وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of High Education and ScientificResearch
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 لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

الموسومة بـ:

وسائل حماية الطرف الضعيف في القانون المدني

إعدادالطالبتين: إشـرافالأستاذ:

–بن عطية سعيدة – د. ماني عبد الحق

–دبيشباية

لجنة المناقشة

الاسم و اللقب	الرتبة	الصفة
عشاش حمزة	أستاذ محاضر قسم ب	رئيسا
ماني عبد الحق	أستاذ مساعد قسم أ	مشرفا و مقررا
مكاري نزيهة	أستاذ مساعد قسم أ	ممتحنا

السنة الجامعية:2023/2022م

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 2020 ديسمبر 27
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.
السيد(ة): ديش باية الصفة: طالب. أستاذ. باحث طالب
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 119654024 والصادرة بتاريخ 06.02.2021
المسجل(ة) بكلية / معهد العلوم والتكنولوجيا قسم قانون أعمال
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج. مذكرة ماستر. مذكرة ماجستير. أطروحة دكتوراه).
عنوانها: وسائل حماية البحث العلمي في القانون الدولي

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

التاريخ: 2023.06.20

توقيع المعني (ة)

نذير بن محبوس
رئيس أمناء الضبط

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في 27 2020 .....
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.

السيد(ة): بن عطية سعيدة الصفة: طالب، أستاذ، باحث هاشية

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 115903782 والصادرة بتاريخ 19-09-2019

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم قانون الأعمال

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

عنوانها: وسائل حماية الطرف الضعيف في القانون المدني

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

التاريخ: 23.06.2020

توقيع المعني (ة)

نذير بن محبوس
رئيس أمناء الضبط

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنار دربنا و ثبت عزائمنا ، و الشكر لله الذي خلقنا من عدم ، و سخر لنا كل السبل ، ذلل لنا الصعاب ، ، و هدانا إلى طريق الإسلام ، و الصلاة و السلام على خاتم الأنبياء و المرسلين الذي بعثه للعالمين شاهدا و مبشرا و نذيرا و داعيا إلى الله بإذنه و سراجا منيرا و على صحبه أجمعين أما بعد :

نتقدم بخالص عبارات الشكر و العرفان و التقدير إلى أستاذنا المشرف " ماني عبد الحق " الذي أعاننا على إتمام هذا العمل ، و لم يبخل علينا بإرشاداته و توجيهاته القيمة ، و نحن هنا اليوم بفضل الله تعالى و بفضلك أستاذنا المحترم .

نشكر كثيرا أساتذتنا الكرام بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة مُحَمَّد البشير الإبراهيمي برج بوعريريج و كل من ساهم في إنجاز هذا العمل ، لكم موفور الصحة و العمر المديد و جزاكم الله خيرا .

الإهداء

إلى من حق حبهما إلى حد القداسة ، إلى من فرض الإحسان إليهما ، و قرن رضى الرحمان برضاهما أبي و أمي حفظهما الله .

إلى الذي ظفرت به هدية بن الأقدار سندا و عونا ، فعرف معنى المودة و الرحمة و السكينة ، إلى الذي أتقاسم معه حلو الحياة و مرها زوجي الغالي ربيع .

إلى الذين لا تمل العين رؤياهم ، و لا يشبع القلب مجالستهم إلى فلذات الكبد وقرة العين أبنائي : مُحَمَّد أمين ، ريتاج و صهيب .

إلى الإنسانة التي ألمتني بعطفها و حنانها، و كانت لي بحق أما ثانية ، خالتي دلولة شفاها الله و أدامها تاجا فوق رؤوسنا .

إلى الذين أرحل إليهم كلما ضاقت بي الحياة ، الجدار المنيع الذي أسند عليه ظهري دون أن أخاف : إخوتي و أخواتي و أبنائهم .

الى كل عائلة زوجي خاصة نادية وأولادها .

إلى كل موظفي مجلس قضاء برج بوعريريج خاصة صديقتي ورفيقة دربي المخلصة سمية .

إليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي .

– باية –

الإهداء

اهدي هذا العمل المتواضع الى من وهباني الحياة والأمل والنشأة على روح المسؤولية وحب الاطلاع والمعرفة , إلى الوالدة الغالية على القلب والوالد الذي كان له الفضل في نجاحي أطال الله في عمرهما .

إلى أولادي قرة عيني والنجوم التي تضيئ سمائي حفظهم الله لي ورعاهم .

إلى زوجي وسندي في هذه الحياة .

إلى إخوتي الذين وقفوا إلى جانبي في السراء والضراء , إلى أخواتي وأولادهم كل واحد باسمه .

الى عائلة زوجي .

إلى كل من وقف إلى جانبي وساندني لأتمم هذا العمل المتواضع

سعيدة

مقدمة

مقدمة

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة هو الأصل في إبرام العقود، وإرادة الفرد تسمو فوق كل اعتبار، فالفرد له مطلق الحرية في إبرام ما شاء من العقود وتضمينهم ما شاء من الشروط التي تحقق مصالحه ، فالعقد بمجرد إبرامه يعتبر قانون الأطراف المتعاقدة وشريعتهم فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه أو للأسباب التي يقرها القانون.

فالعلاقة الناشئة بين الأفراد تطبيقا لهذا المبدأ تلعب دور هاما في ازدهار وتنمية الحياة الاقتصادية والاجتماعية،خاصة إذا كانت هذه العلاقة تتسم بالتوازن العقدي، مما يزيد اطمئنان الأفراد والثقة بينهم، إلا أن هذه العلاقات الإنسانية قد يلحقها عدم التوازن لتمتع أحد المتعاقدين بقوة اقتصادية وتفوق علمي والتي ترتب عدم المساواة بين المراكز القانونية.

وقد ساهم التطور العلمي والتكنولوجي في زيادة الاختلال التعاقدي بين الحقوق والتزامات المتعاقدين مما أدى إلى ظهور فئة الضعفاء التي تتطلب الحماية لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية.

وعليه فالثورة الصناعية قامت بقلب الموازين فظهرت الفوارق الاجتماعية وتفاوتت تبعا لذلك المراكز العقدية وتحول مبدأ سلطان الإرادة الذي كان يمثل أداة للعدالة والمساواة إلى وسيلة ضغط وظلم ، وظهر نوع جديد من العقود يعدها طرف واحد ويضمنها بالشروط المحققة لغاياته والمرجحة لمصلحته على مصالح الطرف الآخر، أي أن هذه العلاقات تقوم جميعا على استغلال الطرف الضعيف في العقد و أمام هذا الوضع كان من الضروري أن يتدخل القانون لتكريس المساواة الفعلية بين الأفراد في تكوين العلاقات التعاقدية أو تنفيذها و ذلك بإرساء حماية للطرف الضعيف بالقضاء على مظاهر عدم المساواة الاقتصادية و الاجتماعية بين الأفراد .

وتهدف الدراسة إلى محاولة إيجاد كل الحلول التشريعية والقضائية لحماية الطرف الضعيف في العقد والتخفيف من الظلم الذي يتعرض له . وعليه فإن من أهم الأسباب الموضوعية لاختيارنا هذا العنوان :

أن حماية الطرف الضعيف في القانون المدني من المواضيع الجديدة مقارنة بالمواضيع التقليدية، وكذلك في كون الطرف الضعيف في هذا العقد لا يحظى بحماية قانونية فعالة وشاملة نظرا لما يتعرض إليه من شروط تعسفية خارقة في حقه وهذا عكس الطرف القوي الذي يتمتع بالقدرة المالية.

أما الأسباب الذاتية تتجلى في الرغبة والميل لدراسة نظرية العقد واكتساب معلومات حول الموضوع من شأنها أن تثري الرصيد المعرفي والاستفادة منها في حياتي الاجتماعية و الاقتصادية وأفيد بها غيري.

ومن الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع بالدراسة نذكر :

– دالي بشير ، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد ، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق و العلوم السياسية ، سنة 2016/2015 .

– سهلة لخضر ، دور القاضي في العقد ، مذكرة ماستر ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2019/2018 .

ومن الصعوبات التي واجهناها في إعداد هذا البحث قلة المراجع المتخصصة في الموضوع خاصة الجزائرية منها ، وكذلك كونه موضوع متشعب يصعب حصره .

ولأن أهمية حماية الطرف الضعيف تعطي الثقة لهذا الأخير في الإقبال على التعاقد مادام المشرع كفله بحماية خاصة في نصوص القانون المدني، وعليه ارتأينا معالجة الموضوع بطرح الإشكالية الآتية:

هل الضمانات التي وضعها المشرع الجزائري في ظل القانون 75–58 المتضمن القانون المدني كانت كافية لحماية الطرف الضعيف مما يخلق نوع من التوازن العقدي، ويجعله يقدم على التعاقد بنوع من الاطمئنان بوجود هذه الضمانات؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا في دراستنا المنهج الوصفي كمنهج أساسي.للإلمام بالموضوع والإحاطة بما قيل في هذا الموضوع المتعلق بحماية الطرف الضعيف في القانون المدني الجزائري،إلى جانب المنهج الاستقرائي، كون موضوعنا يتطلب استقراء النصوص القانونية خاصة في القانون المدني المنظم للضمانات المتعلقة بحماية الطرف الضعيف.

وبإتباعنا للمنهجية المطلوبة توصلنا إلى تقسيم هيكلي مكون من فصلين، تطرقنا في الفصل الأول إلى الحماية التشريعية للطرف الضعيف في القانون المدني، وقسمناه إلى مبحثين المبحث الأول ماهية الطرف الضعيف في القانون المدني، أما المبحث الثاني تناولنا فيه الآليات التشريعية لحماية الطرف الضعيف في القانون المدني.

في حين أن الفصل الثاني الموسوم بالحماية القضائية للطرف الضعيف في القانون المدني، الذي فرع إلى مبحثين، المبحث الأول الخصومة القضائية، أما المبحث الثاني تناولنا فيه سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني.

الفصل الأول

الحماية التشريعية للطرف الضعيف

في القانون المدني

ينشا الاختلال في التوازن العقدي نتيجة التوزيع غير العادل في الأداءات المتقابلة للأطراف ما يؤدي إلى إفراز نوع فريد من التعاقد يتمحور في مجمله حول طرفين لا يملكان نفس الإمكانيات في التعاقد نتيجة لعدم تكافؤ مراكزهما القانونية والاقتصادية الأمر الذي يؤدي بالطرف الضعيف إلى الخضوع لإرادة الطرف القوي الذي في كثير من الأحيان ما ينفرد بفرض شروط العقد التي تنطوي بعضها على قدر كبير من الظلم والتعسف في حق الطرف الضعيف بالعقد الذي يأتي في شكل نموذج معقد مسبقا كما هو الحال في عقود الإذعان كعقد التامين إلا أن تشبع القانون المدني بمبدأ سلطان الإرادة لم يترك مجالا لمبدأ تحقيق التوازن بين أطراف العقد فبمجرد إبرام العقد يصبح هذا الأخير قانون الطرفين وفي الحقيقة لا وجود لمبدأ عام سعى إلى إقامة توازن عقدي بصفة مباشرة لكن هذا لا يعني بأنه لا يوجد نظريات ومبادئ القانوني من شأنها أن تؤمن التوازن العقدي ولو بمجرد التضييق من مجال تطبيق هذه الشروط وهذا ما ينطبق على قواعد ومبادئ العنصر المعنوي لتكوين العقد (الإرادة) كآلية لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية .

المبحث الأول

ماهية الطرف الضعيف في القانون المدني .

إن ظهور فكرة الطرف الضعيف في الرابطة العقدية كان نتيجة إجماع العديد من العوامل المترابطة والمتكاملة فيما بينها ، أهمها تراجع الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة بشكل مطلق بفعل التطورات الحاصلة في المجتمع اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا ، ما أدى إلى تشكل معطيات وقواعد جديدة تدير العقد و تحمي الطرف الضعيف.

المطلب الأول

فكرة الطرف الضعيف في ظل المعطيات الجديدة للعقد .

ظهرت فكرة الطرف الضعيف في العقد نتيجة لتطور نظرية العقد ، و ظهور معطيات جديدة و تراجع مبدأ سلطان الإرادة و مبدأ القوة الملزمة للعقد ، لذلك سنتناول تطور فكرة الطرف الضعيف في العقد في الفرع الأول ، و مفهوم الطرف الضعيف في الفرع الثاني .

الفرع الأول :تطور فكرة الطرف الضعيف في العقد .

ترتبط فكرة الطرف الضعيف في العقد بعنصرين أساسين التوازن العقدي و العدالة العقدية ، بما لهما من تأثير كبير في تحول وتطور نظرية العقد من مرحلة ازدهر فيها المذهب الفردي الذي يقدس الفرد و يقيم العقد على الإرادة الحرة التي ترتكز على مبدأ سلطات الإرادة ، إلى مرحلة تقهقر حيث ظهر المذهب الاجتماعي الذي أدى إلى تراجع المبادئ التقليدية للعقد ، وسمح بتوفير الحماية و تمييزه لمركز الطرف الضعيف في العقد.

أولا: تعارض فكرة الطرف الضعيف و النظرية التقليدية للعقد.

يقوم المبدأ الفردي على مبدأ المساواة بين الأفراد في إبرام ما شاءوا من العقود فالإرادة حرة في صنع قانونها الخاص بها ، و لما كان الفرد حرا فان العقد الذي يبرمه لا يمكن أن يحقق إلا عدلا . لذلك فالالتزام القانوني يمكن أن يكون ظالما أما الالتزام الإرادي فلا يمكن إلا أن يكون عدلا .

و لتحقيق الاستقرار في المعاملات فإن تصميم العقد قد كان يقوم في تكوينه وتنفيذه على مبدأين أساسيين هما مبدأ سلطان الإرادة و مبدأ القوة الملزمة للعقد.

1-الطرف الضعيف ومبدأ سلطان الإرادة:

يذهب أنصار هذا المفهوم إلى أن الإرادة الحرة هي العنصر الجوهري في تكوين العقد و في إقامة التوازن و إنشاء العدالة العقدية[1] . فالمتعاقد حر في إبرام ما شاء من تصرفات ، و في اختيار الشخص الذي يتعاقد معه ، و في اختيار شكل ونوعية العقد ، و هو حر في التعبير عن إرادته على النحو الذي يريده ، وهذا ما يسمى بمبدأ الرضائية في العقد . فلا يمكن تصور وجود ضعف أو نقص في إبرام العقد ، كون المتعاقدين متساوون و قادرون على الدفاع عن مصالحهم و استبعاد ما من شانه الأضرار بهم أو بحقوقهم .

ونتيجة لتطبيق الصارم لمبدأ سلطان الإرادة . أن العقد هو التوازن فلا وجود لفكرة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية في هذه المرحلة بل لا يمكن تصور إمكانية مراجعة العقد قصد البحث عن حقيقة التوازن ذلك أن فكرة العدالة مجردة تدل على المساواة الذاتية للمتعاقدين دون المساواة الموضوعية .[2]

1- خليل احمد حسن دادة الوجيز في شرح ق م الجزائري مصادر الالتزام ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1994 ص 18.

2- سعدون يسين ، اثر الظروف و الاقتصادية على العقد اطروحة دكتوراه كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مولود معمري تيوزرو 2018, ص25

2-الطرف الضعيف ومبدأ القوة الملزمة للعقد:

نتيجة الأخذ بمبدأ القوة الملزمة للعقد على الاتجاه الواسع فالالتزامات و الآثار المترتبة على العقود مرجعهما الإرادة . فلا يمكن التهرب من اثر العقد ، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين الذين ارتضياه بداية ، كما لا يجوز للقاضي التدخل فيه بتعديله أو بإضافة التزامات لم يتضمنها أصلا . [1]

فالتطبيق الصارم لأحكام القوة الملزمة للعقد ينفي وجود اختلال في التوازن العقدي و بالتالي ينفي وجود الطرف الضعيف في العقد.

ومما تقدم نستنتج أن النظرية التقليدية للعقد " مبدأ سلطات الإرادة " وما يترتب عنها من نتائج لم تعد تتوافق و التطورات الحديثة خاصة مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ظهرت العديد من العوامل التي تناقض الأحكام و القواعد التي تبنتها النظرية التقليدية حيث أدى تطور عقود الإذغان و انتشار اختلال التوازن . و الذي جعل استغلال الطرف الضعيف يزداد باستمرار بين العمال و أرباب العمل و بين المستهلكين و المحترفين وغيرها من العلاقات التعاقدية .[2]

ثانيا : ظهور فكرة الطرف الضعيف في ظل المعطيات الجديدة للعقد.

ظهر الطرف الضعيف في الرابطة العقدية نتيجة لتراجع مبدأ سلطان الإرادة بشكل مطلق ، و نتيجة للتطورات الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية ما أدى إلى ظهور قواعد جديدة تدير العقد وتحمي الطرف الضعيف.

1 – عوامل الظهور:

نتيجة لتطور الحركة الصناعية وكثرة اللجوء إلى العقد لتسيير العلاقات التجارية و

---

1 – سعاد بوختالة ، دور القاضي في تكملة العقد ، اطروحة دكتورة، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، سنة 2016 ، ص 2-3

2 – درمان بن عزوز ، التوازن العقدي اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2016 ، ص 7

الصناعية ضعف مبدأ سلطان الإرادة . و بدأت تظهر الحاجة إلى عقد يأخذ بعين الاعتبار أن المتعاقدان يسعيان عن طريق التعاقد إلى تحقيق مصالح متضاربة .[1] ونتيجة لقيام الثورة الصناعية وتأسيس الشركات الضخمة ظهرت عوامل أدت إلى رفض مبدأ سلطان الإرادة . مما أدى إلى انتشار الاشتراكية و قيامها في وجه المذاهب الفردية [2]. فظهرت مفاهيم جديدة فالمجتمع مقابل الفرد ، وتدخل الدولة مقابل الحرية . فالحركة العقدية أصبحت نسبية و القوة الملزمة للعقد أقل جمودا.

في القرن العشرين تطور المجتمع بفعل الحركة الصناعية التي شاهدتها أوربا . ومعه تنوعت العقود وتخصصت وأصبحت تحكمها قواعد خاصة بدلا من الشريعة العامة للعقد، بسبب تدخل المشرع في العقود[3] وتنظيمه لبعض منها مثل عقد العمل ، عقد الاستهلاك ..

و قد أصبحت الغاية من تدخل الدولة في العقد تكمن بالأساس في تحقيق المساواة الفعلية و المجردة بين طرفي العقد . و أصبح الدور الجديد الممنوح للدولة في الرابطة العقدية هو حماية الطرف الضعيف.

ونتيجة لتطور المجتمع في عدة مجالات بدأ يظهر المجتمع الاستهلاكي فعرفت هذه الفترة زيادة الحركة العقدية نوعيا وكميا مما أدى إلي بروز التباين في المراكز العقدية بين متعاقد قوي ومتعاقد ضعيف سواء من الناحية الاقتصادية أو المعرفية .[4]

2- المعطيات الجديدة للعقد:

1-بوختالة سعاد دور القاضي في تكملة العقد ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،2016

2- عبد الرزاق احمد الصنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام بوجه عام ،الطبع الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت لبنان، ، 2000 ، ص 2157

3- خديجة فاصل ، عيممة العقد –أطروحة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2015. ص 199.

4- سعاد بوختالة ، المرجع السابق ، ص 5

في إطار النظرية الحديثة للعقد ظهرت مجموعة من القواعد تسعى إلى حماية الأطراف الضعيفة في العلاقات التعاقدية ومن بين هذه القواعد.

– الحد من الحرية التعاقدية بطرق مختلفة . حيث أصبحت الدولة تقف موقفا ايجابيا عن طريق التدخل في العلاقات التعاقدية تشريعيا وقضائيا بغرض حماية الطرف الضعيف، من خلال تحقيق المساواة ومنع التعسف . وبهذا لم يبقى العقد أمرا يخص المتعاقدين ، و إنما أصبح أمر يهم المشرع و القاضي على اعتبار أن دورهما أساسي لتحقيق التوازن العقدي .[1]

كما ظهرت جزاءات جديدة في حالة الاختلال في العلاقات العقدية نتيجة لتطور نظرية العقد كالاكتفاء بإبطال الشرط التعسفي بدلا من إبطال العقد ككل أو إعفاء المتعاقد من تنفيذه .

الفرع الثاني: مفهوم الطرف الضعيف

لغة يقال طرف الشيء جعله طرفا وطرفه يعني حدد طرفه والطرف من شيء الناحية أو الجانب [2]، إن المقصود بكلمة ضعيف لغويا فهي ضعيف الجسم نحيل وهزيل وضعيف البنية وهو خلاف القوي وضعيف الإرادة من لا قدرة له

أصبح مفهوم الطرف الضعيف في العقد يثير العديد من التساؤلات نتيجة الاهتمام الذي حظي به في العصر الحالي فبعدما كان يعبر عن فكرة جامدة في ظل النظرية التقليدية للعقد أصبح يشكل فكرة مستقلة مرنة بفعل تدخل الدولة لحمايته مما أدىإلى اتساع تطبيقات هذه الفكرة في إطار تشريعات خاصة كل هذا دفعنا إلى البحث عن مقصود الطرف الضعيف والذي سنتطرق إليه تبعا لما يأتي :

أولا: تعريف الطرف الضعيف من الناحية الفقهية :

1– سمير تناغو ، الالتزام القضائي – الحكم القضائي مصدر جديد الالتزام ، دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد ، الطبعة الأولى، مكتبه الوفاء القانونية ، سنة 2014 ، ص 10

1– ابن منظور ، لسان العرب و دار الحديث ، القاهرة مصر ، ط 2002، بدون بلد النشر ،جزء 8 ط، ص281

اصطلاحا تعريف الطرف الضعيف هو الذي يفتقر للقوة ويظهر هذا الضعف من خلال علاقة تعاقدية بين شخصين بحكم ضعف احدهما وذلك لأسباب كثيرة منها :

أ: ضعف المؤهلات الجسمية والذهنية .

ب: ضعف المؤهلات التقنية .

ج : ضعف المؤهلات التقنية وغياب التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية بحكم الظروف الاقتصادية والاجتماعية لأحدهما وقد يكون الضعف نتيجة جهل المتعاقد الضعيف بالقانون أو الواقع نتيجة تعاقده خارج اختصاصه .[1]

إذن فالطرف الضعيف في العقد هو ذلك الشخص الذي يتضرر ويرهق من انعدام المساواة الفعلية بينه وبين المتعاقد معه وقد اتفق معظم الفقهاء على أن الطرف الضعيف هو أنيوجد احد أطراف العلاقة التعاقدية في مركز ضعيف من الناحية الواقعية في مواجهة الآخر وهذا الضعف يطال إرادة العاقد ويؤثر فيها بقدر يتفاوت من حيث جسامته , فنكون بصدد إرادة قوية تقابلها إرادة ضعيفة أو حتى منعدمة فالطرف الضعيف له مفهومين عام يتمثل في في نقص القوة الجسمية أو المعنوية ومفهوم خاص يختلف باختلاف العقد (عقد عمل أو عقد استهلاك أو عقد تامين إلاأن هذا لا ينفي الأخذوالإبقاء على المفهوم العام الذي يقوم على معيار النقص في القوة .[2]

ثالثا : تعريف الطرف الضعيف في بعض العقود :

أصبح مفهوم الطرف الضعيف في العقد يثير العديد من التساؤلات نتيجة الاهتمام الذي حظي به في العصر الحالي فبعدما كان يعبر عن فكرة جامدة في ظل النظرية التقليدية للعقد أصبح يشكل فكرة مستقلة مرنة بفعل تدخل الدولة لحمايته مما أدى الى

2- محمد المهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التامين البري ، دار السلام للطباعة ص 181

2- عبدو أحمد ، الحماية القانونية للطرف الضعيف في تكوين العقد و تنفيذه ، دفاتر البحوث العلمية ، المجلد 10 العدد 1 ، السنة 2022 ، ص 491 .

اتساع تطبيقات هذه الفكرة في إطار تشريعات خاصة كل هذا دفعنا الى البحث عن تعريف الطرف الضعيف الذي يختلف باختلاف نوع العقد .

1 : تعريف الطرف الضعيف في عقد الإذعان :

إن التراضي في العقود معناه قبول العقد وشروطه بكل حرية لان الإرادة حرة وسائدة غير أن إطلاق الحرية للإرادة دون تقييد لا يعني قبول شروط العقد بكل حرية والدليل على ذلك هو أن التطور الكبير في المجال الصناعي والتكنولوجي نتج عنه كثرة الإنتاج واشتداد المنافسة ، لهذا تطورت أساليب البيع والتي حولت العقود إلى عقود مفروضة أو عقود إذعان التي يملي فيها الطرف القوي شروطه وما على الطرف الآخر إلا القبول ولا يستطيع مناقشة الشروط أصلا . [1]

وعرفه البعض : " العقد الذي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها ، و ذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها " .[2]

2- الطرف الضعيف في عقد التامين :

يعتبر من أهم عقود الإذعان والطرف الضعيف في عقد التامين هو شخص عديم الخبرة أو التجربة أو الكفاءة ويتضح ذلك الضعف من خلال علاقة تعاقدية بين شخصين أين يظهر غياب التوازن بين أطراف العلاقة بحكم الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية لأحدهما ، وقد يكون هذا الضعف بسبب تعاقده خارج تخصصه كما قد يكون إما لصعوبة أو استحالة فهم الوثائق التعاقدية ذلك لأسباب راجعة للطرف الضعيف أو لسوء صياغة العقد وانتشار الشروط النموذجية في العقود المعدة من قبل الطرف القوي ومن هنا

1 محمد الامين نويري ، خصوصية اطراف عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري ، الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية المجلد 12، عدد02 ، سنة 2020 ، ص.06

2 دالي رشيد ، المرجع السابق ، ص 261

جاءت ضرورة تدخل المشرع لحماية المؤمن لهم , وذلك بفرض رقابة على الطرف القوي والمتمثل في شركات التامين أوإعادة التامين ضمانا لحقوق ومصالح الطرف الضعيف[1].

3- الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك :

يعتبر عقد الاستهلاك من أكثر العقود تداولا على الساحة الاقتصادية ويتميز بكونه غير متوازن بين أطرافه حيث يتواجد المحترف في مركز قوة بينما يتواجد المستهلك في مركز ضعف وبالتالي فالطرف الضعيف هنا هو المستهلك نتيجة جهله بالكثير من عناصر المنتوجات المعروضة عليه من جهة ومن جهة أخرى تغير تلك المنتوجات في الأسواق بوتيرة جد سريعة بالإضافةإلى اعتماد المحترف على احدث وسائل التسويق لإغراء المستهلك بإبرام عقود استهلاكية دون اخذ مهلة كافية للتفكير ولذلك خصه المشرع الجزائري بتنظيم مؤخرا لأنه كان لوقت طويل خاضع لأحكام النظرية العامة للالتزام ضمن الشريعة العامة .

المطلب الثاني

صور الضعف التعاقدي.

تتعدد صور الضعف التعاقدي تبعا لتنوع أسبابها أو العوامل التي تؤدي إليه فينقسم إلى صورتين الأولى : يكون فيها الضعف ناتج عن عوامل نابعة من ذات المتعاقد والضعف التعاقدي الذاتي (الفرع الأول)والثانية تكون ناتجة عن عوامل خارجة عن المتعاقد فلا تتصل بشخصه الضعف التعاقدي النسبي (الفرع الثاني).

الفرعالأول: الضعف الذاتي الملازم.

يرتبط هذا الضعف بشخص المتعاقد ذاته أيلأسباب ذاتية تخص المتعاقد[1]،ويتحقق عندما تكون حالة النمو العقلي للمتعاقد أو مستوى إدراكه لا يسمح له باتخاذ القرارات الصحيحة التي تعبر عن رضاء سليم بشان ما يقبل عليه من التزامات مترتبة عن العقد.

1- محمد الامين نويري المرجع السابق.

وأبرز مظهرين لهذا النوع من الضعف هي حالة إختلال التمييز لدى المتعاقد إما لانعدام أهليةأو نقصانها لصغر السن أو وجود عارض من عوارض الأهلية وحالة إصابةإرادة المتعاقد بعيب أو بعارض استثنائي كمايحدثفي نطاق عيوب الرضا.[2]

وبالتالي فانه في حالة اختلال التمييز يكون الضعف ملازما للشخص في كل وقت بصفة دائمة فالسفه والغفلة يعبران عن حالة دائمة للشخص ويكشفان عن سلوكه المعتاد في حياته أما الحالة الثانية حالة عوارض الأهلية فان حالة الضعف تكون بصفة مؤقتة وبصدد حالة معينة عند إبرام العقد ويدخل تحت هذه الصورة من الضعف أيضا ما يسمى بالضعف المعرفي وينشا عندما تكون هناك انعدام مساواة بين طرفي العقد من حيث المعرفة والخبرة فهو تفاوت في العلم والمعرفة , فالضعف المعرفي يرجع الى عدم معرفة العلم بالبيانات العقدية , فإذا كان المتعاقد جاهلا بظروف ووقائع موضوع العقد أو بالنظام المطبق عليه وكان غير قادر على الاستعلام بنفسه ذلك فانه ينشا على عاتق المتعاقدالآخر التزام يعرف بالالتزام بالإعلامأوالإخبارأثناء تكوين العقد فهو الوسيلة لتحقيق التوازن العقدي حيث يبين له مزايا العقد[3]،وأيضا العيوب التي يؤدي إليها تنفيذه وسنتطرق لكل حالة من الحالات المذكورة على حدة.

أولا- عيوب الرضا :

يقتضي وجود الرضا في العلاقة التعاقدية أن يكون صحيحا وصحة إرادة المتعاقدين تستلزم خلوها مما يعيبها لذلك قام المشرع الجزائري بحماية رضا المتعاقد في القانون المدني من خلال نصه على عيوب الرضا وهي أمور تلحق إرادة احد المتعاقدين أو كليهما فتفسد الرضا دون أن تزيله , وقد حدد المشرع الجزائري عيوب الرضا في القسم

عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري ،الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية المجلد 12 عدد 02 قسم أ العلوم الاقتصادية والقانونية، سنة 2020، ص26.

2- جعبوب عمار، المرجع السابق ، ص65

3-بلحاج العربي ،الإطار القانوني السابق على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن ،دار حافظ ،جدة 2011 ص-ص-ص 27-59-67

الثاني المعنون بشروط العقد من الفصل الثاني تحت عنوان العقد من الباب الأول مصادر الالتزام من القانون المدني في المواد من 81-91 وهي الغلط الجوهري، التدليس والإكراه والاستغلال .

