرط الجزائي، إما بالتقليل منه أو في حالات نادرة، برفضه كلياً، إذا تبين أن فيه إجحافا صارخا بأحد الطرفين.

لكن قبل مباشرة هذا التعديل، يتعين على القاضي أن يتحقق من توفر شروط استحقاق هذا التعويض، وأن يقدر مدى تعارضه مع مبادئ العدالة والإنصاف. ومن هنا تبرز أهمية معالجة هذا الموضوع من خلال تحديد مفهوم الشرط الجزائي وخصائصه (الفرع الأول)، ثم بيان شروط استحقاقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد مفهوم الشرط الجزائي وخصائصه

من بين أهم الحالات التي يجيز فيها القانون للقاضي التدخل لتعديل العقد دون الحاجة إلى رضا الأطراف، كاستثناء على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، تلك المتعلقة بالشرط الجزائي، حيث يمكن للقاضي إعادة النظر في مقدار هذا الشرط، سواء بتخفيضه إذا كان مبالغا فيه، أو بزيادته إذا كان مجحفا. وقد كرس المشرّع الجزائري هذا المبدأ في المادة 183 من القانون المدني، التي جاء فيها: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد من 176 إلى 181.

وانطلاقا من هذا الإطار القانوني، تقتضي الدراسة أولا الوقوف على المفهوم الدقيق للشرط الجزائي، قبل الانتقال في مرحلة ثانية إلى إبراز أهم خصائصه ومميزاته.

أولا–تعريف الشرط الجزائي: لابد من البحث عن التعريف التشريعي للشرط الجزائي (أولا) والتعريف الفقهي (ثانيا).

1- التعريف التشريعي:

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا صريحا للشرط الجزائي تاركا ذلك للفقه القانوني واكتفى بتأكيد مشروعيته في المادة 183 ق.م التي تنص على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181."وقام بتنظيم أحكامه في المواد 184 ،185 ،186، 187 ق.م.ج مسايرا في ذلك معظم التشريعات مثل التشريع المصري.[1]

في حين عرفه المشرع الفرنسي وذلك في المادتين 1226 و1229 ق.م.ف حيث تنص المادة 1226 على: "الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يعهد أحد الأشخاص ضحايا لتنفيذ إتفاق بتقديم شيء في حالة عدم تنفيذه".

عرفته المادة 1229 بأنه: "تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي ولا يمكنه أن يطالب في نفس الوقت بالأصل والجزاء ما لم يكن الشرط مقررا لمجرد التأخير".[2]

2- التعريف الفقهي:

يعتبر الشرط الجزائي اتفاق تبعي قد يرد في ذات العقد أو في عقد لاحق يلتزم بمقتضاه المدين بدفع مبلغ من المال أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل في حالة إخلاله بالتزام ترتب في ذمته، سواء ظهر هذا الإخلال في شكل عدم تنفيذ كلي أو جزئي أو تأخر في التنفيذ تنفيذا معيبا.[3]

ثانيا-خصائص الشرط الجزائي:

---

[1]- بوداود خليفة، بوزيان السعيد، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، ص35.

[2]- بوداود خليفة، بوزيان السعيد، مرجع نفسه، ص35.

[3]- بوداود خليفة، بوزيان سعيد، مرجع سابق، ص35.

الشرط الجزائي له عدة خصائص تمييزه عن غيره من المفاهيم القانونية، وهي:

1- الشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقرير التعويض:

من الخصائص المميزة للتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، أنه ينشأ بمقتضى إتفاق الأطراف، أي أن الاتفاق الارادي للمتعاقدين هو المصدر الوحيد لهذا الشرط، ولذلك يحتاج لقيامه تدخل إرادة الدائن من جهة بتقرير التعويض الاتفاقي ضمانا لعدم تنفيذ الالتزام العقدي، وإرادة المدين من جهة أخرى، بقبوله له من خلال الالتزام به في حالة الاخلال بالالتزام الأصلي،[1] وهو شرط قد يرد في العقد الأصلي المنشأ للالتزام أو ينشأ في إتفاق الحق عن العقد على أنه يتعين الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر المعوض عنه اتفاقا طبقا للمادة 183 من القانون المدني.

يخضع الشرط الجزائي بصفته إتفاق لمبدأ سلطان الارادة وتسري عليه أحكام العقود من حيث أركانه وشروطه وآثاره سواء تم الاتفاق عليه في ذات العقد أو في إتفاق لاحق[2].

يتفرع عن هذه الخاصية أن الشرط الجزائي باعتباره تقدير اتفاقي للتعويض أو تسوية اتفاقية فإنه يحدد بصفة مسبقة وجزافية،[3] لأن المتعاقدين يقدران التعويض المستحق مقدما قبل التنفيذ وقبل وقوع الضرر، ولا يستطيعان التنبؤ بدرجة جسامته، فيكون بذلك

[1]- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013، ص149.

[2]- سليمان مرقس، في الالتزامات: أحكام الالتزام، دار الكتب القانونية شتات، الطبعة الثانية، مصر، ص187.

[3]- بورنان العيد، الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم: تخصص قانون خاص فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2020/2019، ص 34.

جزافيا ومن الطبيعي حتما أن يختلف التقدير عن مقدار الضرر الحقيقي أو الفعلي على الدائن جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه.[1]

2- الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي:

الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع لا التزام أصيل،[2] فالالتزام الأصلي هو ما التزم به المدين من عمل أو امتناع أو إعطاء، أما الشرط الجزائي فهو التزام تابع حيث لا يجوز الاتفاق عليه استقلالا لأنه لا يقوم إلا بجانب التزام أصلي، أي يتبعه وجودا وعدما سواء اتفق عليه أثناء التعاقد أو لاحقا،[3] ويترتب على هذه الصفة الجوهرية والأساسية:

- أن بطلان الالتزام الأصلي يؤدي لا محالة إلى بطلان الالتزام التبعي باعتباره جزء لا يتجزأ من العقد الأصلي إعمالا لفكره أن التابع يتبع الاصل، غير أن بطلان الشرط الجزائي لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي؛[4]
- إذا كان الالتزام الاصلي موصوفا كما لو إذا كان معلقا على شرط أو مضاف إلى أجل، فإن هذه الاوصاف تلحق الشرط الجزائي بالتبعية؛[5]
- إذا سقط الالتزام الاصلي نتيجة استحالة تنفيذه، بقوة قاهرة، سقط معه الالتزام بالشرط الجزائي؛[6]

---

[1]- طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه: تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2019/2018، ص273.

[2]- SAMIR TANAGHO, op.cit, p174.

[3]- محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام: النظرية العامة لالتزامات في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009، ص 80. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، التعامل بالشرط الجزائي بين الشريعة والقانون: دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الاولى، الاسكندرية، مصر، 2013، ص802.

