وزرة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of High Education and Scientific Research
جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعريريج
University of Mohamed el Bachir el Ibrahimi-Bba
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

مذكرة مقدمة متطلبات لنيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

الموسومة بـ:

دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد

إعداد الطالب:

✓ خوالفية جمال

تحت إشراف الأستاذة

بلقسام مريم

لجنة المناقشة:

الإسم واللقب	الرتبة	الصفة
د/ صحراوي شهرزاد	أستاذ محاضر "ب"	رئيسا
أ/ بلقسام مريم	أستاذ مساعد "أ"	مشرفا ومقررا
د/رمضاني مريم	أستاذ مساعد "ب"	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

{فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ ۗ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِن قَبْلِ أَن يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ ۖ وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا}

سورة طه الأية 114

شكر وتقدير

الحمد لله ما ضاق أمر ثم هان، الحمد لله مبدل العسر باليسر، والحمد لله حمدا يملأ الميزان.

اللهم صلي وسلم وبارك على نبينا مُحَمَّد عدد ما ذكره الذاكرون وغفل عن ذكره الغافلون.

نتوجه بالشكر والتقدير إلى كل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل المتواضع، جزاكم الله عنا أفضل ما جزى العاملين المخلصين وبارك الله لكم وأسعدكم أينما حطت بكم الرحال. ونخص بالذكر المشرف للاستاذة " **مريم بلقسام** " على ما قدمه لنا من توجيهات ونصائح ومعلومات قيمة من بداية العمل حتى نهايته.

الإهداء

نشكر الله على توفيقه و نحمده على أن جعلنا ممن نطلب العلم تنفيذا لوصيته تعإلى ...{اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ }

نهدي ثمرة جهدنا هذا إلى روح المليون ونصف المليون شهيد أسكنهم الله فسيح جناته

نهدي ثمرة جهدنا إلى أمهاتنا و أبائنا وكل فرد من عائلتنا

و إلى كل الأساتذة والعمال والطاقم الإداري لكلية الحقوق العلوم السياسية برج بوعريريج و إلى كل الأصدقاء وكل من جمعنا بهم القدر و كانوا رفقاء الدرب والذين كان لهم يد العون و المساعدة حفظهم الله و أطال في عمرهم و إلى كل الأهل و الأقارب حفظهم الله و رعاهم و الحمد لله رب العالمين شكري واعتزازي وتسامحي إلى كل من وضع العثرات في طريقي ليجعلني اصلب عوداً وأكثر قوة وإيمانا في هذه الحياة.

وإلى كل من علمني ونصحني وكان عوناً لي في انجاز هذا البحث بعد الله عز وجل

قائمة المختصرات:

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري

ج. ر: الجريدة الرسمية

ع: عدد

د.ط: دون طبعة

د. ب. ن: دون بلد النشر

ص ص: الصفحة. .. و الصفحة. ..

ط: الطبعة

مقدمة

يعتبر العقد وسيلة من الوسائل التي يعتمد عليها الأفراد في تلبية حاجياتهم في المجتمع وذلك من خلال التوفيق بين مصالحهم وتنظيمها مما لا يدع مجال للشك ومن ثم تحقيق الاستقرار المعاملات بين أفراد المجتمع بالرغم من تنوعها واختلاف أشكالها.

علىاعتبار أنه اتفاق إرادتين من اجل أثر قانوني معين، وقد عرفه المشرع الجزائري فينص المادة 54 (ق م ج) على أن: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"[1]،هو نفس التعريف الذي جاء في نص المادة 1101 من القانون المدني المشرع الفرنسي[2].

ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة الركيزة الاساسية التي يقوم عليها العقد،بمعنى أن الارادة حرة في ان تبرم ما تشاء من تصرفات قانونية ولا يمكن إلا بإرادته، أي أن الإرادة وحدها مصدر الإلتزامات لا يمكن للمرء أن يجبر شخصًا على إرادته، إلا أن ينتهك حريته الفردية،اعترفنا بأن العقد له قوة ملزمة، فذلك فقط لأن من ألزم نفسه أراد ذلك[3]، والإرادة الحرة وحدها هي التي تملك إنشاء العقد وتحديد آثاره، فليس لأي جهة أن تتدخل لتفرض عليه ما يخالف إرادته،و بشكل عام الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه[4].ونجد أن لهذا المبدأ ركيزة في المذاهب الفلسفية الاتجاه

---

[1] الأمر رقم 75 – 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر، عدد78 الصادر في 30/ 09 / 1975، معدل متمم إلى غاية القانون رقم 07 – 05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

[2] Article 1101 code civil français: "Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations."

[3] Date de visualisation 28/02/2022 à 14:30 :
https://aurelienbamde.com/2016/09/12/lautonomie-de-la-

[4] Date de visualisation 28/02/2022 à 15:04
https://ar.m.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%A8%D8%AF%D8%A3_%D8%B3%D9%84%D8%B7%D8%A7%D9%86_%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B1%D8%A7%D8%AF%D8%A9

الأول اتجاه الفلسفة الفردية التي تفترض أن الأفراد أحرار. يمكنهم اختيار ممارسة حريتهم من أجل إلزام أنفسهم،ولادخل للغير فيهم وبالتالي الدخول في عقد من هذا المنظور، يقوم على الإرادة الحرة والسيادية للأفراد وفي هذه الحالة الرغبة في إبرام عقد في البيع مثلا. فإن إرادة الإنسان قوية بما يكفي ليعطي لنفسه قانونه الخاص يمكنه من ذلك. وبالتالي فإن إرادته مستقلة أما الركيزة الثانية الليبرالية الاقتصادية، التي تفترض أن الأفراد هم أفضل المدافعين عن مصالحهم الخاصة، ومن المفترض أن يكون العقد إذا تم إبرامه عادلاً بالضرورة للأطراف. وهو أفضل أداة للازدهار الاقتصاد[1].

ويترتب على هذا مبدأ سلطان الإرادة مجموعة من النتائج، تتمثل في حرية التعاقد من عدمه واختيار المتعاقد معه، ويعني بها إذا كان بإمكان الأطراف التعاقد، وأحرار في عدم القيام بذلك، ويقرر الطرفان بكل حرية محتوى العقد ومدى التزاماته وآثاره، واتفاق الإرادتين كاف لإبرام العقد هذا، وبذلك فإن تبادل الموافقات كافٍ لتشكيل العقد وهو مبدأ التوافق *[2]، حيث عبر عنه المشرع في المادة 106 (ق م ج)." **العقد شريعة المتعاقدين** "[3]، فلا يمكن ايا كان المساس بقوته الملزمة، يجب أن يحترموا التزامهم. حيث يصبح العقد ملزم للطرفين، ولا يجوز تعديله ولا نقضه إلا باتفاق الطرفين كما لا يجوز للقاضي أو المشرع التدخل وتعديله كأصل. غير أن هذا المبدأ عرف تراجع ولم يعد يحتفظ بتلك الصورة التي نشأ عليها، فممارسة حرية التعاقد لا تضمن بالضرورة تحقيق العدالة العقدية وبالتالي لا توفر الحماية الكافية للمتعاقدين، فمعالجة التفاوت القائم بين المتعاقدين من حيث الأخذ بعين الاعتبار حالة ضعف أحد طرفي العقد وانعدام الخبرة

[1] Date de visualisation 28/02/2022 à 16:30
https://cours-de-droit.net/principe-de-l-autonomie-de-la-volonte-et-son-declin-a121603170/?amp=1

* مبدأ التوافق: إذا نشأ صحيحا وفقا لإرادة المتعاقدين و كامل الأركان ترتب عليه آثار التصرف.

[3] نصت المادة 106 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني على أنه:"العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوزتعديله إلا باتفاق الطرفين ".

لديه والضعف الاقتصادي يستوجب توجيه العقد من أجل تحقيق المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف، وهو ما يعني إضفاء الطابع الإجتماعي على العقد، وإعطاء الفرصة للمشرع للتدخل أكثر فأكثر في العلاقة العقدية.

فقد دفعت الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للعقد المشرع بالتدخل في العلاقة العقدية بقصد إعادة توازنها وذلك لتحقيق الحماية للمتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية[1]

، وفي سبيل تحقيق ذلك خرج المشرع عن القواعد العامة ومنح القاضي استثناء سلطة للتدخل في العلاقة العقدية كما في الاستغلال والغبن والشروط التعسفية في عقد الإذعان، والشرط الجزائي ونظرة الميسرة.

أهمية الموضوع:

تكمن الأهمية العلمية لهذه الدراسة في التطرق إلى الحماية القانونية للعقد وكون العقد أكثر مصادر الإلتزام إستعمالا، وعلى اعتبار أنه يعالج المشاكل التي قد تصيب العقد، من القصور الذي قد يشوب أحد طرفي العقد، من استغلال أو غبن، أو شروط تعسفية، أو ظروف استثنائية غير متوقعة، وذلك من خلال تدخل إعادة القاضي التوازن والحيوية لهذا العقد.

أما من الناحية العلمية يحظى موضوع "تدخل القاضي في إعادة توازن المالي للعقد " بأهمية بالغة خاصة مع التقلبات الإقتصادية، ففي كثير من الحالات فقد يتدخل في العقد أثناء إبرامه كحالة وجود شروط تعسفية، أو أثناء تنفيذ العقد بسبب ظروف استثنائية غير متوقعة قد ترهق أحد طرفي العقد، مما يستوجب تدخل القاضي لإعادة التوازن المالي لهذا العقد وضمان استقرار وإستمرارية المعاملات.

[1] صديق شياط، **أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد**، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص القانون المدني، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2017-2018، ص 271.

أهداف الدراسة:

ونحأول من خلال هذه الدراسة إلى :

- ✓ تسليط الضوء على الحالات التي يمكن فيها للقاضي التدخل وتعديل العقد بهدف إعادة التوازن المالي للعقد، والوصول إلى حلول ملموسة تساهم في تفعيل دور لحماية التوازن العقدي والأطراف المتعاقدة.
- ✓ مدى نجاعة السلطات الممنوحة للقاضي من أجل حماية الأطراف المتعاقدة وضمان استقرار المعاملات وإعادة التوازن في العقد.
- ✓ تبين شروط وضوابط سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي.

نطاق الدراسة:

نتنأول موضوع سلطة القاضي في اعادة التوازن المالي للعقد وفقا لاحكام القانون المدني الجزائري.

أسباب اختيار الدراسة:

وكان لي في اختيار هذه الدراسة دون غيره من الدراسات أسباب عديدة:

أسباب ذاتية:

- ✓ الميول الشخصي لهذا النوع من المواضيع الغير المباشرة.
- ✓ الرغبة في دراسة ومعرفة كيفية سلطة القاضي في اعادة التوازن المالي للعقد، خاصة في ظل الظروف الإستثنائية، والتحولات الاقتصادية.
- ✓ إشباع الفضول والرغبة العلمية والبحث حول سلطة القاضي في العقد في المواضيع الخاصة بشعبة القانون.

الأسباب الموضوعية:

- ✓ المساهمة معرفة الأطراف المتعاقدة للحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد ودوره في العقد.

- ✓ اهمية الدراسة على إعتبار أنها مرتبطة بحقوق ومصالح الأفراد خاصة مع التحولات الاقتصادية، والظروف الاستثنائية.
- ✓ مساهمة في إثراء موضوع الدراسة، والسعي نحو إبراز أهم مقوماته وجوانبه.

الدراسات السابقة:

ومن بين أبرز المراجع والدراسات التي اعتمدت عليها وأشارت إلى موضوع سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد والتي وقعت بين يدي مايلي:

الدراسة الاولى:

للطالبة طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، 2018\2019، حيث عالجت إشكالية: مدى إلتزام القاضي المدني بمضمون العقد؟ ويتفرع عن هذا الإشكال وأطروحات قانونية هامة: هل للقاضي مطلق الحرية في سلطته في تعديل العقد أم أنه مقيد بضوابط وحدود عند مباشرته تلك السلطة؟ وما هي الحالات التي يتدخل فيها القاضي لتعديل العقد؟ وماذا عن مبررات هذا التدخل الاستثنائي؟ وهل الأحكام القانونية الحالية كافية لتحقيق الغرض الذي شرعت لأجل تحقيقه سلطة القاضي في تعديل العقد؟

وتوصلت إلى النتائج التالية:

أن إختلال التوازن العقدي سواء عند تكوين العقد أو تنفيذه يتحول العقد من أداة تبادل الأموال والخدمات لاغنى عنها، إلى أداة ظلم وضيق لأحد المتعاقدين. وعلى اعتبار أن العقد لم يلحقه سبب من أسباب البطلان فإنه يتعين الإبقاء عليه بدلا من إلغائه، غير أنه مادامت وظيفة القانون الأساسية هي رفع الظلم وتحقيق العدالة، اتجهت التشريعات الحديثة وسايرها المشرع الجزائري إلى تقرير سلطة القاضي في تعديل العقد، وذلك بمنح القاضي سلطة إعادة التوازن المختل في العقد، فبعد أن قررت المادة 106 من القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق

الطرفين، أشارت بعد ذلك إلى أسباب تجيز للقاضي استثناء نقض العقد وتعديله، وهو في ذلك غير مقيد سوى بالنصوص القانونية التي تمنحه هذه السلطة الاستثنائية.

الدراسة الثانية:

للطالب بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص شريعة وقانون،2011\2012، حيث عالجت إشكالية: سلطة القاضي ودوره في تعديل العقد؟ وما هي محالات وحدود تدخله في العقد؟

وتوصل إلى النتائج التالية: أن سلطة القاضي في تعديل العقد من حيث المبدأ هي إحدى الرسائل التي تلتقي وتتفق عليها العدالة، القوانين الوضعية والشرائع السماوية، وهذا ما لمسناه من خلال بحث الموضوع في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي؛ حيث أن الأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة فيها جميعا هي كما أن الغاية في إقرارها وتنظيمها هي منع الغين والاستغلال ومحاربة الربا في المعاملات ودفع الضرر ورفع الحرج والعنت، تحقيقا للعدل والمساواة بين الأفراد، وهو ما تهدف إليه أحكام الفقه الإسلامي ابتداء، واتجهت إليه التشريعات الوضعية الحديثة تحت تأثير العوامل الأخلاقية، التي فرضتها عوامل التطور المختلفة.

صعوبات الدراسة:

من الطبيعي أن تصادف الباحث خلال مشوار بحثه بعض الصعوبات التي يجب على تخطيها والوصول إلى مبتغاه في الدراسة، فمن الصعوبات التي واجهتنا نذكر منها:

- ✓ صعوبة في إعداد وضبط الخطة، وتقسيمها تقسيما متوازي بسبب كثرة العناصر المكونة للموضوع وتداخلها.
- ✓ تشعب الموضوع وكثرة الجزئيات والعناصر المكونة له.

الإشكالية:

- **إلى أي مدى يساهم تدخل القاضي فيإعادة توازن المالي في العقد ؟**

منهج الدراسة:

وللإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي والمنهج الوصفي بصفة أساسية، إعتمدنا على المنهج التحليلي القائم على التحليل والاستنباط الذي يتناسب مع موضوع البحث لتحليل بعض المواد القانونية، والمنهج الوصفي من خلال الوصف الشكلي لسلطة القاضي في العقد.

تقسيمات الدراسة:

مما استدعت دراستنا إلى تقسيم موضوع البحثإلى فصلين، الفصل الأول **سلطات القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه مرحلة تكوينه**، الذي تم تقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول لسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال، والمبحث الثاني سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان.

وتم تخصيص الفصل الثاني **لسلطات القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه**،فقد قسمناه إلى مبحثين، حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة، أما المبحث الثاني سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة.

الفصل الأول

سلطات القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه

تمهيد:

الأصل في التعاقد أن إرادة الأطراف هي التي تحدد آثار العقد وهذا ما جسده المشرع الجزائري في قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" من خلال نص المادة 106 من (ق م ج) حيث تنص " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون "[1]. ونظرا لإعتبارات العدالة وتحقيق التوازن في العقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي سلطة تسمح له بمراجعة الاتفاق وتعديله، حيث تتسم سلطة القاضي في مرحلة إنشاء العقد بطبيعة وقائية هامة، ولعل ابرز الاسباب الموجبة لتدخل القاضي في العقد وممارسة دوره في إعادة التوازن للعقد حينما يكون هناك تفأوت فادح بين التزامات طرفي العقد الناتج عن حالة غبن أو استغلال احد الطرفين(المبحث الأول)،أو حينما يكون العقد عقد إذعان (المبحث الثاني).

[1]المادة 106 من من الأمر 75-58، السابق ذكره

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال

لم يكن القانون القديم أي القانون الفرنسي يهتم بتعادل التزامات المتعاقدين هو اعتماده "مبدأ سلطان الإرادة " العقد بالنسبة لهذا المذهب هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة وضمنها بين أفراد المجتمع فهم متسأوون في الحقوق والواجبات ويتمتعون بحرية كاملة بحيث يستحيل ان يبرم أحدهم عقدا مضرا بمصالحه وهذا التصور تلخصه المقولة المشهورة" العقد هو العدل".

غير أن هذه الاعتبارات لم تمنع المشرع الفرنسي وقت وضعه للقانون المدني سنة 1804 من استثناء حالتي القسمة وبيع العقار حيث يكون العقد معيبا إذا بلغ التفأوت بين التزامات المتعاقدين والحد الذي عينه المشرع وتكون العبرة بالتفأوت المادي بين قيمة التزامات المتعاقدين وليس بحالتهم النفسية هذا الوضع الذي يسمى بالغبن هو عيب القائم بذاته فهو عيب في العقد لا في الرضا كما أنه يقتصر عادة على العقود التبادلية والمحددة لان العقد الملزم لجانب واحد يرتب التزاما واحدا كما يتنافى الغرر الذي يميز العقود الاحتمالية مع الغبن[1].

نتنأول في هذا المبحث سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن في (المطلب الأول)، ثم سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

سنتنأول في هذا المطلب مفهوم الغبن(الفرع الأول)، ثم سلطة القاضي في حالة وجود الغبن (الفرع الثاني).

[1] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط 3، الجزائر، 2013، ص 213.

الفرع الأول: مفهوم الغبن

يعد الغبن من المواضيع التي أثارت اهتمام العديد من فقهاء الشريعة والقانون كذلك لحماية أطراف العلاقة التعاقدية من العيوب التي قد تشب العقد[1]،لدراسة مفهوم الغبن ينبغي تعريف الغبن، ثم الشروط المتعلقة بالغبن وصولا إلى الحلات التي يمكن الطعن فيها بالغبن.