01 : الغلط الجوهري :

نصت المادة 81 ق م ج على انه (يحوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله) إذن يشترط في الغلط أن يكون جوهريا فالغلط بصفة عامة هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع وغير الواقع إماأن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها , وقد ميزت النظرية التقليدية بين ثلاث أنواع مختلفة من الغلط منها ما لا يؤثر على صحة الرضا والعقد ومنها ما يؤثر على سلامة الرضا .

أ- الغلط غير المؤثر على العقد :

هو غلط لا صلة له بتكوين العقد ولا يفسد الرضا ويحقق عندما يقع في صفة غير جوهرية في شخص المتعاقد إذا لم يكن شخصيته على اعتبار في العقد ومثاله مجرد الغلط في الحساب والكتابة الذي يستوجب التصحيح فقط وبالتالي فان العقد يكون صحيحا ولا يجوز إبطاله لغلط مادي[1] وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 84 من القانون المدني الجزائري (لا يؤثر في صفة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط).

ب- الغلط المؤثر على سلامة الرضا :

وهنا ميز الفقهاء بين الغلط المانع والغلط المعيب للرضا فالغلط المانع يحول دون تحقيق تطابق الإيجاب والقبول فيمنع قيام العقد وبالتالي فهو لا يعد عيبا من عيوب

1- العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ،دون طبعة دون بلد النشر سنة 2015 ص 211

الإرادة ويكون في طبيعة العقد كان يعطي المتعاقد نقودا على سبيل القرض ويعتقد الطرف الآخر أنها هبة .

أما الغلط المعيب للرضا فهو الذي يحدث أثناء تكوين الإرادة ويتمثل في اعتقاد المتعاقد بطلان حقيقة الواقع أو القانون ولولا هذا الاعتقاد الخاطئ لما ابرم العقد ويترتب عليه البطلان النسبي لمصلحة من وقع فيه وبالرجوع الى القانون المدني الجزائري فقد اخذ بالغلط الجوهري كعيب للرضا حيث نصت المادة 81 (يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله[1]، ونصت المادة 82 " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط)[2].

نستنتج من هاتين المادتين أن المشرع الجزائري لم يعرف الغلط الجوهري تعريفا دقيقا وإنما يبين صوره وأما تقدير جسامة الغلط فهو أمر نسبي متروك لتقدير القضاة وقد تناول صور الغلط على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

الغلط في الصفة الجوهرية في الشيئ: يتبين انه لولا هذه الصفة ما أقدم الشخص على التعاقد.

الغلط في ذات الشخص أو في صفة من صفاته: ومثالها العقود التي يكون فيها الشخص المتعاقد محل اعتبار[3]، كعقود الهبة والوكالة ولاعب كرة القدم المحترف .....الخ، فتكون صفة المتعاقد هي الدافع لإبرام العقد والبحث في صفة المتعاقد أمرا جوهريا من المسائل التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية ولا تخضع لرقابة محكمة النقض.

ج- الغلط في القانون :

1 - المادة 81 من القانون المدني الجزائري.

2- المادة 82 من القانون المدني الجزائري.

3- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية مصر ص 133.

نصت المادة 83 من القانون المدني لا يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81-82 مال يقض القانون بغير ذلك "[1]،فمتى تحققت شروط الغلط الجوهري فان المشرع الجزائري اقر الحماية القانونية لمن وقع فيه بمنحه حق التمسك بإبطال العقد ويقع عبئ إثبات الغلط على من يدعيه بإثباته الصفة الجوهرية للغلط وبأن هذا الأخير هو الذي دفعه للتعاقد وذلك بكافة الطرق[2].

ولا يمكن للقاضي أن يثير هذا الحق من تلقاء نفسه فهو ليس من النظام العام بل حق خالص للمتعاقد ضحية الغلط الجوهري وإذا قرر القاضي إبطال العقد يرجع المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد .

ثانيا : التدليس : نصت المادة 86 من ق م ج على العيب الثاني من عيوب الإرادة وهو التدليس بقولها " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأإليها احد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد ويعتبر تدليسا(السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنالمدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو بهذه الملابسة)[3]، فالتدليس في الاصطلاح القانوني هو إيهام الشخص بغير الحقيقة باللجوء الى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد وإذاإعتبرناأن التدليس يكون بفعل شخص آخر بينما الغلط وهما تلقائيا فان التدليس يسمى تغليط ويشترط أن يكون التدليس مبطلا للعقد شرطين هما : - أن يكون التدليس دافعا للتعاقد وكذا اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر فهو تعمد احد المتعاقدين وهو المدلس استخدام حيل أو وسائل احتيالية ليتوقع المتعاقد الآخر وهو المدلس عليه في غلط من شأنه أن يدفعه الى التعاقد ومن السهل إثبات أن التدليس بإثبات الوسائل الاحتيالية التي كثيرا ما

1- المادة 83،من القانون المدني الجزائري.

2- العربي بلحاج،المرجع السابق ،ص 223

3- علي عليسليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 1998 ديوان المطبوعات الجزائرية ص 60.

تكون وقائع خارجية ويجوز إثباتها بكل طرق الإثبات حتى بشهادة الشهود بينما الغلط البسيط وهو حالة نفسية كثيرا ما يكون إثباته عسيرا [1]

ثالثا: الإكراه:

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 88 و89 من القانون المدني الجزائري والذي يقصد به إجبار الشخص بغير حق أن يعمل دون رضاه أيأنه ضغط يقع أو يمارس على أحد المتعاقدين فيولد في نفسه رهبة تدفعه الى التعاقد وقد يكون إكراها معنويا أو ماديا، فالإكراههو ضغط يقع على أحد المتعاقدين فيولد في نفسه رهبة تدفعه الى التعاقد[2].

ويعرف أيضابأنه ضغط غير مشروع على إرادة الشخص فيولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد لكي يتفادى نتائج التهديد الذي يقع عليه , وبهذا يعتبر عيبا من عيوب الإرادة أي أنه يفسد الرضا ولا يعدمه فتكون إرادة المكره موجودة ولكنها معيبة بفقدانها لعنصر الحرية والاختيار وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 88 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري بنصه " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينه بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ويسمى هذا الإكراه بالإكراه المعنوي باعتبار أن الخوف أو الرعب الذي يتأثر به الرضا شيء معنوي[3].

وهو يختلف عن الإكراه المادي الذي يعدم الإرادة لأن المكره لن تكون له إرادةمطلقا كان يمسك المكره عنوة إبهام المكره ويطيع بصمته على عقد مكتوب أو سند دين مما يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا .

وقد حددت المادة 88-89 من ق م ج شروط الإكراه المعيب للرضا :

فالشرط الأول مفاده قيام المتعاقد بإبرام العقد تحت سلطان رهبة بينة طبقا للمادة 88 فقرة 2 من ق م ج التي تنص على " تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف

1-علي علي سليمان ، المرجع نفسه، ص64.

2 – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني و الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2009 ، ص 187.

3- علي فيلالي، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد الطبعة الثالثة ، موفم للنشر ، سنة 2013 ص 202.

الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطر جسيما محدقا يهدده هو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال " والخطر الجسيم هو خطر كبير ذو عواقب وخيمة يخشاها المتعاقد ويتحقق حتى ولو كانت التهديدات وهمية ويراعى في تقدير جسامة الخطر الحالة النفسية للمكره حسب المادة 88 فقرة 03 , من القانون المدني الجزائري " يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه ".

ويكون التهديد إماباالاعتداء على جسم المتعاقد المكره إما بالقتل أو الضرب أو الاختطافأو المساس بشرفه كالقذف أو المساس بأمواله كحرقها أوإتلافها وقد يستهدف التهديد أحد أقارب المتعاقد مع المكره [1]

أما الشرط الثاني بأن تكون الرهبة غير مشروعة حيث إشترط المشرع الجزائري في المادة 88 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري لإبطال العقد للإكراهأن تكون الرهبة التي ابرم سلطانها قد بعثت في نفس المتعاقد دون حق وبهدف تحقيق غرض غير مشروع [2] وبتعبير آخر أن يستعمل المتعاقد الذي يهدد المتعاقد معه وسيلة غير مشروعة بقصد الحصول على قبوله كتهديد شخص بالقتل إذا لم يهب له ما لا يريد أن يتنازل عليه [3]أماإذا كانت الرهبة التي يبعثها المتعاقد في نفس المتعاقد معه قائمة على حق فان رضا هذا الأخير يكون سليما وينعقد صحيحا طالما كان الغرض منها مشروعا وكذلك الوسائل المستعملة لذلك .

كما ستوجب في الشرط الثالث أن تكون الرهبة هي الدافعة للتعاقد لأن الإكراه لا يؤثر في العقد إلا على أساسأنه يفسد الرضا ولا يكون كذلك إلاإذا حمل المتعاقد على التعاقد فإذا ثبت أن المتعاقد كان سيبرم التصرف حتى ولو لم يسلط عليه التهديد فإن الإكراه في هذه الحالة لا يعتبر مفسدا لرضاه وهنا يتساوى الإكراه مع التدليس والغلط.

كما يجب اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر حيث تنص المادة 89 من القانون المدني الجزائري على " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقد فليسللمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلاإذا اثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه وعليه فان الإكراه يعتبر عيب من عيوب الإرادة متى كان صادرا من أحد المتعاقدين على الآخر وهذا هو الوضع المألوف والغالب فإذا كان الإكراه

1- علي فيلالي، المرجع السابق ، ص67.

2- العربي بلحاج، المرجع السابق ، ص 24.

صادرا من الغير فانه لا يكون لمن وقع عليه الإكراه طلب إبطال العقد إلاإذاأثبت أن من تعاقد معه كان يعلم بالإكراهأو كان من المفروض حتما أن يعلم به أماإذا كان حسن النية لا يعلم بالإكراه الذي صدر من الغريب فليس للطرف المكره إبطال العقد بل تمكينه فقط الرجوع على من تسبب فيه بدعوى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية[1]، بموجب الشرط الرابع.

رابعا: الاستغلال.

يقصد بالاستغلال هو أن يستغل شخص طيش بينا أو هوى جامح في آخر لكي يبرم تصرف يؤدي إلى غبن فادح به [2]

ويعرف أيضا انه إنتهاز المتعاقد حالة الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد معه لحمله على إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض ونلاحظ أن المشرع في إدخال الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة طبقا للمادة 90 من القانون المدني قد حصر حالة الضعف في نفس احد العاقدين والتي استغلها العاقد الآخر في الطيش البين والهوى الجامح فقط دون الأسبابالأخرى كنقص الخبرة استغلال الحاجة الخ .

1-شرط الاستغلال:

يشترط في الإستغلال حتى يكون منتجا لأثره بان يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة صاحب الإرادة المعيبة أن يقوم الاستغلال بعنصريه المادي والمعنوي. ويتحلل هذا الأخيربدوره الى شقين :

1- الإستغلال من جانب الطرف القوي (المستغل)

1- إدريس فاضلي،-الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، العقد ، الإرادة المنفردة ، الفعل المستحق للتعويض ، الإثراء بلا سبب ، القانون . قصر الكتاب الجزائر ، طبعة 2006 -2007 ، ص 95.

2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 82.

2- حالة الضعف من جانب الطرف الضعيف (المستغل)[1]، ويقصد بنسبة الإستغلال أن يكون لدى الطرف القوي نية الاستفادة من حالة الضعف التي تحيط بالمتعاقد الآخر وقد تكون حالة الضعف متمثلة في الصور الآتية :

الصورة الأولى الحاجة وهي الضائقة التي تدفع الإنسان للحصول على الشيءوالأمثلة على استغلال الحاجة كثيرا جدا يصعب حصرها ومنها المريض الذي يحتاج الى عملية جراحية ضرورية مستعجلة فيستغل الطبيب هذه الحاجة ويبرم معه عقدا بقيمة كبيرة من أجل إجراء العملية وبالتالي سوف يكون هناك اختلال واضح في الحقوق الناشئة عند العقد .

الصورة الثانية : الطيش : يراد بالطيش فقدان التركيز السليم وعدم التفكير بعواقب الأمور[2], والطيش هنا ليس قرينة للسفه إذ قد يقدم الإنسان العادي على عمل طائش في لحظة من لحظات التحمس والاستفزاز .

الصورة الثالثة : الهوى : وهو ميل الإنسانإلى شيءواشتهاؤهاإياه رغبة شديدة تدفع الشخص للحصول على شيء مقابل ثمن جسيم وهو الشهرة الجامحة لا المودة والعطف[3].

الصورة الرابعة : عدم الخبرة : يقصد بها الجهل بالأموروالإقدام عليها دون تروي وتقترب هذه الصورة من حالة الضعف من ناحية ومن الغفلة بينما عدم الخبرة لا يقم على مثل هذا الوهن وإنما عن جهل بشؤون الحياة العامة .

الصورة الخامسة : ضعف الإدراك : هو عدم الخبرة وسوء التقدير للأمور .

1- إبراهيمي عنتر فتحي، حقوق العقد، دار الحامد للطباعة والنشر، عمان الاردن، ط 1 2019، ص 279.

2- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام ،ج 1، ط3 ،دار النهضة العربية، القاهرة ،ص 322.

3- عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ،مصادر الالتزام ،ج 1 ،ط02 ،العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة 2007 ص 255.

يتضح أن الإستغلال كعيب من عيوب الإرادة هو عدم التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد وبين ما يلتزم به نتيجة لاستغلال المتعاقد الآخر له أفضل مثال على ذلك في مجال التامين كان تتعد شركة التامين عند تحديدها قيمة التعويض للمؤمن له إهمالأو إخفاء حقائق أو التقليل من شان بعض الأحداث المحيطة بالحادث أو التي كانت جراؤه مع علمها بان ذلك يحقق مكاسب مؤكدة لها على حساب مصلحة الشخص المؤمن عليه وأنه هكذا سوف يضار مستغلة بذلك خبراتها وطيش المؤمن له وقلة خبراته بسوق التامين .

الفرع الثاني : الضعف النسبي.

وهو الضعف الاقتصادي أو يعتبر شكلا حديثا من أشكال الخشية والإجبار[1]،ويتحقق عندما يضطر ولا يكون مخيرا في القبول أو الرفض ويظهر هذا الضعففي مظهرين :

أولا: الضعف الاقتصادي مظهر من مظاهر الضعف

يعود فيه الضعف للقوة الاقتصادية للمتعاقد معه لهيمنته على السوق مما يتيح له فرض وإملاء بنود العقد بفعل الاحتكار أو تضييق مجال المنافسة .

ثانيا: الاحتياج الاقتصادي مظهر من مظاهر الضعف.

أما المظهر الثاني ينتج فيه الضعف عن حالة الاحتياج التي تجعل المتعاقد في مركز ضعيف (الحاجة إلى العمل مثلا) وقد يجتمع المظهرين معا فنكون أمام طرف قوي اقتصاديا يسعى إلى الإفادة من حالة الاحتياج التي يوجد فيها الطرف الضعيف .

1 – ابراهيم داوود الوقاية القانونية من عدم التوازن العقدي في العقود الكلاسيكية مجلة روح القوانين كلية الحقوق,ص283 .

المبحث الثاني

الآليات التشريعية لحماية الطرف الضعيف في القانون المدني.

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يتطلب أن يترك أمر تحديد بنود و شروط العقد للإرادة الحرة المشتركة للمتعاقدين دون تدخل من طرف المشرع . إلا أن هذا المبدأ قد شمله بعض التقييد ، حيث كثيرا ما يتدخل المشرع للتحديد أثار و بنود بعض العقود بموجب قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، أو الخروج عنها حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية . و هذا نظرا للتحولات الاقتصادية و الاجتماعية التي أثرت على العلاقات ، والتفاوت الصارخ في المراكز العقدية للأطراف المتعاقدة . فهنا المشرع يحرس على منح المتعاقد الضعيف حقوق دنيا لا يمكن المساس بها أو التنازل عنها .

و سنتناول في هذا المبحث مطلبين المطلب الأول التدخل التشريعي في العقود لحماية الطرف الضعيف و المطلب الثاني سنتناول فيه اشتراط المشرع الأهلية لتكوين العلاقات التعاقدية .

المطلب الأول

التدخل التشريعي في العقود لحماية الطرف الضعيف

إن تغير الظروف الاقتصادية و الاجتماعية جعلت المشرع يتدخل في العلاقات التعاقدية مستبعدا بذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، تحقيقا للعدالة العقدية و حماية للطرف الضعيف . و يظهر التدخل التشريعي في العلاقات التعاقدية في إجازة القانون لتنظيم و تعديل بعض العقود و سنتناوله في الفرع الأول، واشتراط الشكلية كآلية لحماية الطرف الضعيف و سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول : إجازة القانون لتنظيم بعض العقود

قد تدخل المشرع لتنظيم بعض العقود خاصة في النصف الأول من القرن العشرين، حيث نظم عقد العمل و عقد النقل و عقد التأمين ، و إن اعتبر ذلك مساسا بقداسة العقد

فإنه يهدف إلى حماية الطرف الضعيف في مختلف العقود ، كالعامل في عقد العمل و الموازنة بين المصالح و الحقوق والواجبات و ضمان العدالة الاجتماعية و سوف نعطي نماذج عن بعض العقود التي تعتبر من أهم العقود التي تدخل المشرع في تنظيمها و تعديلها .

أولا : عقد العمل

إن هدف المشرع من وراء تدخله في العلاقة العقدية للعمل هو حماية فئة العمال ، خاصة و أن طبيعة عقود العمل غالبا ما تتضمن شروطا تعسفية ، فيتم استبعادها و إدراج بديلة عنها ، أو الإنقاص أو الزيادة في الالتزامات .[1]

وإن كان من المفروض الاهتمام بحماية الطرف الضعيف اقتصاديا في عقد " العامل " فإن ذلك ينبغي ألا يتجاوز الحد إلى درجة الاختلال بالتوازن الواجب بين أطراف علاقة العمل ، لأن هذا الإخلال يمكن أن يؤدي إلى التهرب من تطبيق القانون والاحتيال عليه بطرق مختلفة. كما قد يؤدي إلى تكثيف استخدام الآلات والتكنولوجيا بدلا من استخدام العمال في محاولة للتخلص من تبعاتهم، الأمر الذي سيزيد من انتشار البطالة . لذلك كان لابد للمشرع من أن ينظم هذه الحماية بشكل يضمن حقوق الطرفين وعدم استغلال أحدهما للآخر[2].

والمشرع عقد إلى حماية فئة العمال بموجب قواعد آمرة تضمنها القانون 90-11 المعدل و المتمم المتعلق بعلاقات العمل و هذه القواعد تضع بعض بنود عقد العمل مثل مدة العمل، مواقيت العمل الليلي، و العطل، الأجر الأدنى..

1- حماية حق العامل في الضمان الاجتماعي.

1- علاق عبد القادر ، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان كلية الحقوق ، سنة 2007-2008 ص 60

2 – مندي آسيا يسمينة ، النظام العام و العقود ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود و المسؤولية ، جامعة يوسف بن خدة ، 2008-2009 ، ص 36

قد ساهم المشرع إلى الإلمام بجميع المخاطر التي قد يتعرض لها العامل و جعل الانضمام إلى الضمان الاجتماعي إجباري للاستفادة من جميع مزاياه بصدور القانون 83/11 المؤرخ في: 83/07/02 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ومصطلح التأمينات الاجتماعية وضع للدلالة على مجموعة الوسائل التي تهدف إلى تعويض الأطراف عن نتائج المخاطر الاجتماعية [1].

وتنقسم التأمينات الاجتماعية الى قسمين : الأخطار الفسيولوجية كتأمين عن المرض، الولادة، العجز، الوفاة والتأمينات الاجتماعية عن المخاطر المهنية كأداء التأمين عن التقاعد و التأمين عن البطالة.

2- تنظيم المشرع لآلية فض المنازعات الاجتماعية:

كما نظم المشرع آليات فض المنازعات الاجتماعية و جعل تسويتها تتم أولا بإجراء طعن أمام هيئة الضمان الاجتماعي و في حالة رفض الطعن يتم اللجوء إلى القضاء.

3 - تنظيم المشرع لمدة العمل :

أما بخصوص مدة العمل فقد صدر الأمر 03/97 المؤرخ في 97/01/11 المحدد للمدة القانونية للعمل [2]. حيث ألغى المواد من 22 إلى 26 المحددة للمدة القانونية للعمل من القانون11/90 المتعلق بعلاقات العمل و حددها بـ 40 ساعة في الأسبوع طبقا للمادية الثانية من الأمر في ظروف العمل العادية ، باستثناء المستمرات الفلاحية التي

1 - براهم عط الله ، مدخل على التأمينات الإجتماعية، الطبعة الأولى، دار المعارف ، الإسكندرية ، سنة 1969، ص 40.

2 - الأمر 97 /03 المؤرخ في 1997/01/11 المحدد للمدة القانونية للعمل، جريدة رسمية العدد 3 صادرة بتاريخ 12 يناير 1997

2- قدور خليلي ، عبد الكريم وانزة، عقد العمل في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، الجامعة الإفريقية أحمد دراية بأدرار، سنة 2018/2017 ، ص 42.

حددت مدة العمل المرجعية فيها بـ 1800 ساعة في السنة حسب خصوصية المنطقة و النشاط و هذا ما نصت عليه المادة 07 من الأمر 03/97 .

أما بالنسبة لمدة العمل الأسبوعية حددتها المادية الثانية فقرة 2 من الأمر 03/97 بـ 5 أيام عمل كاملة على الأقل في الأسبوع على أن لا تتجاوز مدة العمل الفعلي بـ 12 سا في اليوم . ويبقى للمؤسسات الخيار للتوزيع الذي يتناسب مع طبيعة نشاطها[1].

غير أن هناك حالات خاصة ترفع فيها هذه المدة أو تخفض حسب ما نصت عليه المادة 04 من الأمر 03/97 .

كما قد يلجأ رب العمل إلى تشغيل العامل في ساعات إضافية زيادة عن المدة القانونية لتحقيق مصلحة الشركة أو المؤسسة و حتى يحمي المشرع حق العامل ربط توظيف العامل لساعات إضافية بشرطين هما :

- أن تكون الساعات الإضافية لمدة لا تتعدى 20 بالمائة من المدة القانونية.
- زيادة في الأجر لا تقل عن 50 بالمائة من الأجر العادي لساعة [2].

4- الحق في الراحة:

كما كرس المشرع في دائرة الحقوق الأساسية للعامل الحق في الراحة و ذلك لأهميتها ومن خلال نص المادة 6 الفقرة 7 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل. حيث قام بتحديد فترات الراحة التي ترتبط بالمناسبات الدينية و الوطنية و حتى العالمية بالإضافة إلى الراحة الأسبوعية حيث نصت المادة 33 من القانون 11/90 من قانون علاقات العمل على أنه : "حق العامل في الراحة يوم كامل في الأسبوع " تتجدد بصفة دورية و العامل الذي يعمل في يوم الراحة القانونية له الحق في راحة تعويضية مماثلة و هذا طبقا للمادة 37 من القانون 11/90 .

3 – و هذا طبقا للمادة 31 فقرة 2 و المادة 32 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل .

أما بالنسبة للعطلة السنوية نصت كل تشريعات العمل على العطل رغم تباينها في النوع و المدة ، و الهدف من العطلة هي إعطاء العامل فرصة للراحة و حفاظا على صحته الجسدية و النفسية من جهة ، و استرجاع طاقته للعودة إلى العمل بنفس جديدة من جهة أخرى . حيث نصت المادة 39 من قانون علاقات العمل بأحقية كل عامل في عطلة سنوية مدفوعة الأجر و حددها بـ 30 يوم كاملة .[1]

5- حماية النساء و القصر في عقد العمل:

كما يظهر الطابع الحمائي للعامل من خلال الأحكام التي تحمي النساء ، حيث حظر المشرع تشغيل المرأة ليلا طبقا للمادة 29 فقرة الأولى من القانون 11/90 التي تنص على أنه : " يمنع المستخدم من تشغيل العاملات في عمل ليلي " . حيث منع المشرع تشغيل المرأة ما بين التاسعة ليلا و الخامسة صباحا و هذا المنع حماية لصحتها و أخلاقها وعائلتها فقضاء ليالي متتالية خارج المنزل يضر بها و بأطفالها لتعود مرهقة للبيت ، و هذا ما يعيقها عن أداء واجباتها و لكن هذا المنع من العمل الليلي ليس مطلق إذ خول المشرع إمكانية تشغيل النساء ليلا بناءا على ترخيص مفتشية العمل مثل الممرضات ، الصيدليات و القابلات في المستشفيات [2].

و حماية للقصر تنص المادة 15 من القانون 90 /11 على أهلية العامل و ضمان توفير ظروف العمل الملائمة على أنه : " لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ستة عشرة سنة 16 إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين التي تعد وفقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما ".

حيث حماية للقصر وفر المشرع لهم العمل بعد تركهم مقاعد الدراسة ، و أضفى الحماية لهم أثناء عملهم كون ما يقومون به يستدعي بذل مجهود بدني أو فكري .

1 – قدور خليلي ، عبد الكريم وانزة ، المرجع السابق ، ص 45-

2 – بوعزيز ليندة ، المرأة في قانون العمل الجزائري ، مجلة إيليزا للبحوث و الدراسات ، المجلد 6 ، العدد خاص ص 277.

و تحديد المشرع لسن 16 سنة كحد أدنى يسمح للقصر بإتمام مرحلة التعليم الأساسي الذي يعد إلزاميا عليهم [1].

و زيادة عن تحديد السن الأدنى للعمل أقر المشرع الجزائري ضرورة حصول القاصر على رخصة من وليه الشرعي ، كما نصت الفقرة 2 من المادة 15 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل على ما يلي : " و لا يجوز توظيف القاصر إلا بناءا على رخصة من وصيه الشرعي كما أنه لا يجوز استخدام العامل القاصر في الأشغال الخطرة أو التي تنعدم فيها النظافة أو تضر أو تمس بأخلاقه "

و المشرع الجزائري لم يقتصر في حمايته للعامل القاصر على منعه من ممارسة النشاطات التي تضر بصحته و أخلاقه بل تعداها إلى حماية القصر من العمل الليلي حيث نصت المادة 28 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل على أنه : " لا يجوز تشغيل العمال من كلا الجنسين الذين يقل عمرهم عن تسعة عشرة سنة كاملة في أي عمل ليلي " لأن البنية البدنية و الذهنية للقاصر تحتاج إلى نمو في مثل هذه السن فتدخل المشرع لحمايتها عن طريق منع النشاطات التي تؤثر سلبا في النمو الجسدي للقاصر [2].

و لقد اهتم المشرع الجزائري بالقاصر في علاقة العمل باعتباره طرفا ضعيفا في العقد أولا لصغر سنه و ثانيا لقلة تجربته ، و حتى لا يستغل القاصر من طرف المستخدم جاء المشرع بقواعد آمرة لا يجوز مخالفتها فهي من النظام العام .

فاليوم تم فرض حماية مصالح العمال بالقوة بتقنين خاص بهم فأغلب شروط عقد العمل يفرضها القانون المنظم لها ، و أصبح العمال يتمتعون بالحماية القانونية التي افتقدوها سابقا باعتبارهم الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية . و هذه الحماية تعتبر

1- مهدي بخدة ، الحماية القانونية للعامل القاصر في التشريع الجزائري ، معهد الحقوق و العلوم القانونية و الإدارية بالمركز الجامعي ، غليزان ، العدد 4 ، ديسمبر 12014 ص 51

2- مهدي بخدة ، المرجع نفسه ، ص 56

ثمرة نضال العمال و إضراباتهم العديدة لرفض ظروف العمل السيئة و الأجر القليل و الالتزامات غير العادلة ، فالمشرع حمى العامل باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من استغلال رب العمل و أكسبه حقوقا لا يمكن التنازل عنها يضمنها عقد العمل نفسه .

ثانيا : تنظيم المشرع لعقد الاستهلاك.

نضرا لعدم توازن العلاقة التعاقدية بين المستهلك و المهني لما يملكه المهني المحترف من قوة اقتصادية و تفوق علمي ، و يعتبر المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و تعتبر عقود الاستهلاك مجالا لاستغلال المهنيين لوضعيتهم المتميزة من خلال الشروط التي يضمنونها لعقودهم ، بحيث لا يكون للمستهلك سوى الخضوع لهذه الشروط التي تخدم مصالح المهنيين . وبسبب سعي و طمع المنتجين و التجار إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح و بلوغ أعلى نسبة من التسويق ولو كان هذا على حساب المستهلك و صحته الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و هذا ما جعل المشرع يتدخل في تنظيم هذا النوع من العقود ليضمن الحماية الفعالة للمتعاقد الضعيف ، فصدر القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش[1] ، الذي وضع عدة التزامات على عاتق المهني حماية للمستهلك .

1- الالتزام بضمان سلام المستهلك :

فطبقا للمادة 04 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش فقد ألزم المشرع الجزائري كل متدخل يقوم بوضع مواد غذائية للاستهلاك بضرورة احترام الشروط التي من شانها حماية هذه المواد الغذائية على نحو يضمن سلامة المستهلك و أمنه . كما ألزم المشرع المتدخل حماية للمستهلك عند وضع المواد الغذائية للاستهلاك

1 – قانون رقم 03/09 مؤرخ في 25 فيفري 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، جريدة رسمية 15 المؤرخة في 2009/03/09 المعدل و المتمم بموجب القانون 09/18 المؤرخ في 10 جوان 2018 جريدة رسمية عدد 35 ، المؤرخ في 2018/06/13

بالمحافظة على نظافتها و كذلك عند وضعه المنتوجات للاستهلاك سلعا كانت أو خدمات أن يراعي في ذلك شروط الأمن الضرورية فتكون بذلك مضمونة و آمنة على المستهلك أثناء قيامه باستعمالها للغرض الذي تم شراءه لأجلها [1].

2- الالتزام بالضمان:

كما نص المشرع في المواد من 13 إلى 16 من قانون حماية المستهلك و قمع الغش على الالتزام بالضمان حيث عرف الضمان في المادة الثانية من القانون 03/09 بقولها : التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة في حالة ظهور عيب بالمنتوج ، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة .

كما نصت المادة 13 من القانون 03/09 على أنه : يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون و يمتد هذا الضمان أيضا للخدمات " . فشرط الضمان يقع بقوة القانون متى ظهر عيب في المنتوج خلال فترة زمنية معقولة يمارسه تجاه المتدخل الذي يلزم في هذه الحالة سواء باستبدال المنتوج أو رد ثمنه أو تصليحه ، فإذا كانت خدمة التزم بتعديلها و ليس على المتدخل ممارسة أي نفقات إضافية ، فممارسة حق الضمان يكون على نفقته الخاصة . و قد نضم المشرع أحكام الضمان بموجب المرسوم التنفيذي 266/90 المؤرخ في 1990/09/15 و المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات لاسيما المادة 22 منه التي ألزمت المتدخل بضمان سلامة المنتوج الذي يقدمه من كل عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له حتى لدى تسليم المنتوج[2].

