



سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق

تحت إشراف الأستاذ:

أ.د. كحلولة محمد

من إعداد الطالبة :

◆ عبيد نجاة

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بن عمار محمد
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. كحلولة محمد
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	د. بن عصمان جمال

السنة الجامعية: 2015 - 2016

قائمة أهم المختصرات

أولا : باللغة العربية

ج : الجزء

ج.ر : الجريدة الرسمية

د.د.ن : دون دار نشر

د.س.ن : دون سنة نشر

ص : الصفحة

ط : الطبعة

ع : العدد

غ.م : الغرفة المدنية

غ.ت.ب : الغرفة التجارية و البحرية

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق.م : القانون المدني

ق.م.م : القانون المدني المصري

ق.م.ف : القانون المدني الفرنسي

م.ق : المجلة القضائية

م.م.ع : مجلة المحكمة العليا

Art : Article.

Cass. civ. : Arrêt d'une chambre civile de la cour de cassation

Ed : Edition

N : Numéro.

Op . cit : Ouvrage précité

P : page.

RDC : Revue des contrats

T: tome

مقدمة

العقد هو الوسيلة المثلى لإشباع حاجات الأفراد و رغباتهم من خلال التوفيق بين المصالح المتعارضة حيث يسعى كل طرف إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح ، على اعتبار أن أطراف العقد هم أعلم الناس بمصالحهم ما داموا متساويين أمام القانون مما يجعلهم يصنعون العدالة بأنفسهم ، هذا التصور الذي يعتد بالتعادل المجرد تلخصه المقولة المشهورة "العقد هو العدل"¹.

و يعرفه الفقه² على أنه توافق إرادتين أو أكثر³ على إحداث أثر قانوني معين سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو إنهاؤه ، و يعتبر بذلك العقد من أهم المصادر المنشئة للالتزام ، و قد عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 ق.م بقوله : " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما "⁴.

يقوم العقد على مبدأ سلطان الإرادة ، و يعني ذلك أن للمتعاقدين الحرية المطلقة في إبرام العقود وتحديد الالتزامات التعاقدية بتضمين العقد ما شاء من بنود و شروط سواء تعلق الأمر بموضوع الالتزام أو كيفيات أو آجال تنفيذه ، و حسب أنصار هذا المبدأ لا أحد يراعي التوازن العقدي أكثر من المتعاقد ذاته ، و العقد نافذ على أطرافه كالقانون ، و من ثم فإن القاعدة هي حرية التعاقد ، فإذا تعاقد الفرد بإرادته الحرة وجب عليه أن يلتزم بمقتضى اتفائه.

هذا المبدأ (سلطان الإرادة) يقوم بدوره على عنصرين أساسيين : أولهما هو كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية و هو ما يعبر عنه بمبدأ الرضائية ، و ثانيهما قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانوني ، و هو ما يعبر عنه بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين ".

¹ - يقول الأستاذ Fouille : " Qui dit contrat dit juste " ؛ مقتبس عن : علي فيلاي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، ط. 2 ، موفع للنشر ، الجزائر ، 2005 ، ص. 146.

² - أنظر ، العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج.1 ، د.ط ، المصادر الإرادية (العقد و الإرادة المنفردة) ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2015 ، ص. 87 .

³ - يتم التوافق بين الإرادتين باقتران الإيجاب بالقبول ، فالإيجاب هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به عن إرادته في إبرام عقد معين ، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول ، و يكون التعبير عن الإرادة إيجابا إذا كان هذا التعبير دقيقا ، محددا و باتا ؛ أما القبول فهو الرد الإيجابي على الإيجاب من طرف الموجب له ، و لكي يعتد به يجب أن يكون مطابقا تماما للإيجاب ، و أن يصدر قبل سقوط الإيجاب ؛ علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 88 ، 96.