[4]- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا: دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر،2013، ص 224.

[5]- بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص225.

– إذا فسخ العقد، سقط الالتزام الاصلي ومعه الشرط الجزائي أيضا.

3- الشرط الجزائي إلتزام إحتياطي:

إن الشرط الجزائي ليس إلتزام بدلي[1] إلتزام تخييري[2]، بل هو وسيلة احتياطية لا يلجأ 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.[3]

الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي.

أولا–شرط الخطأ:

يعتبر الخطأ العقدي من جانب المدين والمتمثل في عدم تنفيذه لالتزامه، أو التأخر فيه، أحد أهم شروط استحقاق مبلغ الشرط الجزائي، ويقع على الدائن إثبات هذا الخطأ، فإذا كان المدين ملتزما بتحقيق نتيجة، فيكفي لإثبات الخطأ أن يقيم الدائن الدليل على عدم تحقيق هذه النتيجة، فيفترض الخطأ من جانب المدين، ويكون على هذا الأخير إذا أراد نفيا لمسؤولية عن نفسه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي. يؤثر الخطأ، كركن من أركان المسؤولية المدنية، في حجم التعويض، فإذا كان الخطأ مشتركا بين طرفي

---

[6]– محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص81.

[1]– عرفت المادة 216 من القانون المدني الالتزام البدلي بأنه: "يكون الالتزام اختياريا إذا لم يشمل محله الا شيئا واحدا، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدال منه شيئا آخر".

[2]–عرفت المادة 213 من القانون المدني الالتزام التخييري بقولها: "يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

[3] رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام: دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان،1994، ص116.

العقد، وجب توزيع المسؤولية بنسبة خطأ كل منهما، ويؤثر على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن.[1]

ثانيا-شرط الضرر:

لا يستحق الشرط الجزائي إذا لم يترتب على عدم التنفيذ أو التأخير فيه ضررا بالدائن، ذلك أن الضرر هو أساس تقدير التعويض الواجب أداءه ويخضع لتقدير القاضي، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقا ولا مجال لأعمال الشرط الجزائي. هذا ما نصت عليه صراحة المادة 184 ق.م في فقرتها الأولى بقولها لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

من خلال هذا النص يتم ملاحظة أن الضرر مفترض فلا يكلف الدائن بإثباته، وإنما على المدين أن يثبت عدم إصابة الدائن بأي ضرر حتى يتخلص من الشرط الجزائي، ومفاد ذلك أن الشرط الجزائي وإن لم يستبعد ركن الضرر إلا أنه ينقل عبئ الاثبات في خصوص هذا الركن من الدائن الى المدين خلافا للقواعد العامة.[2]

ثالثا-العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

يكفي لاستحقاق الشرط الجزائي توافر ركني الخطأ والضرر وإنما يجب أن تقوم وتتحقق العلاقة السببية بينهما، وهي امتناع المدين عن تنفيذ التزامه أو التأخير في تنفيذه هو الذي ألحق بالدائن ضرر، أي النتيجة الحتمية لإخلال المدين بالتزامه، والذي بسببه تضرر الدائن.[3]

---

[1]- بوداود خليفة وبوزيان السعيد، مرجع ، ص39 و40.

[2]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص 84-85.

[3]- رمضان أبو سعود، مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني، ط1، الدار الجامعية للنشر، الاسكندرية، 1990، ص 117.

إن العلاقة السببية مفترضة إذ لا يطلب من الدائن إثباتها، إلا أنه يقع على المدين عبء نفيها، فإذا انتفت هذه العالقة السببية بإثبات المدين للسبب الأجنبي، أو انتفت بأن الضرر كان غير مباشر أو كان غير متوقع في المسؤولية العقدية، فلا تتحقق المسؤولية، ومن ثم فلا يستحق التعويض ولا محل لأعمال الشرط الجزائي.[1]

رابعا-الإعذار:

لاستحقاق قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه، ألزم القانون الدائن بضرورة اتخاذ إجراء معين، يتمثل في إعذار المدين من أجل مطالبته بالتنفيذ العيني للإلتزام الأصلي، والإعذار في القانون المدني الجزائري شرط لا غنى عنه لاستحقاق التعويض وهو ما تقضي به المادة 179 ق.م.ج[2] وبينت المادة 180 من ق.م.ج[3] كيفية الإعذار، فالإعذار هو وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه، لأنه مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي لجعل المدين في هذا الوضع القانوني.

لم يجعل المشرع الجزائري الإعذار من النظام العام، حينما أعفى الدائن منه في حالات معينة، واجازته 180 من ق.م.ج لأطراف الاتفاق على أن يعتبر المدين معذرا بمجرد حلول الأجل، ونصه في حالات أخرى في المادة 181 من ق.م.ج يعفى بموجبها الدائن من إعذار مدين وهذه الحالات كالآتي:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو إذا صار غير مجدي بفعل المدين؛

---

[1]- محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص84.

[2]- تنص المادة 179من ق.م.ج على أنه: " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك ".

[3]- تنص المادة 180 من ق.م.ج: على أنه: " يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون كما يجوز أن يكون مترتبا على إتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي اجراء".

- إذا كان محل الالتزام تعويض ترتب عن عمل غير مشروع؛
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد تنفيذ التزامه؛
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.[1]

[1]- بوداود خليفة وبوزيان السعيد، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد مرجع سابق، ص 40-41.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي:

يعد الشرط الجزائي هو تعويض عن ضرر يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين إلتزامه أو تأخيره فيه، وأحيانا يكون الشرط الجزائي هو نفسه ضرر وليس تعويضا عن ضرر، ويكون ضررا إما على الدائن وإما على المدين, فهو ضرر على الدائن إذا كان مبلغا بسيطا لا يتناسب مع جسامة الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخيره فيه، وضرر على المدين إذا كان مبالغا بحيث تزيد قيمته عن قيمة الضرر الذي أصاب الدائن.(1)

فالأصل في التعديل، أن يتم بإرادة الطرفين، طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ولكن المشرع قد أعطى إستثناءا على هذا الأصل الحق للقاضي أن يعدل في العقد الشرط الجزائي رغما عن إرادة طرفيه، فتتمثل حكمة المشرع في تقرير هذا الإستثناء في رفع الضرر عن الناس.

وبالتالي يتعين على القاضي إذا تحققت شروط إستحقاق الشرط الجزائي وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع أن يحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، غير أنه إستثناءا من هذا الأصل أجاز المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة.

ولتبيان سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي سنتناول في هذا المطلب سلطة القاضي في زيادة وتخفيض الشرط الجزائي(الفرع الأول) وضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي(الفرع الثاني).