أولا: تعريف الغبن

لم يعرف المشرع الجزائري الغبن وقد اختلف تعريف الفقهاء للغبن باختلاف نظرتهم إليه من تعرض إليه من جانبه الموضوعي فهو عدم التعادل بين الإلتزامات المتبادلة في العقود، ومنهم من عرفه من جانبه الشخصي فهو الضرر الذي يلحق بالمتعاقد المغبون[2].

ا-التعريف القانوني الغبن

لم يعرف المشرع الجزائري الغبن غير أنه قد نص على حكم الغبن المجرد في حالات خاصة في ذلكحيث نصت المادة 91 على أنه: " يراعي في تطبيق المادة 90 هذا من خلال بالأحكام الخاصة بالغبن بعض العقود" [3].

---

[1] قرناش العالية، "**أثرالغبن في البيع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**"، مجلة الحكمة للدراسات الاسلامية، جامعة الجزائر 1، المجلد 05، العدد02، 2018، ص171.

[2] طبيب فايزة، **سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ**، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن بن باديس، مستغانم، 2018 _ 2019،ص134.

[3] محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة،ط 4، دار الهدى، الجزائر، 2010.ص 202.

ب-التعريف الفقهي الغبن

الغبن هو عدم التعادل أو التفاوت بينما يعطيه المتعاقد وما يأخذه بتعبير آخر فإن الغبن هو الضرر الذي يلحق أحد أطراف العقد نتيجة عدم التعادل بين الاداءات المتبادلة[1].

ويتضح من هذا التعريف أن الغبن لا يتحقق إلا في عقود المعاوضة لأنها المجال الطبيعي للاختلال التوازن الاقتصادي والادعاءات التبادلية، ومن البديهي أن الاختلاف ينبغي أن يكونبينا ذلك ان الغبن اليسير لا يكاد يخلو من أي معاملة في حين أن الغبن الفاحش هو الذي تصدى له المشرع لأنه يشكل خطرا اجتماعيا واقتصاديا[2].

ثانيا: شروط الغبن

يعتبر الغبن المظهر المادي للاستغلال تنأول المشرع الجزائري حكم الغبن المجرد في في حالات خاصة وفي ذلك تقضيالمادة 91 على أنه:"يراعي في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود"[3].

أ-الشروط الواجب توفرها الطعن بالغبن في العقار

يتطلب لمباشرة دعوى تكملة الثمن في بيع عقار مجموعة من الشروط يجوز رفع دعوى تكملة الثمن إلا بتوافر مجموعة من الشروط القانونية التي نص عليها المشرع الجزائري خلال المادة 358 (ق م ج) والمادة 360 التي تنص على:" لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون"[4]، وذهبت المحكمة العليا في

[1] مصطفى الخطيب، **الوجيز في النظرية العامة للالتزامات**، د ط، قرطبة حي السلام، أكادير، 2019، ص108.

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**،الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن، ص 355.

[3] المادة 91 من الأمر 75-58، السابق ذكره.

[4] المادة 360، المرجع نفسه.

اجتهادها، إلى انه:" لايعد عقد البيع المحرر امام الموثق عقدا صوريا لمجرد حصول البيع بالغبن"[1].

ومن هنا نستنتج أنه للأخذ بالغبن في بيع العقار ولرفع دعوى تكملة الثمن يشترط توافر الشروط التالية:

1- ان يكون العقد بيعا لعقار:

حدد المشرع الجزائري طبيعة العقار في نص المادة 683 من (ق م ج) على انه: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول "[2].

يتبين من خلال هذه المادة انه لا يمكن الطعن بالغبن في المنقول سواء كان هذا المنقول ماديا أو معنويا كما يشترط ان يكون من عقود المعاوضة الملزمة لجانبين فلا حديثه عن الغبن في عقود التبرع.

2- ان لا يكون البيع قد تم بطريق المزاد العلني:

وهذا ما نصت عليه المادة 360 من (ق م ج) حيث نصت على انه: " لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون".[3]وهذا يعني أنه لا يجوز ولا يمكن الطعن في بيع تم عن طريق المزاد العلني بالغبن حتى وان كان ثمن بيع هذا العقار كان فيه غبن مثل حالة بيع أموال المدين جبرا من أجل الوفاء بما عليه من ديون والتزامات التي تعهد بها.

---

[1] قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0771640،مؤرخ في 09\05\2013، قضية (ر-ن) ضد(ر-م) وورثة (خ -ز)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2013،ص307.

[2] المادة 683 من الأمر 75-58، السابق ذكره.

[3] انظر المادة 360 من الأمر رقم 75-58، السابق ذكره.

3- أن يصل الغبن إلى اكثر من خمس قيمة العقار:

ويراد بذالك ان يفوق الفارق بين الثمن الحقيقي والثمن الذي بيع به الخمس،وهذا ماقضت به المادة 358 من (ق م ج) حيث نصت على انه:" إذا بيع عقار يزيد عن5/1 الخمس فلبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة 5/4 أخماس ثمن المثل ويجب لتقدير معي إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع"، ويتبين من خلال هذا النص أنه اذا تم بيع عقار وكان الفارق بين الثمن الحقيقي للعقار والثمن الذي تم البيع به يفوق الخمس جاز لبائع العقار طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس وان العبرة بحساب قيمة العقار تكون وقت البيع.

4- ميعاد رفع دعوى الغبن:

نصت المادة 359 من (ق م ج) أنه: " تسقط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن اذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع"، يتبين من خلال هذه المادة أن دعوى تكملة الثمن يجب أن ترفع قبل ثلاث سنوات من يوم حصول البيع، فإذا انقضت هذه المدة و لم يقم البائع برفعها هنا يسقط حقه في رفعها بقوة القانون[1].

ثالثا:الحالات التي يجوز الطعن فيها بالعين

لا يمكن تصور الغبن إلا في عقود المعأوضة، وذلك لانهلا يمكن تصوره في عقود التبرع ولقد نص المشرع الجزائري عن الحالات التي يجوز فيها للقاضي التدخل وتعديل العقد لرفع الغبن في القانون المدني ونذكرها كالتالي:

أ- الغبن في بيع عقار:

بيع عقار بغبن فاحش يزيد عن الخمس فيكون للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس وهذامانصت عليه المادة 358 و359 (ق م ج)[2].

[1] المادة 359، المرجع نفسه.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 203.

حيث نصت المادة 358 (ق م ج)على انه: "إذا بيع عقار يزيد عن5/1 الخمس فلبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة 5/4 أخماس ثمن المثل ويجب لتقدير معي إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

كما تنص المادة 359(ق م ج)على أنه: " تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن من الثمن بسبب الغبن اذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع بسبب العجز.

ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع".

ونصت أيضا المادة 360 (ق م ج)على أنه: " لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون"، ويتضح من هذه الأحكام الخاصة ان العبرة في الغبن تكون بالتفأوت المادي الموجود بين التزامات المتعاقدين الغبن عيب قائما بذاته وهو عيب في العقد ولا دخل للاعتبارات الشخصية أو الحالات النفسية للمتعاقدين، ومقدار التفأوت الذي يتحقق به الغبن هو خمس القيمة، على أن تكون العبرة بقيمة العقار وقت إبرام العقد وفي حالة النزاع يستعين القاضي بخبير، ويترتب على تحقق الغبن، بالنسبة لبيع العقار وعقد المقايضة حق للبيع في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل فإذا بيع عقار 50000 بخمسين ألف دينار وكان الفرق ما بين ثمن البيع والثمن الحقيقي يفوق الخمس أي يفوق 20000 الف دينار من الثمن الحقيقي وهو 100000 دينار يتحقق الغبن و للبائع عند اذن الحق في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس اي 80000 الف دينار ويجب على المشتري لرفع الغبن دفع الفرق ما بين ثمن الشراء وأربعة أخماس الثمن الحقيقي أي: 80000 – 50000 = 30000 (ثلاثون الف دينار)[1].

[1]علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 231، 232.

ب- القسمة الرضائية:

تعتبرالقسمة طريقة للقضاء على الشيوع، بحيث تؤدي إلى تقسيم المال الشائع إلى عدة اقسام أو حصص حيث يستقل كل واحد من هؤلاء الشركاء بقسم من الأقسام، دون سائر الشركاء وتهدف القسمة إلى اختصاص كل من الشركاء في المال الشائع بجزء من المال يعادل حصته والأصل أن تكون القسمة الرضائية بين الشركاء اذا لم يتفق الشركاء على ازالة الشيوع بالرضا أزيل بالقضاء عن طريق القسمة القضائية وتتبع الطريقة الثانية وجوبا في حالة وجود ناقص أهلية ضمن المتقاسمين[1].

وهذا مانصت المادة 732 (ق م ج)على مايلي: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت احد المتقاسمين انه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

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

وذهبت المحكمة العليا في اجتهاداتها أن: "المادة 772 من القانون المدني اجازت نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس"[2]. فإذا تحقق الغبن،يحق أحد المتقاسمين غبن يزيد عن الخمس، فله أن يطالب بنقض القسمة خلال سنة طبقالنص المادة 237 (ق م ج) مطالبا بقسم جديد ويمكن للمدعي عليه إيقاف هذه الدعوى إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما ناقص من حصته علما وان إثبات الغبن من عدمه يتم عادة عن طريق الخبرة على ان تكون بقيمة العقار وقت التعامل فيه [3].

---

[1] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص146.

[2] قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 446655، المؤرخ في 24 / 12 / 2008، قضية (ح – ل) ضد (ورثة المرحوم ع. ق ومن معه)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2009، ص 137.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 233.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في حالة وجود غبن في العقد

متى توافر الشروط والعناصر المكونة للغبن خلال مدة ثلاث سنوات من انعقاد البيع في الغبن الوارد على العقار، وسنة واحدة على الغبن الوارد على القسمة، جاز للطرف المقبول رفع دعوى تكملة الثمن أودعوى فسخ نتيجة لعدم تكملة الثمن، أو رفع الدعوى نقض القسمة إذا كان الغبن وارد على القسمة، وتختلف الآثار التي تترتب على تحقق الغبن في العقد باختلاف حالاته، فقد يتدخل القاضي معدلا العقد بموجب دعوى الثمن وقد يتدخل منهيا العقد بموجب دعوى النقض، فإذا تعلق الأمر بعقد بيع العقار أو بعقد المقايضة أو بعقدالوكالة عقد استغلال حق المؤلف عقد الاجتهاد البحري نكون أمام دعوى تكملة الثمن، أما إذا تعلق الأمر بعقد القسمة الرضائية، أو عقد الشركة وعقد القرض نكون أمام دعوى النقض[1].

أولا: دعوى تكملة الثمن

متى توافرت شروط الغبن، جاز للبائع أن يطالب المشتري قضائيا بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس، ما لم يبادر هذا الأخير بعرض مبلغ كافيا لرفع الغبن على البائع، فيتجنب الدعوى القضائية عند امتناع المشتري من تكملة الثمن أن يجبره بكل الطرق القانونية وله ان يتمسك ايضا بدعوى الفسخ طبقا للمادة 119 (ق م ج).[2]وتسقط دعوى تكملة الثمن بموجب المادة 359 (ق م ج) بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم إبرام بيع وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز.

ثانيا: دعوى الفسخ نتيجة لعدم تكملة الثمن:

قد تنشأ عن دعوى تكملة الثمن دعوى أخرى تسمى بدعوى الفسخ وهذه الدعوى ليست نتيجة لتحقق الغبن وإنما هو تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني التي تعطى

[1] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 159.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 232.

في حالة امتناع المتعاقد معه عن تنفيذ التزاماته بطلب فسخ العقد لإقامة الدعوى الفسخ تشترط المادة 119 (ق. م.ج) جملة من الشروط:

أ- أن يحوز البائع على سند تنفيذي يقضي بتكملة الثمن.

ب- أن يمتنع عن محكوم عليه بتكملة الثمن عن تنفيذ ما ألزم به.

ج- أن يكون طالب الفسخ قادرا على ارجاع الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد[1].

ثالثا: دعوى النقض القسمة:

يجوز لكل من أحد المتقاسمين الذي لحقه غبن ناتج عن القسمة يزيد عن الخمس أن يطالب بنقض القسمة خلال السنة التي تليها، طبقا للمادة 732(ق م ج) حيث نصت على أنه:"يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت احد المتقاسمين انه لحقهمنها غبن يزيد عن الخمس ⅕ على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أوعينا ما نقص من حصته".[2] مطالبا بقسمة جديدة، ويمكن للمدعي عليه ايقاف هذه الدعوة إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته علما إثبات الغبن من عدمه يتم عادة عن طريق الخبرة على أن تكون العبرة بقيمة العقار وقت التعامل به[3].

ويكون للمدعي في الدعوى نقض القسمة، أو الشريك أو الشركاء في الشيوع الذين قد لحق بهم من جراء القسمة دون البعض الآخر من الشركاء، حيث لا يستطيع الذين لم يلحقهم غبن رفع دعوى نقض القسمة ولو كان الغبن قد لحق بالبعض الآخر من المتقاسمين، ذلك حق النقض القسمة مخول للمتقاسم المغبون دون غيره، وله أن يتنازل

[1] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 166.

[2] المادة 372 من الأمر رقم 75-58،السابق ذكره.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 233.

عليه ولا يمكن لغيره من المتقاسمين الاحتجاج بهذا الغبن، وتعتبر دعوى نقض القسمة دعوى مالية، تنتقل بوفاة المورث لخلفه عام حيث يجوز الوارث رفع دعوى نقض القسمة بعد وفاة مورثه،وله من باب أولى مواصلات السير فيها اذا كان الموارد سبق له عن رفعه ويجوز كذلك لدعم الشريك الذي لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه، طبقا للقواعد المقررة فيها رفع الدعوى غير المباشرة [1].

ويبقى الحل الأمثل لإنهاء هذه المشاكل وإزالة الشيوع القسمة القضائية باعتبارها وضعا من الأوضاع القانونية التي أقرها المشرع للفصل في خصومة يمكن ان تنشأ بين الشركاء في الشيوع بشان هذه الملكية أو لوجود قاصرين شركاء طالبي القسمة القضائية.[2]

ويقع إثبات الغبن الذي يزيد عن الخمس على عاتق المدعي، وله أن يثبت بكافة طرق الإثبات، والوضع الغالب أن تعين المحكمة خبير لتقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة، وتقدير قيمة المال المفرز الواقع في حصة كل شريك متقاسم وقت القسمة كذلك بإجراء المقارنة بين هاتين القيمتين وحدد القاضي إن كان المدعي قد وقع في غبن يزيد عن الخمس، إذا ثبت للقاضي أنه لم يلحق المتقاسم غبن يزيد عن الخمس يرفض دعوة نقض القسمة لعدم التأسيس، اما اذا ثبت له أن المتقاسموقع في غبن يزيد عن الخمس فيتعين عليه القضاء بالنقض القسمة الحاصلة بالتراضي[3].

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال

يعتبر الاستغلال انتهاز ضعف المتعاقد الآخر والحصول منه على عقد معأوضة فيه غبن أو على عقد تبرع، وقد اعتبره القانون المدني الجزائري عيبا من عيوب الإرادة، ونص في المادة 91 منه على عدم الإخلال بالأحكام الخاصة في بعض العقود والقانون

[1] طبيب فايزة، المرجع السابق ص 171.

[2] نفيسة منقر،"الآليات **القانونية لتسوية القسمة القضائية العقارية في التشريع الجزائري**"، مجلة العلوم القانونية والعلوم السياسية، جامعة تيارت، المجلد 12، العدد 02، 2021، ص 272.

[3] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 172.

المدني الجزائري يجعل الغبن المجرد عن الاستغلال عيبا من عيوب الإرادة في حالات معينة وهي الغبن في بيع العقار بما يزيد عن الخمس في نص المادة 358 و 359 والقسمة بغبن بما يجأوز خمس نصيب المتقاسم المادة 732(ق م ج)[1].

وعليه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم الاستغلال (الفرع الأول) ثم دور القاضي في رفع الاستغلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الاستغلال

يتحقق الاستغلال اذا كان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الاخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، فينبغي ان يكون الاستغلال هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وصورالاستغلالمنصوص عليها في كثير من الأمثلة العملية خاصة بالنسبة للشباب الوارث، وكذلك الهوى الجامع وهو يحدث كثيرا في الحياة الرجل العجوز يتزوج امرأة شابة و تستكتبه عقودا لمصلحتها ولمصلحة أولادها أو المرحله العجوز التي تكون على علاقة بشاب فيستغل هو هواها في الحصول منها على ما ليس له حق فيه[2]. وهذا وفقا لما نص عليه المشرع الجزائري حيث اعتبره عيبا من عيوب الإرادة في المادة 90 والمادة 91 من (ق م ج).

وعليه سنتنأول في هذا الفرع تعريف الاستغلال (أولا)، ثم عناصر الاستغلال (ثانيا)، وكذلك نطاق الاستغلال (ثالثا).

أولا: تعريف الاستغلال

أ- **استغلال لغة:** مصدر استغل، وأصله من غل، وهو يرد في عدة معاني:

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 197.

[2] سمير عبد السيد تناغو، **مصادر الالتزام**، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009،ص 66.

ورد في لسان العرب الغل، الغلة، والغلل – الغل بكسر الغين – الغش والحقد والعدأوة.[1]

ب – اصطلاحا: الاستغلال هو ان تكون ارادة المغبون قد عييت بالطيش أو الهوى فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف حصل منه على التزامات لا تتعادل مطلقا مع مالتزم هو به[2].

كما عرف الاستغلال على أنه" **هو ان يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامحا في آخر لكي يبرم ما تصرفا يؤدي إلى غبن فادح به**"[3].

ثانيا: عناصر الاستغلال

يتبين من خلال نص المادة 90 من (ق م ج) أنه لقيام الاستغلال يجب توافرعنصرين المادي(أ) وآخر نفسي (ب).

أ- العنصر المادي للاستغلال:

يتبين من خلال نص المادة 90 من (ق م ج)، ان العنصر المادي للاستغلال يتحقق من خلال التفأوت بين الإلتزام والعوض أو تفأوت بين حظ الربح والخسارة أو انعدام العوض.

1- التفأوت بين الإلتزام والعوض

يتبين هذا التفأوت عند مقارنة قيمة الأداء المقابل فقد اكتفى المشرع الجزائري بوصف التفأوت دون تعيين مقدار حسابي من حيث السلطة التقديرية للقاضي، الذي يتولى تعيين التفأوت الذي يقتضي الحماية بحيث يتمتع بالسلطة التقديرية في أن يفصل في كل قضية على حدا، وقد يعاب على هذه الطريقة ما قد يحمل على القاضي من

---

[1] بوكماش محمد، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011 – 2012، ص 96.

[2] علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام**، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 67.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 198.