3- الالتزام بالإعلام:

1 –سعيود محمد الطاهر ، الإلتزام بضمان السلامة الغذائية في قانون حماية المستهلك ، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية ، المجلد الخاص ، السنة سبتمبر 2020 ص 142

2 – نجاة مهيدي ، قفاف فاطمة ، مجلة الحقوق و الحريات العدد الرابع ، أفريل 2017 ، ص 680

كما فرض المشرع على عاتق المهني أو المتدخل طبقا للمادة 17 من القانون 03/09 التزام بإعلام المستهلك بكل المعلومات الموجودة في المنتوج الذي يضعه للاستهلاك . بحيث تنص المادة 17 على أنه : " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع علامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة " . و كذلك بالاستناد إلى المرسوم رقم 378/13 الذي يحدد الشروط و الكيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ ، نجد المشرع نص على تعريف الإعلام حول المنتوجات بموجب المادة الثالثة فقرة 5 على أنه " كل معلومة متعلقة بالمنتوج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي ". و من خلال هاتين المادتين نجد المشرع ذكر وسائل إعلام المستهلك على سبيل المثال و تكمن هذه الوسائل في وسائل تقليدية كالكتابة و الوسم و العلامات أو وسائل تكنولوجية حديثة أو شفاهة [1].

و طبقا للمادة 18 من نفس القانون نجد أن المشرع وضع مجموعة من القواعد التي تعمل على إعلام المستهلك و حمايته ، و ذلك عن طريق وضع بيانات و شروط الضمان و التي تعطي للمستهلك فكرة كافية عن المنتوج و تحمي رضاه و التي تنص على أنه : " يجب أن تحرر بيانات الوسم و طريقة الاستخدام و دليل الاستعمال و شروط ضمان المنتوج و كل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا و على سبيل الإضافة ، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين و بطريقة مرئية و مقروءة و متعذر محوها " . فهنا لم يعد باستطاعة المتدخل اتخاذ موقف سلبي على أساس أن المستهلك ينبغي عليه أن يحمي نفسه أو يسعا بنفسه على الوقوف على طبيعة العقد و السلعة محل العقد.

1 – سارة عزوز ،الالتزام بالإعلام كإلية لحماية المستهلك ، جامعة باتنة ، مجلة البحوث العلمية في العقود و قانون الأعمال ، العدد 05 ديسمبر 2018 ص 153

إذا بالنظر إلى ما تقدم ونتيجة للخطورة التي تحيط بالمستهلك بسبب عدم توفر المعلومات لديه عن السلعة التي يريد التعاقد بشأنها ، فإن حماية المستهلك تقتضي أن يقوم المنتجون بإعلام المستهلك و إخباره عن خصائص المنتج و ما يحيط به من مخاطر .[1]

4- ضمان حق الرجوع:

كما أعطى المشرع للمستهلك حق الرجوع عن العقد و إن كان قد تأخر نسبيا في تناول حق التراجع في قانون حماية المستهلك إلى غاية 2018 ، فقد عرف العدول في المادة 02 من القانون 09/18 على أنه : " حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد ، و دون دفعه مصاريف إضافية " . و المشرع منح حق التراجع للمستهلك لتمديد الحماية القانوني لإرادة المستهلك إلى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد و قبل تنفيذه . فقد لا تكفي الحماية السابقة على التعاقد لتوفير ظروف أفضل للمتعاقد من وجهة نظر المستهلك لاسيما في بعض العقود التي يبرمها المستهلك على عجل ن ودون دراسة للعقد و للخيرات المتاحة و ذلك بسبب حاجته الملحة للسلعة الاستهلاكية أو بسبب الإغراءات و القدرة الإقناعية التي يمارسها المنتج أو البائع على المستهلك . فهذه الوسائل الإغرائية بلغت حدا من التطور بحيث تتحكم في نفسية المستهلك و تدفعه إلى التعاقد دون أن ينوي ذلك ، أو أنه لا يحتاج أصلا للسلع التي يشتريها أو لا يقدر على دفع ثمنها. فخيار العدول يمنح المستهلكون مهلة للتفكير بالعقد الذي أبرموه على عجالة و تحت الضغط

1 – دالي بشير ، دور القاضي في حماية الطرف الضعيف ، دراسة مقارنة ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، جامعة الحقوق و العلوم السياسة سنة 2015-2016 ص 206

كما لا يترتب على ممارسة حق العدول أي الترام من جانب المستهلك بتعويض البائع أو الموزع لما قد يلحقه من أضرار أو خسائر جراء ممارسة حقه في العدول .[1]

كما كرس المشرع عدة هيئات إدارية خول لها صلاحية حماية المستهلك منها وزارة التجارة نظرا لدور الفعال الذي تلعبه في مجال حماية المستهلك . حيث تتولى نظام مراقبة السلع و الخدمات المرتبطة بها من مدى مطابقتها لمعايير الجودة و الصحة و الأمان بمختلف أجهزتها ، بالإضافة إلى الوالي ، رئيس المجلس الشعبي البلدي ، و إدارة الجمارك..الخ .

الفرع الثاني : اشتراط الشكلية كآلية لحماية الطرف الضعيف

الشكلية حالة استثنائية عن مبدأ الرضائية التي أخذ بها المشرع الجزائري بنص المادة 59 من ق م ج بقولها : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين ، دون الإخلال بالنصوص القانونية " . و قد أولى لها المشرع أهمية كبيرة لحماية و لضمان استقرار المعاملات وتفاديا لما قد يطرأ فيما بعد بشأنها من نزاعات تتعلق بالتصرفات المبرمة سابقا . فقد نظمها و أحاطها بجملة من القيود و الإجراءات القانونية و الشكلية الكفيلة بحماية إرادة المتعاقد خاصة إذ تمثلت في كتابة رسمية ، حيث يقوم الموثق بإرشاد و نصح المتعاقد كما تشجع الكتابة على الائتمان ، إذ تجنب المتعاقد نسيان العقد و يقول الفقيه الألماني " اهرينج " في هذا الشأن "الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة " [2].

أولا : التعريف بالشكلية :

1 – بن لعلى عبد النور ، تأثير قانون حماية المستهلك على النظرية العامة للعقد ، المبالغة في حماية المستهلك على حساب القواعد الكلاسيكية ، مجلة الدراسات القانونية صنف ج المجلد 08 ، العدد 02 السنة 2022 ص 764-765

2 – علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد الطبعة الثالثة ، موفم لنشر ، سنة 2013 ، ص 302.

يعرف الشكل في اللغة على انه صورة لشيء محسوس ، وجمعها في اللغة أشكال ، أي هو الهيئة و الصورة و يقال أيضا مسائل شكلية و يفهم منها الاعتناء بالمظهر دون الجوهر أو هو ما يراد به غالبا ما كان من الهيئات [1].

2 – التعريف الفقهي:

اختلف الفقهاء في تعريف الشكلية : فقال جيني "إن التصرف الشكلي هو الذي عرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية القانونية بدرجة ما "و يرى روبي " إن الشكلية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات و المواعيد و الإجراءات " [2]. ويعرفها الصنهوري : "هو مالا يتم بمجرد تراضي متعاقدين بل يجب لإتمامه فوق ذلك إتباع شكل خاص يعينه القانون و أكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد " [3].

فالشكلية هي إفراغ العقد في شكل معين يوجبه القانون ، فهي ركن في العقد الذي يجب إفراغه في شكل معين.

ثانيا : أنواع الشكلية :

و يمكن تقسيم صور الشكلية إلى شكلية مباشرة و هي تلك المتطلبة للانعقاد العقد. و شكلية غير مباشرة وهي تلك التي لم يتطلبها المشرع لانعقاد العقد ، بل اكتفى المشرع بفرض بعض الإجراءات السابقة أو اللاحقة للتصرفات القانونية.

1-الشكلية المباشرة:

1 – ابن منطور محمد مكرم ، لسان العرب ، دار المعارف القاهرة ، مصر، دون ذكر رقم الطبعة و سنة النشر ، ص 210.

2 – رشيد بوعمامة ، صدام بوعمامة ، المرجع السابق ، ص 08.

3 – عبد الرزاق احمد الصنهوري مصادر الالتزام الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة 03 الجديدة، سنة 2000 ، ص 150.

الشكلية المباشرة هي ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركنا من أركان العقد ، و تدعى هذه الشكلية بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني أي العقد ، حيث يترتب على تخلفها انعدام العقد [1].

ويقصد بها : تلك الأوضاع التي يتطلبها المشرع لانعقاد العقد استثناءا عن قاعدة كفاية التراضي لإنشاء العقد [2].

و للشكلية المباشرة صورتان : تتمثل الأولى في الكتابة و الثانية في فعل أو إجراء ما .

1-الكتابة :

قد تكون الكتابة التي تترجم ركن الشكل رسمية و قد تكون عرفية. و عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي أو الكتابة الرسمية في المادة 324 من ق م ج التي تنص على انه " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه".

و يتضح من هذا التعريف أن للعقد الرسمي ثلاث شروط : يتعلق الشرط الأول بمحرر العقد و الشرط الثاني بالاختصاص و الشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب إتباعها.

الشرط الأول : أن يكون محرر العقد موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة[3].

الشرط الثاني : سلطة الموظف في إصدار الوثيقة و اختصاصه بها .

تشترط المادة 324 من ق م شرط الاختصاص و الولاية و أن يكون الموظف العام أو الضابط العمومي قد عمل في حدود سلطته و اختصاصه ، و يقصد بتحرير الموظف

1 – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 303.

2 – حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد ، الشكلية في إبرام التصرفات ، دراسة مقارنة ، ريم لنشر و التوزيع ، سنة 2011، ص 48.

3 – صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 82.

الورقة الرسمية في حدود سلطته هي أن تكون له الولاية في تحريرها و أن هذه الولاية تكون قائمة أثناء تحرير الورقة و ألا تتحقق فيه حالة من حالات التنافي الممنوعة قانونا و أن يكون مسموحا بتحريرها قانونا[1] ، فان عزل أو نقل زالت ولايته .

أما الاختصاص فهو نوعان:

الاختصاص النوعي : و يقصد به أن يكون الكتابة من اختصاصهم و في حدود سلطاتهم التي حددها القانون حيث لا يحوز لكاتب الجلسة أن يحرر عقد هبة .

الاختصاص المكاني : يقصد به أن القانون حدد لكل موظف دائرة إقليمية معينة لا يجوز له أن يباشر عمله خارجها .

الشرط الثالث : لكل من المحررات الرسمية أوضاعا و إجراءات معينة فيجب أن تكون الورقة الرسمية محررة طبقا لبعض الشكليات التي نص عليها القانون فوفقا للمادة 26 من قانون التوثيق 02/06 التي تنص : " تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد و واضح ، تسهل قراءته و بدون اختصار أو بياض أو نقص ..".

كما يجب أن يتضمن كل عقد البيانات التي أوجبها القانون لاسيما اسم ومكان تحرير العقد ، أسماء و ألقاب وصفات وعناوين ومهن أطراف العقد و الشهود إذا كانت شهادتهم ضرورية ، تعيين العقار موضوع العقد ، ومضمون العقد وتاريخه ، والهوية الكاملة للأطراف أو ما يسمى بتأشيرة موقعه من قبل محرر العقد الذي يجب عليه أن يشير إلى قراءة العقد على الأطراف و يجب أن يمضي في آخر العقد كل من الأطراف و الشهود ومحرر العقد[2].

– في حين الكتابة العرفية فطبقا للمادة 327 من ق م الجزائري التي تنص على أنه : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ، ما لم

1 – ميدي أحمد ، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دا هومة ، الجزائر، 2008، ص 19

2 – المادة 327 من القانون المدني الجزائري.

ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق"[1].

ومنه فالكتابة العرفية هي التي لا تحرر من ضابط عمومي أو موظف عام ، و المشرع لم يشترط أي شكل في تحريرها و الشرط الوحيد لصحتها أن تكون موقعة من أطراف العقد و أن يكون لها تاريخ ثابت حتى يمكن الاحتجاج بها بالنسبة للغير ، ومن ثمة نميز بين حجية العقد العرفي بين أطرافه وحجيته بالنسبة للغير [2].

ويقصد بها أيضا: المحررات التي يجري تحريرها بمعرفة الأشخاص أنفسهم دون تدخل من الجهات الرسمية وتكون موقعه من أطرافها ، وهي حجة على من وقعها ما لم ينكرها [3].

أما شروط صحة العقد العرفي فطبقا للمادة 327 من القانون المدني يتضح لنا بأن الشروط الواجب توافرها في المحررات العرفية تتمثل في شرطين هما الكتابة و أن يكون المحرر موقعا ممن يستند إليه كدليل عليه.

أ – الكتابة:

تعتبر الكتابة الشرط الأول لصحة العقد العرفي بحيث لا تخضع لأي شكل في إعدادها فيما يتعلق باللغة المستعملة ، و لا الشخص القائم بتحريرها ، و لا يهم شكل الورقة العرفية التي حرر فيها العقد بقدر ما تم تحريره و إثباته بالكتابة مع الإشارة إلى أن الكتابة العرفية قد تكون على الورق كما قد تكون على دعامة الكترونية . [4]

و المشرع قد نص على ذلك في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على

1 – عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2014 ، ص 77.

2 – عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع نفسه ، ص77.

3 – حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد ، المرجع السابق ص 61.

4 – باقل محمد ، بومعزة محمد ، المرجع السابق ، ص 69

الورق ، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها " .

و يستوي الأمر أن تكون الكتابة بخط اليد أو عن طريق آلة راقنة ، على خلاف المحرر الرسمي الذي يشترط في تحريره اللغة العربية وفق أوضاع محددة ، كما أن الكلمات المحشورة أو المكتوبة بين الأسطر تبقى صحيحة و لو لم يتم التصديق عليها.[1]

ب – التوقيع :

و يقصد بالتوقيع الإمضاء وهو علامة مميزة لصاحبها يعرف بها عادة و تتمثل في كتابته بخط اليد اسمه و لقبه في آخر الورقة و يفيد التوقيع قبول المتعاقد الموقع ما ورد في هذه الورقة [2].

كما يمكن أن يكون التوقيع في شكل صورة إمضاء و بصمة و هذه الطريقة لها قوة ثبوتية لتمييز كل شخص ببصمته الخاصة ، كما يمكن أن يكون التوقيع في شكل إلكتروني ، شريطة أن يكون محميا بشفرة أو رقم سري يصعب على الغير تزويره[3] .

2 – الشكلية غير المباشرة :

سميت هذه الإجراءات الشكلية بالشكلية غير المباشرة لكونها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني ، و لكنها قد تحد من فعاليته و نفاذه و تتمثل في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد لأجل تحقيق أهداف العقد و تتمثل هذه الإجراءات في قواعد الإثبات ، إجراءات إدارية و جبائية أو التسجيل ، ثم وسائل الشهر .

أ– قواعد الإثبات:

الأصل أن عبء الإثبات يقع على المدعي ، لأنه من المفترض براءة الذمة ، فمن يدعي حقا في ذمة الآخر عليه إثبات الواقعة التي كانت مصدرا لذلك و قد ورد هذا في

1– رشيد بوعمامة ، صدام بوعمامة ، المرجع السابق ، ص 21

علي فلالي ، المرجع السابق ، ص 314 2

3 – المادة 327 من القانون رقم 05/ المتضمن القانون المدني ، المرجع السابق

المادة 323 من القانون المدني التي تنص على أنه : " على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه " . و قد نظم المشرع الجزائري طرق الإثبات بوضعه قواعد تلزم المتخاصمين وعلى عكس الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل ، فإن إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج ففي هذه الحالة لا يجوز الإثبات إلا بالكتابة وفقا للمادة 323 من القانون المدني التي تنص على أنه : " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني يزيد قيمته على 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .. " و بمقتضى هذه المادة ففي حالة إنكار المدين يجب على الدائن لاستفاء حقه أن يثبته كتابة و لو لم تكن الكتابة ركنا في العقد [1] .

كما يجوز أيضا الإثبات بوسائل أخرى منها الإثبات بالشهود (المواد من 333 إلى 336 من القانون المدني) ، و الإثبات بالقرائن (المواد من 337إلى 340 من القانون المدني) ، ثم الإثبات بالإقرار (المادة 341و المادة 342) كما يجوز أيضا الإثبات باليمين في حالة ما إذا تعذر على الشخص الإثبات بالوسائل السابقة الذكر (المواد من 343 إلى 350 من القانون المدني) [2] .

ب- الشهر:

تتم عملية الشهر بطريقة مختلفة تبعا لأهمية التصرف القانوني ، منها الشهر العقاري ، و القيد في السجل التجاري ، و النشر عن طريق الصحف . و يحقق الشهر علم الغير بالتصرفات القانونية التي تتم بين المتعاقدين ، فالغاية من إجراء الشهر هو أن يصبح العقد ساريا أو نافذا في مواجهة الغير ، و قد يحول إغفال الشهر في بعض الحالات الاستثنائية دون ترتيب أي أثر للعقد بين المتعاقدين و هذا ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني .

1- علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 320

2- باقل محمد ، بومعزة محمد ، المرجع السابق ، ص 271.

*** – الشهر العقاري.**

و عرف بأنه النظام القانوني الذي يتضمن مجموعة من الإجراءات الفنية التي يقع تنفيذها على عاتق هيئة عمومية ، بهدف ضمان توفير الإعلام حول الحقوق الموجودة على العقارات [1].

كما عرف بأنه ذلك العمل القانوني المتعلق بالعمليات الواردة على العقارات و الهادف إلى إعلام الغير بالأوضاع القانونية المتعلقة بالعقارات[2].

و يتمثل جوهر نظام الشهر العقاري في تثبيت و حفظ حقوق الملكية و غيره من الحقوق العينية ، بحيث تشهر مختلف التصرفات الواردة على العقار في سجل معد لإطلاع الكل عليه بما يحقق استقرار المعاملات و يقلل من المنازعات[3] .

و تكلم المشرع الجزائري عن عملية الشهر في القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 793 و التي جاء فيها : " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار ، سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير ، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون ، و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار " . كما نظم المشرع بالأمر 74/75 المؤرخ في : 1975/11/22 المعدل و المتمم و المتعلق بقانون إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و تعتبر هذه الإجراءات الواجب احترامها حتى يكون العقد نافذا في حق الغير – شكلية غير مباشرة – [4].

التسجيل :

2 – جميلة زايدي ، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ص 122.

3 – جميلة زايدي ، نفس المرجع ، ص 124.

3 – سليمان بن الشريف ، ابراهيم يامة ، نظام الشهر العقاري و دوره في حماية الحقوق العينية العقارية ، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي ، المجلد 6 ، العدد 1 جوان 2019 ص 49

4– علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 322

تخضع إلى إجراءات التسجيل طبقا للأمر 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل الأحكام و القرارات القضائية ، عقود الموثقين ، العقود الناقلة للملكية الوطنية و عقود الشركات [1].

فرغبة من المشرع في توعية المتعاقد و حمايته أدى إلى الاعتراف بأهمية الشكلية في العقود، فمنها ما تعتبر شكلية انعقاد فلا ينعقد العقد إلا بتوفر شكل معين سواء كان رسمي أو عرفي ، وقد رتب المشرع الجزائري على عدم احترام هذه الشكلية أحيانا بطلان العقد ، و في أحيان أخرى لا يمكن إثبات هذا العقد إذا تخلفت الشكلية المطلوبة . لهذا تعتبر الشكلية حماية لإرادة المتعاقد الضعيف و سلامة رضاه و ضمانا لحقه .

و اشتراط الكتابة من طرف المشرع وسيلة تسمح للمتعاقد الضعيف بالإطلاع على العقود التي يبرمها و بهذا فإنه يقدم على إبرام العقد و هو على علم بكل الأوضاع التي يتم التعاقد وفقا لها .

ومن أنواع التسجيل القيد في السجل التجاري و هو قيد يخص بعض التصرفات أو الأشخاص ، كالقيد في السجل التجاري الذي يخضع له التاجر سواء كان شخص طبيعي أو معنوي (المواد من 19 إلى 21 من القانون التجاري) و ذلك من أجل اكتساب صفة التاجر و يترتب على عدم القيد عدم اكتساب صفة التاجر و عدم اكتساب الشخصية المعنوية بالنسبة لشركات و المحل التجاري ، كما يترتب على عدم قيد التصرفات القانونية المتعلقة بالمحلات التجارية عدم نفاذها بالنسبة للغير ..الخ

***- الإجراءات الإدارية و الجبائية.**

و تتمثل هذه الإجراءات في الحصول على ترخيص مسبق أو التصريح الإجباري أو التسجيل لدى المصالح المختصة .

***- الترخيص المسبق:**

1 - علي فيلالي ، المرجع نفسه ، ص 325-326

اشترط المشرع في بعض العمليات ترخيصا مسبقا من قبل الإدارة و نذكر في هذا الشأن المرسوم 65/64 المؤرخ في 1994/01/20 التعلق بحرية المعاملات حيث تنص المادة 07 منه على أنه يجب الحصول على ترخيص المسبق بالنسبة لكل المعاملات التي تتعلق بالأراضي الزراعية .

***- التصريح الإجباري:**

حيث يلزم المتعاقدين في بعض المعاملات بالتصريح لدى المصالح المختصة بالعقد الذي تم إبرامه حتى تتمكن من مراقبة العملية . فمثلا حماية لليد العاملة الوطنية و مراقبة لاستعمال اليد العاملة الأجنبية ألزم صاحب العمل بموجب المادة 19 من المرسوم 510/82 المؤرخ في 1982/12/25 بتقديم تصريح عند استعمال اليد العاملة الأجانب .

المطلب الثاني

اشتراط الأهلية لتكوين العلاقات التعاقدية

إن انعدام الأهلية و نقصانها وسيلة هامة لحماية الطرف الضعيف في حالة الضعف الذاتي حيث إذا توفرت عدم أهلية المتعاقد تكون تصرفاته باطلة ، أما إذا توفرت حالة نقصان الأهلية فتكون تصرفاته قابلة للإبطال .

و سنتعرض في هذا المطلب إلى ماهية الأهلية في الفرع الأول ثم بيان عوارضها في الفرع الثاني .

الفرع الأول : ماهية الأهلية القانونية

تثبت الشخصية القانونية للشخص الطبيعي بولادته حيا طبقا للمادة 1/25 من القانون المدني التي تنص على أنه : " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته " لأن الأهلية تسمح لأي شخص بممارسة كل التصرفات القانونية ما لم يكن معرضا لأحد عوارضها ، و تتأثر الأهلية بحسب تدرج سن الإنسان و وباختلاف سلامة عقله و قدرته على الإدراك والتمييز . لذلك سنتطرق إلى مفهوم الأهلية وأنواعها أولا ثم إلى تدرج الأهلية بحسب السن ثانيا .

أولا : تعريف الأهلية و أنواعها

الأهلية لغة لها معاني كثيرة ومن أهم معانيها الأقارب و العشيرة و الزوجة [1] ، فأهل الرجل و أقاربه وذووه لقوله تعالى "ونادى نوح ربه فقال رب إن ابني من أهلي و إن وعدك الحق وأنت أحكم الحاكمين "[2].

و أهل الشيء أصحابه ، و أهل الأمر ولاته ، و أهل الدار سكانها و يقال فلان أهل لذلك ، أي انه يستوجب ذلك الأمر و يستحقه [3] لقوله تعالى " هو أهل التقوى و أهل المغفرة " [4] ، و الأهلية للأمر الصلاحية له فيقال احد أهل لهذا أي هو مستوجب له و يقال أهل لهذا العمل أي صالح لأدائه [5].

و الأهلية اصطلاحا : تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية [6] . وتعرف أيضا بأنها صلاحية الشخص لان تكون له حقوق أو عليه التزامات و أن يباشر بنفسه الأعمال القانونية و القضائية المتعلقة بهذه الحقوق و الالتزامات[7].

و كل شخص أهلا للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم قضائي و يقع عبء إثبات عدم أهلية الشخص على من يدعي ذلك [8].

---

1 – انيس ابراهيم ، المعجم الوسيط ، بيروت ، لبنان ، دار أحياء التراث العربي الطبعة 2 ، الجزء 1 ، دون سنة نشر ، ص 31.

2 –صورة هود الآية 45.

3 – الفيروزي ابادي مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط بيروت لبنان ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثامنة ، 1426هـ /2005 ص 963.

4 – سورة المدثر الآية 56.

5 – محمد شاكر رشيد ، أحكام الإكراه في الشريعة الإسلامية ، دون دار نشر ، دون طبعة ، ص 2.

6–اسماعيل عبد النبي شاهين ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر الطبعة الأولى 2013 ص 179.

7 – فاضلي إدريس –الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، العقد ، الإرادة المنفردة ، الفعل المستحق للتعويض ، الإثراء بلا سبب ، القانون . قصر الكتاب الجزائر ، طبعة 2006 –2007 ص 73.

8 – سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، نظرية العقد الجزء الثاني ، مجلد 1 ، دار النهضة العربية ،القاهرة مصر 1987 ص 258.

و الأهلية نوعان : أهلية الوجوب و أهلية الأداء.

أ: أهلية الوجوب :

و قد تم تعريف أهلية الوجوب بأنها : " صلاحية الإنسان للتمتع بالحقوق و تحمل الواجبات التي يقرها القانون ، مما جعلها تتصل بالشخصية القانونية و ليس بالإدارة و بالتالي تثبت أهلية الوجوب حتى ولم تتوافر الإرادة . فهي تثبت للصبي غير المميز و تثبت كذلك للمجنون [1] . وهناك من عرفها بأنها صلاحية الشخص أو قابليته لاكتساب الحقوق وتحمل الوجبات .[2]

و أهلية الوجوب تلازم الشخص الطبيعي منذ ولادته إلى غاية وفاته [3].

ب : أهلية الأداء : (أهلية الممارسة)

وتعني قدرة الشخص أو صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية [4] ، أو كما عرفها عبد الرزاق السنهوري هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق [5].

كما تعرف أهلية الأداء بأنها : صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية لحساب نفسه وهي لا تثبت لكل شخص ، حيث أن مناطها التمييز و الإدراك ، فصلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية ترتبط بمدى تمييزه و إدراكه [6].

ثانيا : تدرج الأهلية بتدرج السن.

---

1 – سلامي ساعد ، مراحل الأهلية و أثر عوارضها على صحة التصرفات في التشريع الجزائري ، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية ، المجلد 06 ، العدد 2 ، سنة ، 2021 ص 242

2 – أحمد محمد ديب – ، القواسم المشتركة لعيوب الرضا ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي ، الحقوقية طبعة 2006 ، ص 262

3 – علي علي سليمان ، المرجع ، ص 48.

4 – احمد محمد ديب المرجع نفسه ، ص 262.

5 – عبد الرزاق أحمد الصنهوري ، الوسيط في شرح ق م الجزء 1 نظرية الالتزام يوجه عام مصادر الالتزام ص 221

6– محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانونية ، القاعدة القانونية ، نظرية الحق الجزء 2 منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، دونه سنة نشر ص 267.

إن أهلية الشخص في القانون المدني تتغير بتغير قدراته العقلية ، فلا يكون قادرا لمباشرة كافة التصرفات القانونية إلا إذا كانت له أهلية أداء كاملة بان يكون بالغا سن الرشد القانوني 19 سنة كاملة ومتمتعا بكل قدراته العقلية وغير محجور عليه . أما إذا كانت له أهلية أداء معدومة بان كان غير بالغ سن التمييز وهو 13 سنة فتكون تصرفاته باطلة و إذا كانت له أهلية أداء ناقصة بان كان بالغ سن التمييز ، و غير بالغا سن الرشد فان تصرفاته يكون بعضها صحيح و البعض الأخر باطلا وبعضها قابل الإبطال.

1 – انعدام الأهلية : (القاصر غير المميز).

في هذه المرحلة تنعدم الأهلية و تبدأ بولادة الإنسان حي إل غاية بلوغه سن الثالثة عشر سنة كاملة . و تتميز هذه المرحلة بضعف المدارك العقلية و لا يمكن للإنسان الإدراك و التمييز بين ما هو نافع له و بين ما هو مضر له على أساس أن العقل لم ينمو بالقدر الكافي ، و يكون الإنسان في هذه المرحلة عديم التمييز . و هذا ما أكدته المادة 42 من القانون المدني و التي تنص على أنه : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن ، أو عته أو جنون ، و يعتبر غير مميز من لم يبلغ الثالثة عشرة سنة ".

فالصبي غير المميز لا يستطيع أن يبرم أي عقد و ليس هذا مقصور على عقود التبرع أو عقود التصرف أو عقود الإدارة بل حتى عقود الاغتناء، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل هبة لأنه فاقد للتمييز فليس لإرادته أثر، وتثبت الولاية في ماله لوليه أو وصيه[1].

و بناء على هذا يكون القاصر عديم الأهلية في هذه المرحلة منعدم الإرادة فلا تترتب على أفعاله أثار قانونية فكل تصرفاته تكون باطلة بطلانا مطلقا وهذا ما نصت

1 – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 225

عليه المادة 82 من قانون الأسرة و التي جاء فيها "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة ".

سواء كان التصرف نافعا له نفعا محضا أو ضارا له ضررا محضا أو دائرا بين النفع ، و حماية له فقد رتب المشرع على تصرفات القاصر البطلان مما يستوجب تعيين ولي ينوب عنه ضمانا لحقوقه وحمايته وهذا ما نصت عليه المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه : "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته ينوب عنه قانونا و لي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون "[1].

2 : نقص الأهلية (سن التمييز) :

في هذه المرحلة تكون أهلية القاصر ناقصة وتبدأ ببلوغ الصبي سن 13 سنة حتى بلوغه سن الرشد .

ويقصد بالتمييز هو أن يصبح للصغير بصر عقلي يمكنه من التمييز بين الحسن و القبح من الأمر، و الخير و الشر، و التدفع و الصبر و إن كان هذا البصر غير عميق وهذا التمييز غير تام و لا مستوعبا للنتائج لأنهما ينبعان عن عقل لم ينضج[2].