---

(1): وليد صلاح مرسى رمضان, القوة الملزمة للعقد والإستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, مصر, 2009،ص702.

الفرع الأول: سلطة القاضي في زيادة وتخفيض الشرط الجزائي:

يكون تدخل القاضي في مجال التعويض الإتفاقي زيادته(أولا) وتخفيضه(ثانيا).

أولا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:

تنص المادة 185، من القانون المدني على أنه:" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق, فلا يجوز للدائن أن يطلب أكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين إرتكب غشا أو خطأ جسيما".(1)

يستخلص من هذه المادة أن الأصل عدم جواز الزيادة في الشرط الجزائي إلا أنه إستثناءا أجاز المشرع للقاضي أن يزيد المبلغ المحدد في الشرط الجزائي حتى يعيد التوازن للعلاقة العقدية بشرط أن يطلب الدائن الزيادة ويثبت بأن المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيما.(2) ويمكن للقاضي أن يقدر التعويض بمبلغ يتجاوز الشرط الجزائي في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وذلك إذا تعدى الضرر الذي وقع على الدائن القيمة المتفق عليها بالتعويض بحيث لا يحق للدائن المطالبة بتعويض يزيد عن القيمة المتفق عليها، ما لم يثبت أن المدين إرتكب غشا أو خطأ جسيما.

ويجب أن يصل القاضي بتلك الزيادة إلى مقدار الضرر الحاصل فحسب وهذا والإستثناءات السابقة من النظام العام، فلا يجوز الإتفاق على مخالفتها.(3)

وعليه فحسب المادة 185من ق.م.ج فزيادة الشرط الجزائي تكون في الحالتين الآتيتين:

---

(1): المادة 185 من القانون المدني الجزائري , سالف الذكر.

(2): عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، العراق، 2012،ص 118.

(3): دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام(مصادر الإلتزام)، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004،ص19.

1- إرتكاب المدين غشا:

يتشكل الغش الذي يقوم به المدين من جزئين أساسيين، جزء مادي يظهر في السلوك السلبي الذي يتبعه المدين بعد تنفيذ إلتزامه وجزء نفسي يتمثل في نية المدين إلزامه إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر وهو الدائن في هذه الحالة، من ثم يتحتم على الدائن إثبات غش المدين، إثبات الجانب المادي للغش يعد كافيا لتوسيع نطاق صلاحيات القاضي المسؤول عن القضية، بحيث يمكنه زيادة الشرط الجزائي نظير غش المدين، هذا لأن إثبات الجانب المعنوي للغش يكون صعبا، وأحيانا يكاد يكون مستحيلا.(1)

2-إرتكاب المدين خطأ جسيما:

يعرف خطأ المدين في هذا السياق بأنه السلوك الذي يخالف التصرفات المتوقعة من شخص معقول ومسؤول في نفس الظروف، فإذا كان الإنحراف الذي يظهره المدين كبيرا وغير معتاد بحيث لا يمكن للشخص العادي أن يقدم عليه، يعتبر الخطأ جسيما، بالمقابل إذا كان الإنحراف طفيفا يصنف الخطأ على أنه بسيطا، الفارق بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط يكمن في درجة الإنحراف عن السلوك المتوقع، ويقع عبء الإثبات دائما على من إدعى ما يعني أن الدائن هو الذي يثبت إنحراف المدين وارتكابه خطأ جسيم وهذا ما تقضي به المادة 185 م.(2)

---

(1): قارص بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود و مسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2015،ص 106.

(2): تغريت رزيقة، الشرط الجزائي بين سلطان الإرادة وسلطة القاضي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، مجلد 15، العدد 1، الجزائر، 2012،ص 309.

ثانيا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

جاء في النص المادة 184 من القانون المدني ما يلي:" لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق 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 الإلتزام الأصلي قد نفذ جزء منه"

تشير هذه المادة إلى أنه يجوز للقاضي أن يقوم بتخفيض الشرط الجزائي بما يتناسب مع حجم الضرر الذي تعرض له الدائن نتيجة بالتنفيذ، كما يحق له تخفيض مبلغ التعويض في حالتين:

1- الحالة الأولى: تخفيض الشرط الجزائي بسبب التعويض المبالغ فيه:

إذا استطاع المدين إثبات أن التقدير المقدم للتعويض مبالغ فيه بشكل كبير، فإن السبب في تخفيض الشرط الجزائي يعتبر في هذه الحالة بمثابة غرامة تهديدية، وبالتالي يحق للقاضي إعادة النظر فيه (1) ، ويقصد بالمبالغة عدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ، وذلك راجع لتحديد الإفراط لإعمال معيار عدم التناسب الكبير بين قيمة الضرر اللاحق بالدائن والتعويض الإتفاقي فإذا أثبت المدين ذلك قام القاضي بخفض التعويض إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر الحاصل ولا يتوجب أن يكون متساويا له للمحافظة على الطابع الإتفاقي.(2)

---

(1): قاشي علال، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دراسة المقارنة، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي البليدة، المجلد 4، عدد 2، الجزائر، 2019،ص 2262.

(2): يوسف حسن يوسف، العقود التجارية الإلكترونية الدولية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012،ص 337.

2- الحالة الثانية: تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزائي للإلتزام الأصلي:

يقتضي العدل أن الشرط الجزائي لا يتحقق بكامله إلا إذا لم ينفذ المدين إلتزامه كاملا، وبالتالي إذا كان الشرط الجزائي مشروطا عن عدم التنفيذ، وأثبت المدين أنه نفذ الإلتزام تنفيذا جزئيا قبله الدائن، جاز للقاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من إلتزامه، ولا يكون في هذا التخفيض أي مساس بما إتفق عليه المتعاقدان بل هو إحترام لإرادتهما ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين، وينطبق هذا الحكم أيضا في حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مشروطا عن التأخر في التنفيذ، فيجوز تخفيض التعويض بالنسبة لما نفذ من الإلتزام بغير تأخير.(1)

ومن ثم ففي حالة تم تنفيذ جزء من الإلتزام فإن الأضرار المترتبة عن ذلك التنفيذ الجزئي عادة أقل من تلك التي كانت ستحدث في حالة عدم تنفيذ الإلتزام بالكامل والتي على أساسها تم تقدير التعويض.

فينبغي تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي وتخفيضه بناءا على مقدار الإلتزام الذي تم تنفيذه، فالعدالة تتطلب عدم فرض تعويض كامل إذا تم تنفيذ جزء من الإلتزام وهذا التخفيض لا يؤثر على صحة الإتفاق الأصلي ويعتبر جواز للقاضي، خاصة إذا كان المبلغ المستحق تافها، مقارنة بحجم الإلتزام الأصلي أي غير ذي فائدة للمدين. (2)

---

(1): رمضان أبو السعود، المرجع السابق،ص 119/ 120.