انعدام الدقة عند تقديره التفأوت، ناهيك عن اختلاف القضاة بشأن قضايا شبه متسأوية في التفأوت[1].

2 – التفأوت بين حظ الربح والخسارة

يرى بعض الفقهاء أنه لا يعتدوا بهذا التفأوت في العقود الاحتمالية، باعتبارها أنها تقوم على حظ الربح والخسارة، ولذا يجب أن يكون احتمال الربح والخسارة التي يتحملها المتعاقد متكافئا مع ذلك الربح أو الخسارة الذي يتحملها المتعاقد الثاني[2].

3– انعدام العوض

يظهر إنعدام من عرض خصوصا في عقود التبرع، ويتمثل هذا الاختلال في التعادل بالنسبة لهذه العقود في الفرق بين الإلتزامات التي يتحملها المتبرع والغاية التي يسعى إلى تحقيقها وقد يتحقق هذا العنصر لدى من يشتري عقارا من شيخ هرم لقاء أراد الزهيد[3].

ب– العنصر النفسي للاستغلال

ينحصر العنصر النفسي في الاستغلال، في ان احد المتعاقدين يستغل في المتعاقد الأخر طيشا بينا أو هوى جامحا[4]، ويجب ان يكون الغبن نتيجة استغلال للمتعاقد اما لطيشا بينا أو هوى جامحا في الطرف االمغبون، وهذا هو العنصر النفسي أو المعنوي الذي يجعل الاستغلال من عيوب الإرادة[5]، وبالرجوع إلى نص المادة 90 من (ق م ج) المشرع فنجد انه قد اشترط لتوافر العنصر النفسي في الاستغلال ان يكون المتعاقد المغبون قد استغل إما طيشا بينا أو هوى جامحا.

---

[1] درماش بن عزوز، **التوازن العقدي**، أطروحة لنل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013 –2014 ص 161.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق،ص 220.

[3] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 162.

[4] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 366.

[5] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص200.

1- الضعف النفسي

يعتد المشرع الجزائري في الضعف النفسي بحالتين،وقد ذكرهما صراحة في نص المادة 90 من (ق م ج) التي تنص على أنه: " ... وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الأخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش بينا أو هوى جامحا"، حيث ان الطيش البين وعدم الخبرة بالأموروالاستهانة بعواقبها،كالشاب الذي ينصف بالطيش البين مثلا يعميه المال الكثير الذي ورثه فيندفع في تصرفاته من غير التدقيق ولا وزن للعواقب[1].

أما الهوى الجامح هو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد، فتنال من سلامة القرارات التي يتخذها فميول النفس واشتهائها شيئا ما، أو شخصا معين يندفع معه المتعاقد المغبون ويسعى لتحقيق رغباته دون صبر، ومهما كان الثمن غير مبالي بالإضرار التي قد تلحقه، وهذه الرغبة الشديدة تضغط على إرادة المتعاقد المغبون فتمثل نوعا من الإكراه يفقد المتعاقد حرية التصرف فيفسد رضاه[2].

2- استغلال ضعف المغبون

لا يكفي الطيش البين أوالهوى الجامع في الشخص، هل يجب ان يستغل الطرف الآخر هذا الضعف ليحمل المتعاقد على إبرام التصرف الذي أدى إلى غبنه[3].

حيث أن المادة 90 من (ق م ج)اشترطت أن يستغل المتعاقد ضعف المتعاقد المغبون فيدفعه ذلك إلى ابرام العقد، فالاستغلال هو الاستعمال الملائم لظروف معينة قصد الحصول على فائدة، وعليه فعملية استغلال ضعف النفسي تأخذ وتقتضي علم المتعاقد المستفيد من الضعف الذي يعتري المتعاقد المغبون، وان تنصرف إرادته إلى

[1] المرجع نفسه، ص 200.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 222.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 200.

استغلال هذا الظرف، بقصد الحصول على فائده،وبالتالي فانما يقوم به المستغل هو عمل غير مشروع قد يسأل عنه مدنيا وأحيانا جنائيا[1].

ثالثا: نطاق الاستغلال

يلحق الاستغلال بعقود المعاوضة وعقود التبرع وعقود الغرركذالك:

أ- فكرة الغبن المادي: تفرض ان يكون العقد من عقود المعأوضات، لعدم التعادل بين أداء الطرفين، ويتضمن الغبن من باب أولى عقود التبرع التي فيها يلتزم احد المتعاقدين من بالاعطاء دون أن يأخذ مقابلا، بل إن عقود التبرع هي المجال الكبير لأعمال نظام الاستغلال.

ب- وينطبق النظام الاستغلال أيضا على العقود الاحتمالية: وهي عقود الغرر وهي تنطوي على خسارة لأحد طرفيها، إذا كانت هذه الخسارة وقت إبرام العقد محققة الحدود مستقبلا لاحد الطرفين ومثال ذلك: أن يبيع شخص منزلا له في مقابل إيراد مرتب لمدى حياته لا يتناسب مع غلة المبيع (أجرة المنزل)[2].

الفرع الثاني: دور القاضي في رفع الاستغلال

إذا تحقق الاستغلال على النحو الذي اشرنا اليه آنفا، يسمح للمتعاقد المغبون بمقتضى أحكام المادة 90 مدني أن يطالب بإبطال العقد[3]، وحتى يمارس القاضي هذه السلطة في دوره في رفع وتعديل العقد الذي فيه استغلال يجب أن يتأكد من توافر الشروط المطلوبة قانونا أي توافر حالة الاستغلال بعنصريه المادي والنفسيوهو الامرالذي ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 17\09\2008[4]، ذلك لأنه بتوافرها

[1] درماش بن عزوز، المرجع السابق،ص 163.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 201.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 225.

[4] قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 427599 مؤرخ في 17\09\2008، قضية (ق-ح) ضد (ق-ل ومن معه) مجلة المحكمة العليا، العدد الاول، لسنة 2009، ص 123.

يجوز للقاضي بناء على طلب من المتعاقد المغبون أن يبطل أو يعدل العقد[1]. وهذا ما نتناوله في مايلي:

أولا: دعوى إبطال العقد

أقر المشرع الجزائري دعوى الإبطال كوسيلة قانونية لصالح المتعاقد المغبون، يتوقف اعمالها على إرادته الحرة دون ان يكون للقاضي الحق في إثارتها من تلقاء نفسه كما يمكنه أن يتنازل عن هذا الحق ويكون بذلك قد أجاز العقد[2].

أ – الإبطال: حق للمغبون

وفي الحالة التي يختار فيها المتعاقد المغبون دعوى الإبطال فهل يكون القاضي ملزما بإجابة طلبه؟ خرج المشرع الجزائري عن المبادئ العامة التي تحكم دعوى الإبطال فاجاز للقاضي الاختيار بين الآثار القانونية التي تنضمنها المادة 90 من القانون المدني وفقا لما هو ملائم لواقع النزاع يده هو غير ملزم بالابطال فله أن يستجيب إلى الطلب الرامي إلى الابطال فيقضي بإبطال العقد متى تبين له أن الاستغلال قد عاب الرضا المتعاقد المغبون حتنان افسد هذا الرضا وثبت لديه ان المتعاقد لم يكن ليبرم العقد اصلا لولا هذا الاستغلال[3].

ب– السلطة التقديرية للقاضي

إذا تقدم المغبون بدعوى الابطال وتأكد القاضي من وجود حالة إستغلال فهل يلزم بابطال العقد أم له أن يقضي بإنقاص التزام المتعاقد المغبون فقط؟

يستخلص من مبادئ التقاضي، أن القاضي مقيد بطلبات المتخاصمين فلا يستطيع القاضي أن يحكم بأكثر من طلبات الخصوم، في حين يجوز أن يقضي بأقل منها

[1] ربيعة ناصيري، " **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري**"، مجلة القانون العقاري والبيئة، جامعة طاهري محمد، بشار (الجزائر)، العدد 01، 2021، ص 120.

[2] عبيد نجاة، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015 – 2016، ص 36.

[3] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 195.

بانقاص التزام المتعاقد المغبون، بدلا من إبطال العقد ويدخل هذا الخيار بين إبطال العقد أو إنقاص إلتزام المتعاقد المغبون، ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[1].

ج- توقي دعوى الابطال

منح المشرع المتعاقد المغبون الحق في طلب إبطال العقد بسبب الاستغلال، ومنح في المقابل ذلك للمتعاقد المستغل الحق في توقي هذا الإبطال متى كان العقد معأوضة حيث تنص المادة 90 من (ق م ج):" ويجوز في عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

بحيث أن المشرع أراد بهذا الحكم أن يتفادى ما قد يترتب على تطبيق نظرية الاستغلال من نتائج خطيرة تمس استقرار المعاملات، فاتجه إلى تضييق نطاق إبطال العقود التي تتوافر فيها عناصر الاستغلال واستجابة لمبدأ التمسك بالإبطال بما لا يتعارض مع مقتضيات حسن النية[2].

وأخيرا سواء قضى القاضي بإبطال العقد أو إنقاص التزام المغبون بزيادة التزامات المستغل فان النتيجة المنتظرة ليست التعادل الحسابي بين التزامات المتعاقدين، وإنما رفع التفأوت الفاحش فقط [3].

ثانيا: دعوى الانقاص

تحقيقا لمبدأ إستقرار المعاملات ومراعاة لمصلحة أطراف العقد منح المشرع المتعاقد المغبون حق اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى يطلب من خلالها الانقاص من الإلتزامات في العقد.[4]

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 227.

[2] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 198.

[3] علي فيلالي،المرجع السابق، ص 288.

[4] عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 41.

فقد أقر المشرع الجزائري إلى جانب إبطال العقد وسيلة ثانية لرفع الغبن تتمثل في إنقاص من التزامات المتعاقد المغبون، وفي الحالة التي يطلب فيها المتعاقد المغبون إنقاص إلتزاماته كطالب أصلي يتعين على القاضي أن يتقيد بموضوع طلب القضائي فلا يجوز له أن يحكم بإبطال العقد بدلا من إنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون، ويقضي بإنقاص الإلتزامات إلى الحد الذي يقضي على التفأوت الكثير في النسبة بمصطلح القانون المدني، إذ لا يلزم القاضي أن ينقص الإلتزامات إلى الحد الذي يجعلها معادلات تماما يقابلها وانما يكفي أن ينقصها إلى الحد الذي يجعلها غير متفأوتة كثيرا في النسب، أي بالمقدار الذي يراه كافيا لرفع الغبن وجعل عدم التعادل بين الإلتزامات المتقابلة غير مفرط وهي مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي[1].

وعلى خلاف دعوى الإبطال لا يجوز للقاضي أن يقضي ببطلان العقد إذا ما اقتصر طلب المتعاقد المغبون على إنقاص إلتزاماته، والا قضى بأكثر ما هو مطلوب منه لاسيما وأن المتعاقد المغبون يكون قد قدر مصلحته وإختصار الانقاص[2].

وكذلك لا يجوز للطرف المغبون أن يطلب زيادة التزامات الطرف والا رفض طلبه لعدم التأسيس وكذلك لا يجوز للقاضي، بدل ان ينقص من الإلتزامات المغول ان يرفع من التزامات الطرف المستغل، ذلك أن النص لم يذكر سوى إنقاذ التزامات الطرف المغبون ولكن يجوز للمدعي عليه أن يعرض زيادة التزاماته، بدلا من انقاص التزام الطرف الآخر، ذلك أن الانقاص أن كان يرفع الغبن عن المتعاقد المغبون فإن الزيادة قد تؤدي المتعاقد المستغل على نحو يفضل معه التحلل من العقد[3].

[1] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 201.

[2] ربيعة ناصيري، المرجع السابق، ص 120.

[3] عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 201 ص 202.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

ظهر عقد الإذعان نتيجة للتطور الاقتصادي الحديث الذي إتجه نحو أسلوب الانتاج الكبير، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الأولوية للمستهلك بحيث إستطاعت تلك الوحدات الإنتاجية القوية نتيجة سلطتها الاحتكارية ان تملي إرادتها وشروطها المعدة مسبقا،على الراغبين في التعاقد معها، دون أن يملك مناقشة هذه الشروط، فليس أمامهم للطرف المحتكر والاستسلام لشروطه[1].

والقاعدة العامة في العقود يتم إبرام العقود بعد مفأوضات بين الاطراف المتعاقدة حول مضمون العقد، وإذا ما يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما تم الاتفاق بينهما، وينعقد العقد بمجرد توافق إرادتين،[2] غير أن تطورالمجتمع أدى إلى ظهور عقود جديدة ذات طبيعة خاصة مثل عقد الإذعان، وعليه سنعالج في هذا الجانب سبل مواجهة إختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفي، من خلال سلطة القاضيفي مواجهتها حيث سنتنأول مفهوم عقد الإذعان في (المطلب الأول)، في حين نتنأول دور القاضي في حماية الطرف المذعن العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان

إن التنوع المعاصر للمنتجات والخدمات وتعقيداتها التقنية الناتج عن تحويل الاقتصادية، المعاصرة وزيادة معدل طلبات عليها أدى بصورة آلية إلى تغيير حقيقي في

[1] لعشب محفوظ، **الإذعان في القانون المدني الجزائري المقارن**، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 9.

[2] مولود بغدادي، جلول زغدود،" **اثر الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك على المبادئ النظرية العامة للعقد**"، مجلة معارف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ام البواقي، الجزائر، العدد 16، 2021، ص 206.

أنماط الممارسات التجارية.[1] والأصل في التعاقد حرية لكل طرف في المناقشة والمسأومة بين أطرافها والذي يمنح الفرصة الكافية للمسأومة الحرة والمناقشة لإحكام العقد، لكن هناك نوع منالعقود غير قابلة للتفأوض، حيث يعد فيه المحترف مسبقا شروط إبرام العقد بنفسه بصفة انفرادية للطرف الثاني إما أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة، وعقود الإذعان هي عقود ذات الطبيعة خاصة تعمل على تلبية حاجيات الأفراد الضرورية لذلك أطلق عليها هذه التسمية[2]، وعليه نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف عقد الإذعان و خصائصه (الفرع الأول)، ثم الطبيعة القانونية لعقد الإذعان(الفرع الثاني)، ثم شروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية(الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان وخصائصه

نتناول في هذا الفرع تعريف عقد الإذعان**(أولا)**، وخصائصه **(ثانيا)**.

أولا: تعريف عقد الإذعان

أ- **الاذعان في اللغة:**" من ذعن يذعن ذعنا، والاذعان الانقياد. يقال عن الرجل انقاد، وورد في مختار الصحاح: أذعن خضع وذل".[3]

ب - اصطلاحا: لم يرد في التشريع الجزائري وغيره من التشريعات العربية تعريف محدد لعقود الإذعان وإنما اكتفى بوصف القبول فيها في المادة 70 (ق م ج) حيث تنص على انه: " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشه فيها"، وأن التعريف السائد فقهيا هو ان ذلك" العقد الذي يسلم فيه القابل

[1] محي الدين عواطف، " **أحكام الشروط التعسفية حماية للمستهلك وإعادة التوازن العقدي**"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، العدد الاول، 2018، ص 12.

[2] قاسة لامية، سماعيلي ليدية، **اختلال توازن التزامات المتعاقدين**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014 – 2015، ص 16.

[3] بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 146.

بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشه فيها، وذلك في ما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شانها"[1]، فهو عقد يملي فيه المتعاقد شروط إلى الطرف المتعاقد الآخر، الذي ليس له الحق مناقشتها، ولكنه لديه الحق في رفض العقد أو قبوله دون شروط أو قيود ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد الطرفين. والآخر يفرض شروطه عليه ولا يقبل بأي شروط للمناقشة وتؤدي هذه السيطرة عادة إلى احتكار حقيقي أو قانوني[2].

ويقول الدكتور محمد كامل مرسي بشأن عقود الإذعان" أما عقود الإذعان أو الانضمام فلا تحصل فيها مفأوضة مع املوجوب بل يجب قبول العقد أو تركه جملة "[3]، عرفه الدكتور السنهوري بقوله:" العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب" [4].

ويقول عبد المنعم البدرأوي تحت عنوان عقود المسأومة الحرة وعقود الإذعان: "عقود المسأومة الحرة هي العقود التي يملك فيها كل من المتعاقدين حريه مناقشة شروط التعاقد وهذا هو شان غالبيه العقود الخاصة، وقد كان هذا هو شان العقود جميعا في المجتمعات القديمة حيث كانت دائرة النشاط الاقتصادي محدودة،وكان الزمن يتسع لما يسبق العقل من مناقشات ومفأوضات، إما ألان فقط أدى التطور الاقتصادي الحديث إلى أوضاع لا يتسع فيها المقام لمثل تلك المناقشات أو المفأوضات[5].

وعرف جانبا من الفقه عقد الاذعان بقوله أن" عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة

---

[1] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 206.

[2] Benkhadrazahira,"l adhesiondanes le contratd assurance " ,Journal d etudes juridiques et sociales, université de Djelfa troisièmeédition,2001, p. 31

[3] لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 24.

[4] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 146.

[5] لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 24.

غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوا إذعان من يقبل قانون العقد[1].

ب- خصائص عقد الإذعان

يتميز عقد الإذعان بعده خصائص تميزها عن بقيه العقود وهي:

1-أن يتعلق العقد بسلعة الخدمة ضرورية للجمهور: بحيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها في حياتهم كما هي الحال في توريد المياه والكهرباء[2].

وتحديد ما إذا كانت السلعة أو خدمة من ضرورية للحياة أم لا يخضع لسلطة القاضي التقديرية باعتبارها مسالة واقع[3].

2- أن يكون احد طرفي العقد في موقع اقتصادي: أما احتكارا قانونيا أو فعليا يعطيه الغلبة الاقتصادية بشكل واضح ومستمر مع من يتعاقد معه، وعلى الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، بالنسبة للموجب بسبب تفوق على الاقتصادي،والاحتكار يعني القدرة على فرض شروط العقد مع التيقن من عدم انصراف المتعاقد الأخر عند التعاقد، نظرا لأنه لن يجد بديلا عن المتعاقد المحتكر ولن يتمكن من الحصول على محل التعاقد بشروط مختلفة عن ما يفرضه عليه[4].

3- أن يقوم مقدم السلعة الخدمة بعرضها على الجمهوروفق شروط مقررة سلفا: ولا يقبل نقاشا والغالب تكون الشروط مطبوعة وهي في مصلحة الموجب فهي تخفف من مسؤوليته العقدية وتشدد المسؤولية على الطرف الأخر،[5]حيث يصدر الإيجاب من احد

---

[1] دالي بشير، **دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد،** رسالة لنيل شهاده الدكتوراه القانون الخاص، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2015 - 2016، ص179.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 123.