و طبقا للمادة 43 من القانون المدني التي تنص على أنه :"كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ناقص الأهلية و فقا لما يقرره القانون " . و القانون المشار إليه هنا هو قانون الأسرة فطبقا للمادة 83 من هذا الأخير فإنها فرقت بين ثلاث أنواع من التصرفات لناقصي الأهلية ، فالتصرفات النافعة له نفعا محضا تكون صحيحة و نافذة مثل قبول وصية أو تبرع فهي تصرفات تغني المتصرف و لا ترتب في

1 – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 154.

2 – محمد سعيد جعفور ، تصرفات ناقص الأهبية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دار هومة ، طبعة 2002 ص 10

ذمته أي إلتزام ، كما تعتبر التصرفات النافعة له نفعا محضا تصرفات يترتب عليها دخول الشيء في ملك ناقص الأهلية دون مقابل [1].

أما إذا كان التصرف ضارا له ضررا محضا يكون باطلا بطلانا مطلقا و يجوز للمحكمة أن تقضي بهذا البطلان من تلقاء نفسها ، و تقع هذه التصرفات باطلة حتى و لو أجازها الولي كهبة القاصر المميز لماله لأن هذا التصرف يحمل المتصرف تكليف دون مقابل أو نفع .

إذا كان التصرف يدور بين النفع و الضرر يكون باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة القاصر فأهلية الإدارة و أهلية التصرف لا يملكها و لكن يباشرها عنه الولي أو الوصي[2]. و هذا ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة : " .. و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر و في حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء " حيث أن جميع التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر تنتج جميع أثارها القانونية إذا أجازها الولي أو الوصي و تكون باطلة إذا لم يجزها و لم يقر بها ناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد و هذا ما نصت عليه المادة 100 من القانون المدني و المادة 101 التي نصت على أنه " بأن الحق بالإبطال يسقط بالتقادم إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات و من يوم زوال سبب نقص الأهلية" .

و طبقا للمادة 84 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : " للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناءا على طلب من له مصلحة و له الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك ".

3 – كمال الأهلية : طبقا للمادة 40 من القانون المدني كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

1 – محمد سعيد جعفور ، المرجع السابق ، ص 14

2 – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 295

فإذا بلغ القاصر سن الرشد وهي 19 سنة كاملة كملت أهليته وكان له بذلك أهلية الاغتناء و أهلية الإدارة و أهلية التصرف و أهلية التبرع يباشر كل ذلك بنفسه ، و سلم له وليه أو وصيه ماله يتصرف فيه [1].

الفرع الثاني : عوارض الأهلية.

الأصل في الإنسان البالغ انه يتمتع بالأهلية الكاملة وهي صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات . ولكن البالغ و العاقل لا يبقى على حال واحدة فقد يعتريه الضعف و المرض و قد يبذر أمواله و يسرف في نفقاته فهنا يتعرض الإنسان وملكاته العقلية للعجز و الضعف وهذا ما يسمى بعوارض الأهلية ، إذ قد يعترض الشخص عند بلوغه سن الرشد لعارض من العوارض فيؤثر على أهليته و بالتالي على تصرفاته القانونية فيحد منها و ينقصها أو يعدمها .

وعوارض الأهلية هي أمور تدرك الإنسان البالغ فتؤدي إلى انعدام أهليته أو إنقاصها مما يؤثر على إدراكه وتمييزه ، فهي أمور تطرأ على أهلية الإنسان بعد أن تكون كاملة فتأثر فيها ، فهناك عوارض تعدمها وهي الجنون و العته وعوارض تؤثر على حسن التدبير و حكمه في الأمور وهي السفه و الغفلة فيصبح ناقص الأهلية في نظر القانون .

أولا: العوارض المعدمة لأهلية الأداء:

بالرجوع إلى المادة 42 من ق م الفقرة الأولى التي تنص على أنه " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون " . و هي العوارض التي تصيب الشخص فتذهب أهليته كلية ، و تتمثل في الجنون و العته لان كلا منهما عاهة تلحق عقل الإنسان فتعدم الإدراك لديه و التمييز معا فلا يكون كل من المعتوه و المجنون أهلا لممارسة التصرفات القانونية و يأخذ حكمهما حكم الصبي غير المميز .

1 – عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ص 297.

1-عارض الجنون :

الجنون لغة: من جن وهو الستر وهو زوال العقل وفساد فيه [1].

الجنون اصطلاحا : هو عرض يصيب الإنسان فيعطل إرادته وإدراكه بحيث يمتنع عليه التمييز بين الخير و الشر و الصالح الطالح في كثير من الأحيان ، ومن اجل ذلك فانه يترتب على جنون الإنسان فقدان أهلية الأداء ويكون حكمه حكم الصغير غير المميز وتكون تصرفاته باطلة [2] .

و الجنون آفة تصيب عقل الإنسان تجعله عديم الأهلية لا يقدر على التمييز و بالتالي لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية سواء التي في صالحه أو التي في غير صالحه [3].

كما يقصد به اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقد التمييز وبالتالي فاقد الأهلية. والجنون قد يكون مطلقا بمعنى أن الشخص لا يفيق و قد يكون منقطعا أي انه يصاب به في أوقات ويرفع عنه في أوقات أخرى فهنا التصرفات التي تقع في حالة الجنون غير نافذة ومرجع ذلك تقدير القاضي [4] .

فالجنون مرض يعتري الإنسان فيؤدي إلى زوال عقله ، فيفقد القدرة على التمييز بين العمل النافع و الضار و بين ما هو خير له و ما هو شر له.

2- عارض العته:

1 – الفيروز ابادي مجد الدين محمد بن يعقوب مرجع سابق ص 1187

2 – بلقاسم شيتوان ، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية الاستدراكية ن مكتبة الوفاء القانونية طبعة 1 ص 58.

3 – خليل احمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح ق م ج الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الرابعة 2010 ص 47-48.

4 – عدنان إبراهيم الرحمان ، نوري محمد فاطر شرح ق م دار الثقافة ، دون سنة نشر ، دون بلد نشر ص 119.

العته لغة : التجنن و الرعونة ، وقيل العته الدهشة و قيل المعتوه ناقص العقل أو المجنون المصاب بعقله[1] .

العته اصطلاحا : الخلل الذي يصيب العقل دون أن يبلغ حد الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام و قليل الفهم.

وهو عند رجال القانون : " ضعف في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام و تدبيره فاسد " فالعته خلل يعتري العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون بحيث يصبح معه المريض مشوش الفكر غير قادر على تدبير أموره أو تقديرها التقدير السليم غالبا [2].

و العته كجنون وهو خلل يصيب العقل و لكنه يختلف عنه في أن صاحبه لا يكون في حالة هياج فهو يعد جنون هادئ وهو مرض يصيب عادة الشخص بسبب تقدمه في السن أو لمرض ما كتصلب الشرايين في المخ، كما انه يختلف عن الجنون في انه تارة يعدم التمييز عند الشخص فيكون في حالة الصبي غير المميز و المجنون وتارة ينقص التمييز فقط فيكون في حكم الصبي المميز [3]. فالعته خلل يصيب العقل فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم.

وهناك من يفرق بين الجنون و العته فالجنون يكون مصحوبا باضطراب أما العته فهو مصحوب بهدوء و لكن المشرع لم يفرق بين حكم المجنون و المعتوه فاعتبر كلاهما في حكم الصبي غير المميز.

3 – حكم تصرفات المجنون و المعتوه:

أعطى المشرع الجزائري المعتوه حكم المجنون في جميع الأحكام و يلاحظ هذا من خلال المواد التي أشار فيها إلى حكم كل من المعتوه و المجنون حيث تنص المادة 42

1 – ابن منطور محمد مكرم لسان العربي ص 2804.

4 – جعفري إيمان ، عوارض الأهلية و أثرها في عقود النزعات على ضوء قانون الاسرة الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة ، فرع حقوق تخصص قانون خاص ، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي سنة 2019، 2020.

فقرة 1 من القانون المدني الجزائري على انه : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو مجنون ".

وكذلك المادة 85 من قانون الأسرة تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه.

ونجد المادة 101 من قانون الأسرة تنص على أنه :"من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ".

و بالرجوع إلى المادة 107 من قانون الأسرة " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذ كانت أسباب الحجر ظاهرة و فاشية وقت صدورها ".

فالمشرع الجزائري سوى بين حكم تصرفات المجنون و المعتوه و اعتبرها في حكم الصغير غير المميز بالرجوع إلى نص المادة 42 فقرة 1 من القانون المدني و المادة 81 من قانون الأسرة .

و وفقا للمادة 103 قانون الأسرة فان الحجر لا يتم إلا بحكم قضائي كما يمكن رفع الحجر عليهما إذا زالت حالة الجنون أو العته بأمر من طرف المحكمة.

و عليه فالمشرع قد اعتبر تصرفات المجنون و المعتوه قبل الحجر عليهما صحيحة و ليست باطلة إذا كنت حالة الجنون و العته غير ظاهرة و غير فاشية فهي صحيحة ، أما إذا كانت حالة الجنون و العته ظاهرة و فاشية فتكون حينئذ باطلة و ذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات [1].

لكن إذا كانت حالتي الجنون و العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر الذي تعاقد مع المجنون أو المعتوه على علم بهذه الحالة أو كان بإمكانه أن يعلم بها باعتبارها شائعة يكون التصرف باطلا .

ثانيا : العوارض المنقصة للأهلية:

1 – علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 55

طبقا للمادة 43 من القانون المدني التي تنص على أنه :" كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية و فقا لما يقرره القانون ".

و هي عوارض تطرأ على أهلية الأشخاص بعد كمالها فتنقص منها و لكن لا تعدمها و ترد الشخص إلى طور التمييز و تتمثل هذه العوارض المنقصة للأهلية في السفه و العته .

1 – السفيه :

يقصد بالسفيه لغة : الخفة في العقل ، الطيش و الحركة و الجهل و السفيه خفيف العقل ضعيف أحمق [1] .

أما اصطلاحا: وهو تبذير المال على غير مقتضى العقل و الشرع ، فهو خفة تعتري الشخص فتحمله على العمل بخلاف ما يوجبه العقل و الشرع مع قيام العقل حقيقة [2] ، كما عرف السفيه على انه : خفيف العقل سريع الحكم غير قائم على أمواله [3]، فالسفه هو خفة تعتري الإنسان فتبعثه على العمل في ماله و التصرف فيه بخلاف العقل و الشرع [4].

فالسفه هو حالة نصيب الشخص تدفع به إلى إنفاق ماله بالتبذير ودون تدبير .

و السفيه هو الذي يبذر المال على غير مقتضى من الشرع و العقل ، وهو كامل العقل و لكن العلة في تدبيره للأمور فهو يسرف في إنفاق ماله.

2- ذي الغفلة:

1 – ابن منطور محمد بن مكرم ، المرجع السابق 2032.

2- احمد نصر الجندي المرجع السابق ص 172

3 – احمد محمد ديب حجال ، القواسم المشتركة لعيوب الرضى ، منشورات زين الحقوقية ص 273.

4 – محمد سعيد جعفور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دار هومة ، طبعة 2002 ، ص 52.

لغة : مأخوذة من غفل يقال غفل عنه أي سها عنه وتركه ، و المغفل الذي لا فطنة له [1].

اصطلاحا : من كان طيب القلب إلى حد السذاجة بحيث تجره طيبته و سلامة قلبه إلى سهولة خداعه وغبنه في معاملاته مع غيره [2] .

ذو الغفلة هو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في المعاملات المالية لبساطته و سهولة خداعه . ومن هنا كان وجه التشابه بينه وبين السفيه وهو فساد التقدير و سوء التدبير و إتلاف الأموال و لذلك اعتبر حكمهما واحد [3].

3 – حكم تصرفات السفيه و ذي الغفلة :

طبقا للمادة 43 من القانون المدني اعتبر المشرع الجزائري السفيه وذي الغفلة في حكم الصبي المميز ناقص الأهلية و لكن في حكم تصرفاتهما نميز بين حالتين:

أ – قبل توقيع الحجر:

تعتبر جميع تصرفاتهما صحيحة حتى ولو كانت حالة السفه أو الغفلة شائعة أو معلومة لدى الطرف الأخر . و لكن هناك استثناء لحماية أموال السفيه أو ذي الغفلة فحتى قبل توقيع الحجر يتقرر نقص الأهلية في حالة التصرفات التي تكون نتيجة استغلال حالة السفه أو الغفلة ، و التصرفات التي تكون نتيجة تواطؤ بين السفيه أو ذي الغفلة ومن تعاقد معه [4].

ب – بعد توقيع الحجر :

تأخذ تصرفات السفيه وذي الغفلة حكم تصرفات الصبي المميز بعد تسجيل قرار الحجر وهذا طبقا للمادة 43 من القانون المدني و طبقا للمادة 83 من قانون الأسرة فان تصرفات السفيه و ذي الغفلة تكون باطلة إذا كانت ضارة لهما ضررا محضا ، و تكون

1 – ابن منظور محمد مكرم ، المرجع السابق ص 3277.

2 محمد سعيد جعفور المرجع السابق ص 54.

3 – احمد محمد ديب جمال المرجع السابق 275.

4 – محمد سعيد جعفور ، المرجع نفسه ، ص 76–77.

صحيحة إذا كانت نافعة لهما نفعا محضا ، أما إذا كانت دائرة بين النفع و الضرر فتكون قابلة للإبطال طبقا للمادة 101 فقرة 2 من القانون المدني أو موقوفة على إجازة الولي أو الوصي حسب المادة 83 من ق . أ ومنه فإن أهلية التصرف بعوض لا تثبت للسفيه و ذي الغفلة إلا ناقصة [1].

و كذلك لا تكون الأهلية كاملة لو صدر التصرف من ذي العاهتين حسب نص المادة 80 من القانون المدني التي تقضي بما يلي: " إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته .

و يكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة ".

و أحكام الأهلية إذا كان الغرض منها حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية سواء كان ناقص الأهلية أو فاقدها ، فهي تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز التعديل فيها أو الاتفاق على ما يخالفها . و هذا ما جاء في المادة 45 من القانون المدني التي تنص على أنه : " ليس لأحد التنازل على أهليته و لا التغيير في أحكامها".

و المشرع عندما منع فاقد الأهلية (قاصر ، مجنون ، معتوه) و ناقصها (القصر المميز ، السفيه ، ذي الغفلة) من التصرف حماية له من ضعف خاص و المتمثل في عد م توفر القدر الكافي من التمييز الذي يجعله قادرا على التعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية ، و الذي قد يستغله الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية فيحرمه من حقوقه أو يثقل كاهله بالتزامات لا يستفيد منها . فتتحقق هذه الحماية للطرف الضعيف في حالة انعدام الأهلية أو نقصانها ، بتخويل المتعاقد الضعيف الحق في إبطال العقد أو جعل

1 – محمد سعيد جعفور المرجع السابق ، ص 80.

تصرفه موقوف على إجازة الولي أو الوصي أو إقراره من المتعاقد الضعيف بعد بلوغه سن تسعة عشرة سنة كاملة .

و هناك حالات يمنع فيها المشرع الأشخاص حتى ولو كانوا يتمتعون بأهلية التصرف من إبرام بعض العقود و هذا ما نصت عليه المادة 411 من القانون المدني بقولها : " لا يجوز للسماسرة و لا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار " . و كذلك المادة 402 من القانون المدني التي تنص : " لا يجوز للقضاة و لا للمدافعين القضائيين و لا للمحامين و لا للموثقين و لا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة و لا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إدا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها و إلا كان البيع باطلا " . فهنا الهدف من المنع هو حماية البائع و هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، و كذلك منع المشرع أصحاب المهن الحرة و الموظفين العموميين و الجنود من ممارسة مهنة التجارة و هذا حفاظا على المصلحة العامة و هي مصلحة المتعاقدين معهم اللذين قد يصابون بضرر من جراء استغلال النفوذ أو السلطة أو المنصب وذلك بالضغط عليهم للحصول على امتيازات مجحفة بحقهم .[1]

1- مندي آسيا يسمينة ، المرجع السابق ، ص 55

خلاصة الفصل الأول:

إن تطور المجتمعات الحديثة أدى إلى تنوع العقود و تخصصها فأصبحت تحكمها قواعد خاصة نتيجة لتوسع في مضمون العقد و تنوع و تعدد العقود ، فظهر مفهوم الطرف الضعيف في العقد لتباين المراكز العقدية بين متعاقد قوي و متعاقد ضعيف لا يمكنه إبرام العقد بشكل متوازن مع الطرف الآخر نظرا لتفاوت بينهما في القدرات الذهنية و الخبرة و المعرفة الفنية بالشيء موضوع العقد . مما جعل المشرع يتدخل في العلاقات العقدية خلافا للمبدأ العام بغرض حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية لتكريس المساواة الفعلية بين الأطراف المتعاقدة .

الفصل الثاني

الحماية القضائية للطرف الضعيف

في القانون المدني

إن الحماية القانونية و التشريعية لطرف الضعيف التي تضمنتها القواعد العامة و القواعد الخاصة لا يكون لها أي أثر ، إلا بتدخل القاضي الذي يفرضه بحكمه أو بقراره بعد الفصل في الخصومة المعروضة أمامه ، لما له من دور فعال في تحقيق العدل . حيث هناك العديد من العقود التي يفرض فيها الطرف القوي شروطا يرضخ لها الطرف الضعيف فيختل التوازن العقدي . و من أجل توفير حماية خاصة لطرف الضعيف في العقد نظرا لفرض شروط تعسفية جعلته خاضعا لطرف الأخر دون رغبته أو وقوعه في غبن أو حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة . منح المشرع للقاضي سلطة استثنائية للتدخل في العقد لحماية المتعاقدين و تحقيق التوازن و سنتناول الخصومة القضائية في المبحث الأول و سلطة تدخل القاضي في العقد في القانون المدني في المبحث الثاني .

المبحث الأول

الخصومة القضائية

منح القانون للطرف الضعيف في العقد عند اختلال التوازن العقدي ، واستغلال ضعفه سواء البدني أو العقلي أو المعرفي أو الاقتصادي من طرف المتعاقد القوي حق اللجوء إلى القضاء لإعادة التوازن في الالتزامات التعاقدية و تحقيق العدالة العقدية عن طريق ممارسة حقه في الدعوى " الخصومة القضائية " .

و الخصومة القضائية هي مجموعة الإجراءات المستعملة من وقت افتتاح الدعوى بالمطالبة القضائية إلى وقت انتهائها بالفصل في الموضوع أو انقضائها بأي سبب .[1]

و عليه تنعقد الخصومة القضائية بتوفر مجموعة من العناصر تضمنها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أهمها رفع الدعوى بموجب عريضة افتتاح الدعوى و تبليغها إلى المدعى عليه و تستمر الخصومة بعد انعقادها بتقديم كل طرف لطلباته و دفوعه و قيام القاضي بكل الإجراءات الكفيلة بتهيئة القضية للفصل فيها .

و منه سنتناول في هذا المبحث شروط رفع الدعوى في المطلب الأول و إجراءات سير الخصومة القضائية في المطلب الثاني .

المطلب الأول

شروط قبول الدعوى

إن حق اللجوء إلى القضاء مكفول من طرف الدستور للناس كافة إلا أن المشرع قيده بشروط معينة و إجراءات لا بد من إتباعها ، بحيث على القاضي البحث في مدى

1- فرحات فاطمة الزهراء ، بوسنان وفاء ، الخصومة القضائية في قانون الأجراء المدنية و الإدارية ، مجلة الحقوق و العلوم القانونية ، العدد الثاني ، جويلية 2020 ، ص 39

توافرها قبل الخوض في موضوعها، ويترتب على تخلفها عدم قبول الدعوى شكلا وهذا لا يعد فصلا في موضوع النزاع .

و قبل التطرق إلى شروط الدعوى يجب علينا أن نتطرق إلى مفهوم الدعوى و يقصد بها : ما يطلبه الإنسان لإثبات حقه على الغير في مجلس القاضي. [1]

ويقصد بالدعوى المطالبة باستعادة حق أو حمايته .[2]

وجاء في الجزء الأول في مادة الفقه و القضاء في المرافعات للدكتور احمد أبو الوفاء ما يلي : "الدعوى كما يراها الفقه القديم و الحديث هي سلطة الالتجاء إلى القضاء قصد الحصول على تقرير حق أو حمايته " و يعرفها دوجي إذ يقول أنها "حماية لقاعدة مقررة في القانون ".[3]

فالدعوى المدنية هي المطالبة من اجل حماية حق أو المطالبة باسترجاع حق مسلوب أو معتدي عليه ، و تبدأ الدعوى المدنية بإيداع عريضة افتتاح الدعوى لدى المحكمة المختصة و لكن يجب احترام كل الشروط الموضوعية و الشكلية المنصوص عليها في القانون .

وتنص المادة1/3 من ق إ م إ على انه "يحوز لكل شخص يدعي حقا رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته ".

وسنتناول في هذا المطلب الشروط الموضوعية في الفرع الأول و الشروط الإجرائية " أو انعقاد الخصومة القضائية " في الفرع الثاني .

1 – مودع محمد أمين ، شروط قبول الدعوى في ضوء تعديل قانونا الإجراءات المدنية الجزائري ، محله صوت القانون المجلد الخامس ، العدد 2 أكتوبر 2018 ص 136.

2 – بربارة عبد الرحمان شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشورات بغدادي ، الجزائر 2009، ص32.

3 – صديق تواتي ، قانون الإجراءات المدنية و الادارية في ضوء الفقه و قرارات المحكمة العليا الدعوى و الأحكام ، ج 1 طبع الديوان الوطني للأشكال التربوية و التمهين ، ص 25

الفرع الأول : الشروط الموضوعية :

نص المشرع في المادة 13 من ق إ م إ على أنه : " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ، و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون .

*يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعى والمدعى عليه.

*كما يشير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون ".

بالرجوع إلى نص المادة 13 نجد أن شروط رفع الدعوى محصورة في الصفة و المصلحة و الإذن.

أولا : شرط الصفة :

و يقصد بالصفة هي ما للشخص من شأن في الدعوى يجيز له التقاضي بالمخاصمة في موضوع الدعوى، والقاعدة العامة أن أصحاب الحقوق هم ذوو الصفة في المخاصمة عنها أمام القضاء[1].

وتعرف الصفة بأنها الحق في المطالبة أمام القضاء وتقوم على المصلحة المباشرة و الشخصية في التقاضي [2].

كما يقصد بالصفة في الدعوى هو أن يكون رافع الدعوى هو نفسه صاحب الحق المراد حمايته بالإجراء المطلوب ويقتضي ذلك :

1 – وجود علاقة بين المدعي و الحق الذي يسعى إلى اقتضائه عن طريق الطلب القضائي.

2 – وجود علاقة بين الحق محل الحماية و المدعي عليه و عليه يجب أن تتوفر شرط الصفة في المدعى بأن يكون هو صاحب الحق ، و في المدعي عليه بأن يكون هو

1– يوسف دلاندة الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد طبعة 2011 ص 21.

2 – عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 34.

الطرف السلبي في الحق [1] سواء كان شخص طبيعي أو معنوي . أي أن الدعوى ترفع من ذي صفة على ذي صفة .

لكن في بعض الأحيان قد يقع الاعتداء على حق الشخص أو مركزه القانوني و لذلك ينشا له الحق في الدعوى ، و لكن لا يستطيع استعمال حقه بنفسه أمام القضاء لورود مانع له ، فالمحكوم عليه في جناية لا يستطيع مباشرة الدعوى بنفسه لأنه يوجد في حالة استحالة قانونية فهو محجور عليه بقوة القانون ، فترفع الدعوى من طرف القيم الذي تعينه المحكمة و كذلك القاصر لا يستطيع رفع الدعوى بل ترفع باسمه بواسطة ممثله القانوني وهو الولي أو الوصي أو القيم و كذا الشخص المعنوي لا يستطيع أن يباشر الدعوى بنفسه فترفع بواسطة ممثله القانون .

إذا هنا يوجد شخص يملك الحق في الدعوى و القانون يجرده من ممارسة الدعوى أمام القضاء و الأخر يملك حق الممارسة فالأول هو صاحب الصفة الأصلية و الثاني هو صاحب الصفة الإجرائية.

كما يجيز القانون في بعض الحالات حلول شخص أو هيئة محل صاحب الصفة في الدعوى وهذه هي الصفة الاستثنائية ومثالها الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها في المادة 189 من ق.م التي يجيز للدائن متى توافرت شروط معينة أن يستعمل حقوق مدنية بما في ذلك رفع الدعاوى للمطالبة بحقوقه[2].

وشرط الصفة من النظام العام حيث أجاز القانون للقاضي إثارة انعدام الصفة من تلقاء نفسه حتى ولو لم يثرها أحد الخصوم فإذا كانت الصفة منعدمة في المدعى أو المدعي عليه حكم القاضي بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة وهذا طبقا للمادة 67 من ق إ م إ .

1- صديق تواتي ، المرجع السابق ، ص 41

- صديق تواتي ، المرجع نفسه ، ص 242

ثانيا – شرط المصلحة:

يقصد بالمصلحة : المنفعة التي يريد صاحب المطالبة القضائية تحقيقها وقت رفع الدعوى [1].

و الفقه يعرف المصلحة في الدعوى بالمنفعة أو الفائدة أو الميزة التي يحصل الشخص عليها جراء الحكم له بما يطلبه و يقال المصلحة مناط الدعوى [2].

فهي إذن الدافع لرفع الدعوى و في نفس الوقت الغاية المقصود من رفعها.

شروط المصلحة :

ويقصد بالمصلحة القائمة أن تكون مصلحة المدعي في الدعوى مصلحة مؤكدة كما لو وقع اعتداء على الحق أو المركز القانوني فعلا أو حصلت له منازعة فيه فيتحقق بذلك الضرر الذي يبرر اللجوء إلى القضاء .

ويقصد بالمصلحة المحتملة أن الاعتداء على الحق لم يقع ولكن هناك احتمال لوقوعه فالمدعي يكون في هذه الحالة مهددا بضرر محتمل و بتالي تتكون لديه مصلحة في الوقاية من هذا الضرر. مثل الدعاوى الوقتية كدعوى تعيين حارس قضائي أو دعاوى وفق الأعمال الجديدة في دعاوي الحيازة .

2 – أن تكون المصلحة قانونية لم تشترط المادة 13 من ق.إ م إ الطابع القانوني للمصلحة ولكن لا يمكن أن يفهم من ذلك أن المصالح غير مشروعة يجوز إثارتها و التمسك بها أمام القضاء كالمطالبة بدين قمار مثلا .

3 – أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة : إذ لا يمكن التقاضي عندما تكون مصلحة الغير هي التي تضررت ، و إن كان هذا هو الأصل فان هناك استثناء كالدعوى

1 – عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 38.

2 – عمر زودة الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء ، دون دار النشر ، دون سنة النشر ، ص 62.

غير المباشرة التي يرفعها الدائن للمطالبة بحق مدينه و دعاوي النيابة المرفوعة دفاعا من النظام العام و المصلحة العامة [1].

إن غياب شرط المصلحة يؤدي إلى عدم قبول الدعوى طبقا للمادة 67 من ق إ م إ إلا أن المادة 13 من ق إ م إ لم تسمح بإثارة انعدام المصلحة في المدعي أو المدعى عليه تلقائيا من قبل القاضي بل يجب إثارته من قبل الأطراف فهي لا تعد من النظام العام.

ثالثا- شرط الإذن:

يعتبر الإذن شرط من شروط قبول الدعوى حيث في بعض الحالات لا يجوز للشخص أن يرفع الدعوى قبل حصوله على إذن يسمح له برفع هذه الدعوى . ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة التي تلزم الولي في حالة بيع العقار مملوك للقاصر أو رهنه أو قسمته الحصول على إذن مسبق من قاضي شؤون الأسرة .

كما اشرنا سابقا فان شروط رفع الدعوة محصورة في الصفة و المصلحة و الإذن طبقا للمادة 13 من ق إ م إ . و لكن هناك عدة شروط أخرى كشرط أن ترفع الدعوى في ميعادها القانوني فلا تقبل الدعوى إذا رفعت قبل أو بعد الميعاد القانوني كدعوى استرداد الحيازة التي يجب رفعها قبل انتهاء مدة سنة من تاريخ الاعتداء طبقا للمادة 524 /2 من ق م .

كما لا يجوز رفع أي طعن خارج الميعاد القانوني سواء كان استئناف أو معارضة.[2]

وخلافا لنص المادة 459 من ق إ م إ القديم التي كانت تعتبر الأهلية شرط لقبول الدعوى فإن ق إ م إ وطبقا للمادة 67 منه فلم يعتبر الأهلية شرط من شروط قبول الدعوى ، وإنما هي شرط لصحة المطالبة القضائية فإذا انعدمت الأهلية كانت الدعوى

1 – مقفولجي عبد العزيز ، شروط قبول الدعوى ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، العدد 6 ، ص 119

2 – مقفولجي عبد العزيز ، المرجع نفسه ، ص 122.

مقبولة ولكن إجراءات الخصومة هي التي تكون باطلة ، ومنه فوسيلة التمسك بعدم توفر الأهلية هو الدفع بالبطلان وفقا لنص المادة 64 من ق إ م إ[1] .

الفرع الثاني : الشروط الإجرائية لرفع الدعوى " انعقاد الخصومة "

في هذا الفرع نتطرق إلى الإجراءات المفتتحة للخصومة بدءا بعريضة افتتاح الدعوى إلى غاية تبليغها للمدعى عليه وتكليفه بالحضور إلى الجلسة .

أولا – عريض افتتاح الدعوى.

تعتبر عريضة افتتاح الدعوى العنصر المحرك للخصومة القضائية حيث لا يمكن رفعها في المجال المدني و الإداري بدونها ، و لذلك يلزم احترام ما نص عليه المشرع شكلا ومضمونا . وعريضة افتتاح الدعوى هي ورقة قضائية أو عقد قضائي يحرر بها إجراء المطالبة القضائية التي يتحدد بها نطاق الخصومة من حيث الموضوع والسبب[2].

و سميت بالعريضة الافتتاحية لأن بها يتم عرض النزاع على القضاء و افتتاح الخصومة القضائية.

ثانيا – شكل عريضة افتتاح الدعوى.

نصت المادة 14 من ق إ م إ : " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة ، موقعة ، ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه ، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف " . باستقراء نص المادة نجد أن المشرع اشترط رفع الدعوى بموجب عريضة مكتوبة وموقعة من قبل المدعي إذ رفعها شخصيا أو عن طريق وضع ختم المحامي وتوقيعه إذا رفعت عن طريقه ، على مستوى أمانة ضبط المحكمة (الشباك الموحد) كما اشترط أن تكون مؤرخة و بعدد من النسخ يساوي عدد أطراف الدعوى.