(2): بيطار صبرينة، تخفيض القاضي لقيمة الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي، ملتقى وطني حول سلطة القاضي في تعديل العقد، 28 و 29 أفريل 2014، المنظم من طرف مخبر القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، الجزائر،ص 32.

الفرع الثاني: ضمانات سلطة القاضي في تقدير الشرط الجزائي:

إشتملت سلطة القاضي على مجموعة من الضمانات والتي تتمثل في أن سلطة القاضي من النظام العام(أولا) وضمان عدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني(ثانيا) وخضوعه لرقابة المحكمة العليا (ثالثا).

أولا: سلطة القاضي من النظام العام:

فسلطة القاضي في التعديل تحمل صفة النظام العام, وبالتالي لا يمكن إتفاق الطرفين على إستبعادها, فإذا تم ترك سلطة التعديل بدون هذه الخاصية، فقد يتردد الطرف القوي في فرض الشروط التي تستبعد هذه السلطة على الطرف الضعيف لذلك، إذا وافق الطرف على شرط جزائي مرتفع أو منخفض بشكل كبير، فقد يكون راضيا عن إستبعاد سلطة القاضي فيما يتعلق بهذا الشرط.

ويتبين من خلال هذا أن أي إتفاق على إستبعاد سلطة القاضي يعد باطلا وعديم الأثر وهو ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في المادة 184/3:" ويكون باطلا كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".(1)

وهذا يهدف إلى حماية الحرية والمصلحة العامة وحماية الفئات الضعيفة.(2)

ثانيا: ضمان عدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني:

لم تتضمن مواد القانون المدني الجزائري ما يفيد الحكم بهذه القاعدة رغم وجاهتها

---

(1): بوكماش محمد، مرجع سابق، ص 348.

(2): عاشور فاطمة، النظام العام الحمائي ،ألية لحماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، المركز الجامعي، مرسلي عبد الله، تيبازة، العدد السابع، الجزائر، 2019،ص 18.

ولكن منطق العدل وروح القانون يدعمانها، حيث يعتبر أن المدين الذي ينفذ إلتزامه يحقق الغرض منه وإذا لم ينفذه يتحمل العقوبة المحددة، جبرا للضرر الذي تكبده الدائن، وهذا يعتبر تحقيقا للعدالة وفقا للمنطق القانوني، وبالمقارنة مع القانون الفرنسي يلاحظ وجود نص صريح يمنع الجمع بين الإلتزام العيني والشرط الجزائي.(1)

ويعتبر ذلك من المبادئ المقررة، لأنه يشكل إستخداما مضاعفا لنفس الحق فالجزاء في حالة التنفيذ يعادل الإلتزام نفسه، لذا يعتبر كل من التعويض الإتفاقي والتنفيذ العيني بمثابة بديل الإلتزام ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها" المقرر في قضاء محكمة النقض أن طلب التنفيذ العيني وطلب التنفيذ عن طريق التعويض قسمان متكافئان قدرا أو متحدان موضوعا يندرج كل منهما في الآخر ويتقاسمان معا تنفيذ الإلتزام الأصلي.(2)

ثالثا: رقابة المحكمة العليا:

تعتمد الرقابة القضائية على عدة عناصر منها ما هو واقعي ومنها ما هو قانوني.

1- العناصر الواقعية في الرقابة على الشرط الجزائي:

تكمن في تقدير الإفراط والتنفيذ الجزئي للحكم بتخفيض قيمة الشرط الجزائي في حين أن المشرع الجزائري في نص المادة 184 من ق.م.ج لم يحدد للقاضي معايير

---

(1): قارص ابو بكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق,ص 78.

(2): طارق محمد : أبو ليلى،" التعويض الإتفاقي في القانون المدني"، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح، فلسطين، 2007،ص 56

مضبوطة يتقيد بها عند تقديره للتعويض الإتفاقي مقارنة بضرر الذي لحق بالدائن غير أن القاضي لا يخضع في تقديره لرقابة محكمة النقض إلا أنه ملزم بالتسبب لأن سلطته تمارس في حدود القانون.(1)

2- العناصر القانونية في الرقابة على الشرط الجزائي:

تعتبر الرقابة على شرعية الشرط الجزائي من المسائل القانونية، حيث يعني عدم الشرعية إنتهاكا للنظام العام والآداب العامة، خاصة القواعد القانونية الآمرة.

وبالتالي تعتبر سلطة قاضي النظر في المشروعية سلطة مقيدة، يخضع قرارها لرقابة المحكمة العليا، التي تقيم مدى تطابق الشرط الجزائي المبني في العقد مع القانون، وتصدر حكما بالنقض إذا تبين عدم التطابق.

(1): قارص أبو بكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق,ص 84.

خلاصة الفصل الثاني:

في ختام هذا الفصل، يتضح لنا أن سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء مرحلة التنفيذ تمثل أداة قانونية رفيعة تهدف إلى تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة وحماية استقرار العلاقة التعاقدية، هذه الصلاحية ليست مجرد إجراء شكلي، بل هي آلية علاجية تهدف إلى تفادي الفسخ التام للعقد، وذلك من خلال التكيف مع الظروف الطارئة والمستجدة التي قد تؤثر على تنفيذ الالتزامات، أو عبر تعديل بنود الجزاء التعاقدي في حالات الإخلال.

ومع ذلك، فإن سلطة القاضي في هذا المجال ليست مطلقة أو تعسفية، بل تخضع لقيود قانونية صارمة تعكس احترام القواعد الموضوعية والإجرائية، إذ لا يمكن للقاضي أن يتجاوز حدود النصوص القانونية، كما يتعين عليه أن يوازن بين مبادئ العدالة والإنصاف، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الواقعية والاستثنائية التي ترافق تنفيذ العقد.

تشكل هذه المرونة القضائية في تعديل العقود دعامة رئيسة لاستقرار المعاملات التعاقدية، إذ تسمح بمعالجة المستجدات التي قد لا تكون متوقعة عند إبرام العقد، فتجنب الأطراف الوقوع في نزاعات طويلة ومكلفة، وتحفظ العلاقات التعاقدية من الانهيار المفاجئ.

إن تدخل القاضي لتعديل العقد يعكس دور القضاء الفاعل في صون المصالح الخاصة والعامة، وضمان استمرارية الالتزامات في ظل تقلبات الواقع الاقتصادي والاجتماعي، هذا التوازن الدقيق بين الالتزام بالنصوص القانونية والانصياع لمقتضيات العدالة الواقعية، يسهم في تحقيق الغاية الأسمى للحقوق، وهي تحقيق الأمن القانوني والعدالة التعاقدية، ويجسد روح مبدأ حسن النية في التنفيذ، مما يعزز من ثقة الأطراف في النظام القانوني ويرسخ قواعد المعاملات التعاقدية.