[3] عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 54.

[4] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 151.

[5] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 123.

الطرفين، وهو الطرف الأقوى ويشترط فيه على الطرف الاخر قبول الإيجاب وفقا لكل الشروط في ابرام المعاملات التجارية، كشركات النقل الجوي أو البحري أو النقل بالسكة الحديدية أو شركات توزيع الكهرباء والغاز، ومنها ايضا شركات التامين التي تصدر نماذج عقود التامين في شكل موحد يتعلق بكل صنف من أصناف التامين، والسبب في ذلك أنه من الناحية العملية يستحيل على الشركات أن تناقش مع كل مستهلك محتمل شروط العقد لأن ذلك سيعطل حركية النشاط الاقتصادي، فنجد في هذا الأسلوب ان الطرف القوي يفرض ارادته على الطرف الأخر دون ان يشكل ذلك وضعا غير قانوني[1].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر من الفائدة، اذ ان الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد يتوقف على تحديد هذه الطبيعة، كانت محل دراسات الفقهاء الذين انقسموا إلى فريقين فمنهم من يرى انها ليست عقود حقيقية، واخرون يرون أنها لا تختلف عن سائر العقود ويرجع سبب الخلاف اساسا إلى الطريقه التي يتم بها اتفاق الإرادتين لذا يقول الدكتور عبد المنعم فرج الصده ".... كانت الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان سببا في اختلاف الفقهاء في ما يتعلق بطبيعة هذا العقد".

وللوقوف على الطبيعة القانونية لهذا الموضوع عقد الاذعان فانه يجب علينا عقد موازنه الاراءالفقهيه التي تعرضت إلى ذلك تبعا[2].

[1] بوعراب ارزوقي، **حماية المؤمن له الشروط التعسفية في عقود التامين**، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 33.

[2] لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق،ص 33.

أولا: الصفة التعاقدية لعقد الإذعان

يرى هذا الجانب من الفقه بأنه عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين التي تخضع لها العقود الموجب وحدها لا يمكن ان تنتج اثاره إلا بعد تقابلها ارادة القابل لها وبذلك تساهم الإرادتين في انشاء العقد وإن المسأواة القانونية هي المطلوبة في العقد وليس المسأواة الاقتصادية فهذا التبيان في عقود الإذعان لا يعد أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي فاتفاق إرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الارادتين دور معادل للاخر[1].

ثانيا: الصفة غير التعاقدية لعقد الإذعان

ينكر أنصار هذا الفريق على عقود الإذعان طبيعتها العقدية،حيث يقولون أن العقد توافق إرادتين عن حرية وإختيار، أما هنا القبول مجرد إذعان ورضوخ، وكل من الحرية والاختيار لا تتوافر في هذه النماذج من التعاقدات وبالتالي تخرج عن نطاق العقود، وإعتبر هؤلاء عقود الإذعان مركزا قانونيا منظما تنشؤه إرادة الموجب المنفردة نطاقا أقرب إلى القانون أو اللائحة منه إلى العقد، وقد استندوا في ذلك إلى ما يتميز به هذا العقد من انعدام المسأواة بين طرفيه وانعدام حرية المناقشة وقبول الطرف المذعن ورضوخه للطرف الآخر[2].

وهذه المعطيات هي التي ادت بالناهضين بالنظرية العقدية، إلى تقريب عقد الاذعان من المراكز القانونية المنظمة التي يحكمها القانون العام السلطة العامة منفردة تخلق قواعد وشروط معينة تفرضها على الافراد، ومن هنا يجب تفسير الإذعان كما يفسر القانون أو اللائحة وان تطبق تطبيقا تراعي فيه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تلتزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها[3].

---

[1] عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 57.

[2] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 153.

[3] لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص42.

المطلب الثاني: تدخل القاضي لحماية الطرف المذعن في العقد

وفقا لمبدأ سلطان الإرادة فإن العقد الذي يتم تكوينه على نحو صحيح، تكون له قوام ملزمة، ويستمد قوته من الإرادة بما لها من سلطان ذاتي فمن يرتبط بعقد يلتزم بتنفيذ تعهداته مهما كلفه ذلك، فيقوم العقد على هذا النحو مقام القانون في تنظيم العلاقة العقدية بين المتعاقدين، هذا ما يعبر عليه بالعقد شريعة المتعاقدين[1]، هذه القاعدة يقصد بها الإلتزام الناشئ عن العقد يعادل الإلتزام الناشئ عن القانون، غير أن التطبيق الصارم لمبدأ سلطان الإرادة في صورته التقليدية ترتب عنه كثير من النتائج السلبية، من أهمها انه كرس استغلال القوي للضعيف، إذ قد يجد نفسه هذا الأخير يبرم عقدا يحتوي شروطا مجحفة في حقه تتسم بالتعسف يضعها الطرف القوي خدمة لمصالحه[2]، وخروجا عن القواعد العامة المشرع الجزائري أقر القاضي للقاضي سلطة استثنائية، تتمثل في إمكانية تعديل الشروط التعسفية الناتجة عن عقد الإذعان، أو إعفاء الطرف المذعن من هذه الشروط، وهذا حماية للطرف المذعن وتحقيق التوازن العقدي بين المتعاقدين، حيث نص في(المادة 110 ق، م،ج)على ما يلي: " **إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعم منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**"

بناءا على ماتم ذكره، سنتطرق في هذا المطلب إلى تبيان الشروط القانونية لتعديل العقد بسبب الشرط التعسفي (الفرع الأول)، ثم حالات تدخل القاضي في عقدالإذعان (الفرع الثاني).

[1] مولود بغدادي، جغلول زغدود، المرجع السابق، ص 208.

[2] نور الهدى كرميش،" **الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري**"، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،العدد 01، 2020، ص 154.

الفرع الأول: الشروط القانونية لتعديل العقد بسبب شرط التعسف

لما كان الاختلال العقدي في عقود الإذعان أصبح ظاهرة خطيرة لما تحتويه هذه العقود من شروط تتسم بالميزة الفاحشة، لدرجة التعسف فإنه يتعين الوقوف على مضمون هذه العقود وما تحتويه من شروط مألوفة وغير مألوفة، البحث في مضمون هذه العقود[1]، يفرض علينا البحث عن الشروط القانونية لتعديل العقد بسبب الشرط التعسفي، ماجاءت به المادة 110 ق.م.ج [2]، نجد أنها تضمنت الشروط التي من شأنها إذا توفرت في عقد من العقود اجاز للقاضي ومنحه سلطة التدخل لتعديل ما تضمنه العقد من الشروط التعسفية، أو إعفاء الطرف المذعن منها، ومن حرية التعاقد الممثلة في العقد "**شريعة المتعاقدين**" [3]، وبتحليل هذين النصين يتضح أن الشروط القانونية لتدخل القاضي لأعمال سلطاته في التعديل هي:

أولا: أن يتم التعاقد عن طريق الإذعان

لم يرد في التشريع الجزائري وغيره من التشريعات العربية تعريف محدد لعقود الإذعان وإنما اكتفى بوصف القبول فيها وأن التعريف السائد فقهيا هو" أنه ذلك العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيه وذلك في ما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها "،[4] و لقد يريد عقد الإذعان في صورة العقد المطبوع أو النموذج، الذي هو عقد معد سلفا يتم التعاقد على هديه وذلك لتوفير للوقت والجهد

---

[1] سعيد سعد عبد السلام، **التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان**، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998،ص 45.

[2] نصت المادة 182 مكرر من الأمررقم 58/75 المتضمن القانون المدني على أنه:"إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان يتضمن 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. "

[3] بوكماش، المرجع السابق، ص 156.

[4] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 206.

والنفقات في عمليات التعاقد التي تتميزاما بالإذعان من طرف الآخر المنظم للعقد أو بعدم قدرته على التفأوض في مجال التعاقد، أو لنقص خبراته كفاءته وهذا العقد النموذجي إما أن يكون عقد فرديا أعده فردا مسبقا لحاله معينه، نموذجي جماعي أعدته جمعية مهنية أو جماعات تستهدف حماية الطرف المذعن الأقل خبره في العقد[1].

ثانيا: أن يتضمن العقد شروطا تعسفية

بعد تحقيق القاضي من أن النزاع المطروح أمامه أنه يتعلق بعقد من عقود الإذعان يبحث في إذا كان هذا العقد يتضمن شروط التعسفية تبررت تدخله ذلك أن الهدف في إعطاء القاضي هذه السلطة هو حماية الطرف الضعيف المدعم من الشروط التي تؤثر على التوازن العقدي للمراكز القانونية في العقد وتمثل إجحافا بحقه، فإن القاضي في هذه الحالة يكون له الحق في تعديل هذه الشروط أو إلغائها كلية بحيث يعفي الطرف بما يعيد إلى العقد التوازن الذي يجب أن يكون له، ولكن متى يعتبر الشرط التعسفي تبرر تدخل القاضي إعمال هذه الحماية ؟ [2].

والمشرع الجزائري لم يحدد المقصود بشروط التعسفية في القانون المدني إلا أنه تدخل بذلك في نصوص خاصة من خلال القانون رقم 04 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية نص في المادة 03 الفقرة 5 منها ان الشرط التعسفي هو: " كل بند أو شرط بمفرده مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[3].

كما عرف على أنه البند الذي يدرج في العقد من أحد اطرافه وقد أملى إرادته على الفريق الاخر، تحقيقه لمن فعلتيه غير مألوفة ومفرطة منتقصا من حقوق الطرف الآخر الذي

[1] سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص59.

[2] محمد بوكماش، المرجع السابق،ص 158 ص 159 .

[3] القانون رقم 04 / 02 مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 10 /06 المؤرخ في 15 أوت 2010، جريدة رسمية رقم 46.

أذعن له لتسليط فرضهعلى العقد، وعرفت على أنها شروط التي يوردها المحترف عادة في العقود التي يبرمها مع الطرف غير المحترف ويهدف من خلالها إلى ترتيب الإلتزامات العقدية على النحو الذي تتحقق معه أكبر مصلحة له لو كان ذلك على حساب الطرف الآخر[1]. ويستخلص من هذه النصوص السابقة أنهلاعتبار الشرط تعسفيا لابد من توفر ثلاث عناصر:

العنصر الأول: أن يتعلق الأمر بشرط ودرجه في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين في نماذج الاتفاقات التي إعتاد المحترفون عرضها على المستهلكين.

العنصر الثاني: أن تكون الشروط مكتوبة ولا يهم الركيزة التي تظهر عليها حيث أن المشرع لم يتقيد بشكل معين للعقود المحررة مسبقا، فقد تكون في شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أوصل تسليم أو سند أو اي وثيقة أخرى مهما كان شكله أو سنده تتضمن الخصوصيات المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا.

العنصر الثالث: أن تكون الشروط المقصودة هي تلك الشروط التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق على حساب المستهلك عدم توازن ذو دلالة بين حقوق التزامات أطراف العقد[2].

الفرع الثاني: حالات تدخل القاضي في عقد الإذعان

الأصل في التعاقد "العقد شريعة المتعاقدين"،والإرادة المشتركة التي أنشئت العقد هي التي تستطيع نقضهأو تعديله، ودور القاضي ينحصر في تفسير العقود بغيته إعمال حكم القانون عليها،غير أن المشرع خرج عن مهمته التقليدية لذلك تدخل المشرع رغبة منه

[1] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 212 ص 213.

[2] محي الدين عواطف، المرجع السابق، ص 15.

في ايجاد تواجد لهذه العلاقة العقدية وحماية الطرف الضعيف لاسيما عندما تؤدي ظروف إلى اختلال هذا التوازن[1].

حيث وأجاز للقاضي ومنحه بمقتضى المادة 110 من (ق م ج) سلطة استثنائية تمكنه من التدخل في تعديل عقود الإذعان، كما منحها سلطة تقديرية في تفسير عقد الإذعان في حالة غموض عباراته، حيث تنص المادة 112 (ق م ج) على: " يعود الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقودالإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن "، والقاضي وفقا لهذين المادتين يفسر الشروط والعبارات الغامضة دائما لمصلحة الطرف المذعن أو الضعيف سواء كان دائنا أو مدينا، وعليه فإن تدخل القاضي في عقد الإذعان يتدخل لحماية الطرف الضعيف اما عن طريق تعديل الشرط التعسفي (أولا)، أو عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها(ثانيا)،تطبيقا لأحكام المادة 110 من القانون المدني، كما يتدخل لحماية الطرف المدعم بطريقة غير مباشرة (ثالثا)، وذلك عند إعمال سلطته في تفسير عقد الإذعان تطبيقا لنص المادة 112 من (ق م ج).

أولا: تعديل الشرط التعسفي

ولأن إلغائها يؤدي إلى القضاء على العقد مثل الأجرة في عقد الإيجار حيث لا يمكن للقاضي إلغائها بل يمكن له تعديلها إذا رأى أنها تشكل شرطا تعسفيا، ذلك وفقا لقواعد العدالة[2]. والواقع إن القضاء أخذ بعدة تطبيقات لتعديل شروط التعسفية نذكر منها على سبيل المثال:

[1] الشريف بوحماوي، " **سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية** "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المركز الجامعي تمنراست، العدد 02، 2014، ص 99.

[2] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص223.

أ- في عقد العمل:

إذا كانت شروط عقد العمل تفرض على العامل غرامات كبيرة جزاء على أخطاء بسيطة،كان على القاضي إذا رأى أنه يشكل شرطا تعسفيا أن يخفض هذه الغرامة وفقا للعدالة أي بالشكل الذي لا يضر العامل ولا رب العمل[1].

ب - في عقد البيع:

مثال ذلك ان يتضمن عقد بيع شرطا يحتفظ بموجبه البائع بحق تحديد مهله تسليم المبيع، فيقرر القاضي بمناسبة نظره لدعوى التنفيذ أن هذا شرط يعتبر شرطا تعسفيا وبالتالي يقرر تعديله بتحديد ميعاد التسليم أي تدخل القاضي يكون في تعديل مدة التنفيذ [2]. وقد يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن أو حالة من حالاته بمعناه المادي يقوم القاضي بالإنقاص أو الزيادة حسب الحالة بما من شأنه ازلة الغبن القاضي هنا لا يتقيد بالشروط والقيود المتطلبة قانونا للتعديل بسبب الغبن إذ أن القاضي هنا لا يستند في التعديل على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال، وإنما يؤسس تعديله على مبرر آخر وهو الطعن بتعسفية الشرط الوارد في العقد والمطالبة بتعديله بموجب النص القانوني الذي يخول للقاضي ممارسة هذه السلطة إذا ما توفرت شروط القانونية لذلك[3].

ج- **في عقد التأمين:**

استخدام القضاء التفسير في صالح الطرف المذعن تفسر غموض الشرط في صالح الطرف المذعن، لان تبعة الغموض ترجع للموجب الذي انفرد بوضع شروط العقد ولم يعتد بالشرط الذي تضعه إرادة واحدة لاحقا،كما إذا اشترط في عقد التأمين ان

[1] شريف بوحماوي، المرجع السابق، ص108.

[2] عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 76.

[3] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 165.

تدفع الأقساط في محل الشركة ثم تعتاد الشركة بتحصيلها في محل المؤمن هذا يعتبر هذا التصرف بمثابة عدول عن الشرط[1].

ثانيا: سلطة القاضي في إبطال الشرط التعسفي

يتمتع القاضي أيضا بسلطة إلغاء الشرط التعسفي إذا ما تبين له أن مجرد تعديله لا يفي بغرض حماية للطرف المذعن [2]، وتعتبر هذه الصورة من التدخل تعتبر أشد جرآة في يد القضاء بموجبه يستطيع القاضي إهدار الشروط التعسفية بإعفاء الطرف المذعن منها وذلك متى وجد أن التعديل لا يكفي لرفع التعسف وتحقيق العدالة فالمظهر الأساسي للحماية التي يضيفها القانون على الطرف المذعن تتمثل في رفع الضرر الذي قد يلحقه نتيجة النص في العقد على بعض شروط التعسفية، ولو كلف ذلك القاضي إهدار هذه الشروط وعليه فالقاضي يلجأ إلى استخدام سلطاته في الإعفاء عندما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الإلتزام المقابل ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظاهر التعسف[3].

ومن أمثلة الشروط التعسفية التي يحكم بإلغائها لتحقيق الحماية القاضي الشرط الذي يرد عقد التأمين والذي من خلاله يقوم المؤمن بإلزام المؤمن له عند نشوء النزاع باللجوء إلى إجراء تسوية ودية دون الرجوع إلى القضاء، والسبب في إلغائه هو أنه شرط يهدف من وراءه المؤمن إلى إطالة المدة الزمنية بعد حدوث الخطر المؤمن منه و الميعاد القانوني لرفع دعوى قضائية ضد المؤمن لطلب التعويض في حالة تماطله في دفع مبلغ تأمين، لأن هذا الانقضاء يعني سقوط حق المؤمن له في المطالبة القضائية للتعويض فظاهر هذا الشرط يوحي إلى تجنيب المؤمن له أعباء اللجوء إلى القضاء،

[1] شريف بوحماوي، المرجع السابق، ص 81.

[2] بوعراب اورزقي، المرجع السابق، ص 67.

[3] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 223.

إلى أن حقيقته غير ذلك، لأن نية هذا الأخير تكمن تفويت ميعاد رفع دعوى قضائية ضده [1].

ثالثا: سلطة القاضي في تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان

يتولى القاضي تفسير عقد الإذعان وفقا لأحكام المادة 112 من (ق م ج)التي تنص على انه: " **غير انه لا يجوز ان يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن** " يتضح من هذا النص ان المشرع أراد أن يحمي الطرف المدعم حماية فعالة من تعسف المذعن الذي غالبا ما يدرج في العقد شروطا تعسفية، والعبارات التي تتضمنها عقود الإذعان قد تكون غامضة بالنظر إلى الإبهام الذي يعتبرها أو عدم التوافق والانسجام بين شروط تعاقدية عديدة أو تناقض بين شرط مكتوب باليد وشرط مطبوع مما يثير اللبس كما أن المصطلحات المستعملة بالغ الأثر في ضبابية العبارات وغموضها في النظر إلى اللغة المستعمل به المصطلح، الشيء الذي يستوجب تدخل القاضي لتحويل هذه العبارات لفائدة الطرف المذعن[2].

ويعرف تفسير العقد على أنه تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب اعترى العقد من غموض بالوقوف على الحقيقة المشتركة للطرفين مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجية المرتبطة به، وتسري على عقد الإذعان نفس المبادئ العامة في التفسير للقانون المدني[3].