ثالثا – بيانات عريضة افتتاح الدعوى :

1 – صديق تواتي ، المرجع السابق ، ص 607.

2– صديق تواتي ، المرجع نفسه ، ص 274.

نصت المادة 15 على مجموعة من البيانات يجب أن تتضمنها عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا وهي :

1 – الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

2 – اسم ولقب المدعي وموطنه.

3 – اسم ولقب وموطن المدعى عليه ، فان لم يكن له موطن معلوم ، فآخر موطن له.

4 – الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

5 – عرضا موجزا للوقائع و الطلبات و الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

6 – الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى.

غير أن الجزاء المترتب عن تخلف إحدى الشروط الشكلية المحددة في نص المادة 15 من ق إ م إ هو عدم قبولها شكلا ، و لكن يمكن للمدعي تقديم مذكرة تصحيحية يصحح فيها الخطأ و لكن قبل مناقشة الموضوع وهذا الجزء لا يعتبر من النظام العام لأن المشرع لم ينص على إثارته من قبل القاضي تلقائيا [1].

رابعا : قيد العريضة :

تقيد العريضة في سجل خاص (السجل الإلكتروني) تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة ، كما يمنح للمدعي أجلا لتكليف الخصم بالحضور بواسطة المحضر القضائي [2] ، ويجب احترام الآجال القانونية للتكليف بالحضور وهو 20 يوم على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور و التاريخ المحدد

1 – صديق تواتي ، المرجع السابق ، ص 284.

2 – عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 52.

لأول جلسة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك [1] (المواد الإستعجالية) مع تمديد الأجل إلى 03 أشهر في جميع الجهات القضائية إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما بالخارج وهذا ما نصت عليه المادة 16 فقرتها الثانية.

خامسا – دفع الرسوم :

تنص المادة 17 من ق إ م إ بأنه: " لا تقيد العريضة إلا بعد دفع الرسوم المحدد قانونا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

يفصل رئيس الجهة القضائية في كل نزاع يعرض عليه حول دفع الرسوم ، بأمر غير قابل لأي طعن" .

بمعنى أن قيد العريضة وتسجيلها وتمكين المدعي من نسخة منها مدون عليها رقم القضية وتاريخ أول جلسة مقيد بدفع الرسوم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك في حالة المساعدة القضائية و المنازعة الاجتماعية في حالة العامل الذي يقدم كشف الراتب أقل من الأجر الوطني الأدنى المضمون .

و الخطأ في حساب مبلغ الرسم لا يؤدي إلى عدم قبول الدعوى شكلا ، لأن هذا العيب قابل للتصحيح . و الدفع باستكمال الرسم القانوني هو من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام و في حالة عدم استكمال المبلغ رغم طلب المحكمة تشطب القضية وفقا لنص المادة 216 لامتناع المدعى عن القيام بالإجراء المطلوب . [2]

سادسا – دمغة المحامي :

وفي حالة توكيل محامي فقد تم إنشاء دمغة المحامي بموجب المادة 119 من القانون 11/17 المتضمن قانون المالية لسنة 2018 [3] و التي نصت على أنه " تنشأ

1 – عبد السلام ديب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ترجمة المحاكمة العادلة ، الطبعة الثانية ، موفم للنشر ، الجزائر 2011 ، ، ص 134

2 – صديق توالي ، المرجع السابق ، ص 288.

3 – قانون رقم 17–11 المؤرخ في 17/12/27 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر 76 ، الصادر في 17/12/28.

دمغة مهنية تسمى دمغة المحامي ، يتعين على كل محامي إلصاقها بالعرائض القضائية ورسائل التأسيس تحت طائلة عدم القبول وتعفى من الدمغة قضايا المساعدة القضائية ".

كما صدر المرسوم التنفيذي 18-185 المحدد لقيمة دمغة المحاماة وكيفية تحصيلها [1] حيث نصت المادة 1 منه : " يلزم المحامي أو المحامي الذي ينوب عنه إلصاق دمغة في العرائض القضائية ورسائل تأسيس و يمهرها بختمه وذلك على مستوى الجهات القضائية العادية و الإدارية ، و في حالة تبادل العرائض تستحق الدمغة على العريضة الأولى فقط .

وعليه فالمحامي ملزم بوضع الدمغة في عريضة افتتاح الدعوى ورسائل التأسيس ، المذكرات الجوابية ، كما توضع في الطلبات الرامية إلى استصدار أوامر قضائية كأمر على عريضة ، استبدال خبير ، تصفية المصاريف القضائية ..الخ.

ويترتب على عدم وضع الدمغة من قبل المحامي عدم قبول الدعوى شكلا طبقا للمادة 119 من القانون 17-11 المتضمن قانون المالية الفقرة 2 .

سابعا- إشهار العريضة : كما اشترط المشرع شهر عريضة افتتاح الدعوى إذا كانت تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا ، و جعل من تخلفها رفض الدعوى شكلا ، أين يجب على المدعي تقديم العريضة المشهرة عند أول جلسة ينادي فيها ، أو على الأقل تقديم إشهار العريضة بواسطة إشهاد من المحافظ العقاري إقليميا أو بواسطة تأشيرة الإشهار و التي توضع أسفل العريضة أو على ظهرها وهذا طبقا للمادة 17 من ق إ م إ.[2]

1 – مرسوم تنفيذي رقم 18-185 المؤرخ في 10 يوليو 2018 يحدد قيمة دمغة المحامي وكيفية تحصيلها ، جريدة رسمية 42 ، الصادرة في 15 يوليو 2018 .

2 – سراني العياشي ، سعودي باديس ، شهر عريضة افتتاح الدعوى العقارية في التشريع الجزائري ، مجلة الباحث القانوني و السياسي ، المجلد 4 ، العدد 2 ، السنة 2019 ، ص 2085.

ثامنا – تبليغ عريضة افتتاح الدعوى :

تبلغ عريضة افتتاح الدعوى في صورة نسخة مؤشر عليها من قبل أمين الضبط عن طريق المحضر القضائي و بناءا على هذا يعد المحضر القضائي محضران الأول محضر التكليف بالحضور وفقا لما تنص عليه المادة 18 ، و الثاني محضر تسليم التكليف بالحضور وفقا لنص المادة 19 من ق إ م إ.

و الغاية من تكليف المدعى هو تطبيق مبدأ الوجاهية وهو مبدأ سبق أن أقرته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ، فعدم تكليف المدعي عليه للحضور للجلسة المقررة وعدم تبليغه بعريضة افتتاح الدعوى وكذا المستندات المشار إليها من العريضة ، ترفض وتشطب دعواه لعدم التبليغ وحكم رفض الدعوى لعدم التكليف لا يرتب أي اثر إذ بإمكان المدعي تجديد دعواه [1].

ويترتب على تبليغ عريضة افتتاح الدعوى انعقاد الخصومة و حضور الخصوم في التاريخ المحدد في التكليف بالحضور شخصيا أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم وهذا طبقا للمادة 2 من ق إ م إ . إذ في القضاء المدني لا يشترط القانون حضور الخصم شخصيا و غياب الخصم لا يمنع المحكمة من نظر الدعوى و الفصل فيها لأن المادة 19 فقرة الأخيرة من ق إ م إ تضمن تسليم التكليف بالحضور لبيان تنبيه المدعى عليه أنه في حالة غيابه يصدر الحكم ضده بناءا على ما قدمه المدعي من عناصر [2].

المطلب الثاني

القواعد العامة في سير الخصومة

يتم سير الخصومة القضائية وفقا لقواعد عامة تتمثل في حضور الخصوم للجلسة شخصيا أو بواسطة وكلائهم لتقديم طلباتهم و دفوعهم و المستندات التي تدعم ادعاءاتهم،

1 – يوسف دلاندة ، المرجع السابق ، ص 31.

2 – صديق تواتي ، المرجع السابق ص 294

لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى الطلبات و الدفوع في الفرع الأول و إلى سير الخصومة أمام الجهات القضائية في الفرع الثاني .

الفرع الأول : الطلبات و الدفوع .

ينشأ الحق في الدعوى بمجرد استعماله عن طريق الطلب القضائي و الذي يقدم من قبل المدعي ، و يترتب عن ذلك أن للمدعى عليه الحق في استعمال حقه عن طريق الدفوع أو الطلبات المقابلة . فإذا كان طلب المدعي الحكم له بما يطلبه فإن المدعى عليه يثير دفوع من أجل رفض ذلك ، و منه فالدعوى القضائية تباشر بطريقتين هما الطلبات و الدفوع .

أولا – الطلبات:

يتم تحديد نطاق القضية بالطلب الأصلي و الطلبات العارضة .

1 – الطلبات الأصلية : هي تلك الطلبات الواردة في الادعاء الأصلي بمناسبة رفع الدعوى القضائية و التي تتضمنها عريضة افتتاح الدعوى أو مذكرة الرد ، و من خلالها يتحدد موضوع النزاع ما لم يتم تعديله لاحقا . [1] كما يعرف الطلب الأصلي بأنه الطلب الذي تنشأ به الخصومة القضائية ، نتيجة تقديمه بصفة مبتدئة أي دون أن يكون تابعا لطلب آخر و هو أول ما يتخذ فيها من إجراءات ، لذلك يسمى بطلب المفتتح للخصومة و يرفع بواسطة ورقة تسمى عريضة إفتتاح الدعوى .[2]

الطلبات العارضة : يقصد بها الطلبات التي تبدى أثناء النظر في الخصومة و لكن من شأنها تغيير نطاق الخصومة و تسمى الطلبات العارضة التي يتقدم بها المدعى بالطلبات الإضافية ، أما الطلبات التي يتقدم بها المدعى عليه فتسمى الطلبات المقابلة والتي نصت عليها المادة 25 الفقرة 2 من ق إ م إ : " غير أنه يمكن تعديله بناءا على

– عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 172

– طاهي محمد الطيب ، الطلب القضائي على ضوء المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، حوليات جامعة الجزائر 1 ، المجلد 1 ، 2021 ، ص 2214

تقديم طلبات عارضة إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الأصلية " . و منه فالطلبات الأصلية قابلة لتعديل بطلبات عارضة سواء إضافية أو مقابلة .[1]

أ – الطلبات الإضافية:

عرفها المشرع في المادة 25 الفقرة 4 من ق إ م إ بقوله : " الطلب الإضافي هو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية " . فالطلب الإضافي هو كل طلب يتقدم به المدعى و يتضمن تصحيحا للطلب الأصلي أو تعديلا في موضوعه ، بالزيادة أو النقصان ، بشرط أن يكون هناك ارتباط بينه و بين الطلب الأصلي ، و تمكين المدعى عليه من الاطلاع عليه و إبداء دفاعه بشأنه ، و أن تكون المحكمة مختصة بشأنه كاختصاصها بالطلب الأصلي ، وأن يقدم قبل قفل باب المرافعة طبقا للمادة 267 من ق إ م إ .[2] مثال المدعي يرفع دعوى يطلب الطرد و ينسى التعويض فيتدارك ذلك لاحقا .

ب – الطلبات المقابلة :

عرفته المادة 25 فقرة 5 من ق إ م إ : " الطلب المقابل هو الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه " . فهي الطلبات التي يقدها المدعى عليه ردا على طلب المدعى للحصول على حكم في مواجهته كما اشترط المشرع في الطلب المقابل أن يكون مرتبطا بالطلب الأصلي ، باستثناء حالة المقاصة القضائية [3]، لأن الارتباط هو المبرر للجمع بين الطلبات في خصومة واحدة و مثال ذلك أن يطاب البائع دفع الثمن فيطلب المشتري تسليم العين المباعة .

ثانيا – الدفوع :

---

1 – صديق تواتي ، المرجع السابق ، ص 296

2 – صديق تواتي ، المرجع نفسه ، ص 297–2298

3 – ختال ريمة ، حمداوي وهيبة ، المرجع السابق ، ص 357

هي ما يجيب به الخصم على ادعاءات خصمه قصد تفادي الحكم عليه بما طلبه.[1]

و عرفها جمهور الفقهاء: " بأنها جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها للإجابة على دعوى خصمه لإثبات أن ادعاؤه على غير أساس ، و ذلك بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء كانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم باستعمال دعواه " .[2] و حسب أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تنقسم الدفوع إلى دفوع شكلية و دفوع موضوعية و دفوع بعد القبول .

1 – الدفوع الشكلية :

هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها وهذا ما نصت عليه المادة 49 من ق إ م إ ، و يجب إثارتها قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول تحت طائلة عدم قبولها طبقا لأحكام المادة 50 من ق إ م إ فهي تتعلق بالجانب الشكلي للدعوى و تتمثل فيما يلي :

أ –الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي:

وهو الدفع الذي ينكر به الخصم على الجهة القضائية سلطة النظر في الدعوى لخروجها من حدود الاختصاص الذي قرره القانون لها " .[3]و يجب على الخصم " المدعى عليه " الذي يدفع بعدم الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية ، أن يسبب طلبه و يعين الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع و لا يجوز للمدعى إثارة هذا الدفع و هذا ما نصت عليه المادة 51 من ق إ م إ .

1 – عبد القادر عدو ، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الطبعة الأولى ، الأمل للطباعة و النشر و التوزيع ، طبعة 2017 ص 107

2– صديق تواتي ، المرجع السابق ، ص 309

3 – عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 99

و يفصل القاضي طبقا للمادة 52 من ق إ م إ بحكم مستقل في الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي ، و يمكنه عند الاقتضاء أن يفصل في نفس الحكم مع موضوع النزاع و ذلك بعد إخطار الخصوم مسبقا لتقديم طلباتهم في الموضوع .

المشرع وفقا للمادة 36 من ق إ م إ اعتبر الاختصاص النوعي من النظام العام لذلك يمكن إثارته من طرف الأطراف أو من قبل القاضي من تلقاء نفسه .

ب – الدفوع المتعلقة بالإحالة:

يمكن أن نجد في بعض الحالات أن دعوى واحدة تختص بها أكثر من محكمة كما إذا تعدد المدعى عليهم وكانت مواطنهم متعددة ، و يعد الدفع بالإحالة دفع شكلي يهدف إلى منع المحكمة التي عرض عليها النزاع من الفصل فيه و عليه لابد من إبدائه قبل أي دفاع في الموضوع .

تعريف الدفع بالإحالة : عرفه المستشار مصطفى مجدي هرجة بأنه : " دفع شكلي يجب إبداؤه قبل ما عداه من الدفوع و قبل إبداء أقوال أو طلبات في موضوع الدعوى ، شأنه في ذلك شأن الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي " .كما عرفه الدكتور احمد السيد الصاوي على أنه : "يقصد بالدفع بالإحالة إخراج الدعوى من ولاية المحكمة التي تنظرها لإدخالها في ولاية محكمة أخرى " .[1]

و قد تناول المشرع الجزائري الدفوع بالإحالة في المواد 53–58 من ق إ م إ و التي تناولت الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع و الدفع بالإحالة للارتباط .

وقد يكون الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع : هو طرح النزاع أمام جهتين قضائيتين مختصتين من نفس الدرجة ، وهذا ما نصت عليه المادة 53 من ق إ م إ و يقصد هنا الاختصاص المحلي و النوعي في هذه الحالة أجاز المشرع الجزائري أن يطلب الخصم إحالة الدعوى الثانية لتنظرها المحكمة الأولى لوحدة الخصوم و المحل و السبب، و ذلك

1 – عزوق ليليا ، عيادي يمينة ، النظام القانون للدفوع القضائية في المادة المدنية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر شعبة القانون الخاص ، جامعة ميرة عبد الرحمان بجاية ، سنة 2018 ، ص 17

في شكل دفع شكلي ، و بهذا تصبح المحكمة الثانية المقدم لها الطلب غير مختصة بموجب الطلب المقدم أمامها[1]. والدفع بالإحالة هو دفع يتعلق بالنظام العام إذ يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى لصالح الجهة الأولى إذا طلب أحد الخصوم ذلك ، و يجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبن له وحدة الموضوع و هذا ما نصت عليه المادة 54 من ق أ م أ . و هذا بهدف تفادي صدور أحكام متناقضة و بمقتضى النص فإن هذا الدفع يجوز إبداؤه من المدعي و من المدعى عليه و في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و حتى بعد التكلم في الموضوع خلافا للقاعدة المقررة في الدفوع الشكلية . [2]

وفي حالات يكون الدفع بالإحالة للارتباط حيث تنص المادة 55 من ق إ م إ على أنه: « تقوم حالة الارتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو أمام جهات قضائية مختلفة و التي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر و يفصل فيها معا " . ومن شروط الدفع بالإحالة أن تكون المحكمتين تابعتين لجهة القضاء العادي و أن تكونا من درجة واحدة و أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بالدعوى المطلوب إحالتها .[3]

و طبقا للمادة 56 من ق إ م إ فإن الدفع بالتخلي و الإحالة للارتباط يكون من طرف المدعى أو المدعى عليه ، كما يمكن إثارته من المحكمة تلقائيا فهو من النظام العام و ذلك لتفادي الأحكام المتناقضة. ويقدم الطلب إلى الجهة القضائية الأخيرة أو التشكيلة الأخيرة التي يسجل أمامها النزاع وهي من تأمر بالإحالة إلى الجهة الأولى .[4]

1 – رامداني سهام ، سعدي سعاد ، الدفوع الشكلية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، سنة 2013 ، ص 41

2 – صديق تواتي ، المرجع السابق ، ص 326

3– ختال ريمة ، المرجع السابق ، ص 326

4 – صديق تواتي ، المرجع نفسه ، ص 330

و تعتبر الأحكام الصادرة بالتخلي بسبب وحدة الموضوع أو الارتباط ملزمة للجهة القضائية أو التشكيلة المحال إليها ، و هي غير قابلة لأي طعن وفقا للمادة 57 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

3 – الدفع بإرجاء الفصل:

يجب على القاضي إرجاء الفصل في الدعوى إذا نص القانون على منح أجل للخصم الذي يطلبه فهو لا يعطى تلقائيا بل يجب تقديمه و تأسيسه على نص قانوني.[1] مثل قاعدة الجزائي يوقف المدني ، أو في حالة وجود دعوى تزوير رفعت فيلتزم القاضي بإرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية الفصل في دعوى التزوير .

4 – الدفع بالبطلان:

إن هذا الدفع يتعلق ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا لعدم احترامها ما نص عليه القانون و على من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه و هذا ما نصت عليه المادة 60 من ق إ م إ .

أ – القواعد المقررة للبطلان من حيث الشكل :

– إذا قرر الخصم أن يثير دفع شكلي بالبطلان فإن ذلك يستوجب إثارته قبل أي دفاع في الموضوع و لا يقبل الدفع بالبطلان إلا لمن شرع لمصلحته .

– لا يقبل الاحتجاج ببطلان الإجراء إلا إذا كان القانون ينص على ذلك .

– لا يقبل إلا إذا كان من تمسك به قد لحقه ضرر.

و حسب نص المادتين 62 و 63 من ق إ م إ فيجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان بشرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح[2].

ب – حالات بطلان العقود غير القضائية و الإجرائية:

1 – عبد السلام ذيب ، المرجع السابق ، ص 74

2 – عبد العزيز سعد ، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد ، دار هومة ، سنة 2013 ، ص 299

حالات بطلان العقود غير القضائية و الإجراءات محددة على سبيل الحصر في المادة 64 من ق إ م إ و تتمثل في :

- انعدام الأهلية للخصوم
- انعدام الأهلية و التفويض لممثل الشخص الطبيعي و المعنوي .

و تنص المادة 65 من ق إ م إ على أن القاضي يشير تلقائيا انعدام الأهلية كما يجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي فهو من النظام العام .

ثانيا – الدفوع الموضوعية:

تنص المادة 48 من ق إ م إ على أنه : " الدفوع الموضوعية هي وسيلة تهدف إلى دحض ادعاءات الخصم ، و يمكن تقديمها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى " أي هي دفوع توجه إلى ذات الحق المدعى به بغرض رفض الدعوى كليا أو جزئيا ، و من أمثلتها الدفع ببطلان العقد أساس الدعوى[1]. فالدفع الموضوعي هو كل ما يتقدم به المدعى عليه للاعتراض على الحق المطلوب حمايته ، و يترتب على قبوله رفض الطلب أي الفصل في الموضوع و يسمى دفاع[2].

و من خصائص الدفوع الموضوعية:

- أنها لم ترد على سبيل الحصر لأن مصدرها القوانين الموضوعية وحصرها غير ممكن .
- يمكن إيداع الدفوع الموضوعية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حتى أمام المجلس القضائي لأول مرة و حتى في النقض طالما أنها لا تشكل طلبا جديدا .

1 – عبد القادر عدو ، المرجع السابق ، ص 1108

2 – صديق تواتي ، المرجع السابق ، ص 310 2

– أن الحكم الذي يصدر في الدعوى بقبول الدفع الموضوعي ينهي النزاع و يرتب حجية الشيء المقضي فيه طبقا للمادة 296 من ق إ م إ [1].

ثالثا – الدفع بعدم القبول :

عرفته المادة 67 من ق إ م إ بأنه : " هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي ، كانعدام الصفة و المصلحة و التقادم و انقضاء الأجل المسقط و حجية الشيء المقضي فيه ، و ذلك دون النظر في موضوع النزاع ".

وقد عرف بأنه دفع لا يوجه إلى الحق المدعى به ، و لا إلى الإجراءات الخصومة فلا يدخل في إطار الدفوع الموضوعية و لا في الدفوع الشكلية ، فهو دفع يرمي إلى إنكار حق المدعى به لعدم توفر تلك الشروط التي تتضمن إجراءات رفع الدعوى مثل انعدام المصلحة و الصفة . [2]

و الدفع بعدم القبول يجوز تقديمه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام المجلس القضائي و إذا قبلته المحكمة تصدر حكما بعدم قبول الدعوى ، و يجوز إثارته تلقائيا من طرف القاضي إذا كان متعلقا بالنظام العام وفقا لنص المادة 69 من ق إ م إ التي تنص على أنه : يجب على القاضي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام لا سيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن ".

فالدفوع إذا ثلاثة أنواع هي دفوع موضوعية يمكن إثارتها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى تهدف إلى عدم تمكين المدعي من الحكم له بما طلب ، و دفوع شكلية تهدف إلى إثبات عدم صحة الإجراءات المتعلقة بقبول الدعوي ، و الدفوع بعدم القبول تهدف إلى

1 – صديق تواتي ، المرجع السابق ، ص 332 1

2 – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 102

عدم قبول دعوى المدعي و عند قبوله يمنع على المحكمة النظر في موضوع النزاع و الفصل فيه .

الفرع الثاني : سير الخصومة أمام الجهات القضائية .

بعد تكليف المدعى عليه بعريضة افتتاح الدعوى فإن الخصومة القضائية تمر بعدة إجراءات إلى غاية الفصل في الدعوى بصدور حكم فيها ، فالمدعى عليه يقوم بالدفاع عن نفسه أمام الجهات القضائية لذلك سنتناول إجراءات سير الخصومة أمام المحكمة و المجلس القضائي و المحكمة العليا .

أولا – إجراءات سير الخصومة أمام المحكمة :

الجلسة هي مجلس القضاء بحيث تلتقي هيئة المحكمة بالخصوم أو وكلائهم بقاعة المحكمة في التاريخ المحدد في عريضة افتتاح الدعوى ، و قبلها يقوم رئيس القسم بتحديد جدول القضايا المجدولة للجلسة و يتم تبليغه لنيابة و تعلق نسخة منه في المكان المعين لذلك وفقا للمادة 61 من ق إ م إ .[1]

كما يقوم رئيس القسم و قبل عشرة أيام من تاريخ الجلسة بإبلاغ القضايا الواجب إبلاغها للنيابة و المنصوص عليها في المادة 260 من ق إ م إ ، و يمكن لنيابة العامة الاطلاع على جميع القضايا التي ترى فيها تدخلها ضروريا ، فتكون طرفا منظما كما يمكن أن تدعي كطرف أصلي كقضايا شؤون الأسرة التي جعلت النيابة العامة طرفا أصليا في الدعوى حيث تقدم طلبات مكتوبة و يظهر ممثلها كطرف أصلي كما تتدخل في طلبات تصحيح الخطأ المادي ..

على مستوى المحكمة يفصل في القضية قاض فرد غير أنه في المواد التجارية (المادة 533 من ق إ م إ) و الاجتماعية (المادة 502 ق إ م إ) تتشكل المحكمة من قاض و مساعدين .

1– صديق تواتي ، المرجع السابق ، ص 501

كما يحضر الجلسة إضافة إلى القاضي أمين ضبط يتولى تحرير ما يدور في الجلسة من وقائع ، كما يقوم بالمناداة على القضايا وفقا لترتيب ورودها في الجدول ما لم يأمر الرئيس بخلاف ذلك .

بعد حلول تاريخ أول جلسة المحدد في عرضة افتتاح الدعوى ، فإن المدعي يقدم للقاضي محضر التكليف بالحضور ، أما في حالة عدم التكليف يطلب أجلا و يدفع ملف الموضوع أثناء الجلسة أو على مستوى أمانة الضبط و قد نصت المادية 21 من ق إ م إ على أنه يجب على الخصوم إيداع الأوراق و السندات و الوثائق بأمانة الضبط بأصولها أو نسخ مطابقة للأصل مع تبليغها للخصم .

و تقدم المستندات لأمين الضبط مقابل وصل استلام لجردها و التأشير عليها بوضع ختم المحكمة و إمضاءه ، بما يفيد أن السند وضع بالملف و يسلم وصل استلام سواء كان للمدعي أو المدعى عليه بعد التحقق من عدد النسخ . و تبلغ المستندات المودعة بالملف إما أثناء الجلسة أو خارجها بواسطة أمين الضبط بعد الجلسة .

و يمكن للقاضي بناءا على طلب أحد الخصوم أن يأمر شفهيا بإبلاغ كل وثيقة عرضت عليه ولم تبلغ للخصم ، و يحدد أجل و كيفية ذلك الابلاغ ، و يترتب على عدم التبليغ حسب الآجال المأمور بها استبعاد الوثيقة وعدم الحكم بها و هذا ما نصت عليه المادة 23 من ق إ م إ .

ويحضر الخصوم الجلسة المحددة عند افتتاح الدعوى ، ثم الجلسات التي تليها شخصيا أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم ، و يقدمون مذكرات لعرض ادعاءاتهم و طلباتهم و دفوعهم[1].

و طبقا للمادة 994 من ق إ م إ فإن القاضي ملزم بعرض الوساطة في أول جلسة في القضايا المدنية و التجارية و العقارية و التي عادة يتم رفضها من طرف الخصوم.

1 – عبد السلام ذيب ، المرجع السابق ، ص 137 1

وبعد تأجيل القضية للجلسة الموالية يحضر المدعى عليه مذكرته الجوابية على نسختين نسخة للقاضي و نسخة للمدعي الذي بدوره يطلب أجلا للجواب على المذكرة ، ثم تأجل القضية للجلسة الموالية لجواب المدعى عليه ، وبعد تبادل المذكرات والمستندات والوثائق وفي نهاية المناقشات ، يصرح الخصوم باكتفائهم و توضع القضية في النظر[1].

كما يجوز للقاضي أن يأمر بحضور الأطراف شخصيا في الجلسة لتقديم توضيحات يراها ضرورية للفصل في النزاع بشأن المسائل القانونية أو الوقائع إذا رأى أن هناك غموض طبقا للمادة 265 من ق إ م إ ، و قبل قفل باب المرافعة بإمكان الخصوم تقديم طلبات أو الإدلاء بملاحظات . إلا أنه بعد قفل باب المرافعة لا يمكنهم ذلك إلا بعد إعادة القضية للجدول بناء على طلب أحد الخصوم أو لتغير التشكيلة أو المحكمة من تلقاء نفسها إذا رأت ضرورة لذلك .

و أول مرحلة يجب على قاضي الحكم أن يمر بها هي مرحلة فحص مسألة اختصاص المحكمة أو عدم اختصاصها للفصل في موضوع النزاع المعروض عليها، سواء من ناحية الاختصاص النوعي المتعلق بنوع القضايا وفقا للمادة 32 من ق إ م إ ، أو من ناحية الاختصاص الإقليمي المتعلق بموطن المدعى عليه أو محكمة موقع العقار و فقا لما هو منصوص عليه في المادة 37 و ما يليها من ق إ م إ . و بعدها البحث في مدى توفر شروط قبول الدعوى كالصفة و المصلحة ثم دراسة الطلبات و الدفوع التي يجب على القاضي أن يتقيد بها، و لا يخرج عن محتواها . و بعدها يقوم القاضي بعملية الموازنة بين الطلبات و الدفوع و بين وقائع النزاع و يسبب حكمه بنصوص قانونية ، ثم يقوم بصياغة منطوق الحكم الذي يجب أن ينطق به في جلسة علنية .[2]

1 – عبد السلام ذيب ، المرجع السابق ، ص 1138

2 – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 2138

ثانيا – سير الخصومة أمام المجلس القضائي:

إن تمثيل الخصوم أمام المجلس القضائي من طرف محامي وجوبي تحت طائلة عدم القبول ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، باستثناء قضايا شؤون الأسرة و القضايا الاجتماعية بالنسبة للعمال كما تعفى الدولة ، الولاية ، البلدية ، والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحامي طبقا للمادة 538 من ق إ م إ.

استئناف الأمر على ذيل العريضة معفى من التمثيل بمحامي طبقا للمادة 312 من ق إ م إ[1].

حيث تمر مراحل الخصومة أمام المجلس القضائي بنفس مراحل التي تمر بها على مستوى المحكمة من تسجيل عريضة الاستئناف بأمانة ضبط المجلس الذي صدر الحكم المستأنف في دائرة اختصاصه ، كما يجوز تسجيل الاستئناف بأمانة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم في سجل خاص طبقا للمادة 539 من ق إ م إ ، مع شرط إرفاق نسخة مطابق للأصل من الحكم المستأنف و دفع الرسوم و دفع التكليف في أول جلسة و تبادل المذكرات.

و توزع الملفات على الغرف حسب نوع القضية و يلزم أن يعين رئيس الغرفة مستشارا مقررا في القضية لتقديم تقريره ، و يحتوي تقرير المستشار المقرر الوقائع و الإجراءات و الأوجه المثارة و المسائل القانونية المعروضة للفصل فيها و طلبات الخصوم و يودع التقرير بأمانة ضبط الغرفة ثمانية أيام على الأقل قبل جلسة المرافعات حتى يطلع عليه الخصوم .