الخاتمة

خاتمة:

في الأصل أن المبدأ الذي تقوم عليه جل المعاملات والتصرفات القانونية هو "العقد شريعة المتعاقدين" أي أنه للأطراف المتعاقدة الإرادة الحرة في تعديل العقد ومضمونه، وبالتالي فالقاضي ضمانا لاحترام العقد من الغير الممكن أن يحل محل الأطراف في تعديله.

غير أنه من أجل تحقيق التوازن في هذا النوع من المعاملات ولاعتبارات العدالة، أجاز المشرع الجزائري للقاضي التدخل بالتعديل في العقود، وذلك في الحالات الإستثنائية التي نص عليها القانون المدني، فبعدما كان للقاضي دور سلبي في مجال المعاملات أصبح له دور إيجابي في مجالات العقد.

تتميز سلطة القاضي في تعديل العقد بأهمية كبيرة بحيث لا تقتصر على مرحلة إنشاء العقد فقط، وإنما تمتد إلى مرحلة تنفيذه، أين يبرز الدور الفعال و الإيجابي للقاضي نظرا لتعلق الأمر بالإلتزام محل العقد.

فالعقد في مرحلة تكوينه قد يشوبه خلل يستوجب تدخل القاضي لإعادة توازنه، وذلك عن طريق رفع الغبن الناتج عن الإستغلال لحماية الطرف المغبون من خلال الإنقاص من إلتزامات هذا المتعاقد أو بإبطال العقد، وكذا في عقد الإذعان الذي يكون غير متوازن من حيث الحقوق والإلتزامات فيتدخل القاضي لتعديل أو إلغاء أي شرط تعسفي لمصلحة الطرف المذعن.

كما أجاز المشرع للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد في مرحلة تنفيذه بدفع أو مواجهة الظروف الطارئة التي لم يكن توقعها في الحسبان، ويتم ذلك برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول لإزالة عبء الظرف الطارئ الذي يثقل كاهل المدين ومراعاة لمصلحته دون

الإضرار أو المساس بحق الدائن، فيجب على القاضي مراعاة مصلحة الطرفين وفقا لمقتضيات المادة 107 ق.م.ج، وكذلك لتعديل الشرط الجزائي المتفق عليه مسبقا بين طرفي العقد، إما بتخفيض الشرط أو الزيادة فيه إذا تم الغش فيه أو بسبب خطأ جسيم، وذلك في حال الاختلال بتنفيذ الإلتزامات التعاقدية أو التأخر في تنفيذها.

وفي الأخير يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل المدة المتفق عليها بين المتعاقدين لتنفيذ العقد، إما خلال منح المدين المعسر أجلا لتنفيذ إلتزاماته في حدود المدة التي نص عليها القانون في المادة 281 ق.م وهو ما يعرف بالنظرة الميسرة، ومن خلال ما سبق توصلنا إلى عدة نتائج وهيا كما يلي:

أولا- النتائج:

- تقتصر سلطة القاضي في تعديل العقد على حالات استثنائية ، وتتمثل في التدخل في العقد لإعادة التوازن بين التزامات الطرفين دون الإضرار بمصلحة أحدهما.

- خروج المشرع عن القاعدة العامة وهي أن العقد شريعة المتعاقدين بمنح هذه السلطة للقاضي.

- تبقى سلطة القاضي في تعديل العقد سلطة تقديرية للقاضي وحده أي يحكم حسب الظروف والملابسات المعروضة أمامه، إما بالإنقاص أو الزيادة دون إنهائه.

-عندما يعلم المتعاقد بأن هناك سلطة ممنوحة للقاضي في تعديل العقد وأن القوة الملزمة للعقد ليست مطلقه سواء في مرحلة الإنعقاد أو مرحلة تنفيذ العقد سيجعل منه حريصا على تفادي أي إختلال في بنود العقد في حق الطرف الآخر.

-يبرز الدور الإيجابي للقاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه أثناء حدوث ظرف طارئ من خلال التدخل برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول أو برفعه عن المدين الجدير

بالرأفة بالنظر إلى ظروفه السيئة والخاصة، وذلك بمنحه أجلا قضائيا شريطة عدم الإضرار بالدائن.

-عندما يخل أحد المتعاقدين بالإلتزام ،يجوز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الأمر ذلك، فيتدخل القاضي هنا بمنح المدين أجل حسب الظروف ،أو يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات.

-على الرغم من أن الشرط الجزائي متفق عليه مسبقا بين طرفي العقد إلا أنه عند حدوث غشا فيه أو وقوع خطأ جسيم ، وذلك في حال الإختلال أو التأخر في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، يتم تدخل القاضي إما بتخفيض الشرط أو الزيادة فيه.

ثانيا- الإقتراحات:

- تعزيز مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وضرورة تأكيد أهميته كقاعدة عامة تحكم العلاقات العقدية، وذلك من أجل ضمان احترام الإرادة الحرة للمتعاقدين وحماية استقرار المعاملات.

- تعزيز دور القضاء في حماية المصلحة المشتركة للأطراف المتعاقدة.

- إعادة النظر في أحكام القانون المدني الجزائري المتعلقة بتعديل العقد، وذلك لضمان توافقها مع التطورات الحاصلة في الفقه والقضاء، وضمان تطبيق القانون بشكل عادل.

- توسيع السلطة التقديرية للقاضي في البحث عن التفاوت الفادح وإعادة التوازن إلى العقد بما يضمن حماية طرفي العقد معا وليس حماية الطرف الضعيف وحده، إستجابة لدواعي العدل والإنصاف وكذا إستقرار العقود من منطلق أخلاقي تحقيقا للعدالة التعاقدية.

– ضرورة نشر الوعي القانوني بين المتعاقدين حول حقوقهم والتزاماتهم وخاصة فيما يتعلق بشروط تعديل العقد المدني.

– جعل سلطة القاضي في التدخل في العقد سلطة وجوبية وليست جوازية لأنه من الضرورة أن يمارس القاضي دوره الإيجابي بالتدخل من تلقاء نفسه أينما وجد نص في القانون لرفع الغبن خصوصا بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو دعوى الفسخ وذلك لضمان أكبر قدر من العدالة للطرف المتضرر.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع:

قائمة المصادر و المراجع:

- **المصادر:**

أولا:النصوص التشريعية:

1-القوانين:

- القانون 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الاولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004،الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،الجريدة الرسمية،العدد 41،الصادر في 09 جمادى الاولى 1425،الموافق ل 27 يونيو 2004،المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 اوت 2010،الجريده الرسمية،العدد 46،الصادره بتاريخ 18 اوت 2010.