استثناء إذا في عقود الإذعان تراعي مصلحة الطرف المذعن فيؤول الشك في مصلحته بغض النظر عن وضعه في الدعوى دائما كان أو مدنيا، وذلك لأنه في مثل هذه العقود ينفرد المتعاقد القوي بوضع شروط العقد و إملاء إرادته على المتعاقد الضعيف

[1] بوعراب اورزقي، المرجع السابق، ص 67.

[2] كرميش نور الهدى، المرجع السابق، ص162.

[3] بوعراب أو رزقي، المرجع السابق، ص 69.

فقد يورد هذا الأخير في العقد شروطا تحتمل أكثر من معنى أو شرط غامضا أو شرطا مختلفة متناقضة في ما بينها[1].

نستخلص مما سبق ذكره في هذا الفصل أن المشرع اجازمنح سلطة للقاضي تسمح له بمراجعة وتعديل العقد في مرحلة تكوينه بطبيعة وقائية هامة، حيث أجاز للقاضي في الحالة يكون فيهاغبنأواستغلال، أوشرط منالشروط التعسفية في العقد، التدخل واعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين، وذلك لاعتبارات العدالة وتحقيق اللتوازن المالي للعقد.

[1]عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 82.

الفصل الثاني

سلطات القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه

تمهيد:

من أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد مبدأ" العقد شريعة المتعاقدين" فلا لايملك أيا كان المساس بقوته الملزمة إذ لا يجوز لأي من المتعاقدين تعديله على انفراد، كما لا يجوز ذلك حتى للقاضي الذي يجب عليه احترام ما إتفقت عليه إرادة المتعاقدين، وتطبيق بنود العقد كقانون، [1]غير أنه قد يقترن العقد بظروف تجيز للقاضي التدخل إستنادا إلى نص المادة 107 ق.م.ج، التي تقضي ب: " .... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتنأول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة....." هذا قصد إعادة التوازن العقدي والمحافظة على العقد، فإذا كان للقاضي دور في تعديل العقد في مرحلة تكوينه فإن له أيضا دور ثاني في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ، حيث يمكن للقاضي التدخل في العقد والتعديل في سواء عن طريق إعادة التوازن المالي للعقد أو عن طريق إضفاء تحولات جذرية في العقد بحيث يكون التدخل القاضي دور إيجابي وفعال للمحافظة على العقد وضمان العلاقة التعاقدية[2]. حيث خول للقاضي سلطة واسعة في التعديل، بالنص على حالات كثيرا ما يختل فيها التوازن العقدي أثناء التنفيذ نجد منها حالة الظروف الطارئة حيث يتدخل القاضي لرد الإلتزام المرهق على المدين، وحالة التدخل القاضي لتعديل الشرط نظرة الميسرة، وعليه سنتناول في هذا الفصل:

- سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة (المبحث الأول).
- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة (المبحث الثاني).

[1] نورة سعداني، " **سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري**"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد طاهر محمد بشار، الجزائر، العدد 02، 2015، ص 1.

[2] منيرة جربوعة، "**المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف وسلطة القاضي** "، مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكاديمية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، المجلد 04، العدد 01، 2021، ص 268 ص 269 .

المبحث الأول: تدخل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

يلتزم المتعاقد بمقتضى العقد الصحيح بتنفيذ الإلتزامات التي يرتبها هذا العقد في ذمته، وقد وصف المشرع العقد بأنه "**شريعة المتعاقدين** "مما يستلزم إحترامه وتنفيذه فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين، غير أنه قد تطرح ظروف استثنائية غير متوقعة شأنها إنهيار التوازن الإقتصادي للعقد،[1] مما يرهق المدين بحيث يصبح تنفيذ الإلتزام مرهقا إرهاقا شديدا يهدده بخسارة فادحة، مما يقتضي إعادة التوازن العقدي من خلال منح القاضي سلطة في تعديل العقد حيث تقضي المادة 107 من القانون المدني "**غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحه جاز القاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**"،[2]وفي ما يلي نعرض مفهوم الظروف الطارئة في (المطلب الأول) بينما نتناول سلطة القاضي اتجاه ظروف الطارئة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة

الأصل العقد شريعة المتعاقدين ويجب على كل منهما ان ينفذ إلتزاماته بأمانه وحسن النية غير أنه قد تطرأ ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة تجعل عند تنفيذ الإلتزامات أحد المتعاقدين مرهقا،[3] ومن هنا نشأت نظرية الظروف الطارئة المستمدة من القانون البولوني والقانون المدني الايطالي الجديد ولم يأخذ بها القانون المدني الفرنسي ولا القضاء العادي هناك بينما أخذ به القضاء الإداري، وقد نصت عليها القوانين العربية

[1] اقصاصي عبد القادر، " **نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي**"، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد 02، 2018، ص 127.

[2] المادة 107 من الأمر 75-58، السابق ذكره.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 98.

ومنها المشرع الجزائري فقد اخذ بنظرية الظروف الاستثنائية في الفقرة الثالثة من المادة 107 مدني التي تتأولت شروط مراجعتها التزامات المتعاقدين من جهة وكيفية مراجعتها من جهة أخرى[1].

على اثر ما تقدم ذكره سنتناول في هذا المطلب تعريف الظروف الطارئة (الفرع الأول) ثم شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة

أولا: الظروف الطارئة في اللغة

هذا المصطلح متحدث من كلمه الظروف والطارئ وكل واحد يحمل دلال مختلفة:

كلمة الظروف: الظروف جمع ظرف ويعني البراعة وذكاء القلب وحسن العبارة، ظرف الشيء وعائه ومنه ظروف الازمنة والأمكنه.

كلمة الطارئة: تعود هذه الكلمة إلى أصلها الاشتقاقي طرق وهو ما حدث وخرج فجاه على القوم، أي أتاهم من بعيد فجاه ويقال للغرباء الطراء، والطارئة مؤنث الطارئ[2].

ثانيا: الظروف الطارئة في إصطلاحا

هي مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغيير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها، ويمكن القول أن نظرية الظروف الطارئة هي الأمور الغريبة عن العادة التي تحدث فجأة دون توقع له وقيل هي حالة عامة

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 396.

[2] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 242.

غير مألوفة لم تكن في حسبان المتعاقدين، وقت التعاقد ترتب عليها أن يكون تنفيذ الإلتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحه وان لم يصبح مستحيلا[1].

عرفها بعض فقهاء القانون على أنه" كل حادث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع للحصول أثناء التعاقد يترتب عنه إختلال بين المنافع المتولدة عن عقد، يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال بحيث يصبح تمثيل المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا، وهو يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف، في خسارة التاجر وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة وإرتفاع سعرها ارتفاعا فاحشا غير مألوف ولا متوقع[2].

نلاحظ أن تعريف القانونيين يصف النظرية وصفا عاما يستند عادة إلى الوقائع التي نظر فيها القضاء وأصدر فيها شأنها أحكاما، وسبب ذلك يعود إلى أن الوقائع في نظرهم لا تكون ظرفا طارئا إلا في ضوء ما يحيط به من ظروف زمانية ومكانية، وعليه لا يمكن إيجاد تعداد حصري للظروف الطارئة خاصة مع تطور العلمي، يشمل أنواع أخرى لم تكن معروفة من قبل، مثل فيروس كورونا المستجد وتلوث البيئة وانتشار الغازات السامة وكلها قد تكون ظروف طارئة تؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ الإلتزام العقدي[3].

وجدير بالذكر ينبغي التنبيه إلى الفرق بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، حيث أن الحوادث الاستثنائية هي تلك التي لا تؤدي إلى جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا لأنه صار مستحيلا لا تقضي الإلتزام وفسخ العقد ولم يكن هناك مجال لتعديله،وهذه هي الآثار التي تترتب على القوه القاهرة، أما الحوادث الطارئة فهي تختلف عن القوة القاهرة

[1] محمد بلبية، ابراهيم أوراغ، **"أثر نظرية الظروف الطارئة على عقود التمويل الإسلامي"**، مجلة الاقتصاد الصناعي، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، المجلد 11، العدد 02، 2021، ص 29.

[2] محمد بوكماش، مرجع السابق، ص 242.

[3] محمد بوكماش، " **نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح**"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 26، 2012، ص 51.

في أنها لا تجعل تنفيذ الإلتزام المدين مستحيلا، بل تجعله مرهقا فقط مع بقائه ممكنا فيظل العقد قائما ويكون من العدل أن يرد الإلتزام المرهق فيه إلى الحد المعقول، أما إذا طرأت حوادث تؤدي إلى تحميل المدين بعد الخسائر دون إن تصل إلى درجات إرهاق فلا يكون هناك مجال انطباق النظرية أو تدخل القاضي ويظل المدين ملتزما بالوفاء بما هو منصوص عليه في العقد لان معاملات الافراد كما تحتمل الكسب تحت من الخسارة أيضا[1].

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

أورد المشرع في المادة 107 ق.م.جمجموعة من الشروط يتعين مراعاتها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهي أن تكون هذه الظروف استثنائية وعامة وغير متوقعة(أولا) ان يجعل الحادث تنفيذ الإلتزام مرهقا وليس مستحيلا(ثانيا)،ان تطرأ هذه النظرية في الظروف المنتدى بين انعقاد العقد وتنفيذه(ثالثا).

أولا – أن تكون هذه الظروف استثنائية و عامه وغير متوقعة.

يراد بكون الحادث الطارئ استثنائيا إن يكون خارجا عن المألوف أي نادر الوقوع وهو الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم ويراعى في ذلك المكان والزمان فما يكون استثنائيا في بلد قد يكون عاديا في بلد آخر وما يكون استثنائيا في زمن قد يغدو مألوفا في زمن آخر، ومن الظروف الطارئة ما هو استثنائي الحروب ومن الظروف ما تكون بطبيعتها غير استثنائية يكثر وقوعها فتكون مألوفا كارتفاع أو انخفاض الأسعار بمعدلات طفيفة وتكرار ظاهرة فيضانات بمنسوب معروف فلا يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا بلغ الحد يتجأوز المألوف[2].

[1] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 156.

[2] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 241.

ويكون الحادث غير متوقع إذا لم يكن في وسع المتعاقدين وعلى وجه الخصوص المتعاقد المدين توقعه وقت إبرام العقد وإلا احتاط لذلك وهذه الشروط في الحقيقة تكميل للشرط الأول لان الحادث غير المتوقع، ويظهر ان المشرع اراد هذه الصفة من باب التذكير، والتأكيد على أن مراجعة العقد هي حالة استثنائية، ويرى البعض من الفقهاء في هذا الشأن ان عدم التوقع ينصرف إلى نتائج الظرف الإستثنائي لان ما يترتب عنه من آثار هي التي تكون غير متوقع وتؤدي إلى إختلال بين الادعاءات المتقابلة[1].

ويكون عاما أي غير خاصة بشخص المدين فلا يعتد في هذا الشأن بما يطرأ على المدين من ظروف خاصة كموته أوإعساره أوتوقفه عن العمل، أو حريق محصوله، ومثال الحوادث العامة كالفيضانات والزلازل، أو صدور قانون جديد يضع تسعيرة جبرية، أو حدوث وباء عام.[2]

ثانيا: أن يجعل هذا الحادث تنفيذ الإلتزام مرهقا وليس مستحيلا

يجب أن لا يؤدي الحادث إلى استحالة تنفيذ الإلتزام إذ انه في هذه الحالة يكون قوة قاهرة ويترتب عليه انقضاء الإلتزام وانفساخ العقد بقوة القانون، وهذا هو الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة مع أنهما يشتركان في أن كلاهما لا يمكن توقعه ولا يستطيعون دفعه، إلا إنهما يختلفان فإن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا أما الظرف الطارئ يجعله مراهقا[3]، أما بخصوص مقدار الإرهاق فقط اكتفى المشرع الجزائري بوصفه الخسارة الفادحة، إي غير مألوفة وهو معيار مرن ليس له مقدار ثابت فما يكون مرهقا في ظروف مع مدين قد لا يكون مرهقا لمدينة آخر لأن الخسارة تتأثر بتغير الظروف

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 398.

[2] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 161.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 307.

وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير وقوع الإرهاق من عدمه، وهي مسألة واقع لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة[1].

ثالثا: ان تطرأ هذه الظروف في الفترة الممتده بين انعقاد العقد وتنفيذه

فإذا كانت هذه الظروف موجودة قبل انعقاد العقد فلا تؤثر عليه ولو كان احد المتعاقدين أو كلاهما لا يعرف بها، ومجال تطبيق هذه الظروف هو العقود المستمرة الزمنية التي يتطلب تنفيذها زمنا كعقد الإيجار وعقد العمل وعقود التوريد وتطبق هذه النظرية أيضا في العقود الفورية إذا تراخى تنفيذها كالبيع الذي يؤجل دفع الثمن وتسليم المبيع[2].

كما لاتطبق هذه النظرية الظروف الطارئة على عقود الغرر لأنها عقود تعرض بطبيعتها المتعاقد لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة [3].

المطلب الثاني: دور القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

ينجر عن فشل المفأوضات بين المتعاقدين، إمكانية عرض النزاع أمام القضاء لإيجاد الحل المناسب لاختلال توازن العقد، اذ غالبا ما يلجأ المدين المتضرر من الظرف الطارئ الذي تعتبر سلطته في تعديل العقد سبب الظروف الطارئة، ومن أهم صور تدخل القاضي في تعديل موضوع العقد، التي اعترف بها المشرع للقاضي في المادة 107

[1] صورية غربي، "**سلطة القاضي في تعديل العقد المدني بسبب الظروف الطارئة في مرحلة التنفيذ**"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة بوشعيب بالحاج عين تموشنت، الجزائر، المجلد 04، العدد 03، 2021، ص ص389، 390.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 305.

[3] رشيد دحماني، عمار زعبي، "**وقف تنفيذ العقد لمصلحة المادي بين الظروف الطارئة ومهلة الميسرة**"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، العدد 02، 2019، ص 124.

ق.م.ج، حيث تمنح له مجال واسع للتدخل وإنقاذ العقد من الزوال[1]. وعلى الرغم من حرية القاضي في اختيار وسيلة رد الإلتزام إلا أن هذا الاختيار يتم وفق ضوابط حددها القانون[2].

وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى ضوابط سلطة القاضي لرد الإلتزام المرهق(الفرع الأول) تدخل القاضي لرد الإلتزام المرهق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضوابط سلطة القاضي لرد الإلتزام المرهق

لقد خول المشرع القاضي طبقا للمادة 107 الفقرة 3 ق.م.ج سلطة تعديل العقد بهدف تكريس التوازن ولكنه قيد هذه السلطة، بمعنى لم يمنح المشرع للقاضي سلطة تقديرية مطلقة، إذ أنه عندما نص على جوازي تدخل القاضي لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ووضع مجموعة من الضوابط يجب على القاضي مراعاتها[3].

وعليه سنتنأول في هذا الفرع مراعاة القاضي للظروف المحيطة (أولا)، قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين(ثانيا).

أولا: مراعاة القاضي للظروف المحيطة به

ورد ضمن نص المادة 107/ 3 من القانون المدني عبارة " تبعا للظروف "، فقد ذهب أغلب الفقه إلى القول أن هذه العبارة لم تأتي عبثا بل قصد بها المشرع تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدود ما تكون عليه ظروف التعاقد أو التنفيذ وبناء على هذا

---

[1] عثماني بلال، **أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية الالتزام بحسن النية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 315.

[2] خميس صالح ناصر عبدالله المنصوري، **نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي**، دراسة تحليلية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص 132.

[3] زمام جمعة، **العدالة العقدية في القانون الجزائري**، شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013 – 2014، ص 400.

التفسير فالقاضي لا يستطيع ان يقضي بتعديل المضمون المادي الإلتزام إذا ما تبين له الظروف المحيطة إن الحادثة الاستثنائية حادثة وقتيه يقدر زوالها في وقت قصير لا يستدعي تعديل مضمون العقد وإنما يتطلب فقط تأجيل تنفيذه، وهذه العبارة وسعت من سلطة القاضي التقديرية ومنحه السلطة واسعة للحركة بما يمكنه من أداء مهمته في رده إلى الحد المعقول[1].

وفي هذا المجال يقدم الدكتور عبد الرزاق السنهوري مثالا يوضح لنا مدى أهمية أن يقوم القاضي بمراعاة الظروف المحيطة بالقضية هذا الفصل فيها بمقأول يتعهد بإقامة مبنى وترتفع أسعار بعض المواد البناء كحادث طارئ إرتفاعا فاحشا ولكن هذا الارتفاع يوشك أن يزول وهذا لقرب انتفاع باب الاشتراك فيوقف القاضي التزام المقأول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن المقأول من القيام بالتزاماته دون إرهاق، إذ لم يكن في هذا الوقت ضرر جسيم يلحق بصاحب المبنى[2].

لذلك يجب على القاضي أن يراعي مصلحة الطرفين ومن مظاهر الموازنة بين مصنع الطرفين ان يجري سلطته التقديرية على الحاضر فقد دون النظر إلى ما تم في الماضي وكذلك بغض النظر عن المستقبل الذي تعتريه احتمالات عدة ومن بين الاحتمال زوال الظروف الطارئة[3].

ثانيا: قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين

وهو ماعبرعليه المشرع في المادة 107 الفقرة 3 بعد مراعاة مصلحة الطرفين وهو يقوم على نظام توزيع الأعباء الطارئة وتحقيق العدالة بإعادة التوازن إلى العقد[4]، فضابط

[1] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 261.

[2] خميس صالح ناصر عبدالله المنصوري، المرجع السابق، ص 136.

[3] بلقاسم زهرة، **أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محند أولحاج البويرة، 2013 – 2014، ص ص 72، 73.

[4] زمام جمعة، المرجع السابق، ص 400.

الموازنة بين مصلحة الطرفين ينصب بشكل مباشر على نظام توزيع العبء الطارئ فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بإعادة التوازن الاقتصادي إلى العقد الذي أدى تطور الظروف إلى إخلال الجسيم بمركز احد الطرفين المتعاقدين ويصبح التزامه مرهقا له في العقد وقتها نشأته انعقد على مصالح متوازنة بين طرفيه فكل منها يهدف إلى تحقيق مصلحه معينه فيرتبط بموجب الاتفاق لتحقيقه غير أن تغيير الظروف أدى إلى إختلال تلك المصالح وإنعدام تعادل بينهم أصبح طرف الروابط العقدية ما بين كاسب وخاسر، لذا فقد حرص المشرع على أن يتم تعديل برن الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد تقدير الظروف المحيطة وإجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين وهذه الموازنة تتم في ميزان ظروف الاستثنائية الجديدة بالنظر إلى ظروف السابقة التي نشأ فيها العقد بحيث يتحقق العدل والإنصاف وهو ما عبر عليه المشرع بقوله وبعد مراعاة مصلحة الطرفين[1].