⁴ - أنظر ، الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج.ر ، ع. 78 ، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 مايو 2007 ؛ و يرى الأستاذ العربي بلحاج أنه كان على المشرع اقتصار تعريف العقد في المادة 54 ق.م على أنه "كل اتفاق على إحداث أثر قانوني" معتبرا أن عبارة (بموجب شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين) من باب التزييد الذي يعيب النص ، كما اعتبر عبارة (بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما) تتعلق بنوع الأداء ذاته و كان على المشرع الاقتصار في التعريف على الماهية و عدم تناول النتائج ؛ أنظر العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 89.

للعقد قوة ملزمة يكتسبها من إرادة المتعاقدين و اتجاهها إلى ترتيب آثاره ، و من تم لا يمكن نقض العقد أو تعديله إلا وفقا لاتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون ، فلا يكون الأطراف ملزمين إلا وفقا لما قرره إرادتهم ، و يقومون بتنفيذ التزاماتهم وفقا لما جرى عليه الاتفاق في العقد فللشخص المميز إرادة ، و للإرادة أن تبرم ما تشاء من العقود ، و أن تضمنه ما ترضاه من الشروط⁵ ، و هي حرة في تعديله أو إنهائه و هو المقصود بمبدأ "سلطان الإرادة في العقد".

لقد ازدهر هذا المبدأ في القرنين 17 و 18 حيث أعطى للإرادة الحرية في التعاقد أو الامتناع عن ذلك كما جعل لإرادة المتعاقدين الحرية في تحديد شكل العقد و مضمونه ، و كذا في تعديل العقد بعد إبرامه⁶. و كان مبدأ سلطان الإرادة المبدأ المهيمن على حياة العقد منذ نشأته إلى غاية تنفيذه ، إلا أن تغير العوامل الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية في المجتمعات الحديثة بفعل التطور العلمي و التكنولوجي و ظهور العولمة ، و كذا الانتشار الواسع للعلاقات التعاقدية التبادلية ؛ جعل مبدأ سلطان الإرادة مبدأ لا يتلاءم مع الواقع المعاش ، كما أن التطبيق الصارم لهذا المبدأ في صورته التقليدية ترتبت عنه الكثير من النتائج السلبية أهمها استغلال القوي للضعيف بسبب فرضية المساواة بين أطراف العقد التي نتج عنها ظهور العديد من مظاهر اختلال التوازن العقدي مما جعل الهوة تزداد اتساعا بين أطراف العلاقة التعاقدية. فالحرية التعاقدية كثيرا ما أدت إلى مظالم كثيرة ، فهي غالبا ما تجعل المتعاقدين الضعفاء تحت رحمة الأقوياء وقد تكررت هذه الصورة بجلاء في العلاقة بين المستهلكين الضعفاء و المحترفين الأقوياء و أوضحت ظاهرة عدم التوازن ظاهرة بارزة في هذه العقود⁷.

هذه المستجدات كانت دافعا قويا لإعادة النظر في أسس مبدأ سلطان الإرادة و قواعده و لا سيما مبدأ القوة الملزمة للعقد ، و بدأت تظهر أفكارا جديدة من أهمها فكرة التوازن العقدي مما دفع بالأطراف و المشرع و القاضي إلى البحث عن وسائل و آليات بديلة ، تضمن حماية مصالح المتعاقدين ، و في نفس الوقت تحافظ على استمرارية العقد و تضمن توازنه الاقتصادي تماشيا مع متطلبات المجتمع المعاصر ، ذلك أن بعض الحلول التقليدية المتضمنة في القانون المدني التي كانت مطبقة لمعالجة الخلل في التوازن كالبطلان

⁵ - أنظر ، إدريس فاضلي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، العقد ، الإرادة المنفردة ، الفعل المستحق للتعويض ، الإثراء بلا سبب ، د.م.ج. الجزائر ، 2009 ، ص.42.

⁶ - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص.95.

⁷ - أنظر ، محمد بودالي ، مكافحة الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة ، ط. 01 ، دار الفجر للنشر و التوزيع ، القاهرة ، 2007 ، ص.58.

و الفسخ⁸ لم تعد توفر الحماية الكافية للمتعاقد ضحية الخلل ، بل أصبحت في كثير من الأحيان تؤدي إلى نتائج عكسية ، ذلك أن الضرر الذي تحدثه هذه الحلول قد يتجاوز بكثير الضرر الذي يحدثه الخلل في التوازن كونها تنهي العقد نهائيا.