2-الأوامر:

- أمر رقم 95-07 المؤرخ في 27 شعبان عام 1415 الموافق ل 25 يناير سنه 1995 المتعلق بالتامين المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/04 في 20 فيفري 2006،الجريده الرسميه،2006/15.
- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395،الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمن بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007،الجريده الرسمية،العدد 31،الصادره في 13 ماي 2007.
- أمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان1395،الموافق ل 26 سبتمبر 1975،المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-09 المؤرخ في 04 شوال عام 1443،الموافق ل 05 ماي سنه 2022.

3-المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ 10 سبتمبر 2006 ،المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر2006 ،العدد56المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 ،المؤرخ في 03 فبراير 2008 ،الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2008 ،العدد 07.

- **المراجع باللغة العربية:**

أولا: المؤلفات:

أ-الكتب المتخصصة:

1-بودالي محمد, الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني, نظرية العقد والإرادة المنفردة, الجزء02، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية، بيروت، لبنان، 1998.

2-بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري،: دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا والمانيا ومصر، دار هومة ،الطبعة الثانية،الجزائر، 2010.

3-رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة, دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

4-سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والارادة المنفردة، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية، بيروت، لبنان، 1998.

5-شيراز عزيز سليمان ،حسن النية في ابرام العقود ، دار دجلة للنشر والتوزيع،الطبعة الاولى المملكة الاردنية الهاشمية، 2008.

6-عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية، ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية،دار الفكر، بيروت،لبنان،1971.

7-عزت صلاح عبد العزيز محمد، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية، دراسة مقارنة، بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،مصر، 2013.

8-فؤاد محمود معوض, دور القاضي في تعديل العقد- دراسة تحليلية تأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي, دار الجامعة الجديدة للنشر, الإسكندرية, مصر, 2004.

9-محمد علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقانون الإداري، دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية، دار اليازوري، عمان الأردن ، 2014.

10-وليد صلاح مرسى رمضان, القوة الملزمة للعقد والإستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, مصر, 2009.

ب-الكتب العامة:

1-أحمد شوقي، عبد الرحمان، النظرية العامة الالتزام العقد والارادة المنفردة منشأة المعارف الاسكندرية، 2004.

2-أنور سلطان, المبادئ القانونية العامة, النظرية العامة للإلتزام, دار الجامعة الجديدة للنشر, كلية الحقوق, جامعة الإسكندرية, مصر, 2005

3-إلياس ناصيف,, موسوعة العقود المدنية والتجارية, الجزء الأول, أركان العقد ، البحث الأول، أحكام العقد، الطبعة الثانية، منشورات حلبي الحقوقية 1997

4-بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007

5-بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في قواعد الفقه الاسلامي والأنظمة السعودية، ط2 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، 2015.6

6_جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منظور القاضي، المجلد1 ،الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008

7-جلال علي العدوي, أصول الإلتزامات (مصادر الإلتزامات) منشأة المعارف, الإسكندرية,ط،1997

8-خالد السيد أحمد عبد المجيد موسى, مصادر الإلتزام في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، النظرية العامة للإلتزامات، المصادر الإرادية والغير الإرادية- العقد- الإرادة المنفردة – العمل الغير المشروع- الفعل النافع- القانون, دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع, الطبعة الأولى, المملكة العربية السعودية, 2017

9-خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام ، ج. 1 ، ط. 02 ، د.م.ج ، الجزائر ، 2005

10-خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري) مصادر الالتزام (، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

11- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام(مصادر الإلتزام)، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004

12-دريد محمود علي، النظرية العامة الإلتزامات مصادر الالتزام، القسم الاول، الطبعة الاولى، منشورات حلبي الحقوقية، 2012.

13-رضا عبد الحميد عبد المجيد الباري، مصادر الالتزام،)المصادر الارادية للإلتزام العقد والارادة المتعددة(، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

14-رمضان أبو سعود, مصادر الإلتزام في القانون المصري واللبناني, الطبعة الأولى, الدار الجامعية للنشر, الإسكندرية, 1990

15-رمضان أبو سعود، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الطبعة الاولى، الدار الجامعية،بيروت،لبنان،1994.

16-سمير عبد السيد تناغو, ومحمد حسين منصور, القانون و الإلتزام, نظرية القانون, نظرية العقد, أحكام الإلتزام, دار المطبوعات الجامعية, الإسكندرية, 1997.

17- عبد الحكيم فودة, أثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية, منشأة المعارف، الإسكندرية،طبعة(1)،1999.

18-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول ، المجلد الاول ، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات حلبي الحقوقية، 1997.

19-عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام (الاوصاف، الحوالة، الانقضاء)،الجزء الثالث، منشأة المعارف بالاسكندرية،2003.

20-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة الجديدة دار النهضة، مصر، 2011.

21-عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: نظرية العقد والارادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الاول، مصر، 1984.

22-عبد القادر فار, مصادر الإلتزام, مصادر الحق الشخصي في القانون المدني, دار الثقافة، الطبعة الرابعة ، الأردن، 2012.

23-عبد المنعم فرج الصده،نظرية العقد في قوانين البلاد العربية(القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني) دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974.

24-عبد الناصر توفيق العطار ،مصادر الالتزام: دراسة للعقد والارادة المنفردة والعمل النافع والعمل الضار والقانون كمصادر للالتزام في القانون المدني المصري معا أحكام القضاء والإشارة إلى بعض احكام الفقه الإسلامي،دار الكتاب الحديث، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة،مصر، 1990.

25-عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، العراق، 2012.

26-علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة 3 ،موفم للنشر، الجزائر، 2013.

27-محمد حسنين, عقد البيع في القانون المدني الجزائري, الطبعة 3, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 1996.

28-محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الارادة في القانون المدني الجزائري، والفقه الإسلامي، دار الهومة، الجزائر، 2002.

29-محمد صبري السعدي, النظرية العامة للإلتزامات, القسم الأول مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري, كتاب الأول, دار الكتاب الحديث, الجزائر 2003.

30-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام إلالتزام، الطبعة الرابعة،دار الهدى ، عين مليلة-الجزائر ،2009.

31-محمد وحيد سوار, الإتجاهات العامة في القانون المدني,(دراسة مقارنة) بالفقه الإسلامي والمدونات العربية,ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان, 2001.

32-محمود جمال زكي: الوجيز في نظرية الإلتزام, الطبعة الثالثة, مطبعة جامعة الأزهر, القاهرة, 1978.