و يلتزم المستشار المقرر بقراءة تقريره خلال الجلسة و يعد هذا الإجراء من النظام العام و يترتب على مخالفته نقض القرار طبقا للمادة 549 من ق إ م إ .

1 – عبد القادر عدو ، المرجع السابق ، ص 285

كما يتولى المستشار المقرر مراقبة تنفيذ إجراءات التحقيق المأمور به من طرف التشكيلة طبقا للمادة 83 من ق إ م إ [1].

و لا يمكن للخصوم تقديم طلبات أو الإدلاء بالملاحظات بعد إقفال باب المرافعات كما أشرنا سابقا إلا بعد إعادة القضية للجدول ومن ثم فتح باب المرافعات من جديد في ثلاث حالات الأولى في حالة الضرورة و الحالة الثانية إذا طلب الخصوم ذلك و في الحالة الثالثة تغير التشكيلة طبقا للمادة 268 من ق إ م إ .

و بعد قفل باب المرافعات توضع القضية في المداولة للفصل فيها بحيث إما ينطق بالحكم في نفس اليوم بعد حين ، أو في أقرب جلسة و يتم النطق بالحكم في جلسة علنية و بحضور أعضاء التشكيلة الذين تداولوا في القضية .

ثالثا – سير الخصومة أمام المحكمة العليا :

يتم الطعن بالنقض إما بتصريح من الطاعن أو محاميه أمام أمين الضبط ، و يقوم هذا الأخير بتحرير محضر بذلك يتضمن رقم تسلسلي و رقم الطعن بالمحكمة العليا ، و يجب أن يوقع على محضر التصريح و على سجل الطعون بالنقض من طرف أمين الضبط و القائم بالتصريح بعد أن يتم الحجز في التطبيقة القضائية ، و تسلم نسخة من محضر التصريح المؤشر عليه من طرف أمين ضبط الرئيسي بالمحكمة العليا ، أو المجلس القضائي إلى القائم بالتصريح بغرض تبليغه إلى المطعون ضده عن طريق محضر قضائي في أجل شهر من تاريخ التصريح بالطعن بالنقض ، و يتوجب على الطاعن خلال شهرين من تاريخ التصريح أن يودع عريضة الطعن بالنقض يعرض فيها الأوجه القانونية لتأسيس طعنه و ذلك تحت طائلة عدم القبول شكلا .

و إما عن طرق إيداع عريضة الطعن بالنقض مباشرة موقعة من طرف محامي معتمد لدى المحكمة العليا ، في أصل و نسخ بعدد الأطراف المطعون ضدهم أمام أمين

1 – عبد القادر عدو ، المرجع السابق ، ص 1287

الضبط الذي يقوم بالتأشير على أصل عريضة الطعن و على النسخ المرفقة ثم يقوم بتسليمها للمحامي من أجل تبليغها الرسمي للمطعون ضدهم في أجل شهر و إيداع محضر التبليغ طبقا للمادة 560 من ق إ م إ .

و يتم تسديد رسم تسجيل الطعن بالنقض لدى مصالح بريد الجزائر بموجب حوالة في حساب بعنوان رئيس أمانة ضبط للمحكمة العليا و يقدم وصل نضير ذلك .

و يدون التصريح بالطعن أو عريضة الطعن في سجل خاص إما على مستوى المحكمة العليا أو المجلس القضائي .

و يتم إيداع مذكرة الجواب من طرف محامي المطعون ضده في أصل و نسخ ، وعندها يقوم أمين الضبط بقيد إيداع المذكرة في سجل الطعون بالنقض و التأشير عليها ، و تسلم النسخ للمحامي من أجل القيام بتبليغها الرسمي لمحامي الطاعن و إيداع محضر التبليغ طبقا للمادة 568 من ق إ م إ .

و عند انتهاء الآجال القانونية المحددة للأطراف لإيداع مذكراتهم و تبليغها ، يرسل أمين الضبط الرئيسي للمجلس القضائي الملف مشكلا ومرفقا بملف القضية إلى أمين الضبط بالمحكمة العليا الذي يحيله بدوره إلى رئيس الغرفة المعنية .

يعين رئيس الغرفة المعنية مستشارا مقررا يكلف بإعداد تقرير كتابي ، و للمستشار المقرر أن يطلب من الخصوم أي وثيقة يراها ضرورية للفصل في الطعن بالنقض ، و بعد إعداد التقرير الكتابي يرسل الملف إلى النيابة العامة لتقديم طلباتها و ذلك خلال شهر من تاريخ استلام الأمر الخاص بإبلاغ النيابة العامة و هذا طبق للمادة 571 من ق إ م إ.

ومن ثم إرجاع ملف القضية إلى المستشار المقرر للجدولة و يعين رئيس الغرفة جدول القضايا لكل جلسة ، و يبلغه لنيابة العامة " المادة 572 من ق إ م إ" ، و يبلغ الخصوم و محاميهم عن طريق إشعار خمسة عشرة يوما على الأقل قبل تاريخ الجلسة و هذا ما نصت عليه المادة 573 من ق إ م إ . و إذا رغب محامي أحد الأطراف في تقديم

ملاحظات شفوية خلال الجلسة فعليه تقديم طلب إلى رئيس التشكيلة ثلاثة أيام على الأقل قبل الجلسة طبقا للمادة 574 من ق إ م إ.

وتنعقد الجلسة علنية ما لم تقرر المحكمة العليا خلاف ذلك بحضور النيابة العامة و بمساعدة أمين الضبط و ينادى على القضايا خلال الجلسة و توضع في المداولة لنفس اليوم أو تاريخ لاحق بعد تلاوة المستشار لتقريره و تقديم النيابة العامة و الخصوم ملاحظاتهم عند الاقتضاء طبقا للمادة 577 من ق إ م إ.

وتصدر القرارات في جلسة علنية .

ولكن في الواقع ليس كل المواطنين على درجة من المساواة تمكنهم من تعيين محام للدفاع عن حقوقهم ، فتقاضي ليس مجاني بل مكلف جدا خاصة بالنسبة لطبقة الضعيفة الدخل ، فهو يحتاج إلى مبالغ مالية كثيرة فهي ليست رمزية . فالمصاريف القضائية تشمل الرسوم القضائية و مصاريف الخبرة و الترجمة و التبليغ و أتعاب المحامي .

و بالتالي فإن أحد أطراف الخصومة " المعوز " و حماية له باعتباره الطرف الضعيف منح له حق طلب المساعدة القضائية التي تعتبر نظام قانوني أقره المشرع لمساعدة المعزين و المحتاجين و بعض الفئات الأخرى الواردة في المادة 28 من قانون المساعدة القضائية قصد الاستفادة من الخدمات القضائية مجانا .

فبعد حصول الشخص على مقرر المساعدة القضائية بعد تقديم الطلب إلى الجهة القضائية المختصة ، و قبول طلبه يتوجه إلى نقابة المحامين بحيث يعين له النقيب أو مندوبه محامي يقوم بمساعدة المتقاضي المستفيد و يدافع عن حقوقه[1] أمام الجهات القضائية (محكمة ، مجلس قضائي ، محكمة عليا إذا كان معتمد أمامها) ، كما يعفى المستفيد من المساعدة القضائية من دفع المبالغ المستحقة لحقوق الطابع و التسجيل و

1- المادة 11 من القانون 13/07 المؤرخ في 2013/10/29 المتضمن مهنة المحاماة

الرسوم القضائية و ، من دفع أتعاب المحامي و المحضر القضائي عند التبليغ و مصاريف الترجمة حيث تتحملها الخزينة العمومية.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في مجال العقد المدني

إن القانون منح الأطراف المتعاقدة حرية إبرام التصرفات القانونية دون تدخل في ذلك ، و لكن خروجا عن هذا المبدأ العقد شريعة المتعاقدين منح القانون للقاضي سلطة التدخل في العقود سواء في مرحلة الإبرام ، أو مرحلة التنفيذ في حالة اقتران العقد بظروف تجعله يتسم باختلال الالتزامات . فهنا وجب تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي و حماية الطرف الضعيف فيه " المدين " و سنتناول في هذا المبحث سلطة تدخل القاضي في مرحلة إبرام العقد في المطلب الأول و سلطة تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد في المطلب الثاني .

المطلب الأول

سلطة القاضي في مرحلة إبرام العقد

منحت للقاضي سلطة بموجب القانون تسمح له بمراجعة العقد و تعديله في مرحلة إنشائه ، مما جعل أطراف العقد يحرصان على أن يضمنا لعقدهما الاستمرار، بأن يلتزما الحدود المسوح بها قانونا ، و يتجنبا الأسباب التي تؤدي إلى تعديل العقد . ومن أهم هذه الأسباب التي توجب تدخل القاضي في العقد و ممارسة دوره و سلطته في إعادة التوازن العقدي في مرحلة إبرامه نجد سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية التي سنتناولها في الفرع الأول ، و سلطة القاضي في دعوى تكملة الثمن في الفرع الثاني و سلطة القاضي في تفسير العقد في الفرع الثالث .

الفرع الأول : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في القانون المدني .

أصبحت القوانين المعاصرة تهدف بشكل واضح إلى حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية وسنتطرق في هذا اللفرع إلى ماهية الشروط التعسفية و سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في الفرع الثاني.

اولا:ماهية الشروط التعسفية.

و سنتناول في هذا الفرع مفهوم الشروط التعسفية أولا ثم معايير تحديدها .

1- مفهوم الشروط التعسفية:

– التعريف الفقهي :

أورد الفقه تعريفات مختلفة للشرط التعسفي منها انه الشرط المعد مسبقا من طرف المتعاقد القوي بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة كما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه شرط محرر مسبق من جانب الطرف الأكثر قوة.

ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة على الطرف الآخر ويعرف كذلك بأنه كل شرط يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة عن عقد الإستهلاك تمثل مكافئة هذا المهني بميزة نتيجة إستخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك كم عرفه البعض الآخر بأنه يعتبر تعسفيا ذلك الشرط الذي يترتبعليه الإضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك.

ويعرف أيضابأنه الشرط الذي يستأثرأحد طرفي العقد بفرض تعسف على الآخر بحيث يجعله خاضعا له دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها وينتج عنه إختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله , فالملاحظ أن هذه التعريفات الفقهية السابقة أجمعت جميعها على أن مناط الشرط التعسفي هو الميزة المفرطة التي يحصل عليها الطرف المهني على حساب المستهلك هذا وقد أثار الفرق بين التعسف والإجحاف خلافا كبيرا في الفقه ويمكن القول

بان مثل ذلك يترتب عليه عدم توازن تعاقدي لصالح الذي يفرضه على شخص لا خبرة له أو شخص وجد في موقف عدم مساواة قانونية أو اقتصادية في مواجهة الطرف الآخر[1].

-تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي :

عرفه المشرع الجزائري في نص المادة الثالثة (الفقرة الخامسة) من القانون 04/1402 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية " كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق أطراف العقد "

بما قد يوحي بان المستهلك الذي يستحق الحماية المقررة في قانون حماية المستهلك ليس نفسه الذي يستحق الحماية في قانون الممارسات التجارية لا سيما وان قانون حماية المستهلك يكون في مواجهة المتدخل أو المهني.

ومع ذلك يجب تثمين موقف المشرع الجزائري بصدد تعريفه للشرط التعسفي مزيلا كل الغموض والتكهنات التي أبديت بشان تحديد طبيعة الشروط التعسفية ومن ثمة وجب توفير الاستقرار والتوازن في العلاقات التعاقدية بإبطال الشروط التعسفية التي تتخلل عقود الاستهلاك .

و على ذلك يمكن تعريف الشرط التعسفي في عقود الإستهلاك بأنه بند في العقد يؤدية إلى إختلال توازنه اشترطه طرفه القوي بما له من نفوذ اقتصادي بهدف تحقيق ميزة فاحشا له على حساب الطرف الآخر دون مقتضى .[2]

1- صادق عبد القادر ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة مجلة آفاق علمية عدد 01 ، سنة 2019 ص 40

2- دالي بشير ، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد ، دراسة مقارنة ، جامعة أبو بكر بقايد تلمسان ، جامعة الحقوق و العلوم السياسية ، سنة 2015-2016 ، ص 170

2 : معايير تحديد الشروط التعسفية :

تختلف الشروط التعسفية السالف بيانها لذا لابد من تحديد المعايير التي تميزها عن غيرها كالتالي :

- **معيار التعسف في إستعمال القوة الاقتصادية :** يقصد بذلك أن الضابط المعتمد لتحديد الطابع التعسفي لشرط من الشروط التعاقدية هو مدى إخلالهأو عدم إخلاله بالتوازن العقدي إخلال ظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد وذلك حينما يستخدم المهني على المستهلك نفوذه الاقتصادي وهو معيار من دون شك يبحث في النتائج المترتبة على تضمين شرط تعسفي ضمن عقود الإستهلاكدون البحث في الأسباب والدواعي التي أدت الى تلك النتائج ويسمى هذا المعيار بالمعيار الشخصي لأنه يتم استنتاجه من القوة الاقتصادية للمهني الى حجم المشروع الذي يستغله وكذلك الوسائل التي يستخدمها في ممارسة نشاطه وقدر الاحتكار الذي ينعم به مما يجعل الطرف المستهلك في مرتبة اقل منه.[1]

- **معيار الميزة الفاحشة :** وهذا المعيار أخذ به المشرع الفرنسي في قانون 1995 وكذا المشرع الجزائري ضمن القانون 02/04 تبنى معيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين أو ما يعرف بالميزة المجحفة الناتجة عن استغلال القوة الاقتصادية السابق ذكرها ولقد رأى جانب من الفقه ضرورة عدم التقليل من أهمية هذا التعديل الاصطلاحي الذي جاء به قانون 1995 ذلك أن واضعي قانون 10 جانفي 1978 صرحوا بأن معيار الميزة المفرطة موضوعه إقصاء الشروط التي لها قابلية لإيجاد حادث مهم على تنفيذ العقد وليس تصحيح عيب في التوازن بين الالتزامات والحقوق وذلك ما قصده المشرع الفرنسي في قانون 1995 إذ وسع من نطاق تطبيق هذا

1-قورشقورش ليلى ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، حماية الطرف الضعيف من البنود التعسفية ، بموجب العنصر المعنوي لتكوين العقد دراسة حالة عقد التامين جامعة الجزائر يوسف بن خدة كلية الحقوق سعيد حمدين ص 87 .

القانون لأن بعض الشروط تعتبر تعسفية ولو لم تكن مفروضة تبعا للتعسف في استعمال القوة الاقتصادية , ويطلق عليها البعض بالميزة المفرطة وهي تعني عدم التوازن بين الإلتزامات المتقابلة في العقد ولا تتعلق فقط بثمن السلعة أو الخدمةوإذا كان من اللازم الأخذ في الاعتبار المنفعة التي حصل عليها المهني نتيجة الشرط التعسفي إلاأنه يجب عدم الوقوف عند هذا الحد بل يجب أن يؤخذ العقد في مجموعه ومجموع شروطه وآثاره وليس الوقوف عند شرط بذلته فيبدو الشرط تعسفيا إذا نظر إليه بمعزل عن بقية الشروط الأخرى على حين أنه لا يعد كذلك إذا نظر إليه في مجموع شروط العقد وأحكامه ومع ذلك يمكن القول أنه إذا ما تعلق الأمر بتقدير الطابع التعسفي لعقد معين سبق إبرامهفإن ذلك يمكن القول أنه إذا ما تعلق الأمر بتقدير الطابع التعسفي لعقد معين سبق إبرامه فان ذلك يتم استنادا لمعيار شخصي مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظرف إبرام العقد أماإذا وقع التقدير على الطابع التعسفي للشروط العامة دون الإستناد الى عقد معين فانه ولا شك يتم بطريقة مجردة بالرجوع إلى مستهلك متوسط وفي ظل ظروف عادية .

ثانيا : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها :

خول المشرع الجزائري للقاضي مكنتين أساسيتينلإعادة التوازن لعقد الإذعان وهما تعديل الشرط التعسفي أوإلغائهأو كما عبر عنه المشرع إعفاء المدين منها.

1: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية :

أجاز المشرع الجزائري للقاضي بموجب نص المادة 110 من القانون المدني[1] سلطة تعديل أي شرط أو مجموعة شروط تتسم بطابع التعسف إذاأدرجت ضمن عقد يكيف بأنه عقد إذعان , غير أن التساؤل المطروح هنا ما هي الشروط التي يمكن أن توصف

1- تنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على مايلي " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وان يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

بأنهاتعسفية والتي تتيح للقاضي التدخل لتعديل مضمون العقد مع ما يشكله هذا الأمر من تعد على مبدأ سلطان الإرادة ؟

بالنظر لعمومية نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري نجد أنها لم تضع معايير أو ضوابط ينبغي على القاضي التقيد بها لإعتبار الشرط أو الشروط الواردة في عقد الإذعان تعسفية أم لا فالأمر وفقا للنص سالف الذكر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الحكم دون أن يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا فالفيصل في المسألة هو مدى اقتناع القاضي بأن الشرط مناف للأخلاق وأبعد ما يكون عن تحقيق العدالة التعاقدية التي تستهدفها روح القانون كونه يمنح أحد الأطراف امتيازات تفوق بكثير الواجبات الملقاة على عاتقه و الأكثر من ذلك أن تدخل القاضي لتعديل أوالإعفاء من الشروط التعسفية يعتبر مسالة جوازية بالنسبة إليهإذ يمكنه عدم إعمال سلطته التي خولها إياه القانون حتى ولو تبين له وجود سمة التعسف في البند التعاقدي متى وجد مسوغا لذلك ذلك أن مهمة القاضي في هذه الحالة الموازنة بين مصالح طرفي العقد إذ يقتضي الأمرأنه ورغم تضمين العقد لشروط تعسفية أن يمتنع عن مراجعتها أو طرحها كليا متى رأأن هذا التدخل قد يعرض المشروع برمته للخطر ويؤثر على حسن سيره فيبقى على الهدف الاقتصادي له مضحيا بذلك مصلحة الفرد حفاظا على مصلحة الجماعة , وبالرجوع إلى أحكام الفقرة 5 من المادة 3 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية , نجد المشرع قد عرف الشرط التعسفي كمايلي : " شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد وعليه فان المشرع بتعريفه للشرط التعسفي لم يعد هذا الأخير يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقاضي الحكم بل أن المسالة أصبحت تتعلق بتطبيق هذا القانون وذلك بإسقاط التعريف المذكور أعلاه على الشروط المعروضة أمام القاضي والأساس القانوني للقول بالطابع التعسفي للشرط أو البند التعاقدي هو وجود خلل أو اختلال ظاهر بين حقوق واجبات أطراف العقد والمقصود

بالظهور هنا هو البروز أيأن يكون عدم التعادل بين الأداءاتالمتتالية بارزا وواضحا باستعمال المعيار الموضوعي المعروف وهو معيار الرجل العادي, فالقاضي وهو بصدد تكييف الشرط المذكور في العقد لمعرفة هل ينطوي على تعسف أو لا لإعمال سلطته في التدخل بالتعديل أوالإلغاء عليه أنيستأنس بمختلف النصوص القانونية الخاصة أو العامة التي تناولت مسالة التعسف إما صراحة أو ضمنا إما تصريحا أو تلميحا كما يجب عليه الرجوع الى ما سبق من أحكام القضاء فمن أمثلة النصوص الخاصة نجد نص المادة 29 من القانون 04-02 سالف الذكروالتي لنا ثمانية حالات يعتبر الشرط فيها تعسفيا منها فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أن العون الاقتصادي يتعاقد بشروط يحققها متى أراد كما نذكر ما جاءت به الفقرة السابعة من المادة 29 وهي حالة تفرد العون الاقتصادي بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة مع الإشارةإلىأن الحالات الثمانية التي جاءت بها المادة مذكورة على سبيل المثال لا الحصر بدليل أن المشرع استعمل في البداية عبارة " لاسيما .... التي تفيد إمكانية تكييف شروط تعاقدية أخربأنها شروط تعسفية ولو لم تكن مذكورة في نص المادة السابقة , إما بالنسبة للنصوص العامة التي يمكن للقاضي الإستئناس بها أوالاستنادإليها في تكييف الشروط التعسفية نذكر نص المادة 124 مكرر من القانون المدني التي وضعت ثلاثة حالات أو وضعيات يعتبر فيها الشخص متعسفا في استعمال حقه وبالتبعية يعتبر مخطئا خطا تقصيريا يستلزم قيام مسؤوليته وهي حالة إستعمال الحق بقصد الأضرار بالغير أوإذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير إضافةإلى فرضية الحصول على فائدة غير مشروعة.

وقد ذهب جانب من الفقه وحتى القضاء الى القول بضرورة التمييز بين الشرط التعسفي والتعسف في استعمال الشرط في حد ذاته، والذي قد لا يتسم بطابع التعسف بمعنى أن التعسف قد يكون في الشرط وقد يكون في طريقة استعمال الحق في حد ذاته

علما وان المسالة معقدة إذ يصعب التمييز بين الحالتين لان الحد الفاصل بينهما دقيق جدا [1].

2 : سلطة القاضي في إعفاء المدين من الشروط التعسفية :

انطلاقا من فلسفة التدخل القضائي في عقود الإذعان والتي تستهدف إعادة التوازن العقدي تحقيقا لما يعرف بالعدالة التعاقدية فان القاضي إذا ارتأى أن مجرد إدخال تعديلات على الشرط التعسفي الوارد في العقد لا يحق الهدف المنشود الذي ابتغاه المشرع ولن يعيد للاتفاق التوازن المفقود بين حقوق وواجبات الأطراف ولن يحقق الحماية اللازمة للطرف المذعن فانه يلجا الى المكنة الثانية التي منحها إياه نص المادة 110 من القانون المدني والمتمثلة في سلطته في إعفاء المدين من تنفيذ الالتزام المنصب على الشرط التعسفي أيإلغاء الشرط واعتباره عديم الأثر لأن انعدام التوازن في العقد مرده وجود الشرط في حد ذاته وان استرجاع هذا التوازن لن يتجسد عمليا إلا باستبعاد الشرط بالكلية مع الإشارةإلى أنالإلغاء بحسب تعبير الدكتور عبد الحميد فودة " يعتبر وسيلة أشد جرأة من وسيلة التعديل وسلاح بالغ

الخطورة في يد القضاء2 " نظرا لكونه يشكل مساسا وانتهاكا كبيرينلمبدأ سلطان الإرادة المبني على احترام بل وتقديس حرية الأفراد في تحديد مضامين الاتفاقات المبرمة بينهم إلاأن هناك من الشروط ما لا يمكن للقاضي إعفاء الطرف المذعن منها بسبب طبيعتها ذلك أنإلغائها قد يؤدي الى هدم العقد وإزالته كليا كالأجرة في عقد الإيجارأوالثمن في عقد البيع وإنما يمكن للقاضي متى رأى أن هذه الشروط تشكل تعسفا أن يعدلها طبقا لمتطلبات [2]

1- دالي بشير ، المرجع السابق ، ص 169 .

2- فودة عبد الحكيم تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن منشأ المعارف الإسكندرية مصر ، 1985 ص138

العدالة فقد يظهر الشرط التعسفي في صورة من صور الغبن المادي أو الاستغلال وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتعديل الشرط التعسفي إماباالإنقاص في التزامات الطرف المذعن المغبون أو الزيادة في التزامات الطرف القوي الغابن لإزالة الغبن الوارد فيه , فالقاضي هنا يتقيد بالشرط والقيود القانونية للتعديل بسبب الغبن إذأن قيامه بالتعديل هنا لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال وإنما يستند لأساس لآخر وهو الطعن بتعسفية الشرط الوارد في العقد والمطالبة بتعديله طبقا للقانون , ومن بين هذه التطبيقات التشريعية للشرط التعسفي يمكن أن نذكر الحالة التي أوردها المشرع في المادة 184 من القانون المدني حينما سمحت للقاضي بتخفيض قيمة الشرط الجزائي في حالة ما إذا كان التقدير مفرطا أيأنه غير متناسب لدرجة كبيرة مع حجم الضرر إذاأنه ورغم عمومية وشمولية نص المادة 184 كونها وردت في سياق عام لا يفرق بين عقد مساومة وعقد إذعانإلاأنه يفهم منها ضمنيا أن المدين الذي وافق على شرط جزائي مرتفع كثيرا وغير متجانس مع جسامة أو ضآلة الضرر المحقق كان في مركز تعاقدي ضعيف لم يكن ليسمح له بمفاوضة الطرف الآخر حول مبلغ التعويض الإتفاقيأيأن العقد كان من صنف عقود الإذعان التي يحجر فيها على إرادةأحد المتعاقدين ولا يسمح له بالمساومة أو التفاوض غير أن رقابة القاضي ولكي تتسم بالموضوعية وتوفر اكبر قدر من الحماية للطرف المذعن فإنها لا يجب أن تنصب على شرط تعسفي بذاته أو مجموعة شروط بل العبرة بمدى وجود اختلال كبير في الأداءات بغض النظر عن وجود مثل هذه الشروط أو لا فالقاضي عندما يبسط رقابته جب أن ينظر الى العقد برمته ويقارن بين أداءات طرفيه فمتى وجد تفاوتا معتبرا في التزامات وحقوق الأطراف حق له التدخل لتعديل العقد بالقدر الذي يكفل إعادة التوازن له أمإذا تبين له أن العقد في مجمله متوازن ويتضمن في طياته وجود عدالة تعاقدية بين الطرفين استبعد سلطته في التعديل ولو وجدت بعض الشروط التي تتسم بطابع التعسف لأنها لم تؤثر سلبا على الطرف الضعيف.

الفرع الثاني : دور القاضي في تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن.

نصت المادة 112 من قانون المدني الجزائري على مايلي : يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن وقد وردت هذه المادة عطفا على المادة التي سبقتها أي المادة 111 من القانون المدني الجزائري التي قدمت لنا القاعدة العامة في تفسير النصوص القانونية والفرضية في هذه الحالة هي نشوب نزاع بين طرفي العقد حول تفسير احد بنوده حيث إعتبرت المادة 111 في فقرتها الأولىأنه متى كانت عبارات العقد واضحة وجب على القاضي التقيد بهذا الوضوح وعدم جواز الانحراف عليها أو محاولة تأويلها ذلك أن مثل هذه النزاعات التي تطرح أمام القضاء كثيرا ما تتعلق بشروط مجحفة لا تحقق مصلحة أحد الأطراف فيلجأإلى القضاء لمحاولة إعطائها تفسيرا يرفع عنه هذا الإجحاف وقد يجاريه القضاء في هذا الطرح لذاك جاء موقف المشرع صريحا وواضحا في عدم إمكانية تفسير آخر يتعارض مع وضوح البند يعتبر تدخلا منه في مبدأ سلطان الإرادة سيؤدي بالضرورة الى تحريف وتحوير النية المشتركة التي قصدها المتعاقدان عند إبرام العقد وعبرا عنها بألفاظ وعبارات باتة قطعية الدلالة غير أن عبارات العقد لا تكون دائما واضحة المعاني والمقاصد إذ كثيرا ما تتضمن العقود مبهمة يحتاج القاضي الى تفسيرها بطريقة تكفل له الوصول إلى النية المشتركة للأطراف بعيدا عن التقدي بحريفة الألفاظ المذكورة مثلما كان الأمر بالنسبة للعبارات الواضحة حيث يستهدي القاضي ويسترشد ويستأنس بكل العوامل التي من شانها مساعدته في التوصل الى تلك النية التي لم تتمكن العبارات التي اختارها أطراف العقد من إبرازها ومن بينها العوامل التي ذكرتها المادة 111 طبيعة التعامل إذأن ما يصلح للتفسير في عقد مدني قد لا يصلح في عقد تجاري وما ينسحب على عقد البيع قد لا يكون ملائما في عقد الإيجارأو الوديعة كما لا ينبغي إهمال ما يسود بين الناس من ثقة أثناءإبرام العقود إذ ينبغي اخذ هذا الفاعل أو المعطي بعين الاعتبار عند محاولة تأويل عبارات العقد إضافة الى ما جرت عليه العادات والأعراف في التعامل بين الناس بالرجوع الى نص الفقرة من المادة 112 من

القانون المدني الجزائري نجد أنها وضعت قاعدة عامة في تفسيرالبنود التعاقدية الغامضة التي تنطوي على شك تفسير أيأن تفسيرها لن يخرج عن خدمة احد طرفي العقد فإماأن يفسر الشرط الغامض لمصلحة الدائن وهو ما يلحق ضررا بالمدين وإماأن يفسر لمصلحة المدين فيتضرر الدائن من جراء هذا التفسير فالفقرة 1 من المادة 112 أعلاهأوجبت على القاضي في مثل هذه الفرضيات أن يفسر الغموض لمصلحة المدين باعتباره الطرف الأضعف وانطلاقا من قاعدة تقليدية مفادها أنالأصل في الإنسان هو براءة الذمة والاستثناء كما هو معلوم لا يجب أن يتوسع في تفسيره كما أن نية الملتزم هي أن يلتزم في أضيق نطاق ممكن أن تتحمله عبارات العقد والبحث ف هذا النطاق الضيق هو الذي يوجد التوافق بين الإرادتين .[1] أن الملاحظ أن لفظ المدين الوارد في النص والذي اوجب القانون تفسير الشك لمصلحته لا يقصد به المدين بالالتزام وإنما المتعاقد الذي يقع عليه عبئ الشرط محل التفسير سواء كان هو المدين بالالتزام أوأنه دائن بالحق فإذا كان الشرط الغامض يعفي احد طرف العقد من التزام تفرضه القواعد العامة أو يخفف من مسؤوليته في تنفيذ هذا الالتزام فان الشك في مدلول هذا الشرط يجب أن يفسر لمصلحة الطرف الذي يضار منه وهو الدائن بالإلتزامإلاأنه هو المدين في الشرط محل التفسير .

إذنفالإستثناء التشريعي الوارد في نص المادة 112 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري يستند الى عديد الاعتبارات الواقعية والمنطقية منها أن الطرف المذعن هو الأضعف اقتصاديا وقبوله بالشرط ناجم عن ضعف مركزه في العقد لذا كان الأجدر بالحماية مقارنة بالمتعاقد معه هذا الأخير هو الذي استقل واستأثر يوضع البند الغامض دون أن يناقش في المسالة فكان الأولىأن يتحمل تبعة هذا الغموض والقاعدة أن المخطئ

1- أبو السعود رمضان النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية مصر 2000 ص 210

لا يستفيد من خطئه فإذا اعتبرنا الشك عبارة عن خطا خلال مرحلة التعاقد فلا يعقل أن يستفيد منه صاحبه (الطرف القوي) ويتحمله الطرف الأضعف الذي سلم به وأذعن له دون مساومة .