و لعل من أهم الوسائل التي تعيد التوازن إلى العقد و تحافظ على استمرارته وسيلة التعديل ، فالتعديل⁹ كمفهوم قانوني يراد به إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عدة عناصر من العقد أو بند من بنوده ، و ذلك بالإنقاص أو الزيادة ، على أن لا يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إزالة العقد و نقضه بغية المحافظة عليه.

كما عرفه الفقه¹⁰ على أنه : " استبدال بعض الشروط في العقد الأصلي بشروط أخرى أكثر مرونة ، بغرض مواجهة الصعوبات التي قد تعترض الأطراف بغية تحقيق الهدف من العقد ، و مراعاة مصالح الأطراف".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أقر بوسيلة التعديل في المادة 106 ق.م التي تنص على أن : "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". يستخلص من نص المادة 106 أعلاه أن تعديل العقد يعتبر وسيلة من الوسائل الممنوحة للأطراف أصلا و للمشرع استثناء لإعادة تنظيم العقد و ضمان توازنه الاقتصادي ، فيمكن لأطراف العقد التدخل لحماية مصالحهم المشتركة من خلال عملية التعديل أثناء إبرام العقد في صورة اتفاق مستقل ، أو في صورة بند يضمنه ذلك العقد.

⁸ - المقصود بفسخ العقد حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أحل الطرف الآخر بالتزامه ، فالفسخ جزاء الإخلال بالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد صحيح ، و قد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 119 ق.م : "في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك " ؛ أما البطلان فهو الجزاء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد ، إلا أن المشرع الجزائري و بخلاف الفسخ لم ينص على حالات البطلان و إنما نص في المادة 102 ق.م على أنه : "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالإجازة و تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد" ؛ العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 604 و ما يليها.

⁹ - التعديل لغة : مصدره عدل ، تعديلا الشيء أقامه و سواه ، و هو إجراء تغييرات في جوهر الشيء ؛ علي بن هادية و بلحسن البليش ، القاموس الجديد ، ط. 07 ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1991 ، ص.655.

¹⁰ - أنظر ، أسامة الحموي ، الشرط الجزائري و سلطة القاضي في تعديله ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و القانون ، ط. 01 ، مطبعة الزرعي ، دمشق ، 1997 ، ص. 345.

كما يمكن لأطراف العقد إدراج بنود لاحقة أثناء تنفيذ العقد لإعادة تنظيمه و ذلك بناء على إرادتهما المشتركة على أساس أنه ما دام العقد قد انعقد بالتراضي فإنه يمكن تعديله بالتراضي ، و هو ما يعرف بالتعديل الاتفاقي .

فإذا تغيرت الظروف الاقتصادية و حصل اختلال في الالتزامات المتقابلة جاز لطرفي العقد الاتفاق على حق كل منهما في تعديله بهدف إعادة توازنه ، و هذا الحق في التعديل لا يعتبر مساسا بمبدأ القوة الملزمة للعقد طالما أن ذلك كان بإرادتهما معا ، هذا ما كرسته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1997/06/18¹¹ حيث اتجهت إلى إلزامية ورود التعديل في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يتطلبه، " إذ قضت بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 7 نوفمبر 1994 الذي أيد الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة حسين داي بتاريخ 14 أبريل 1993 ، و القاضي بدفع مبلغ إضافي نظرا لتوسيع الأشغال المتفق عليها في العقد الأصلي ، في حين كان لزاما على المقاول عند توسيع تلك الأشغال في وقت لاحق أن يدرجها كتابة حسب العقد الأصلي ما داما قد اتفقا على ذلك ، و من ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم قد خالفوا حكم القانون المنصوص عليه في المادة 561 ق.م."