ونظرية الظروف الطارئة لا تعني رفع الإرهاق كله على كاهل المدين لا تعني إلقائه كله على عاتق الدائن وإنما تهدف إلى الموازنة بين الطرفين ومن هنا تظهر في أهمية هذا الضابط المتمثل في إلزام القاضي بإجراء المقارنة بين مصلحة كل المتعاقدين، وعلى ظرف ما ينتج هذه المقارنة يكون اختيار الحل المناسب بمعنى أن هذا الضابط يقوم على إعادة توزيع الأعباء الطارئة مباشرة بين طرفي العقد وهذه هي الغاية الأساسية من تطبيق نظرية الظروف الطارئة المتمثلة في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختل بسبب الظروف الطارئة[2].

[1] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص ص 255، 256.

[2] خميس صالح ناصر عبدالله المنصوري، المرجع السابق، ص 136 ص 137.

الفرع الثاني: تدخل القاضي لرد الإلتزام المرهق

وينجم عن توافر شروط نظرية الظروف الطارئة وعلى ضوء المادة 107/ 3 جاز للقاضي مع مراعاة مصلحة الطرفين إن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول[1]، وهذه الآثار تتمثل إما في إنقاص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، أو زيادة الإلتزام المقابل لإلزام المرهق أو وقف تنفيذ الإلتزام المرهق، [2]وللقاضي أن يزيد في الإلتزام المقابل للالتزام المرهق، وقد يرى إنقاص الإلتزام المرهق، وقد يكتفي بوقف تنفيذ العقد إذا توقع زوال الظرف الطارئ بعد مدة معقولة.

وعليه سنتنأول في هذا الفرع، تعديل القاضي بإنقاص الإلتزام المرهق(أولا) التعديل بزيادة الإلتزام المقابل للالتزام المرهق(ثانيا)، ثم التعديل في صورة وقف تنفيذ الإلتزام (ثالثا).

أولا: التعديل بإنقاص الإلتزام المرهق

يعد الإنقاص من التزامات المدين، الإجراء الطبيعي والمنطقي للحد من الخسارة الفادحة المتوقعة فيعفى المدين من تنفيذ جزء من ما التزم به لإنقاص من ثمن شراء أو إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة كأجل التنفيذ حيث يمكن منح اجل للتنفيذ، أي أجل جديد بسبب الظرف الطارئ كما يمكن أن يتم بإنقاص الإلتزام من جودة الشيء الملتزم به وبالإنقاص يتم توزيع الخسائر على طرفي العقد مع مراعاة مصلحة العدالة[3].

كما يلجأ القاضي لذات الوسيلة المذكورة بإنقاص ثمن أضافه الأسعار بحيث يتحمل المدين جزء من الخسارة يتمثل في الفرق بين ثمن المحدد في العقد والثمن الذي حدده القاضي والذي يجب أن يدفعه له الدائن، وبذلك يكون الدعم قد تحمل الجزء الذي يزيد

[1] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 264.

[2] ربيعة نصيري، المرجع السابق، ص 125.

[3] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص ص 264، 265.

على السعر الذي كان متوقعا عند إبرام العقد في حالة الهبوط العادي والثمن الذي حدده القاضي ويتحمل المدين في العقود الدورية أو المستمرة التنفيذ جزء يعادل الزيادة غير المألوفة وبالقدر الذي يقوم بتنفيذه في حين يتحمل الدائن الجزء المقابل للزياده الطارئة بالقدر الذي لم يتم تنفيذه[1]، والغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليل من الخسارة الفادحة التي يتحمل عن المدين فله أي المدين أن يتحمل حتما الخسارة المألوفة بينما يحأول القاضي في ظروف العملية العقدية أن يوزع مقدار الخسارة الفادحة بين المتعاقدين مراعيا مصلحة كل منهما[2].

ثانيا: التعديل بزيادة الإلتزام المقابل لالتزام المرهق

قد يختار القاضي من أجل تخفيف الإلتزام المرهق للمدين لا إنقاصه وإنما زيادة الإلتزام الملقى على عاتق الدائن، بحيث يتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الإلتزام أما المدين فيتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة وهدف القاضي من هذا الوسيلة هو تحقيق نوع من التوازن الاقتصادي بين الإلتزامات التي يرتبها العقد على طرفين متعاقدين وليس زيادة الإلتزامات الدائن بما يعوض عن المدين كل العبء الناتج عن الظرف الطارئ[3]، ولا شك لن القاضي وهو في سبيله لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول لا يوزع هذه الزيادة على الطرفين هكذا، ولكن عليه أن يراعي الزيادة المألوفة فيحمل على المدين وحده ولكن باقي الزيادة يقسمها القاضي بين الدائن والمدين وفقا لما يراه متفقا مع قواعد العدالة دون أن يلزم بالضرورة أن يوزع بينهما مناصفة[4].

والنتيجة لما سبق فانه كلما أدى وقوع الحادث طارئ إلى إرتفاع فاحش في سعر السلعة المتفق عليها، يتدخل القاضي لزيادة السعر المبين في العقد، بحيث أن القاضي

[1] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 261.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 403.

[3] بلقاسم زهرة، المرجع السابق، ص 79.

[4] ربيعة نصيري، المرجع السابق، ص 126.

عندما يرفع السعر لا يفرض على الطرف الأخر أن يشتري بهذا السعر بل يخيره بين الشراء والفسخ، فإذا اختار الفسخ كان ذلك أصلح للمدين إذا يزاح من عاتقه كل آثار الحادث الطارئ [1].

والقاضي في حالة زيادة الإلتزام المقابل للالتزام المرهق، لا يقوم برد الإلتزام إلى حد المعقول إلا بالنسبة للحاضر ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف فقد يزول اثر حادث الطارئ فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعاقد وتكون القوه الملزمة كاملة كما كان في الأصل[2].

ثالثا: التعديل في صورة وقف الإلتزام

قد يرى القاضي وقف العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتيا يقدر له الزوال في وقت قصير، وأنه ليس من شان هذا الوقف المؤقت أن يلحق ضررا كبيرا بالدائن وقدر أن اللجوء إلى وسيلة الإنقاص من الإلتزام المرهق يؤدي إلى اختلال توازن اقتصادي للعقد، كما يتعين على القاضي عند تطبيق هذه الوسيلة أن يحتاط بحيث يأخذ بعين الاعتبار ظروف المدين ويتأكد من حسن نيته[3]، وعليه فقد يحكم القاضي بإيقاف تنفيذ العقد فترة من الزمن حتى تزول آثار الحوادث الاستثنائية ويكون ذلك إذا كانت هذه الآثار مؤقتة من ناحية وكان وقت التنفيذ العقد لا يسبب ضررا كبيرا من ناحية أخرى[4]،

ومثال ذلك أن يتعهد المقأول بإنجاز مبنى في اجل محدد ثم ترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعا باهظا نتيجة لحادث طارئ وهنا قد يحكم القاضي بوقف تنفيذ التزام المقأول

[1] زينة صاغي ونسيمة مقري، المرجع السابق، ص 54.

[2] خميس صالح ناصر عبدالله المنصوري، المرجع السابق، ص 158.

[3] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 258.

[4] سمير تناغو عبد السيد، المرجع السابق، ص 164.

وذلك بعد ان يتضح لديه أن ارتفاع الأسعار سيزول قريبا، وذلك حتى يتسنى للمقأول تنفيذ التزامه دون إرهاق إذ لم يكن في هذا الوقت ضرر جسيم يلحق صاحب البناء[1].

من خلال ما سبق يمكن أن نستخلص أن الوقوف ما هو إلا إجراء يستطيع به القاضي أن يمد من اجل تنفيذ الإلتزام ولا يمس موضوع العقد، سواء بالإنقاص منه أو الزيادة سواء لأحد الطرفين أو كلاهما وبذلك لا يؤثر وقف العقد في كم التزامات المدين الواجبة الأداء، بحيث مهما كانت المدة التي قرارها القاضي لصالح المدين، يظل كم الأداء بدون تغيير لان الوقف لا يمس مضمونا العقد، سواء من الناحية الموضوعية أو المادية فتبقى الإلتزامات فيه محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقت الموقوف[2].

[1] جيلالي بن عيسى، " **نظرية الظروف الطارئة في ظل اختلال الالتزامات التعاقدية**"، المعيار في الادب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد التاسع، العدد الثاني، 2018، ص138.

[2] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 259.

المبحث الثاني:سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة

يترتب عن المسؤولية العقدية أو التقصيرية تعويض يدفعه المدين إلى الدائن والأصل في تنفيذ هذا الإلتزام يكون عينيا، وعند تعذر القيام بذلك من طرف المدين ينفذ عن طريق التعويض(التنفيذ بمقابل) والتعويض قد يكون قضائيا أو قانونيا أو اتفاقيا[1].

فالأصل أن القضاء هو من يحدد هذا التعويض الناتج عن إخلال أحد المتعاقدين بالتزامات العقد غير أنه لا يوجد مانع من أن يكون هناك اتفاق على التعويض سابق وقوع هذا الخطأ و الضرر وهو ما يسمى التعويض ألاتفاقي أو الشرط الجزائي، حيث يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزاماته أو إذا تأخر في تنفيذه وهو ما يسمى كذلك لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي[2]، نظمه المشرع الجزائري في القانون المدني في المواد 183 184 185 منه.

أما فيما يخص نظرة الميسرة تعتبر أمرا مسلما به ومبدأ يطبق في القانون المدني الجزائري، حيث يجوز للقاضي أن يمنح المدين التي لا يستطيع الوفاء بدينه في ميعاد استحقاقه، أجلا يوفي خلاله وهو ما يسمى كذلك بالأجل القضائي، رغم إنتهاء الأجل الاتفاقي فللقاضي أن يتدخل لتحديد الأجل في العقد بناء على السلطة التي منحها المشرع وذلك للمحافظة على إستمرارية وتوازن العقد[3].

---

[1] قاشي علال،" **الشرط الجزائر بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة**، " مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة لونيسي علي، البليدة 2، المجلد 4، العدد 02، 2020، ص 2251.

[2] أنور سلطان، **النظرية العامة للالتزام**، أحكام الالتزام، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 173.

[3] طرطاق نورية، " **سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة**"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست،العدد 05، 2014، ص 135.

بناء على ما تقدم ذكره سنتناول هذا المبحث في مطلبين، (المطلب الأول) سنتناول فيه سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، أما(المطلب الثاني) سنتناول فيه سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي(التعويض الاتفاقي).

ظهر الشرط الجزائي أو ما يسمى التعويض الاتفاقي أو الرضائي في العهد القديم في القانون الروماني كجزاء عقوبة خاصة تلحق بمن يخل بالتزاماته ويتم الاتفاق عليها بين أطراف العقد مسبقا وتجلى هذا المعنى نتيجة الشكلية التي كانت تسوده، وقد شاع في الحياة المعاصرة في عقود الغرر والمقأولاتية[1]، والعقود الرياضية خاصة كرة القدم، ويعتبر الشرط الجزائي من أهم ما توصل إليه المشرع احتراما لحرية الإنسان وحقوقه وإرادته السماح للأفراد بالتعاقد باعتبار العقد شريعة المتعاقدين وهذا ما يؤدي إلى إنشاء الإلتزامات بين المتعاقدين انطلاقا من الحريات العقدية الممنوحة تحديد التعويض بتضمين العقد شرطا جزائيا يكون في العقد أو لاحقا له[2].

بناءا على ما تقدم ذكر تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: مفهوم الشرط الجزائي (الفرع الأول) ثم دور القاضي في تعديل الشرط الجزائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي.

لتحديد مفهوم الشرط الجزائي ينبغي الوقوف عند تعريف الشرط الجزائي والخصائص المميزة له (أولا)، ثم الطبيعة القانونية للشرط الجزائي (ثانيا)، ثم شروط استحقاق الشرط الجزائي (ثالثا).

---

[1] فرقاني قويدر نور الاسلام، " **استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله** "، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، المركز الجامعي تيبازة الجزائر، مجلد، 07 العدد، 02، 2020، ص 1657.

[2] بورنان العيد، **الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة**، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2019 – 2020، ص 11.

أولا: تعريف الشرط الجزائي وتحديد خصائصه.

سنتناول تعريف الشرط الجزائي(1)، ثم نتعرض إلى خصائصه (2).

1- تعريف الشرط الجزائي:

حظي الشرط الجزائي بعدة تعريفات تتفق في مجملها في النهاية بأنه"

عبارة عن تعويض يتفق على تحديده أطراف العقد أما في العقد ذاته أو في وثيقة لاحقة يتولى المدين اداؤه إلى الدائن أما في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو في حالة التأخر في ذلك فقط، فالتعويض هنا مقدر اتفاقا لا قضاءا، ومثال ذلك أن يتعهد مقأول في البناء بدفع تعويض نقدي إن هو تأخر في اتمام البناء في تاريخ محدد وإن كان الغالب أن يكون الشرط الجزائي في صورة مبلغ من النقود فلا مانع ان يكون في صورة أخرى كسقوط جال دفع مبالغ مالية كانت تدفع على اقساط أو تشديد شروط استعمال حق معين وهذا كاشتراط ترخيص معين[1]، ووفقا لبعض القانونيين الفرنسيين، فإن هذا البند هو في الواقع شرط فقطالأضرار وتستند الحجة الرئيسية إلى المادة 1229 السابقة من القانون التي تنص على أن الشرط الجزائي هو التعويض عن الأضرار والتعويضاتالفائدة التي يعاني منها الدائن من عدم الوفاء بالإلتزام الرئيسي، ومن ثم فإن الوظيفة الرئيسية لهذا البند هي نفس المؤلفين.وسيحل محل التقييم القضائي[2].

أما المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا واضحا صريحا للتعويض الاتفاقي واكتفى بتحديد شرعيته ومضمونه و رقابة القاضي عليه ضمن المواد 183 إلى 185 من

[1] دربال عبد الرزاق، **الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري**، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 16.

[2] Khaldia YEKRO, Abdelkrim meflah, "La Clause Pénale Comme Moyen D'Indemnisation en Droit Algérien à la Lumière du Droit Français», Revue de Droit Public Algérien et Comparé, Laboratoire de Droit de la mer Université de Relizane, Vol. 07, N 02, p. 11

القانون المدني الجزائري،[1]مسايرا في ذلك معظم التشريعات المقارنة كالقانون المصري الا ان المشرع الفرنسي نجده قد تعرض لتعريف الشرط الجزائي في المادتين 1226 1229 من مدونة نابليون 1804 في المادة 1226 على أن الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حال عدم التنفيذ أما المادة 1229 الفقرة الثانية فقد عرفت الشرط الجزائي بأنه تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الأصلي ولا يمكنه ان يطالبه في نفس الوقت بالاصل والجزاء ما لم يكن الشرط مقررا لمجرد التأخير[2].

2- خصائص الشرط الجزائي

يتميز الشرط الجزائي بجملة من الخصائص نعرضها كالتالي:

أ- الشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقرير التعويض.

ينشأ الشرط الجزائي بناءا على إرادة المتعاقدين، فالاتفاق الإرادي للمتعاقدين هو المصدر الوحيد لهذا الشرط وليس القانون وعليه فالشرط الجزائي لا يقوم إلا إذا تدخلت إرادة الدائن من جهة لتقرير التعويض الاتفاقي ضمانا لتنفيذ الإلتزام العقدي وارادة المدين من جهة اخرى بقبوله له من خلال الإلتزام به في حال الإخلال بالإلتزام الأصلي.

وهذا ما يجعل الشرط الجزائي يختلط بالغرامات التهديدية هذه الأخيرة تتم بطابع القهري خاصة في الحالة التي يرتبط فيها الشرط الجزائي بالتأخير في التنفيذ إلا أن الاختلاف الجوهري بينهما يكمن في ان الغرامة التهديدية هي وليدة حكم قضائي تستمد أساسها من امتناع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر ضده أما الشرط الجزائي فهو وليد اتفاق بين المتعاقدين طبقا للمادة 183 ق.م.ج التي تنص: " يجوز للمتعاقدين ان

[1] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 267

[2] بورنان العيد، مرجع السابق، ص 12.

يحدد مقدما التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق اللاحق " وأساسه إخلال المدين بالتزامه العقدي[1].

ب- الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي

يعني ان التعويض الاتفاقي لا وجود له بالاستقلال عن الإلتزام الاصلي، فاذا لم ينشأ العقد الأصلي، أو لحق به البطلان، إنعدم موضوع التعويض الاتفاقي وزال مفعوله القانوني وبناء على هذا المبدأ فإن جميع أوصاف الإلتزام الأصلي من شرط وعجل وتضامن وما شبه ذلك تلحق بالتعويض الإتفاق وبالتالي يصبح التعويض الاتفاق موصوف بوصف الإلتزام الأصلي[2]، ويترتب على هذه الخاصية التبعية قاعدتين:

- العبرة بالتزام الأصيل لا بالتعويض الاتفاقي.

- بطلان الإلتزام الأصلي يستبعد بالضرورة بطلان الشرط الجزائي ولا عكس[3].

ج - الشرط الجزائي التزام احتياطي

إن اعتبار الشرط الجزائي تعويضا اتفاقيا مسبقا يستحق في حالة عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه، يبين صفته كالتزام تابع لإلتزام أصلي هذه الصفة التي ينتج عنها انه من جهة أخرى طريق احتياطي يتقرر فقط في حالة عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي أو التأخر فيه[4].

ويعتبر الشرط الجزاء وسيلة تعويضية إحتياطية لا يلجأ إليها الدائن إلا في حالة عدم تنفيذ المدين الإلتزام الأصلي والدائن في هذه الحالة عليه أن يقوم بالمطالبة بالتنفيذ

[1] عبيد نجاة، المرجع السابق، ص ص 119، 120.

[2] طارق محمد مطلق ابو ليلى، **التعويض الاتفاقي في القانون المدني- دراسة مقارنة** -، اطروحة لاستكمال متطلبات الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2007، ص 19.

[3] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 275.

[4] باشا سعيدة، **الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2017 2018، ص 14.

العيني للالتزام الاصلي اذا كان ممكنا، أما إذا استحال التنفيذ على المدين كان للدائن المطالبة بالإلتزام الاحتياطي المتمثل في الشرط الجزائي[1].