33-مصطفى أحمد الزرقاء, شرح القانون المدني السوري، نظرية الإلتزام العام، مطبعة جامعة دمشق، طبعة (2)، 1960.

34-نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007

35-ياسين محمد الجبوري، المنوط في شرح القانون المدني، ج1 ،مصادر الحقوق، مجلد 1 ،نظرية العقد، القسم 2 ،مراتب إنعقاد العقد، دار وائل، عمان، الاردن، 2002.

36-يوسف حسن يوسف، العقود التجارية الإلكترونية الدولية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ-أطروحات الدكتوراه:

1-بورنان العيد، الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي السياسية، سيدي بلعباس،الجزائر ،2019\2020.

2-بوشارب إيمان، إعادة التوازن العقدي، في عقود الاستهلاك، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2021.

3-بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، والفقه الإسلامي،بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الحاج لخضر ، باتنة، الجزائر، 2012.

4-درماش بن عزوز, التوازن العقدي, أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة أبي بكر بالقايد, تلمسان, الجزائر, 2014.

5-زمام جمعة, العدالة العقدية في القانون الجزائري, أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق, جامعة الجزائر1, 2013/ 2014.

6-طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، الطور الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، جامعة مستغانم، 2019.

7-عبد الحميد شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 1997.

8-عيساوي رجاء, سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د، تخصص قانون العقود في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، 2022.

ب-رسائل الماجيستير:

1- الحيصة علي مصبح صالح ، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط، 2011 .

2-حدي لالة أحمد ,سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي وتطوير العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بالقايد، تلمسان، 2013/2012.

3-خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الإقتصادي للعقد،(دراسة تحليلية في ضوء المعاملات المدنية الإماراتي), رسالة ماجستير في القانون الخاص, كلية القانون, جامعة الإمارات العربية المتحدة, أكتوبر 2017.

4-طارق محمد : أبو ليلى،" التعويض الإتفاقي في القانون المدني"، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح، فلسطين، 2007.

5-عبد الناصر محمد عبد العابدين،الغبن وأثره على العقد في مجلة الاحكام العدلية رسالة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الازهر، غزة ، فسلطين، 2013.

6-عبيدة نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

7-قارص بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود و مسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2015.

8-مرام سعيد راضي الخاروف، تدخل القاضي في العقود المدنية ضمن التشريعات الفلسطينية(دراسة مقارنة),رسالة إستكمال المتطلبات للحصول على درجة الماجستير, كلية الدراسات العليا, جامعة النجاح الوطنية, نابلس, فلسطين, 2020.

9-هبة محمد محمود الديب, أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية, دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني, رسالة ماجستير في القانون الخاص, كلية الحقوق, جامعة الأزهار, غزة, فلسطين, 2012.

10-هزرشي عبد الرحمن, أثر العذر والحوائج على الإلتزامات العقدية في الفقه الإسلامي، مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية: تخصص قانون وشريعة, كلية العلوم الإسلامية بالخروبة ,الجزائر, 2005/ 2006.

ج-مذكرات الماستر:

1-بوداود خليفة، بوزيان السعيد، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018.

2-صافي زينة، مقري شيمة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014.

3-معايزية سارة, لحماري وئام، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه08 ماي 1945، قالمة، الجزائر 2023/2024.

ثالثا: المقالات:

1-الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة الباحث والدراسات الاكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، باتنة، 2011.

2-بوبكر قارص، دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الاذعان ، مجلة طبنة للدراسات العلمية أكاديمية جامعة سطيف، مجلد 4 ،عدد2 ،الجزائر،2021.

3-بوكرزازة أحمد، الغبن والاستغلال وأثرهما القانوني، مجلة المعيار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1،المجلد 25 ،عدد 62 ،الجزائر، 2021.

4-بليمان يمينة، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الانسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، المجلد 30،العدد 2 ،الجزائر، ديسمبر 2019 .

5-تغريت رزيقة، الشرط الجزائي بين سلطان الإرادة وسلطة القاضي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، مجلد 15، العدد 1، الجزائر، 2012.

6-حبيبة كالم الشروط التعسفية في ظل القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، المجلد الثامن، العدد02 ،2022.

7-خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر1،بن يوسف بن خدة، العدد05، 2016.

8-درش خليل، سلطة القاضي في نص المادة 107 الفقره03 من القانون المدني وتطبيقاتها القضائية، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة إبن باديس، المجلد6، العدد02، مستغانم، الجزائر، مارس 2019.

9-ربيعة ناصيري، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري, مجلة القانون العقاري والبيئة, جامعة الطاهري محمد بشار, المجلد 9, العدد1 الجزائر, 2021.

10-رشيد دحماني, عمار زعبي، وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين، بين الظروف الطارئة ومهلة الميسرة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،العدد02, تيزي وزو, 2019.

11-صوريا غربي، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني بسبب الظروف الطارئة في مرحلة التنفيذ، مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية،مجلد4، العدد3، 2021.

12-طرطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، جامعة البويرة، العدد 05،الجزائر، 2014.

13-عاشور فاطمة، النظام العام الحمائي ،ألية لحماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، المركز الجامعي، مرسلي عبد الله، تيبازة، العدد السابع، الجزائر، 2019.

14-عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثارها على إعادة التوازن الإقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد01، العدد 38، 2015.

15-قاشي علال، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دراسة المقارنة، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي البليدة، المجلد 4، عدد 2، الجزائر، 2019.

16-كاظم خولة،محمد راضي لعموري، الايجاب في عقد الاذعان، مجلة المحقق الحلي في العلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل للعلوم القانونية، العدد الاول، السنة السادسة، 2014.

17-نور الهدى كرميش, الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الإجتماعية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، المجلد 17، العدد 01، الجزائر 2020.

18-نورة السعداني، سلطة القاضي في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، المجلد01 ،العدد 22،الجزائر، 2015.

19-يوسف بوشاشي, نظرية الظروف الطارئة بين إستقرار المعاملات و إحترام التوقعات, حوليات جامعة الجزائر 1, المجلد31, العدد1, 2017.

رابعا: الملتقيات:

1-بيطار صبرينة، تخفيض القاضي لقيمة الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي، ملتقى وطني حول سلطة القاضي في تعديل العقد، 28 و 29 أفريل 2014، المنظم من طرف مخبر القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، الجزائر.

2-مقلاتي مونة، مزياني فريدة، سلطة القاضي في تعديل القانون المدني، مداخل مقدمة ضمن فعاليات الندوة الوطنية حول دور القاضي في سد الفراغ التشريعي بين الحرية والتطبيق، 27 نوفمبر 2023، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر.