الفرع الثالث :دعوى تكملة الثمن.

لقد تدخل المشرع الجزائري من أجل إعادة التوازن في العقد الذي يبرمه الطرفان الذي يعتبر عقد البيع من أهم عقود المعاوضة لكن قد يعرض على البيع أحياناأن يكون بثمن اقل بكثير من ثمن المثل ويصبح البائع مغبونا والمشتري غابنا لذل يجوز للطرف المغبون أن يرفع دعوى تكملة الثمن ورفعها يستوجب توفر شروط وسنتطرق في الفرع الأول لشروط رفع الدعوى وفي الفرع الثاني لأحكام دعوى تكملة الثمن .

اولا :شروط رفع دعوى تكملة الثمن

يتطلب لمباشرة رفع دعوى تكملة الثمن توفر ما يشترط القانون من أجل إعمال هذه الوسيلة وهذا أمر منطقي لأنه لا يتحقق الشيءإلا بتوفر شروطه ويمكن القول بان لدعوى تكملة الثمن شروط موضوعية وأخربإجرائية لا يستغني عنها من اجل صحتها أمام القضاء ونعرضها تباعا :

1 : الشروط الموضوعية لممارسة دعوى تكملة الثمن :

اشترط المشرع الجزائري لرفع دعوى تكملة الثمن مجموعة من الشروط متعلقة بموضوع الدعوى فلا يجوز رفع دعوى تكملة الثمن إذا كان موضوعها مخالف لما تتطلبهاالدعوى لا يجب رفع الدعوى في بيع وقع على عقار[1].كما يجب توفر المقدار القانوني لرفعه .

1 – الامر رقم 75–58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1995 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ج ر ،عدد 78 الصادر في 1975/09/30 معدل ومتمم الى غاية القانون رقم 07– المؤرخ في 13 ماي 2007 ج ر عدد 31 مؤرخ في 13 ماي 207

– **وقوع البيع على العقار** : لقد قام المشرع الجزائري بتحديد طبيعة العقار في المادة 683 من ق م ج حيث تنص أن " كل شيئ مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدى ذلك من شيئ فهو منقول " يتبين من خلال هذه المادة أن العقار هو كل شيئثابت أي لا يمكن نقله أو تغيير مكانه وإذا خالف هذا المعنى فهو يأخذ صفة منقول .

يشترط للطعن في البيع بالغبن أن يكون المبيع عقارا وان يرد على ذات العقار أو على أي حق عيني عقاري فإذا كان المباع هو حق الملكية فانه يجوز رفع دعوى الغبن نظرا لإمكانية الوقوع في الغبن في هذه الحالة بل وتعد هذه الحالة هي الأكثر وقوعا في الحياة العملية لأنه غالبا ما يكون البيع واردا على الملكية بجميع عناصرها , نفس الأمر يقال في حالة ما إذا كان المبيع حقا عينيا آخر غير حق الملكية كحق الانتفاع وطبعا يشترط في هذه الحالة أن يكون هذا الحق واردا على عقار ومثال ذلك : حق انتفاع بقطعة أرض أو شقة أو دار وهذا ن مطلق انه يجوز بيع حق الانتفاع دون الرقبة [1]

النتيجة التي يمكن استخلاصها من هنا هي انه لا يشترط في محل البيع سوى أن يكون واردا على حق عيني عقاري أو بعبارة أخرى يكون محلا للطعن بالغبن في بيع الحقوق العينية العقارية بيع أي حق سواء كان حق ملكية تام أي الملكية بعناصرها الثلاثة كلها الاستعمال والاستغلال والتصرف أو حق ملكية ناقص ملكية الرقبة فقط أي حق التصرف أو حق انتفاع .. الخ

فالعقار بالتخصيص في مفهومه هو عبارة عن منقول بطبيعته ولكن متعلق بالعقار وضع لخدمته فإذا قام بفصل العقار بالتخصيص عن العقار المخصص فانه يفقد هذه الصفة ويخضع لأحكام المنقول إذ يجب على العقار بالتخصيص الاحتفاظ بهذه وقت البيع وإلا اعتبر منقولا ومثال العقار بالتخصيص الجرار الفلاحي المحراث والحيوانات

1– عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري الجديد المجلد 1 دار إحياء التراث العربي بيروت ص –390

التي تستعمل في نقل البذور والأسمدة..الخيتعين في هذا الصدد الالتفات الى المادة 360 من ق م ج حيث تنص أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني [1]

فبيع العقار في المزاد العلني يتم بواسطة القضاء وسبب عدم قبول دعوى الغبن في البيوع بالمزاد هو كونها تفسح المجال للحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع فإذا رسا المزاد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس فهذا دليل على أن العقار لا يجد مشتريا بأكثر من الثمن فلا محل للطعن في هذه الحالة في البيع بالغبن [2]

كذلك بالرجوع الى المادة 684 من ق م ج التي تنص أنه : " يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني قع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار فيفهم من خلال هذه المادة أن الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية الواردة على العقار لا تشمل الحقوق الشخصية ولو كان محلها كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر فحق الارتفاق لا يمكن بطبيعته الاستقلال عن العقار المرتفق .

- توفر المقدار القانوني :

يشترط لرفع دعوى تكملة الثمن أن يتجاوز الغبن الخمس وذلك من وقت البيع أيأن يباع العقار بقيمة ليست القيمة الحقيقة وهذا ما يجعل الالتزام التعاقدي مرهقا للبائع وبهذه بالخسارة وتقدير الثمن وقت البيع هو عدم السماح للبائع الإستفادةأوإستغلال

1- الحسين بن الشيخ آث ملويا المنتقى في عقد البيع (دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة نصوص للمطالعة أعمال تطبيقية ط 1 دار هومة 2010 ص 101 1

2- عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري الجديد المجلد 1 دار بيروت ص 392

المشتري تقلبات الأسعار بعد إنعقادالعقد فتحديد التاريخ هو أمر ضروري المعرفة مقدار الغبن [1]

في حالة عدم تجاوز الغبن الخمس فالبائع لا يجوز له رفع دعوى تكملة الثمن وهذا ما يطلق عليه بمصطلح الغبن اليسير وهو من لم يتجاوز المقدار القانوني فالعاقد مهما كان لا يمكن أن يتفاداه في كل عقوده ولاعتباره غبن محتمل جرت العادة على عدم الاعتداد به لذا المشرع اخذ بالمعيار المادي وليس بالمعيار الشخصي وهذا دليل بتأثرهبأحكام الشريعة لمعدل الغبن والذي يستهدف إعادة التوازن بين التزامات الطرفين1

وقد نص المشرع الجزائري على انه من اجل تقدير الغبن الزائد على الخمس يجد أن ينظر الى قيمة العقار وقت البيع .

2 : الشروط الإجرائية لرفع دعوى تكملة الثمن :

أن دعوى تكملة الثمن كغيرها من الدعاوى تشترط شروط إجرائية متبعة لقبولها إذ يجب أن ترفع من كل ذي صفة ومصلحة فلا يجوز لأي احد من الأفراد القيام برفعها ما لم تتوفر فيه هذه الشروط ويجب كذلك أن تتضمن ميعادا قانونيا وإلا سقط حقه في المطالبة بدعوى تكملة الثمن.[2]

- أطراف الدعوى :

إستنادا الى ما سبق ذكره يشترط أن ترفع الدعوى من ذي صفة ومصلحة وذلك بطلبه بإجازة الدعوى الرامية إلى تكملة الثمن إذ ترفع الدعوى من طرف صاحب العقار المبيع متى اكتملت أهليته القانونية كذلك يجوز في حالة وفاة صاحب العقار رفعها من طرف ورثته سواء كان هو الذي قام بالبيع أو كان شخص نائب عنه , أما في حالة كون

1- توفيق حسن فرج النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام بلال الدار الجامعية لبنان د س ص 72 .

البائع غير كامل الأهليةأي لم يبلغ سن الرشد ووقع في غبن فاحش فانه يجوز للنائب الشرعي حينئذ أن يرفع الدعوى وإذا قام بتغيير النائب الذي قام بالبيع فيجوز للنائب المستخلف رفع دعوى الغبن حماية لمصلحة القاصر فترفع الدعوى على المشتري أو على ورثته فهو دين في ذمة المشتري لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون ويمكن رفع الدعوى على الشفيع الذي حل محل المشتري [1]

- ميعاد رفع الدعوى :

تنص المادة 359 من ق م ج انه " تسقط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع" يتبين من خلال هذه المادة أن دعوى تكملة الثمن يجب أن ترفع قبل انقضاء 3 سنوات من يوم حصول البيع فإذا انقضت هذه المدة ولم يقم البائع برفعها هنا يسقط حقه في رفعها بقوة القانون بحيث لا يكون للبائع اللامبالي حجة بعد إنقضاءالأجل القانوني , بالرجوع الى نص المادة 37 ق م ج فان الاختصاص الإقليمي للدعاوى المتعلقة بالعقار يكون للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ومدة رفع الدعوى تعتبر مدة تقادم وليس مدة سقوط إذ يرد عليها الوقف والانقطاع في حالة ما إذا كان البائع ناقص الأهلية أيا كان سبب عدم كمال أهليته سواء كان قاصرا أو محجورا عليه فتبدأالسنة من يوم زوال سبب نقص الأهلية[2]

وهذا ما صرح به المشرع في المادة 2/359 من ق م ج حيث نص فيها انه " وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز 1

ثانيا :أحكام دعوى تكملة الثمن :

1- خليل احمد حسن قادة الوجيز في شرح القانون المدني ج4 ب ط ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2000 ص102

1-محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائر ط 1 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2001 ، ص73

تكملة الثمن فان المقصود منها تحقيق أثارها وقبول الدعوى شكلا عند رفع يتيح الفرصة للنظر في موضوعها ويصدر القاضي حكمه إما بقيام الغبن أو انتفائه وصدور الحكم بقيام الغبن يلزم الغابن بتكملة الثمن وإذا قام بالرفض يكون له حق طلب الفسخ

1 : وجوب تكملة الثمن : عند صدور الحكم لصالح البائع بتكملة الثمن الى الحد الذي يزيل الغبن فان هذا الحكم يتوقف على قبول المشتري تكملة الثمن والجزء من الثمن المحكوم به للبائع يطبق عليه كافة القواعد الخاصة المتعلقة بالثمن ويكون مضمون بامتياز البائع فالثمن في هذه الحالة يشترط أن يكون نقديا , هذا لكون البيع يتميز عن المقايضة أيأنه إذا كان الثمن شيئا آخر غير النقود في هذه الحالة لا بعد العقد بيعا إنما يعتبر عقد مقايضة وتجدر الإشارة الى أن هذا الشرط قد ورد ضمن المادة 351 ق م ج التي تنص أن البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل ملكية شيئأو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي .

دعوى تكملة الثمن تعتبر دعوى أصلية يقوم البائع برفعها ويجب على المشتري أن يقوم بتكملة الثمن الى أربعةأخماس ثمن المثل ويتعين عليه إيداع المبلغ المحكوم به أمام كتابة ضبط المحكمة والقاضي بدوره في هذه الحالة بتعيين الخبير الذي يقوم بتقدير وتحديد القيمة الحقيقة للعقار وذلك لعدم علمه أن كان المبلغ المودع محمل للنقص في الثمن والقاضي يقضي له بالإشهاد بذلك ولا يمكن للبائع رفض العرض إلاإذا تبين له أن التقييم الذي جاء به بعيد القيمة الحقيقية للعقار فله في هذه الحالة أن يطلب مضادة .

وطبعا دون أن ننسى القول بوجوب شهر دعوى تكملة الثمن إذا كان عقد البيع العقاري مشهرا في المحافظة العقارية أماإذا لم يكن العقد مشهرا دعوى تكملة الثمن لا شهر في هذا الوضع وبعبارة أخرى يعد شهر عقد البيع شرطا لشهر دعوى تكملة الثمن.

2:أحقية الفسخ:

لصاحب العقار المبيع الذي امتنع المشتري عن دفع الثمن المحكوم له به الحق في طلب الفسخ شانه في ذلك شان أي بائع آخر لم يستوف الثمن بأكمله وعند فسخ العقد

يترتب أن يوم البائع باسترداد العقار من المشتري ويلتزم بدوره بان يرد ما قبضه من الثمن للمشتري إذأن الغبن لا يعتبر عيبيشوب الرضا الطرف المغبون إنما عيب يمس العقد في حد ذاتهإذاأصاب البائع ضرر فله أن يطلب تعويضا فإذا نزلت قيمة العقار ألزم المشتري تعويض مقدار نزول العقار ويحسب حسب مقداره وقت البيع حيث تنص المادة 359 /3 من ق م ج على أنه " ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع " ويستخلص من هذا النص أنه إذا قام المشتري بالتصرف في العقار الى شخص حسن النية فان طلب الفسخ لا يسري على المشتري الجديد لكن المشكل هو إثبات حسن أو سوء النية وذلك لاعتبارهما شرطان مفترضان إذن لا يحق للبائع الاحتجاج عليه بدعوى الفسخ.

إذاتبين أن المشتري كان يعلم بقيام دعوى الغبن ففي هذه الحالة يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع واسترداد العقار من يد الغير سيئ النية وهذا أمر منطقي ومعقول بكل تأكيدا لأن الشخص سيئ النية بالحماية القانونية .

أن رفض المشتري تنفيذ الحكم أو القرار القضائي بإلزامه بتكملة الثمن فعلى البائع أن يقوم بتبليغ المشتري بنسخة من الحكم أو القرار النهائي وإلزامه بالدفع بواسطة المحضر القضائي وإذا مضت عشرين يوم من تاريخ الإلزام بالدفع ولم يقم بتنفيذ التزامه بتكملة الثمن يحرر المحضر القضائي محضر التنفيذ ويقوم بتسليمه للبائع [1]

استنادا الى المادة 1/119 من ق م ج حيث تنص انه " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذارهأن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك " [2]

1- بن الشيخ لحسين آث ملويا، المرجع السابق ،ص113

2الامر رقم 57-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المرجع السابق

نتقادم دعوى الفسخ إذا لم ترفع خلال خمسة عشر سنة على أنيبدأ حساب المدة من تاريخ البيع وذلك طبقا للقواعد العامة ويجب أن تشهر عريضة الفسخ في المحافظة العقارية إن كان عقد البيع مشهرا وهذا تحت طائلة البطلان المطلق .

كذلك جاء في نص المادة 85 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل التجاري والتي نصت على مايلي" أن دعاوي القضاء الرامية الى النطق بالفسخ أو العدول والإبطال أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلاإذا تم إشهاره مسبقا [1]

المطلب الثاني

سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد .

لم يكتف المشرع بإعطاء القاضي سلطة أثناء مرحلة إنشاء العقد و كيفية إعادة التوازن العقدي في هذه المرحلة و ذلك لتحقيق العدالة العقدية ، بل منح أيضا للقاضي سلطة أثناء تنفيذ العقد لأن المتعاقد في مرحلة إبرامه للعقد قد يتمتع بمركز قوي يجعله يناقش جميع شروطه و التزاماته إلا أن ميزان العقد قد يختل أثناء تنفيذه ، لذلك حرص المشرع على حماية المتعاقدين من الاختلال التعاقدي الواقع .

فمنح للقاضي سلطة تمكنه من التدخل في العلاقات العقدية ، وذلك لمواجهة الظروف المتغيرة التي تحدث اختلال في العقد . و سنتناول ذلك في فرعين ، سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب نظرية الظروف الطارئة في الفرع الأول و سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في الفرع الثاني .

الفرع الأول : سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب نظرية الظروف الطارئة .

1 المرسوم التنفيذي 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري ج ر عدد 30 الصادرة في 1976/04/13

قد يحدث عند حلول أجل تنفيذ العقد ، أن تحل ظروف اقتصادية بسبب حادث غير متوقع فيصبح تنفيذ الالتزام على النحو المتفق عليه شاق ومرهقا إلى حد يهدد المدين بالخسارة دون أن يكون لإرادته دخل في ذلك [1].

ففي هذه الحالة أعطى القانون للقاضي حق التعديل لإعادة التوازن العقدي بموجب المادة 107 من ق م الجزائري الفقرة الثالثة و التي تنص : " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الموسع توقعها ، و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا لظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" .

و من خلال هذه المادة يظهر لنا مدى السلطة التي منحها المشرع للقاضي للتدخل في مجال العقود .

أولا : تعريف نظرية الظروف الطارئة .

هناك من حاول تعريف الظروف الطارئة بأنه :" حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية . أو واقعة مادية عامة أيضا وان لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد و لم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد ، و يترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة و إن لم يكن مستحيلا " [2].

و مثال الحوادث الاستثنائية العامة حرب أو إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها و يكون من ورائها أن ترفع سعر المواد الأولية أو أجور العمال [3].

1-محمد حسن عبد العال ، المرجع السبق ، ص 352

2-اقصاصي عبد القادر ، نظرية الظروف الطارئة و أثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي ، المجلة الافريقية للدراسات القانونية و السياسية ، جامعة دراية ، أدرار ، الجلد 2 ، العدد 2 ، السنة 2018 ، ص 129

3-سهلة لخصر ، دور القاضي في العقد ، مذكرة ماستر ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، سنة 2018-2019 ،ص 55

و يمكن تعريفها بأنها حالة استثنائية عامة تطرأ بين مرحلة إبرام العقد و وقت تنفيذ الالتزام ومن شأن هذا الأمر الطارئ التأثير على مصلحة المتعاقدين لاسيما المدين بالالتزام ، بحيث يجعل هذا الظرف تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا إذ يقتضي ذلك سلطة القاضي بالتدخل لوضع حد من خلال إعادة التوازن في العقد وتعديله على نحو يلاءم مصلحة الأطرف المتعاقدة حماية للطرف الضعيف في العقد ألا و هو المدين[1] .

ثانيا : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

الأصل أنه لا يجوز تعديل العقد إلا باتفاق أطرافه ، إلا أن المشرع أجاز للقاضي و على سبيل الاستثناء أن يحل محل إرادة المتعاقدين لإجراء تعديل في العقد إذا ما توفرت الشروط اللازمة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة . وباستقراء نص المادة 107 فقرة 3 من ق م ج نستخلص أنه لتطبيق نظرية الظرف الطارئة يقتضي الأمر توفر الشروط التالية :

1-أن يوجد التزام تعاقدي متراخي :

يشترط لإعمال هذه النظرية أن يبرم العقد في ظل أوضاع عادية ، ثم تقع عقب ذلك حوادث استثنائية لم تكن متوقعة تجعل تنفيذ العقد مرهق . بمفهوم المخالفة نعني بذلك العقد الذي تفصل ما بين إبرامه و تنفيذه فترة من الزمن [2] سواء كانت طويلة أو قصيرة يتصور خلالها وقوع الحادث فإذا انعقد العقد و نفذ ثم جد الحادث الطارئ الاستثنائي بعد التنفيذ فلا أثر لهذا الحادث .[3]

2-أن يقع حادث استثنائي :

1-دالي بشير المرجع السابق ، ص 117

2-سهلة لخضر ، المرجع السابق ، ص 56

3- بلحاج العربي ، مادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، دار هومة الجزائر ، سنة 2015 ص 796

المقصود بالحادث الاستثنائي الذي يندرج في عداد الحوادث التي تقع وفقا لنظام معلوم أي ذلك الحادث الشاذ غير مألوف من شؤون الحياة فلا يعول عليه الرجل العادي و لا يدخل في حسابه كالحروب و الزلزال ..الخ[1]

وليس أي ظرف طارئ ، أو حادث أيا كان نوعه و مصدره مبررا لإعمال نظرية الظروف الطارئة ، و إنما يلزم تطبيق هذه النظرية أن يكون الظرف استثنائيا ، غير مألوف و لا يقع في الأحوال العادية [2].

2- أن يكون الحادث الاستثنائي عاما :

لا يكفي لإعمال نظرية الظروف الطارئة وقوع حادث استثنائي بل يلزم أن يكون عاما أي ليس خاصا بالمدين و لا يشترط في صفة العمومية أن يمس الناس جميعا بل يكفي أن يمس فئة معينة كالحريق الذي يلتهم حيا أو مدينة ، في ظروف استثنائية غير متوقعة فإذا كان الحادث خاصا كإفلاس المدين أو موته لا تطبق نظرية الظروف الطارئة و إنما يجب أن يصيب الحادث طائفة من الناس[3].

3- أن يكون الحادث غير متوقع و لا يمكن تفاديه :

يجب أن يكون الحادث مفاجئا أي خارجا عن المألوف و نادر الوقوع . أي ليس في وسع الرجل العادي في ذات الظروف السائدة أن يتوقعه أو يعمل حسابه وقت إبرام العقد و ليس من الممكن دفعه [4]. فالمدين ملزم بأن يتوقي ما يمكن تجنبه حرصا على الوفاء بالتزامه فإن لم يفعل فلا يجوز له أن يحتج بأن الظرف طارئ و استثنائي و غير متوقع الحدوث .

4-أن يصبح الالتزام مرهقا للمدين و ليس مستحيلا :

1-اقصاصي عبد القادر ، المرجع السابق ص 135

2-دالي بشير ، المرجع السابق ، ص 120

3-اقصاصي عبد القادر ، المرجع نفسه ، ص 135

4-بلحاج العربي ،المرجع السابق ، ص 800

معنى ذلك أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل الالتزام مرهقا دون أن يصل إلى حد استحالة تنفيذه ، و في هذا يظهر الاختلاف بين الظرف الطارئ و القوة القاهرة صفة المفاجئة ، إلا أن الفرق بينهما هو أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا تؤدي إلى انقضاء الالتزام ، أما في حالة الإرهاق فإن التنفيذ ممكن و لكنه يكلف المدين خسارة فادحة على نحو يخل التوازن المالي للعقد . و شرط الإرهاق من أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة و هو أول ما يهتم القاضي بدراسته و التحقق من توافره ، و هو الشرط الوحيد الذي ينتج عن العقد نفسه . أما الشروط الأخرى خارجة عن نطاق العقد فالحادث الطارئ و كونه استثنائيا و عاما و غير متوقع لا علاقة لها بالعقد أي من حيث الأثر الذي تحدثه ، و هذا الأثر هو صعوبة تنفيذ الالتزام محل العقد الذي يؤدي إلى إرهاق المدين الطرف الضعيف في هذا الالتزام و تهديده بالخسارة الفادحة بحيث يختل التعادل الذي كان موجودا عند إبرام العقد ، فيصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا و مربحا للمتعاقد الآخر ، فكلما زاد الإرهاق كلما زاد ربح المتعاقد الأخر مما يضطر المتعاقد المرهق الضعيف إلى طلب تدخل القاصي استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة [1] .

ثالثا : دور القاضي في ظل نظرية الظروف الطارئة :

إذا طرأ بعد إبرام العقد و قبل تمام تنفيذه حوادث لم تكن متوقعة يترتب عليها اختلال التعادل بين التزامات الطرفين اختلالا فادحا ، بحيث أصبح التزام احدهما مرهقا يهدده بخسارة جسيمة ، فعندئذ يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد لا لإخلال المدين بالتزامه و إنما لتعديل التزامات الطرفين على الوجه الذي يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . و ذلك بعد مراعاته لمجموعة من الضوابط القانونية عند مباشرته لسلطته التقديرية فيقوم برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وفقا لصور مختلفة حسب الظروف .

1-اقصاصي عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 137

1-ضوابط القاضي في تعديل العقد :

وجب على القاضي التقيد بمجموعة من الضوابط من أجل الابتعاد عن أي ظلم قد يلحقه بأحد المتعاقدين طبقا للمادة 107 فقرة 3 من ق م ج . بحيث يجب عليه الالتزام بالظروف المحيطة بالقضية فكل قضية تحيط بها ظروف خاصة تميزها عن غيرها ، بحيث تختلف نظرية الظروف الطارئة من عقد لآخر ومن قضية إلى أخرى ، و بالتالي يجب على القاضي أن لا يهمل أية واقعة أو أي ظرف محيط بالقضية المعروضة عليه ، فعبارة " ..تبعا لظروف " الواردة في نص المادة 107/ ف3 من ق م ج تفتح مجالا واسعا في أداء مهمته في تعديل العقد المختل اقتصاديا [1].

كما يجب أن يلتزم القاضي بتحقيق التوازن بين طرفي العقد و يعتبر هذا من أهم الضوابط التي تقيد القاضي ، و يكون ذلك باختيار نوع التعديل الذي يجب إجراؤه ، و عدم تحميل أحد المتعاقدين وحده عبئ الحادث الطارئ و توزيعه بينهما وفقا لما تقتضي به العدالة ، أي أن يشترك أطراف العلاقة التعاقدية معا في الخسارة التي سببتها الظروف الطارئة .

2- صور تدخل القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول :

للقاضي أن يختار الوسيلة التي يراها مناسبة لتعديل العقد حسب الوقائع و الظروف التي يستخلصها من القضية المعروضة عليه و ذلك على النحو التالي :

- **إنقاص الالتزام :**

يمكن للقاضي التدخل في تعديل العقد لوقوع الظرف الطارئ بالإنقاص من مقدار الالتزام المرهق ، و الذي يعتبر الوسيلة الطبيعية و العادية لرفع الإرهاق عن المدين ، و ذلك بإعفائه من تنفيذ قسم مما التزم به ، و يرجع القاضي إلى هذه الوسيلة عند ارتفاع

1-فاطمة الزهراء إيفي ، سعدان كهينة ، دور القاضي في مجال العقد المدني ، مذكرة ماستر ، جامة عبد الرحمان ميرة بجاية ، سنة 2020/2019 ص 72

سعر محل الالتزام الذي يحدث لعدة أسباب كأن يكون ملزم بألف قنطار من السكر فلا يلزم تبعا لظروف الطارئة إلا بنصف المقدار المتفق عليه .

- **الزيادة في التزام الدائن :**

كما يمكن أن يتحقق رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول من طرف قاضي الموضوع في بعض الحالات عن طريق الزيادة في التزامات الدائن ، إذا توصل إلى اختيارها كأفضل وسيلة لإعادة التوازن للعقد المختل .

- ***وقف تنفيذ العقد :***

في إطار محاولة القاضي الموازنة بين التزامات الطرفين قد يتضح له أنه لا الإنقاص و لا الزيادة يرفع الاختلال عن العقد ، بل لا بد من وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الظرف الطارئ.

- **فسخ العقد :**

لم يأخذ القانون الجزائري بجزاء الفسخ كوسيلة لمعالجة الإرهاق في نص المادة 107/ ف3 من ق م : " .. جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " . فالقانون المدني قد أعطى القاضي سلطة تعديل العقد و لم يعطه سلطة فسخه ، إلا أنه يمكن للقاضي فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة في حالتين فقط ، الأولى نصت عليها المادة 561/ ف3 : " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد و تداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد " .

أما الحالة الثانية التي تجيز للقاضي الفسخ إذا طلبه الدائن الذي لم يقبل التعديل الذي قام به القاضي ، و هنا على هذا الأخير أن يحكم بالفسخ و لا يجوز أن يفرض

على الدائن تعديل العقد ، خاصة و أن فسخه يكون أصلح للمدين إذ يدفع عنه كل أثر للحادث الطارئ .

و قد اعتبر المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة من النظام العام فهي قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، و الهدف من جعل هذه النظرية من النظام العام هو أن الجزاء سيصبح صوريا لا قيمة له إذا سمح للمتعاقدين بأن يتفقا مقدما على مخالفتها فيستطيع المتعاقد القوي أن يملي شروطه على المتعاقد الضعيف [1].

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي .

عادة ما يتفق المتعاقدان على تضمين تعاقدهما إضافة إلى الالتزامات الأصلية ، اتفاقا على تعويض مقدر سلفا سواء حين التعاقد ، أو في وقت لاحق يتحمله الطرف الذي أخل بالتزاماته التعاقدية . هذا الاتفاق الإضافي على التعويض أطلق عليه تسمية الشرط الجزائي .

لكن قد يحدث و أن يتفق المتعاقدان على مبلغ مفرط للتعويض أو أن يكون الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، فهنا تدخل المشرع و منح القاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن بين المتعاقدين بتعديل الشرط الجزائي .

أولا : ماهية الشرط الجزائي .

و سنتناول فيه تعريف الشرط الجزائي و أهمية الشرط الجزائي ثم شروط استحقاق الشرط الجزائي .

1-مفهوم الشرط الجزائي :

يعرف الشرط الجزائي بأنه عبارة عن تعويض يتفق على تحديده أطراف العقد ، إما في العقد ذاته أو في وثيقة لاحقة يتولى المدين أداؤها إلى الدائن ، إما في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو في حالة التأخر في ذلك ، فالتعويض هنا مقدر اتفاقا و ليس قضاء .

1-نجاة عبيد ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري ، مذكرة الماجستير في القانون الخاص المعمق ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2016/2015 ص 115-116

فالشرط الجزائي هو : " مبلغ من النقود يدفعه المدين إلى الدائن تعويضا للدائن عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه عينا " [1].

و عرفه المشرع الجزائري في المادة 183 من ق م : " على أنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق و يراعى في هذه الحالة أحكام المواد من 176 إلى 181 " .

2-أهمية الشرط الجزائي .

لقد أصبح اليوم من النادر أن نجد عقدا لا يتضمن اتفاق مسبق لمقدار التعويض المستحق في حالة إخلال المدين بالتزامه ، و هذا بهدف الحصول على التنفيذ على الوجه المتفق عليه في العقد الأصلي و بحسن نية و تكمن أهمية الشرط الجزائي فيما يلي :

- **تحديد المسؤولية :**

قد يقوم الشرط الجزائي بدور الشرط المحدد للمسؤولية و يتحقق ذلك عندما يكون الضرر الفعلي الناشئ من عدم التنفيذ أقل بكثير من التعويض المتفق عليه في العقد ، فهو بهذه الحالة يهدف إلى تحقيق المسؤولية . و قد يكون الهدف منه تشديد المسؤولية أين يقوم الشرط الجزائي بدور الغرامة التهديدية و يكون في هذه الحالة المبلغ المتفق عليه أكثر بكثير من الضرر المتوقع [2].

-توفير الوقت و النفقات:

الاتفاق على مقدار التعويض مسبقا يسهل الأمر على الدائن في الحصول على مبلغ التعويض دون اللجوء إلى القضاء ، و التكاليف المختلفة مثل مصاريف الدعوة و المحامي...الخ .