غير ان الاتفاق على التعويض الاتفاقي عند عدم التنفيذ لا يحرم الدائن من اللجوء إلى القضاء مطالبا بتطبيق الوسائل القانونية لإدراك التنفيذ العيني مباشره مثل القيام بالتنفيذ العيني على نفقة المدين والرجوع على الأخير بتلك النفقات حتى ولو زادت عن قيمة التعويض الاتفاقي خاصة في عقود التوريد والمقأولة وكذلك اللجوء إلى الوسائل الغير مباشرة للتنفيذ العيني كالغرامة التهديدية وذلك بتوافر شروطها اللازمة مثل هذه الحالات المقررة قانونا طبقا لأحكام المواد 174 175 من القانون المدني[2].

ثانيا: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي

اختلفت الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، ولمعرفة الطبيعة القانونية للشرط الجزائي نقسم هذا الجزء إلى ثلاثة اتجاهات الشرط الجزائي كعقوبة، إتجاه الشرط الجزائي كتعويض، طبيعة مزدوجة، ثم موقف المشرع الجزائري من الشرط الجزائي.

1- ذو طابع تعويضي: هناك من يرى أن الشرط الجزائي ذو طابع تعويضي تعاقدي ذلك بأنه تعويض متفق عليه مسبقا في العقد ذاته أو عقد لاحق له على أن يتم التعويض في حالة كان هناك إخلالا بالإلتزام.

2 - ذو طابع عقابي: وهناك من يرى ان الشرط الجزائي ذو طابع عقابي ويرعى أصحابه هذا الاتجاه أن طبيعة الشرط الجزائر هي طبيعة عقابية ويظهر ذلك من خلال تسميته بشرط الجزائي كونه جزاء يتعرض له المدين وذلك لعدم تنفيذ التزاماته واخلاله به

[1] عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 121.

[2] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 277.

ومثال ذلك أنه كثيرا ما تتضح لائحة المصانع شروط جزائية تقضي بخصم مبالغ مالية معينة من أجرة العمال جزاء الإخلال بالإلتزام[1].

3 – ذو طابع مزدوج: يرى هذا الجانب من الفقه أن طبيعة الشرط الجزائي هي طبيعة مزدوجة حيث يرى أن إستبعاد الطابع التعويضي للشرط الجزائي أو استبعاد طبيعية العقاب هو موقف متطرف بل يجب الجمع الموقفين الذين يكونان الموضوع ونقيضه قد يعطي الحل الصحيح من الناحية النظرية[2].

أما موقف المشرع الجزائري اتجاه الطبيعة القانونية للشرط الجزائي فهو ذو طبيعة تعويضية ويتضح ذلك من خلال اشتراطه تحقق الضرر بهدف إستحقاق الشرط الجزائي المتفق عليه مسبقا[3]. ويظهر ذلك في النص المادة 184 من ق.م.ج " لا يكون تعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

ثالثا:شروط استحقاق الشرط الجزائي.

لكي يكون التعويض الاتفاقي الشرط الجزائي مستحقا إلا إذا توفرت شروط استحقاق التعويض المتمثلة في الخطأ، الضرر العلاقة السببية، بينهما والأعذار.

1– الخطأ:

يقصد بالخطأ عدم قيام المتعاقد بما التزم به في العقد أو التأخير فيه، فالشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا كان هناك خطأ من المدين لأن التعويض لا يستحق على المدين إذا لم يكن هناك خطأ من المدين إذا لم يكن هناك خطأ من جانبه وإذا لم يستحق

[1] زياد صبرينة، **الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، 2019، 2020 ص 17.

[2] بورنان العيد، المرجع السابق، ص 30.

[3] زياد صبرينة، المرجع السابق، ص17.

التعويض فلا محل لإعمال الشرط الجزائر لأنه تعويض لتقدير قد استحق وعلى الدعم إثبات هذا الخطأ طبقا للقواعد العامة[1].

2- الضرر:

يتعين على الدائن إثباته إلا إذا كان الإلتزام العقد الذي قصد المدين الوفاء به إلتزاما بتحقيق النتيجة سيكتفي من الدعم بإثبات عدم تحققها فإن فعل فيفترض الخطأ في جانب المدين ويكون على هذا الأخير إذا أردنا في المسؤولية إقامة الدليل على وجود سبب الأجنبي[2].

3- العلاقة السببية

لا يكفي لاستحقاق التعويض المتفق عليه توفر الخطأ والضرر بل يجب توافر العلاقة السببية بينهما فانتفائها يلزم منه سقوط الجزاء المشروط أو المتفق عليه، فلما كان الشرط الجزائي يتعلق بقواعد المسؤولية فإنه لا يمكن إستعمال الجزاء المتفق عليه إلا إذا كان المدين مسؤولا عن عدم تنفيذ أو تأخر فيه.

وللمدين أن ينفي مسؤوليته بقطع الرابطة السببية بإثبات السبب الأجنبي الذي احدث الضرر لذلك تنتفي المسؤولية اذا اثبت ان الضرر غير مباشر أو أنه في مجال المسؤولية العقدية كان مباشر ولكنه لم يكن متوقعا فعندما تتحقق أركان المسؤولية ولا يستطيع التعويض لكنه يبقى هذا كقاعدة لأنه يجوز الاتفاق على تشديد المسؤولية وتحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ[3].

[1] قاشي علال، المرجع السابق، ص 2260.

[2] انور سلطان، المرجع السابق، ص 176.

[3] باشا سعيدة، المرجع السابق، ص 36.

4 – شرط الإعذار

الإعذار شرط إستحقاق الشرط الجزائي إلا إذا تعلق الأمر بإحدى الحالات التي يكون فيها الإعذار غير ضروريا،(م 181 ق. م. ج)[1].

الفرع الثاني: دور القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

الأصل أنه إذا تحققت شروط الشرط الجزائي وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع، يتعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، وسلطة القاضي في هذا الشأن مطلقه لا معاقب عليها، غير أنه إستثناء من هذا الأصل أجاز المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة وهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانها منها بإتفاق خاص[2].

وعليه سنتطرق إلى سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي (أولا)، ثم سلطة القاضي في زيادة شرط الجزائي (ثانيا).

أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي ليصبح متناسبا مع جسامة الضرر الذي لحق الدائن من الإخلال بالتنفيذ الإلتزامات، وقد نصت المادة 184 ق. م. ج على أنه: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر،ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا

---

[1] نصت المادة181 مكرر من الأمررقم 58/75 المتضمن القانون المدني على أنه:"لاضرور من الاعذار في الحلات الاتية:

اذاتعذر تنفيذ الالتزام او اصبح غير مجدي بفعل المدين.

اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر.

اذا كان محل الاتوام رد شيئ يعلم المدين انه مسروق، او انه تسلمه دون حق وهو علئ علم بذالك.

اذاصرح المين كتابة بانه لاينوي تنفيد التزامه.

[2] انور سلطان، المرجع السابق، ص 178.

أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ويستخلص من نص المادة سالفة الذكر أنه يجوز فيها للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين:

أ- إذا اثبت المدين ان تقدير التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه

في هذه الحالة يكون شرط الجزائي في قيمته يزيد عن الضرر ويصل إلى درجة مبالغ فيها فيكون مضرا مجحفا بمصلحة المدين، وما بقي على القاضي إلا تخفيضه إلى الحد المناسب مع الضرر، ويراد بالمبالغة في الشرط الجزائي عدم التناسب بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ بحيث يترتب على ذلك نوع من المضاربة[1].

مما يجب معه رد التعويض الاتفاقي إلى حدوده المعقولة ولو زاد عن الضرر فعل لكن دون أن يبلغ حد الإفراط.[2]

وعملية التخفيض لا يقوم بها القاضي وفقا لمعايير تقدير التعويض القضائي المحدد في المادة 182 أي ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بل يستمد القاضي في إجراء التخفيض للشرط الجزائي المبالغ فيه إلى معايير يستمدها من شروط العقد والظروف الملابس له[3].

2- إذا ثبت أن المدين أو فى بجزء من التزامه الأصلي

وذلك أن الشرط الجزائي وضع أصلا في حالة عدم التنفيذ الكامل فإذا كان المدين قد نفذ جزء من التزامه، وبذلك يخفض المبلغ المتفق عليه بنسبة ما نفذ من الإلتزام أي أن

[1] نساخ فطيمة، **الوظيفة الاجتماعية للعقد**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2012 / 2013، ص 186.

[2] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 18.

[3] نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص 186.

القاضي ينقص مقدار التعويض إلى الحد الذي يتناسب الجزء الباقي دون تنفيذ من الإلتزام ويقع إثبات التنفيذ الجزئي على عاتق المدين[1].

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

تنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا جأوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت ان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما"، [2]وفقا لما نص عليه المشرع فإنه مبدئيا لا يمكن للقاضي الزيادة في الشرط الجزائي غير أن المشرع أعطى القاضي صلاحية زيادة التعويض لمصلحة الدائن وهذا في حالة ما إذا تجأوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي لكن مقيدا بشرط وهو ان يثبت ان المدينه قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

لقد قيد المشرع سلطة القاضي في الزيادة في الشرط الجزائي وذلك في الحالتين المذكورتين في النص القانوني (غش المدين أو ارتكابه خطأ جسيما)، ونستنتج من ذلك ع ان دافع المشرع في تقييد سلطة القاضي في حالة الزيادة في الشرط الجزائي هو أعمال بقاعدة أن المتعاقدين عند شروطهما في الشرط الجزائي هو شرط متفق عليه جزاء لمخالفة نص العقد[3].

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

أجازه المشرع في إطار ما يعرف بنظرية الميسرة أن ينظر المدين إلى أجل معقول للوفاء بالتزامه إذا استدعت حالته ذلك، وتعتبر نظرية الميسرة مظهرا من مظاهر تدخل القاضي في تعديل العقد[4].

[1] قاشي علال، المرجع السابق، ص 2263.

[2] المادة 185 من الأمر 75-58، السابق ذكره

[3] نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص ص 187، 188.

[4] نوارة سعداني، المرجع السابق، ص 40.

واستنادا لنص المادة 119 من القانون المدني يستطيع القاضي بمناسبة رفع الدائن لدعوى الفسخ أن يمنح المدين أجلا للوفاء بالتزامه، وذلك إذا اقتضت الظروف ذلك دون أن يقيده المشرع بأجل محددة يتعين على أن لا يتجأوزها، كما لو كان المدين حسن النية، ويرجع تخلفه عن التنفيذ لظروف استثنائية عابرة تستوجب إمهاله بعض من الوقت للوفاء بالإلتزام وان الداعي لم يصيبه ضرر يذكر من هذا التأخير[1].

بناء على ما سبق ذكره سنتنأول في هذا المطلب مفهوم نظرة الميسرة في(الفرع الأول) ثم سلطة القاضي منح الأجل القضائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم نظرة الميسرة

لتحديد مفهوم نظرة الميسرة ينبغي تعريف نظرة الميسرة (أولا) ثم تبيان خصائصها (ثانيا)، وبعدها تحديد الشروط القانونية في منح نظرة الميسرة (ثالثا).

أولا: تعريف نظرة الميسرة

نتنأول التعريف الفقهي لنظره الميسرة ثم التعريف التشريعي كما يلي:

أ – التعريف الفقهي لنظرة الميسرة

حأول الفقه إعطاء تعريف نظرة الميسرة ومنها التعريف الذي جاء به الدكتور عبد الحكم فوده بأن نظرة الميسرة هي مهلة التنفيذ أو الأجل القضائي الذي يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ حسن النية، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائم من ذلك ضرر جسيم وذلك حتى ينفذ التزامه ويتوقى الفسخ[2].

[1] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 306.

[2] طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 127.

فيما عرفها البعض على أنها " أجل قضاء يجوز منحه للمدين بشروط معين وعرفت كذلك لأنها الحالة التي ينظر القاضي المدين فيها إلى أجل معقول للوفاء بالتزامه اذا استدعت حالته ذلك "[1].

ب – التعريف التشريعي

لم يعرف المشرع الجزائري نظرة الميسرة واكتفى بوضع نصوص قانونية المادة 119 210 281 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة 281: "يجب أن يتم الوفاء فورتي ترتيب الإلتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

غير أنه يجوز للقضاء نظر لمركز المدين مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنح أجلا ملائمة للظروف دون أن تتجأوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها وفي حالة الإستعجال يكون منح الآجال من إختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

وفي حالة إيقاف التنفيذ فإن الأجل المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي"[2].

وتنص المادة 119 "في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين المتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالبه بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجالا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات".

وتنص المادة 210 "إذا تبين من الإلتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

---

[1] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 376.

[2] المواد 281، 119، 210 من الأمر 75–58، السابق ذكره

ثانيا: خصائص نظرة الميسرة

تتميز نظرة الميسرة بجملة من الخصائص كالتالي:

أ- تعلق نظرية الميسرة بالنظام العام:

تعتبر نظرة الميسرة من النظام العام لإرتباطها بالمصلحة العامة فلا يجوز الاتفاق على استبعادها وحلا وقع الإتفاق باطلا[1].

ب - مخالفة نظرة الميسرة للقاعدة العامة في الوفاء

القاعدة العامة في الوفاء أن الإلتزام يجب الوفاء به فور نشوءه وترتيبه نهائيا في ذمة المدين وهذا حسب ما نصت عليه المادة 281 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى ولا شك أن نظرة الميسرة تخالف هذه القاعدة حيث يقوم القاضي بتأجيل ميعاد الوفاء المتفق عليه بين المتعاقدين رغما عن إرادة الدائن[2].

ج- مدى جواز الحكم بها دون طلب

لا يشترط أن يطلب المدين صراحة أو ضمنا نظرة الميسرة فالمشرع اجز للقاضي منحها دون طلب منه أو الموافقة الدائن عليها.

فقد يرى القاضي أن هناك ظروفا حالت دون وفاء المدين بالتزامه،ففي هذه الحالة يجوز له أن يمنحه مهلة للوفاء دون أن يطلبها هو.

أما اذا قام المدين بطلب منحه مهلة للتنفيذ، فإن السلطة التقديرية تبقى للقاضي إما بقبول الطلب أو رفضه[3].

---

[1] زناش ليلى، فرحاوي ايمان، **أحكام نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الاعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2018 / 2019، ص 3.

[2] طرطاق نورية، المرجع السابق ص127.

[3] زناش ليلى و فرحاوي ايمان، المرجع السابق، ص 30.

ثالثا: الشروط القانونية لسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة

تعتبر نظرة الميسرة مظهرا من مظاهر تدخل القاضي في تعديل شروط العقد غير أنه لا يمكن إعمالها إلا بتوفر مجموعة من الشروط تتمثل في:

أ- ان تكون حاله مدين تستدعي ان يمنحها القاضي نظرة الميسرة

وهومانصت عليه المادة 119 فقرة 2 من القانون المدني بخصوص منح الأجل عند دعوى الفسخ بقولها:" يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف"

ومن الضروف مصلحة المدين ونصت المادة 281مع مراعاة الحالة الاقتصادية هي التي تقتضي إسعافه ومنحه أجلا لتنفيذ التزامه[1].

ب- عدم وجود نص يمنع منح نظرة الميسرة

تنص المادة 120 ق.م.ج عن أنه: " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليه وبدون حاجة إلى حكم قضائي وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

فالغرض من الشرط الفاسخ هو استبعاد الفسخ القضائي ومنه فلقاضي هنا لا يجوز له أن يمنح المدين نظرة الميسرة[2]، ومثال ذلك ما ورد في القانون التجاري القاضي بعدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بورقات تجارية فالقاضي لا يملك أي سلطة في منح الأجل في مثل هذه الحالة ولا عد مخالفا للقانون وهذا الشرط يبدو لأول وهلة امرا منطقيا إذ أن سلطة القاضي في هذا المجال ممنوحة له من قبل المشرع وممارستها يعتبر تطبيق للنصوص القانونية[3].

[1] رشيد دحماني المرجع السابق، ص 132.

[2] طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 128.

[3] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 376.

ج- ألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضررا جسيما

لا يكون في هذا التأجيل ما يلحق بالدائن ضررا جسيما الا يكون مثلا قد اعتمد بدوره على استيفاء هذا الدين في ميعاد لسداد الديون عليه، يترتب على عدم الوفاء بها شهر إفلاسه أو إعساره، والأصل أنه يجوز للقاضي أن يمهل المدين إلى أجل المعقول أو إلى أجل ينفذ فيها التزامه سواء كان هذا الإلتزام قانونيا إراديا وسواء كان عاديا أو مضمونا بتأمين خاص وسلطه القاضي في هذا شأن مطلقه لا تعقيب عليها من محكمة النقض[1].

د - أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلا معقولا

لا يجوز للقاضي ان يمنح أجلا طويلا يعطل فيه الدائن حقه بحبل يجب ان يقاس الأجر بقدر ما هو ضروري لكي يتمكن المدين من الوفاء، فقد حدد المشاريع في المادة 281 ق م ج الأجل القضائي بسنة واحدة لا يجوز تجأوزها[2].

حيث تنص المادة 281 على " ... تجأوز هذه الآجال لمدة سنة **...**"

الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة

بعد توافر الشروط القانونية لسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة جاز للقاضي أن يمنح المدين هذا الأجل والأجل المعقولة والأمر متروك لتقدير القاضي وتقديره هنا موضوعي، سواء كان ذلك بمناسبة نظر الدعوى أو دعوى تنفيذ[3]، وتختلف حدود سلطة القاضي باختلاف دعوه التي يلجأ إليها الدائن.

وعليه سنتتأول في هذا الفرع سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ **(أولا)** ثم سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ **(ثانيا)**.

[1] انور سلطان المرجع السابق، ص 328.

[2] عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 144.

[3] نورة سعداني، المرجع السابق، ص 41.

أولا: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ

يحق لكل طرف في العقد أن يتقدم أمام القضاء بدعوى والتنفيذ ضد المتعاقد الآخر، إذا ما حل أجل الإلتزام طالبا منه تنفيذ التزامه، ولهذا الأخير في هذه الحالة أن يطلب من القاضي منحه اجل لذلك[1].

كما أن الأجل الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ قائم على مراعاة مصلحة الطرفين أساسا، وعلى الرغبة المشتركة لكل منهما في الإبقاء على العقد فمنح الأجل هذا قائم على مراعاة مصلحة الطرفين وحرصهم معا على استمرار العقد وإستمرار المعاملات من المقاصد الأساسية للمشرع، وعلى ذلك فقد وضع القانون شروط بموجبها يستطيع القاضي أن يمنح المدين آجالا متى توفرت شروط منح الأجل المذكورة أعلاه [2].