خامسا: القواميس والمعاجم:

1-ابن منصور بن محمد مكرم ، لسان العرب ،ط(3)،دار صادر،بيروت،2000.

2-ابن منظور، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1 ،الجزء 13 ،1999.

3-أحمد بن فارس ،معجم المقاييس في اللغة _باب الغبن_دار الفكر الطبيعة والنشر والتوزيع،دون طبعة ،بيروت،1994.

4-أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت،د.س.ن.

5-تحقيق عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، ب.س.ن.

6-الشويري اللبناني طاهر خير الله ، المع ، الشراحة في اللغة والمعاجم ، ط(2)،بيروت،مكتبة لبنان،1995.

7-صابر محي الدين ، المعجم العربي الأساسي، مجموعة من كبار اللغويين العرب،د.س.ن

8-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت،1986.

9-محمد بن منظور، لسان العرب،دار صادر ،بيروت،الطبعة الأولى،المجلد الثالث عشر،1990.

- **المراجع باللغة الأجنبية:**

- **Les ouvrages:**

1-LEON DUQUIT, Les transformation générales du droit privé depuis le code napoléon, 2ème édition, paris, 1920.

2-RAYMOND SALEILLES, De la déclaration de volonté, contribution à L'acte juridique dans le code civil allemand (art.116 à 144)Libraire cotillon, 1901.

3 .SAMIR TANAGHO, De l'obligation judiciaire, Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge, El wafaa bibliothèque juridique, 1ère édition, 2014.

- **Les thèse :**

1-JACQUES DOLLAT, Les contrats d'adhésion, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de L'université de paris, 1905.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
البسملة	
الشكر وعرفان	
الإهداء	
المقدمة	**1-7**
الفصل الأول: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي في مرحلة التكوين	
مقدمة الفصل الأول	**9**
المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الإستغلال	**11**
المطلب الأول: تدخل القاضي لحماية الطرف المغبون	**11**
الفرع الأول: مفهوم الغبن	11
الفرع الثاني: تدخل القاضي لرفع الغبن	16
المطلب الثاني : تدخل القاضي لحماية الطرف المستغل	**20**
الفرع الأول : مفهوم الإستغلال	20
الفرع الثاني: تدخل القاضي لرفع الاستغلال	28
المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان	**32**
المطلب الأول:شرط وجود عقد الإذعان	**33**
الفرع الأول : مفهوم عقد الإذعان	33
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان	40
المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي لحماية الطرف المذعن	**44**
الفرع الأول: الشروط القانونية لتعديل الشرط التعسفي	44
الفرع الثاني : صور تدخل القاضي في عقد الإذعان	46
خلاصة الفصل الأول	50
الفصل الثاني:سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي في مرحلة التنفيذ	
المبحث الأول:سلطة القاضي في ظل نظرية الظروف الطارئة:	**52**
المطلب الأول: ما هي نظرية الظروف الطارئة	**53**
الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة:	53
الفرع الثاني: أليات سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة:	59

المطلب الثاني:سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة (الاجل القضائي)	**67**
الفرع الأول:شروط تدخل القاضي لمنح الاجل القضائي	68
الفرع الثاني:إجراءات منح الاجل القضائي (نظرة الميسرة)	72
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي	**75**
المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي.	75
الفرع الاول : تحديد مفهوم الشرط الجزائي وخصائصه	76
الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي	**80**
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي	**84**
الفرع الأول: سلطة القاضي في زيادة وتخفيض الشرط الجزائي	85
الفرع الثاني: ضمانات سلطة القاضي في تقدير الشرط الجزائي	89
خلاصة الفصل الثاني	92
خاتمة	**94**
قائمة المصادر و المراجع	**99**
فهرس المحتويات	
الملخص	

ملخص:

لم يعد العقد مجرد التقاء إرادتين حرتين يُنظّم علاقتهما مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، بل أصبح في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة فضاءً تتقاطع فيه الاعتبارات القانونية والإنسانية، حيث برزت الحاجة إلى تدخل القاضي كضامن للتوازن وعدالة الأداء العقدي.

في هذا السياق، منَح المشرّع الجزائري القاضي صلاحيات معتبرة لإعادة رسم ملامح العقد حينما تختلّ موازينه، سواء عند ميلاده أو خلال مسار تنفيذه. ففي مرحلة التكوين، يتجسد دور القاضي في بَتر جذور الغبن والتصدي لشروط الإذعان الجائرة، تعديلًا أو إلغاءً. أما في مرحلة التنفيذ، فيُمارس سلطته من خلال تهذيب الالتزامات المرهِقة عبر نظرية الظروف الطارئة، ومنح آجال قضائية، وتعديل الشروط الجزائية المجحفة، بل وحتى فرض التزامات لم ينص عليها العقد، إن اقتضت ذلك قواعد حسن النية وحماية الثقة المشروعة.

هكذا يتحول القاضي من مجرد فمٍ ناطق بالقانون، إلى فاعلٍ يُعيد للعقد توازنه دون أن يُفقده جوهره، في مشهدٍ تتقاطع فيه سيادة الإرادة مع روح العدالة.

الكلمات المفتاحية: التوازن العقدي، العدالة التعاقدية، السلطة التقديرية، عقود الإذعان، الظروف الطارئة، حسن النية.

Résumé :

Dans un contexte juridique en constante évolution, l’équilibre contractuel ne peut plus être laissé à la seule autonomie des parties. Le juge, longtemps perçu comme un simple interprète du contrat, voit aujourd’hui son rôle évoluer vers celui d’un véritable garant de la justice contractuelle. Cette évolution, bien que dérogeant au principe traditionnel de la force obligatoire du contrat – « le contrat fait la loi des parties » – trouve sa légitimité dans la volonté du législateur algérien de préserver à la fois l’équité entre contractants et la stabilité des engagements.

Ainsi, des prérogatives claires ont été reconnues au juge à différents stades de la relation contractuelle. Lors de la formation du contrat, il peut neutraliser les déséquilibres nés de l’abus de position dominante, supprimer les clauses léonines dans les contrats d’adhésion, ou encore corriger les effets d’un consentement vicié. Lors de l’exécution, il peut adapter l’obligation devenue excessivement lourde en raison de circonstances imprévues, accorder des délais, réviser une clause pénale manifestement abusive ou imposer, au nom de la bonne foi, des obligations complémentaires.

Ce pouvoir d’intervention du juge ne constitue pas une atteinte à la liberté contractuelle, mais bien un mécanisme de régulation équilibré qui confère au contrat sa véritable fonction sociale et juridique.

Mots-clés : équilibre contractuel, justice contractuelle, autonomie de la volonté, intervention du juge, clauses abusives, imprévision, bonne foi.