- **إعفاء الدائن من إثبات الضرر :**

1-قاشي علال ، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري و الشرعة الإسلامية – دراسة مقارنة – ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، المجلد 4 ، العدد 2 ، سنة 2019 ، ص 2254

2-خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص 40

فالدائن هو المكلف بإثبات الضرر طبقا للقواعد العامة ، و لكن في حالة وجود الشرط الجزائي في العقد يستحق التعويض بمجرد الإخلال بالعقد.

- **تجنب المشاكل المتعلقة بتقدير التعويض :**

يهدف الشرط الجزائي من وراء تحديد التعويض الاحتمالي إلى تجنب المشاكل القانونية و الواقعية الناجمة عن تقدير التعويض القضائي ، و ذلك تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

– ضمان تنفيذ الالتزام:

إن وجود الشرط الجزائي يشكل نوع من الإلزامية على تنفيذ الالتزامات التعاقدية إذ يصبح المتعاقدان يحملان الالتزامات محل الجد ، و تنشأ مخاوف لدى الطرف المتخلف عن التنفيذ ، ذلك أنه يعلم مسبقا أنه معرض لتعويض الدائن عن الضرر الذي سيلحق به نتيجة لعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ .

فالشرط الجزائي له أهمية كبيرة على الصعيد العملي و القانوني. فهو يساهم في التقليل من النزاعات المطروحة أمام القضاء فيما يخص مسألة التعويض ، كما أنه يساعد على ازدهار المجتمع بشكل عام ، ذلك أنه يبعث الاطمئنان في قلوب المتعاقدين مما يؤدي إلى ازدياد الانتعاش الاقتصادي و الاجتماعي [1].

3–شروط استحقاق الشرط الجزائي :

لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إلا إذا توفرت شروط استحقاق التعويض المتمثلة في الخطأ و الضرر و علاقة السببية بينهما و الإعذار .

–شرط الخطأ:

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

1–عيسى أوشيحة ، الشرط الجزائي ، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القوانين الوظعية ، مذكرة ماستر ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، سنة 2013–2014 ص 13–14

يكن هناك خطأ من جهته ، و يثبت الخطأ وفقا للقواعد العامة . و أهم عنصر يراقبه القاضي في الخطأ هو التأكد من أن الالتزام الذي أخل به المدين هو الذي تناوله الشرط الجزائي . و هذا معناه أن العقد قد رتب العديد من الالتزامات في ذمة المدين ، غير أن الشرط الجزائي المتفق عليه وضع لكفالة تنفيذ أحد هذه الالتزامات دون غيرها ، فإذا أخل المدين بالتزام غير الالتزام المكفول بالضمان فعلى القاضي في هذه الحالة عدم إعمال الشرط الجزائي[1].

شرط الضرر :

الضرر عبارة عن كل خسارة في المال تنشأ عن نقص فيه و في منافعه أو زوالها مع أصلها جملة أو زوال بعض أوصافه مما يؤثر فيه . وقد ربط المشرع الجزائري استحقاق التعويض بموجب ثبوت الضرر طبقا للمادة 184 / ف1 من ق م بقولها : " يكون التعويض المحدد بالاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلاحقه أي ضرر" .

علاقة السببية بين الخطأ و الضرر:

يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي توافر علاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، فإذا انتفت هذه العلاقة بإثبات المدين لسبب الأجنبي ، أو انتفت بكون الضرر غير مباشر أو غير متوقع في المسؤولية العقدية فلا تتحقق المسؤولية ، و من ثم لا يستحق التعويض و لا محل لإعمال الشرط الجزائي[2].

-شرط الإعذار :

الإعذار هو تنبيه المدين بوجوب أداء ما عليه من التزام قبل توقيع الشرط الجزائي عليه و مطالبته بالتعويض ، و هو شرط لاستحقاق الشرط الجزائي إذ يكفي للمدين أن

1-رغيد عبد الحميد فتال ، الشرط الجزائي في القانون الفرنسي ، مجلة الدراسات القضائية ، الإمارات العربية المتحدة ، العدد11 ،ديسمبر 2019 ص29

2- سهلة لخضر ، المرجع السابق ، ص74

يتلقى من الدائن ما يثبت قيامه بهذا الإجراء كالمحضر الرسمي عن طريق المحضر القضائي ، أو الإشعار بالوصول للرسالة مختوم عليها من طرف مصالح البريد[1] .

رابعا : سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي.

نتيجة لنية المشتركة للمتعاقدين بناءا على الشرط الجزائي إلى تحديد التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه ، و بناءا على ذلك فإن للقاضي سلطة استبعاد الشرط الجزائي أو تخفيضه أو زيادته .

1-دور القاضي في استبعاد الشرط الجزائي:

لا يستحق الدائن التعويض الاتفاقي إذا ثبت أن الدائن لم يصبه أي ضرر ، حيث أن نية المتعاقدين اتجهت إلى تحديد التعويض جبرا للضرر و لذلك إذا لم يصب الدائن بأي ضرر فإنه لا يستحق التعويض .

2-سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي :

القاضي لديه الحق في تخفيض التعويض الإتفاقي في حالتين : حالة تنفيذ بعض من الالتزام أو في حالة تقدير الشرط بأكثر من المتفق عليه .

- **التنفيذ الجزئي للعقد :**

يمكن للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي ، إذا أثبت المدين أنه نفذ جزء من الالتزام الأصلي فللقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي بقدر أهمية الأداء الذي نفذه المدين .

أي أن القاضي ينقص مقدار التعويض إلى حد يتناسب و الجزء الباقي دون تنفيذ الالتزام ، و يقع عبء إثبات التنفيذ على عاتق المدين[2] ، و نفس الحكم في حالة الشرط الجزائي عن التأخر في التنفيذ حيث يجوز تخفيضه بنسبة ما نفذ من الالتزام في الميعاد إلى القدر الذي يتناسب مع الجزء الذي تأخر تنفيذه ، أي يخفض القاضي المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن عن الجزء الذي تم تنفيذه من الالتزام ، أو

1-قاشي علال ، المرجع السابق ، ص 61

2- دالي بشير ، المرجع السابق ، ص73-74

بنسبة ما نفذ منه في الميعاد ، و ذلك بالمقارنة بما كان سيحصل عليه لو نفذ الالتزام كاملا في الميعاد [1].

- **تقدير الشرط الجزائي بأكثر من المتفق عليه :**

للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي ، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . فالشرط الجزائي يخرج عن مفهومه إذا تبين أن الضرر الذي أصاب الدائن لا يتناسب مع التقدير المرتفع المحدد في الاتفاق ، و سلطة القاضي في ذلك هي تخفيض قيمة التعويض ليس إلى الحد الذي يجعله متساويا مع الضرر، و لكن بالقدر الذي يتناسب معه .

3-سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي :

تنص المادة 185 من القانون المدني على أنه : " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطلب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما " . و باستقراء نص المادة نجد أن القاضي لا يحكم إلا بقيمة الشرط الجزائي حتى و لو كانت قيمته أقل من الضرر الذي أصاب الدائن ، غير أنه إذا أثبت الدائن غشا أو خطأ جسيما وجب على القاضي زيادة مقدار التعويض حتى يجعله مساويا للضرر [2] .

و من خلال دراستنا لشرط الجزائي نجد أن المشرع وضع قيود لمراقبة القاضي لشرط الجزائي كونها تتعلق بالنظام العام ، حيث على القاضي أن يراقب التكييف الذي يعطيه الأطراف للبند العقدي ، و التأكد من تطابقه مع ما يتطلبه القانون ثم يراقب مدى توفر شروط استحقاق الشرط الجزائي ، كونها الفاصل في أحقية الدائن بالمبلغ المتفق عله كاملا أو أنه يستحق المراجعة نظرا لعدم تناسبه مع الضرر الفعلي الذي لحق الدائن .

1-ببيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ص 187

2-سهلة لخضر ، المرجع السابق ، ص 71

ملخص الفصل الثاني :

الخصومة القضائية مجموعة من الإجراءات الشكلية التي نص عليها القانون لمباشرة الدعوى أمام القضاء ، تبدأ بالمطالبة القضائية التي يقوم بها المدعي و تستمر حتى الحصول على حكم في موضوع الإدعاء .

و العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن المساس بقوته الملزمة ، إذ لا يجوز تعديله أو إلغاءه إلا باتفاق الأطراف المتعاقدة ، كما لا يجوز ذلك حتى للقاضي الذي يجب عليه احترام إرادة المتعاقدين و تطبيق شريعتهما .

غير أنه قد يعتري العقد عند إبرامه أو تنفيذه ظروف متغيرة أو تقلبات اقتصادية تجعل الالتزامات المترتبة عنه غير متوازنة و غير عادلة ، فحرصا من المشرع على حماية المتعاقدين و تحقيقا للعدالة منح للقاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن العقدي ، و تجنيب أطرافه الأضرار التي كانت ستلحقهم . وذلك في مرحلة تكوين العقد بتعديل الشروط التعسفية ودعوى تكملة الثمن , وتفسير الشك لمصلحة المدين أو في مرحلة تنفيذ العقد وتتمثل في سلطة تدخل القاضي في نظرية الظروف الطارئة والشرط الجزائي .

الخاتمة

الخاتمة :

نستنتج من خلال ما تقدم أن فكرة الطرف الضعيف في الرابطة العقدية فكرة حديثة الظهور ، و أصبحت اليوم المحور الأساسي في تنظيم العلاقات التعاقدية خاصة بعد تراجع مبدأ سلطان الإرادة .

ومفهوم الطرف الضعيف في العقد ليس واحد في كل الأحوال وإنما يختلف تبعا للضعف الذي يعتري المتعاقد ، و إن كان يرجع إلى انعدام المساواة الواقعية بين طرفي العقد ، إلا انه يتخذ عدة مظاهر أهمها الضعف الذاتي و الضعف الاقتصادي.

ومن أهم الضمانات التي وضعها المشرع لحماية الطرف الضعيف في القانون المدني نجد :

1- تنظيم المشرع لبعض العلاقات التعاقدية بقواعد قانونية آمرة في نصوص خاصة تحرص على الحفاظ على توازن العقد ، ورفع الآثار السلبية التي تنتج عنه مثل قانون حماية المستهلك و قانون العمل ...الخ.

2- اشتراط الشكلية كشرط لانعقاد بعض العقود و التي من شانها أن توفر العلم الكافي بمعطيات العقد و بياناته الأساسية للطرف الضعيف.

3- اشتراط الأهلية لتكوين العلاقات التعاقدية و ذلك باشتراط سن الرشد وهو 19 سنة كاملة يكون فيها الشخص قادرا على إبرام ما شاء من العقود . و يترتب البطلان المطلق على انعدامها و القابلية للإبطال في حالة إبرام العقد من طرف ناقص الأهلية في الحالات التي حددها المشرع.

4- تقرير المشرع لسلطة تدخل القاضي في تعديل العقد في مرحلة إبرامه في حالة تحكم الطرف القوي في موضوع العقد ، و وضع شروط تعسفية و التي تضر بمصلحة الطرف الضعيف و تحقق مزايا لطرف القوي أو في دعوى تكملة الثمن عند توفر شروطها.

5- تقرير المشرع لقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين باستثناء عقود الإدغان أين يؤول الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا .

6- تقرير المشرع لسلطة تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد من خلال تقرير المشرع لنظرية الظروف الطارئة حماية للطرف الضعيف الذي يصبح تنفيذ التزامه مرهقا له ، حيث أجاز المشرع للقاضي التدخل لتعديل العقد لإقامة التوازن بين التزامات الأطراف المتعاقدة كما أقر المشرع سلطة للقاضي في تعديل الشرط الجزائي إما بالنقصان أو الزيادة أو الإلغاء.

ومن خلال ما سبق نصل إلى النتائج التالية :

1- لم يعد يصلح و يتلاءم اليوم القول بان كل ما هو تعاقدي عادل و لم يعد الاعتداد بالمساواة المجردة في العقود لذا وجب التدخل التشريعي لتحقيق المساواة الفعلية .

2 – بالنسبة للعقود النموذجية المعدة من طرف المشرع الغاية منها تحقيق المساواة بين الأطراف المتعاقدة حماية للطرف الضعيف في العقد و تحقيقا للمصلحة العامة . و هذا ما اثر على مبدأ سلطان الإرادة في تحديد مضمون العقد ، حيث أن تدخل المشرع في بنود العقد في حد ذاته يشكل إذعان ما دام المتعاقد لا يجد نفسه حرا في مناقشة شروط العقد حيث كاد أن يكون المشرع طرف ثالث في العقد .

3- كما فرض المشرع بعض الإجراءات و الشكليات في بعض العقود لحماية مصالح الأطراف المتعاقدة و مصالح الغير ، خاصة مصالح الطرف الضعيف .

4- اشترط المشرع كمال الأهلية ببلوغ سن 19 سنة كاملة و أن يتمتع الشخص بكامل قواه العقيلة و لكنه أضاف شرط آخر هو أن لا يكون محجور عليه .

5- اعتبار المشرع تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع و الضرر و بالتالي تصرفات السفيه و ذي الغفلة قابلة للإبطال في القانون المدني ، و اعتبرها موقوفة في قانون الأسرة مع أن القابلية للإبطال تختلف عن عدم التنفيذ .

6- أن سلطة القاضي لا تقتصر على مرحلة تكوين العقد بل تتعداها إلى مرحلة تنفيذه ، و الغرض من ذلك هو إزالة الإجحاف بحق الطرف الضعيف و خلق توازن في المراكز القانونية للإطراف المتعاقدة .

7- أن سلطة القاضي في تعديل العقد ليست مطلقة بل مقيدة بمجموعة من الشروط و المعايير التي يتعين عليه مراعاتها في إعمال سلطته.

و نظرا لنقص الضمانات التي وضعها المشرع لحماية الطرف الضعيف في القانون المدني ارتأينا أن نتقدم بجملة من التوصيات و الاقتراحات و التي من بينها :

1-تخصيص مجموعة من النصوص القانونية الخاصة لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان باعتبارها مصدر العقود غير المتكافئة ، و ذلك أمام قصور بعض المبادئ و القواعد العامة في توفير الحماية الفعالة.

2- و بما أن الجانب الإجرائي مهم لحماية الطرف الضعيف كان على المشرع الجزائري أن ينظم الدعاوى العقدية بموجب نصوص خاصة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

3- ومن أجل تعزيز الحماية العقدية كان يتعين على المشرع أن يتبنى مبدأ التخصص في الجانب القضائي حتى يكون هناك نوع من الإنصاف و الشفافية في الفصل في المنازعات العقدية .

4-فرض عقوبات صارمة على الطرف الذي يضع بنود عقد يحتوي شروط تعسفية كتعويض الطرف المذعن أي الطرف الضعيف أو فرض غرامات مالية عليه.

5-توسيع فكرة عقود الإذعان باعتبار أن جميع المعاملات التي يقوم بها الفرد في الآونة الأخيرة تقوم على التفاوت في المراكز القانونية للأطراف.

6- إلغاء شرط العمومية في نظرية الظروف الطارئة كونها مجحفة في حق المدين .

7- إعادة النظر في نص المادة 185 من ق م ج و النص على حكم ارتكاب المدين خطأ يسير يسبب أضرار فادحة للدائن مع ضرورة تحديد المعايير التي يعتمد عليها القاضي لاعتبار الخطأ جسيما أو يسيرا.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المراجع :

أولا : المؤلفات باللغة العربية :

1 –النصوص التشريعية :

–القانون رقم 75–85 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن قانون المدني المعدل والمتمم ، جريدة رسمية عدد 78 الصادرة في 1975/09/30.

القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05–02 المؤرخ في 2005/02/27 جريدة رسمية عدد 15 سنة 2005.

القانون رقم 08–09 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون إجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية عدد 11 صادرة في 2008/04/23.

- قانون رقم 07–05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 .
- قانون رقم 11/90 مؤرخ في 26رمضان عام 1410 الموافق لـ 21 أفريل 1990 يتعلق بقانون العمل ، جريدة رسمية رقم 17 المؤرخ في 25 أفريل 1990.
- قانون رقم 03/09 مؤرخ في 25 فيفري 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، جريدة رسمية 15 المؤرخة في 2009/03/09المعددل والمتمم بموجب القانون 09/18 المؤرخ في 10 جوان 2018 جريدة رسمية عدد 35 ، المؤرخ في : 2018/06/16.
- قانون رقم 17–11 المؤرخ في 17/12/27 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر 76 ، الصادر في 17/12/28.

2– المراسيم التنفيذية :

1– مرسوم تنفيذي رقم 18–185 المؤرخ في 10 يوليو 2018 يحدد قيمة دمغة المحامي وكيفية تحصيلها ، جريدة رسمية 42 ، الصادرة في 15 يوليو 2018 .

2–المرسوم التنفيذي 76–63 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري ج ر عدد 30 الصادرة في 1976/04/13 .

الأوامر :

1 – الأمر رقم 75–58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1995 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ج ر عدد 78 الصادر في 1975/09/30 معدل ومتمم إلى غاية القانون رقم 07– المؤرخ في 13 ماي 2007 ج ر عدد 31 مؤرخ في 13 ماي 2007.

2–الأمر رقم 57–58 المتضمن القانون المدني الجزائري المرجع السابق.

2 : الكتب

1– إبراهيمي عنتر فتحي حقوق العقد دار الحامد للطباعة والنشر عمان الأردن ط 1 2019 ص 279.

2–أبو السعود رمضان رمضان النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر 2000.

3–الحسن بن شيخ الشيخ آث ملويا المنتقى في عقد البيع (دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة نصوص للمطالعة أعمال تطبيقية ط 1 دار هومة 2010.

4–الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط بيروت لبنان ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثامنة ، 1426هـ /2005 ص 963.

5 –ابن منظور محمد مكرم ، لسان العرب ، دار المعارف القاهرة ، مصر، دون ذكر رقم الطبعة و سنة النشر، ص 1210.

6–أحمد محمد ديب ، القواسم المشتركة لعيوب الرضا ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي ، الحقوقية طبعة ص 2006 ،

7– أحمد محمد ديب حجال ، القواسم المشتركة لعيوب الرضى ، منشورات زين الحقوقية ص 273.

8– إسماعيل عبد النبيشاهين ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر الطبعة الأولى 2013 ص 179.

9-أنيس ابراهيم ، المعجم الوسيط ، بيروت ، لبنان ، دار أحياء التراث العربي الطبعة 2 ، الجزء 1 ، دون سنة نشر ، ص 31.

10- بلحاج العربي الإطار القانوني السابق على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن دار حافظ جدة 2011.

11- بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، دار هومة ، سنة 2015

12- بربارة عبد الرحمان ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء الفقه و قرارات المحكمة العليا الدعوى و الأحكام ، ج 1 طبع الديوان الوطني للأشكال التربوية و التمهين.

13 - بلقاسم شتيوان ، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية الاستدراكية ن مكتبة الوفاء القانونية طبعة 1.

14- بودالي محمد الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر دار هومة للطباعة والنشر.

15- توفيق حسن فرج النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام الدار الجامعية مصر.

16- جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر.

17- حسن محمد عبد الدايم عبد الصمد ،الشكلية في إبرام التصرفات ، دراسة مقارنة ، ريم لنشر و التوزيع ، سنة 2011.

18-خليل أحمد حسن قادة ، الوجيز في شرح ق م ج الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الرابعة

19- زايدي خالد ، القواعد الأساسية في الشركات التجارية ، دار الخلدونية .

20- صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني و الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر.

21- صديق تواتي ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء الفقه و قرارات المحكمة العليا الدعوى و الأحكام ، ج 1 طبع الديوان الوطني للأشكال التربوية و التمهين.

22- محمد المهيني ، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التامين البري دار السلام للطباعة.

23-محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانونية ، القاعدة القانونية ، نظرية الحق الجزء 2 منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، دونه سنة نشر.

24-محمد حسنين , عقد البيع في القانون المدني الجزائر ط 1 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2001.

25- محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دار هومة ، طبعة 2002.

26- محمد شاكررشيد ، أحكام الإكراه في الشريعة الإسلامية ، دون دار نشر، دون طبعة

27-محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة الالتزامات مصادر الالتزام و الإرادة المنفردة ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر.

28- معتز نزيه محمد الصادق، المتعاقد المحترف،دار النهضة، دون مكان النشر، دون بلد النشر.

29 -عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2014.

30- عبد الرزاق أحد الصنهوري ، مصادر الالتزام الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة 03 الجديدة، سنة 2000.

31-عبد السلام ديب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، ترجمة المحاكمة العادلة ، الطبعة الثانية ، موفم للنشر ، الجزائر 2011.

32-عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد ، دار هومة ، سنة 2013.

33- عبد القادر عدو ، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الطبعة الأولى ، الأمل للطباعة و النشر و التوزيع ، طبعة 2017.

34- عبد المجيد عبد الحكيم ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي مصادر الالتزام ج 1 ط02 العاتك لصناعة الكتاب , القاهرة 2007.

35- عدنان إبراهيم الرحمان ، نوري محمد فاطر شرح ق م دار الثقافة ، دون سنة نشر ، دون بلد نشر.

36- عليعلي سليمان النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في ق م ج ط 1998 ديوان المطبوعات الجزائرية.

37- علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد الطبعة الثالثة ، موفم لنشر ، سنة 2013.

38- عمر زودة الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء ، دون دار النشر ، دون سنة النشر.

39- فرحات فاطمة الزهراء ، بوسنان وفاء ، الخصومة القضائية في قانون الأجراء المدنية و الإدارية ، مجلة الحقوق و العلوم القانونية ، العدد الثاني ، جويلية 2020.

40- يوسف دلا ندة الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد طبعة 2011.

الرسائل الجامعية و المذكرات :

أ / أطروحة دكتوراه :

1-جعفري إيمان ، عوارض الأهلية و أثرها في عقود النزعات على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة ، فرع حقوق تخصص قانون خاص ، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي سنة 2019، 2020.

2- خديجة فاضل ، عيممة العقد ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2015 .

3- دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد ، أطروحة دكتوراه ، دراسة مقارنة ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2015 -2016 .

4- رماش بن عزوز ، التوازن العقدي ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2016.

5 - سعاد بوختالة ، دور القاضي في تكملة العقد ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2016 .

6- سعدون يسين ، أثر الظروف الاقتصادية على العقد ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزيوزو 2018

ب / مذكرات الماستر :

1- باقل محمد ، بومعزة محمد ، العقد العقاري بين الشكلية و الرضائية ، مذكرة ماستر ، جامعة تسمسيلت ، سنة 2018/2017 .

2- سعاد رامداني ، سعدي سعاد ، الدفوع الشكلية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، سنة 2013.

3-سعدان كهينة ، فاطمة الزهراء إيفي ، دور القاضي في مجال العقد المدني ، مذكرة ماستر ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، سنة 2020/2019.

سهلة لخضر ، دور القاضي في العقد ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، سنة 2019/2018 .

4-عبيدة نجاة ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني ، مذكرة ماستر ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2016/2015

5-علاق عبد القادر ، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان كلية الحقوق ، سنة 2007-2008.

6-قدور خليلي ، عبد الكريم وانزة، عقد العمل في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، الجامعة الإفريقية أحمد دراية بأدرار، سنة 2018/2017.

7-ليليا عزوق ، عيادي يمينة ، النظام القانون للدفوع القضائية في المادة المدنية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر شعبة القانون الخاص ، جامعة ميرة عبد الرحمان بجاية ، سنة 2018.

8- مندي آسيا يسمينة ، النظام العام و العقود ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود و المسؤولية ، جامعة يوسف بن خدة ، 2008-2009.

المقــالات :

1- اقصاصي عبد القادر ، نظرية الظروف الطارئة و أثرها في تنفيذ الالتزام التعاقدي ، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية و السياسية ، جامعة دراية أدرار ، الجزائر ، المجلد 2 ، العدد 2 سنة 2018

2- بن لعلى عبد النور النور ،تأثير قانون حماية المستهلك على النظرية العامة للعقد ، المبالغة في حماية المستهلك على حساب القواعد الكلاسيكية ، مجلة الدراسات القانونية صنف ج المجلد 08 ، العدد 02 السنة 2022.

3- بوعزيز ليندة ، المرأة في قانون العمل الجزائري ، مجلة إيليزا للبحوث و الدراسات ، المجلد 6 ، العدد خاص.

4-جعبور عمار ، فكرة الطرف الضعيف في ظل المعطيات الجديدة للعقد، مجلة القانون، مجلد 11، عدد01 ، معهد الحقوق، المركز الجامعي احمد صالحي النعامة، الجزائر.

5 - راني ساعد ،سعودي إدريس ، شهر عريضة افتتاح الدعوى في التشريع الجزائري ، مجلة الباحث القانوني و السياسي ، المجلد 4 ، العدد 5 ، سنة 2019

6 - رغيد عبد الحميد قتال ، الشرط الجزائي في القانون الفرنسي ، مجلة الدراسات القضائية ، الإمارات العربية ، العدد 11 ، دسمبر 2019 .

7-سارة عزوز ،الالتزام بالإعلام كإلية لحماية المستهلك ، جامعة باتنة ، مجلة البحوث العلمية في العقود و قانون الأعمال ، العدد 05 ديسمبر 2018.

8-سلامي ساعد ،مراحل الأهلية و أثر عوارضها على صحة التصرفات في التشريع الجزائري ، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية ، المجلد 06 ، العدد 2 ، سنة ، 2021.

9-سليمان بن الشريف ، إبراهيميامة ، نظام الشهر العقاري و دوره في حماية الحقوق العينية العقارية ، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي ، المجلد 6 ، العدد 1 جوان 2019.

10- طاهي محمد الطيب ، الطلب القضائي على ضوء المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، حوليات جامعة الجزائر 1 ، المجلد 1 ، 2021.

11- فرحات فاطمة الزهراء ، بوسنان وفاء ، الخصومة القضائية في قانون الأجراء المدنية و الإدارية ، مجلة الحقوق و العلوم القانونية ، العدد الثاني ، جويلية 2020 .

12- قاشي علال ، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، المجلد 4 ، العدد 2 ، سنة 2019 .

13 – محمد الأمين نوري ، خصوصية أطراف عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري ، الدراسات الأكاديمية الاجتماعية و الإنسانية ، المجلد 1 ، العدد 02 ، سنة 2020 .

14-مهدي بخدة ، الحماية القانونية للعامل القاصر في التشريع الجزائري ، معهد الحقوق و العلوم القانونية و الإدارية بالمركز الجامعي ، غليزان ، العدد 4 ، ديسمبر 2014.

15-مودع محمد أمين مودع محمد أمين ، شروط قبول الدعوى في ضوء تعديل قانونا الإجراءات المدنية الجزائري ، محله صوت القانون المجلد الخامس ، العدد 2 أكتوبر 2018.

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
مقدمة	**1-3**
الفصل الأول :الحماية التشريعية للطرف الضعيف في القانون المدني.	
المبحث الأول : ماهية الطرف الضعيف في القانون المدني	6
المطلب الأول : فكرة الطرف الضعيف في ظل المعطيات الجديدة للعقد	6
الفرع الأول : تطور فكرة الطرف الضعيف في العقد	6
الفرع الثاني : مفهوم الطرف الضعيف في العقد	10
المطلب الثاني : صور الضعف التعاقدي	13
الفرع الأول : الضعف الذاتي " الملازم ".	13
الفرع الثاني : العف النسبي " الاقتصادي ".....	23
المبحث الثاني : الآليات التشريعية لحماية الطرف الضعيف في القانون المدني....	24
المطلب الأول : التدخل التشريعي في العقود لحماية الطرف الضعيف	24
الفرع الأول : إجازة القانون لتنظيم بعض العقود	25
الفرع الثاني : اشتراط الشكلية كآلية لحماية الطرف الضعيف	34
المطلب الثاني : اشتراط الأهلية لتكوين العلاقات التعاقدية	44
الفرع الأول : ماهية الأهلية القانونية	44
الفرع الثاني : عوارض الأهلية	49
الفصل الثاني : الحماية القضائية للطرف الضعيف في القانون المدني .	
المبحث الأول : الخصومة القضائية	**61**
المطلب الأول : شروط قبول الدعوى	**61**
الفرع الأول : الشروط الموضوعية	63
الفرع الثاني : الشروط الإجرائية لرفع الدعوى	67
المطلب الثاني : القواعد العامة في سير الخصومة	**71**

الفرع الأول : الطلبات و الدفوع	72
الفرع الثاني : سير الخصومة أمام الجهات القضائية	80
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني	87
المطلب الأول : سلطة القاضي في مرحلة إبرام العقد	87
الفرع الأول سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في القانون المدني	88
الفرع الثاني : سلطة القاضي في تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن	96
الفرع الثالث : دعوى تكملة الثمن	98
المطلب الثاني : سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد	105
الفرع الأول : سلة القاضي في تعديل العقد بسبب نظرية الظروف الطارئة	106
الفرع الثاني سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي	112
خاتمة.....	121
قائمة المصادر والمراجع.....	125
فهرس المحتويات.....	134
الملخص	

ملخص:

إن القواعد التقليدية التي تحكم العقد لم تعد تتلاءم و التطورات الإقتصادية و الإجتماعية الحاصلة و نتيجة لاختلال التوازن العقدي و ظهور طرف قوي يملي شروطه التي تحقق مصالحه على حساب الطرف الضعيف ، تدخل المشرع بهدف حمايته و تعزيز مركزه في الرابطة العقدية من خلال تنظيمه لبعض العقود بموجب تشريعات خاصة و اشتراط الشكلية كآلية لحماية الطرف الضعيف ووجوب توفر الأهلية لتكوين العلاقات التعاقدية . كما منح المشرع للقاضي السلطة التقديرية لإعادة التوازن العقدي و المحافظة على الروابط العقدية سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه . .

الكلمات المفتاحية : العقد – الطرف الضعيف – تدخل المشرع .

Résume

Les règles traditionnels qui régissant le contrat ne sont plus compatibles avec les évolutions économique et sociales du travail et du fait de l'établissement de l'équilibre contractuel et de l'émergence d'un parti fort qui dicte ses conditions qui réalisent ses intérêts au détriment du partir faible le législateur soutient sa protection et renforce sa position dans le lien contractuel par son organisation de certain contrat qui nécessitent des licenciements spéciaux et l'exigence de la légalité comme mécanisme de protection de la faible ainsi que l'exigence du verbe pour nouer des relations contractuelles le législateur a également accorde et de maintenir les liens contractuel que ce soit au stade de la formation du contrat au stade de sa réalisations.