ثانيا: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ

نجد نطاق الفسخ في العقود الملزمة لجانبين إذا اخل احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد، ويشترط لفسخ العقد أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى غير سبب أجنبي والقاضي هو الذي يتولى تقدير ذلك تقديرا موضوعيا، فإذا كان للمتعاقد الخيار في طلبه هذا في فسخ العقد أو تنفيذه، لا يعني أن القاضي مقيد باختيار المتعاقد للفسخ بل له سلطة تقديرية واسعة إذ يستطيع طبقا للمادة 119 أن يقضي في فسخ العقد أو يمنح المدين اجل تنفيذ التزاماته[3].

ويستخلص من ذلك أن للقاضي دورا مزدوجا كيف يمكن ان يمنح على المدين أجلا اذا اقتضت الظروف فإذا افترضت الظروف ذلك أو أن يرفض طلب الفسخ اذا كان عدم

[1] عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 145.

[2] طبيب فايزة، المرجع السابق، ص ص 314، 315.

[3] طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 131.

تنفيذ قليل الأهمية بالنسبة إلى الإلتزام في جملته وبالتالي فإن منح المدين مهلة أثناء نظر دعوى الفسخ أمرا جوازيا للقاضي وليس حقا للمدين[1].

وفي الأخير رغم الاختلاف بين دعوى التنفيذ ودعوى الفجر الفسخ إلى أن تمتع القاضي بسلطة منح الأجل للمتعاقد حتى يمكنه من تنفيذ التزاماته مسألة معترف بها، وأن هذه السلطة تعتبر تدخل صريحا في العقد وممارسة فعلية لتعديله[2].

يستخلص من هذا الفصل أن المشرع لم يكتفي بمنح سلطة للقاضي في مرحلة تكوين العقد في الاستغلال والغبن والشروط التعسفية فقط بل حرس على تمديد هذه السلطة إلى مرحلة تنفيذ العقد ومنح للقاضي سلطة في تعديل العقد، إذا طرات على العقد ظروفطارئة استثنائية غير متوفعة أو في حالة الشرط الجزائي والاجل القضائي، وهذا بغية تحقيق التوازن بين طرفي العقد وبهدف مواجهة ما قد يحدثأو يتغير من الظروف والتقلبات الاقتصادية ومراعات للمقتضيات العادالة.

[1] عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 147.

[2] نوارة سعداني، المرجع السابق، ص 41.

الخاتمة

يتبين من خلال ما سبق في هذا الموضوع المتعلق بسلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، أن معظم التشريعات الحديثة متأثرة بالقانون الروماني، الذي قد كرست مبدأ سلطان الإرادة في العقد، فالفرد حر في إنشاء ما يريد من تصرفات قانونية كما جعلت العقد يقوم مقام القانون بمعنى أن" **مبدأ سلطان الإرادة** " هو الركيزة الأساسية التي تبنى عليها التصرفات القانونية بين الأفراد التي تمثل العقد شريعة المتعاقدين إلا أن هذا المبدأ لم يعد يحتفظ بتلك الصورة التي نشأ عليها أواخر القرن الثامن عشر والقرن التاسع عشر، فقد تراجع هذا المبدأ لاعتبارات اجتماعية واقتصادية مختلفة حيث أن المشرع خرج عن القاعدة العامة وأجازه للقاضي التدخل في العقد وذلك في إطار تحقيق التوازن العقدي واعتبارات العدالة، حيث مكنه من التدخل وإعادة التوازن المالي للعقد، وذلك إما في مرحلة تكوينه بطبيعة وقائية هامة، في الحالة التي يكون فيها غبن أو استغلال أو شرط من الشروط التعسفية في العقد، أو في مرحلة تنفيذ العقد حيث منحى للقاضي السلطة في تعديل العقد إذا طرأت على العقد ظروف استثنائية أو في الشرط الجزائي و الأجل القضائي، وهذا بغية تحقيق التوازن بين الطرفين بهدف مواجهة ما قد يحدث أو يتغير من الظروف والتقلبات الاقتصادية ومراعاة مقتضيات العدالة.

النتائج:

- ✓ لم يعد دور القاضي سلبيا في مجال المعاملات؛ ووفقا للتشريعات الأخيرة، كان للعقد دور إيجابي نشط، يتمتع فيه الأفراد في المجتمع بحماية قانونية من الاخطار التي يمكن أن يتعرضوا لهم في حياتهم من خلال الغبن والاستغلال.
- ✓ المشرع يسعى إلى مواكبة التطور الذي يميز المعاملات، عن طريق نظام فعال من خلال منح القاضي التدخل في العقد لتعديله وإعادة التوازن في اقتصاد العقد وإزالة الإرهاق على المدين وفق قواعد العدالة.
- ✓ القاضي في العقد لا يتعدى على القوة الملزمة للعقد بل يسعى إلى تحقيق العدالة والإنصاف فضلاً عن الحفاظ على حياة العقد وديمومته.

- ✓ ومن الواضح لنا أن سلطة القاضي في تفسير عقود التأمين وعقود النقل وعقود العمل وغيرها من عقود الإذعان قد أزيلت تدريجيا من كتلة القانون المدني بحيث يكون لكل عقد قانون خاص ينظم أحكامه، وبهذه الصلاحية لتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، وكذلك لتفسير العقد، يمكن أن تزيل الاختلال من كل تعسف في العقد.
- ✓ على الرغم من أن هذا التدخل يمس بالحرية التعاقدية، فإن من الواضح أن الهدف من هذا التدخل هو استعادة التوازن العقدي المفقود للأطراف في حالة ما إذا كان الشرط الجنائي المحدد مسبقا ضعيفا للغاية أو مفرطا أو تافها.
- ✓ ومنح المشرع القاضي السلطة في تعديل العقد لتحمل مخاطر الحرية التي تمنحها للفرد في تنظيم علاقاته التعاقدية. وهذه الحرية، التي يمكن أن تحرم الضعفاء من بعض حقوقهم، لا تنعكس في الحالة الاقتصادية فحسب، كما هو الحال في عقود الإذعان، بل تنعكس أيضا في الضعف النفسي وكذلك في عيوب الإرادة والضعف النفسي كما هو الحال في عقود المستهلكين.
- ✓ إن سلطة تغيير مضمون العقد ليست تقييدا لإرادة الفرد، بل ضمانا لهذه الحرية، لأن الحرية المطلقة هي فوضى يمكن أن تؤدي إلى هضم حرية وحقوق العديد من أفراد المجتمع الضعفاء، بين الأقوياء والضعفاء.

الاقتراحات:

- ✓ ينبعي دراسة كل عقد من عقود الإذعان على نحو أوثق وربطه بالحالة الفعلية، وبيان مدى حاجة الناس إلى هذه العقود، وكذلك مراقبة ودراسة الشروط التي تضعها هذه الشركات، لا سيما في عقد النقل، وعقد التأمين، وعقد العمل، وما إلى ذلك.
- ✓ إلغاء القيود المفروضة على سلطة القاضي في تعديل العقد وتجأوز الحالات الاستثنائية إلى جميع العقود ما دام الهدف هو استعادة التوازن المالي للعقد من

خلال ملائمة المصالح والتزامات التناسب، وعدم السماح للقاضي بالتدخل في العقد خارج نطاق العقد بواسطة آلية لا يعني أن العقد ليس تعسفيا وأن الرصيد المالي للعقد لا يشغل في مرحلة الأنشاء أو التنفيذ.

- ✓ توسيع نطاق نص المادة 90 من قانون المدني الجزائري لتشمل حالات ضعف اخرى يمكن ان يقع فيها المتعاقد على غرار الطيش البين والهوى الجامح.
- ✓ ومن الضروري تغيير النظرة التقليدية إلى العقد، التي تتسم بالجمود، واعتماد رأي عصري بإعطاء بعض المرونة للقواعد التي تحكم العقد وفقا للتغيرات والتطورات المحيطة به.
- ✓ ينبغي على المشرع الجزائري أن يولي مزيدا من الاهتمام لحالات الطوارئ والظروف الاستثنائية وأن يطلب من المتعاقدين إدراج أحكام بشأن معالجة هذه الظروف عند إبرام العقد.

قائمة المصادر والمراجع

1. المراجع باللغة العربية

- **الأوامر**

1. الأمر رقم 75 – 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر، عدد78 الصادر في 30/ 09 / 1975، معدل متمم إلى غاية القانون رقم 07 – 05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

- **القوانين**

1. القانون رقم 04 / 02 مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 10 /06 المؤرخ في 15 أوت 2010، جريدة رسمية رقم 46.

- **الاحكام والقرارت القضائية**

1. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم، 446655، المؤرخ في 24 / 12 / 2008، قضية (ح – ل) ضد (ورثة المرحوم ع. ق ومن معه)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2009.

2. قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0771640، مؤرخ في 09\05\2013، قضية (ر–ن) ضد(ر–م) وورثة (خ –ز)، مجلة المحكمة العليا،العدد الثاني لسنة 2013.

- **الكتب**

1. أنورسلطان، **النظرية العامة للالتزام، أحكام الإلتزام**، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

2. دربال عبد الرزاق، **الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

3. درماش بن عزوز، **التوازن العقدي**، اطروحة لنا شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2013 \2014.

4. سعيد سعد عبد السلام،**التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان**، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

5. سمير عبد السيد تناغو، **مصادر الإلتزام**، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009.

6. عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت،د.س.ن.

7. علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

8. علي فيلالي، **الإلتزامات النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر، ط 3،الجزائر،2013.

9. لعشب محفوظ، **الإذعان في القانون المدني الجزائري المقارن**، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1990.

10. محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة،ط 4،دار الهدى، الجزائر، 2010السياسية، جامعة عبد الرحمن بن باديس، مستغانم، 2018 _ 2019.

11. مصطفى الخطيب، **الوجيز في النظرية العامة للالتزامات**، د ط، قرطبة حي السلام، أكادير، 2019.

- **الرسائل الأطروحات والمذكرات**

أولا: رسائل الدكتوراه

1. بورنان العيد، **الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة،** أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2019 – 2020.
2. بوعراب ارزوقي، **حماية المؤمن له الشروط التعسفية في عقود التامين،** اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.
3. بوكماش محمد،**سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي،** بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011 -2012.
4. بوكماش محمد،**سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي،** بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011 – 2012.
5. دالي بشير، **دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد،** رسالة لنيل شهاده الدكتوراه القانون الخاص، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بالقايد، تلمسان،2015 – 2016.
6. درماش بن عزوز، **التوازن العقدي،** اطروحة لنا شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2013 – 2014.

7. زمام جمعة، **العدالة العقدية في القانون الجزائري**، شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013 – 2014.

8. صديق شياط،**أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد**، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص القانون المدني، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2017 –2018.

9. طبيب فايزة، **سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ**، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن بن باديس، مستغانم، 2018 _ 2019.

10. عثماني بلال، **أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية الإلتزام بحسن النية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

11. نساخ فطيمة، **الوظيفة الاجتماعية للعقد**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2012 – 2013.

ثانيا: أطروحات الماجستير

1. خميس صالح ناصر عبدالله المنصوري، **نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي**، دراسة تحليلية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات العربية المتحدة، 2017.

2. طارق محمد مطلق ابو ليلى، **التعويض الاتفاقي في القانون المدني– دراسة مقارنة** – اطروحة لاستكمال متطلبات الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2007.

3. عبيد نجاة، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015 – 2016.

ثالثا: مذكرات الماستر

1. باشا سعيدة، **الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادةالماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2017 2018.

2. بلقاسم زهرة، **أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محند أولحاج البويرة، 2013 – 2014.

3. زناش ليلى، فرحأوي ايمان، **أحكام نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الاعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2018 / 2019.

4. زياد صبرينة، **الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، 2019، 2020.

5. قاسة لامية، سماعيلي ليدية، **اختلال توازن التزامات المتعاقدين**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014 – 2015.

- **المقالات**

1. رشيد دحماني، عمار زعبي، "**وقف تنفيذ العقد لمصلحة المادي بين الظروف الطارئة ومهلة الميسرة**"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، العدد 02، 2019.
2. صورية غربي،" **سلطة القاضي في تعديل العقد المدني بسبب الظروف الطارئة في مرحلة التنفيذ**"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة بوشعيب بالحاج عين تموشنت، الجزائر، المجلد 04، العدد 03، 2021.
3. اقصاصي عبد القادر،" **نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الإلتزام التعاقدي**"، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد 02، 2018.
4. جيلالي بن عيسى، " **نظرية الظروف الطارئة في ظل اختلال الإلتزامات التعاقدية**"، المعيار في الادب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد التاسع، العدد الثاني، 2018.
5. ربيعة ناصيري، " **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري**"، مجلة القانون العقاري والبيئة، جامعة طاهري محمد، بشار (الجزائر)، العدد 01، 2021.
6. الشريف بوحمأوي،" **سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية** "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المركز الجامعي تمنراست، العدد 02، 2014.
7. طرطاق نورية،" **سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة**"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست،العدد 05،2014.

8. فرقاني قويدر نور الاسلام، " **استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله** "، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، المركز الجامعي تيبازة الجزائر، مجلد،07 العدد، 02 ، 2020.

9. قاشي علال،" **الشرط الجزائر بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة** "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة لونيسي علي، البليدة 2، المجلد 4،العدد 02، 2020.

10. قرناش العالية، "**أثرالغبن في البيع بين الفقه إلاسلامي والقانون المدني الجزائري**"، مجلة الحكمة للدراسات الاسلامية، جامعة الجزائر 1،المجلد 05، العدد02، 2018.

11. محمد بلبية، ابراهيم أوراغ، "**أثر نظرية الظروف الطارئة على عقود التمويل الإسلامي**"، مجلة الاقتصاد الصناعي،جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، المجلد 11، العدد 02، 2021.

12. محمد بوكماش،" **نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح**"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 26، 2012.

13. محي الدين عواطف، " **أحكام الشروط التعسفية حماية للمستهلك وإعادة التوازن العقدي**"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، العدد الأول، 2018.

14. منيرة جربوعة،"**المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف وسلطة القاضي** "، مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكاديمية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، المجلد 04،العدد 01، 2021.

15. مولود بغدادي، جلول زغدود،" **اثر الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك على المبادئ النظرية العامة للعقد**"، معارف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ام البواقي، الجزائر، العدد 16، 2021.

16. نفيسة منقر، "الآليات **القانونية لتسوية القسمة القضائية العقارية في التشريع الجزائري**"، مجلة العلوم القانونية والعلوم السياسية، جامعة تيارت، المجلد 12، العدد 02،2021.

17. نور الهدى كرميش،" **الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري**"، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، العدد 01، 2020.

18. نورة سعداني،" **سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري**"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد طاهر محمد بشار، الجزائر، العدد 02، 2015.

2. المراجع باللغة الأجنبية

Articles:

1. Benkhadrazahira,"l adhesiondanes le contratd assurance " ,Journal d etudes juridiques et sociales, université de Djelfa troisièmeédition,2001, p. 31

2. Khaldia YEKRO, Abdelkrim meflah, "La Clause Pénale Comme Moyen D'Indemnisation en Droit Algérien à la Lumière du Droit Français», Revue de Droit Public Algérien et Comparé, Laboratoire de Droit de la mer Université de Relizane, Vol. 07, N 02, p. 11.

Internet:

1. https://aurelienbamde.com/2016/09/12/lautonomie-de-la-

2. https://ar.m.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%A8%D8%AF%D8%A3_%D8%B3%D9%84%D8%B7%D8%A7%D9%86_%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B1%D8%A7%D8%AF%D8%A9

3. https://cours-de-droit.net/principe-de-l-autonomie-de-la-volonte-et-son-declin-a121603170/?amp=1

الفهرس

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
الإهداء	
الشكر	
مقدمة	01
الفصل الأول:سلطات القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه	
تمهيد	09
المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال	10
المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن	10
الفرع الأول: مفهوم الغبن	11
الفرع الثاني: سلطة القاضي في حالة وجود غبن في العقد	17
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال	19
الفرع الأول: مفهوم الاستغلال	20
الفرع الثاني: دور القاضي في رفع الاستغلال	24
المبحث الثاني:سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان	28
المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان	28
الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان وخصائصه	29
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان	32
المطلب الثاني: تدخل القاضي لحماية الطرف المذعن في العقد	34
الفرع الأول: الشروط القانونية لتعديل العقد بسبب شرط التعسف	35
الفرع الثاني: حالات تدخل القاضي في عقد الإذعان	37
الفصل الثاني: سلطات القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه	
تمهيد	44
المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة	45
المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة	45

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة	**46**
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	**48**
المطلب الثاني: دور القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة	**50**
الفرع الأول: ضوابط سلطة القاضي لرد الإلتزام المرهق	**51**
الفرع الثاني: تدخل القاضي لرد الإلتزام المرهق	**54**
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة	**58**
المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي(التعويض الاتفاقي)	**59**
الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي	**59**
الفرع الثاني: دور القاضي في تعديل الشرط الجزائي	**66**
المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة (الاجل القضائي)	**68**
الفرع الأول: مفهوم نظرة الميسرة	**69**
الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة	**73**
الخاتمة	**77**
قائمة المصادر والمراجع	**81**
الفهرس	**91**

الملخص:

العقد هو قانون المتعاقدين تكرسه الحرية التعاقدية و تكرسه مبادئ الثقة و حسن النية و روح التعأون بين المتعاقدين،فالعقد العادل هو شريعة المتعاقدين لا ينقض و لا يعدل الا باتفاق اطراف العلاقة العقدية أو الاسباب التي يقررها القانون غيران ازمة العقد و ازمة مبدأ سلطان الارادة أدخلت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مواجهة تحديات اجتماعية و اقتصادية معينة مما تحتم على المشرع منح للقاضي سلطة، بموجبها يجوز له مراجعة العقد في حالات حددها حصرا متى تبيّن له أن هذا الأخير فقد توازنه المالي سواء في مرحلة تكوينه، بسبب الغبن والاستغلال، أوالشروط التعسفية، أوعندتنفيذه بسبب ضروف إستثنائية طرأت، أو الشرط الجزائي ونظرة الميسرة.

الكلمات المفتاحية:

العقد، العين، الاستغلال، عقد الإذعان، نظرية الظروف الطارئة، الشرط الجزائي، الأجل القضائي.

Abstract:

Le contrat est le droit des contractants enchâssé dans la liberté contractuelle et enchâssé dans les principes de confiance, de bonne foi et d'esprit de coopération entre contractants. Un contrat équitable est le pactasuntservanda seulement par accord des parties à la relation contractuelle ou par les raisons établies par la loi. Cependant, la crise du contrat et la crise du pouvoir de volonté ont introduit la règle pactasuntservanda face à certains défis sociaux et économiques

Mots clés

Contrat, Oeil, Exploitation, Contrat d'Obéissance, Théorie d'Urgence, Clause Pénale, Durée Judiciaire