كما نصت المادة 106 السابقة الذكر على حق المشرع في التدخل لتعديل العقد بقولها :

"أو للأسباب التي يقرها القانون" ، إذ يتدخل المشرع في حالات معينة لتعديل العقد رغم إرادة المتعاقدين و خلافا لما اتفقا عليه أي بقوة القانون ، فتحل إرادة المشرع محل إرادة الأطراف تكريسا للعدالة العقدية و هو ما يعرف بالتعديل التشريعي ، و من الأمثلة عن ذلك تدخل المشرع الجزائري في عقد الإيجار لتحديد أجرته أو تمديد مدته بموجب المواد 471 ، 474 ، 509 ق.م¹² ، و تدخله أيضا في عقد العمل حماية للعمال و لاسيما بخصوص أجرة العامل فقد تدخل عدة مرات لتعديل الأجر الوطني الأدنى المضمون ، كما تدخل لتقنين بعض المجالات كحماية فئة المستهلكين، و ذلك بوضع سقف لأسعار بعض السلع و لاسيما المواد الغذائية الأساسية.

هذه النصوص في الحقيقة تشكل مساسا بالحرية التعاقدية ، إلا أنها تهدف إلى حماية المتعاقد الضعيف من المتعاقد القوي ، باسم النظام العام الحمائي¹³ ، و غالبا ما يكون التعديل التشريعي في أوقات الأزمات

11 - المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 1997/06/18 ، رقم الملف 144122 ، م.ق ، ع.1 ، 1997 ، ص.21.

12 - هذه المواد ملغاة بموجب القانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 ماي 2007 .

13 - يعتبر النظام العام الحمائي تصورا جديدا للنظام العام و هدفه حماية الطرف الضعيف في مواجهة الطرف الأقوى لتحقيق توازن أفضل في العلاقات التعاقدية المختلفة و تعزيز العدالة ، من خلال تدخل المشرع لتعديل مضمون العقد تحقيقا للعدالة العقدية ، بخلاف التصور التقليدي للنظام العام الذي كان يقتصر على

و التقلبات الاقتصادية استجابة لمقتضيات الصالح العام و حماية للمصالح العليا للدولة¹⁴ .
كما أجاز المشرع استثناء للقاضي التدخل لتعديل العقد إذا اختل توازنه الاقتصادي ، و هو ما يعرف
بالتعديل القضائي الذي يجريه القاضي بمناسبة نزاع مطروح أمامه بطلب من أحد طرفي العقد و هو الطرف
المضرور ، هذا التصرف الذي يقوم به القاضي بناء على سلطته التقديرية لا يكون إلا بتفويض صريح من
المشرع ، و في حالات محددة على سبيل الحصر في نصوص القانون .

هذا النوع الأخير أي **التعديل القضائي** هو بالضبط مجال دراستنا من خلال هذه المذكرة.

فالقاضي يتدخل لتعديل العقد متى وجد نفسه أمام حالة من حالات اختلال التوازن العقدي إما في
مرحلة إبرام العقد في صورة ما إذا كان أحد أطرافه مضطرا للتعاقد تحت ظرف من الظروف ، فيستغل
الطرف الآخر ذلك ليضمن هذا العقد شروطا مجحفة تنطوي على غبن مما يجعله يتحمل التزامات تفوق
كثيرا ما اكتسبه من حقوق ، أو يكون أحد أطراف العقد محتكرا لسلمة أساسية أو خدمة ضرورية فيفرض
شروطه ، و يدعن لها الطرف الآخر كما هي دون مناقشتها ، أو يمتنع عن التعاقد أصلا .

كما يجوز للقاضي التدخل في مرحلة تنفيذ العقد إذا ما حدثت ظروف طارئة لم يكن في الوسع توقعها
عند إبرام العقد ، أو دفعها عند وقوعها ، ستسبب خسارة فادحة للمدين إذا ما نفذ العقد وفق الشروط
المتفق عليها، أو تضمن العقد شرطا جزائيا فيه مغالاة و غبنا لأحد أطراف العقد، أو كانت حالة المدين
لا تسمح له بالوفاء في تلك الفترة التي حل فيها أجل الوفاء لظرف من الظروف .

فهذه الحالات تستدعي تدخل القاضي لرفع الضرر عن المتعاقد المضرور ، كون العقد السليم المولد
للالتمام ليس هو الذي يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين على إنشاء التزامات فحسب ، و إنما هو العقد الذي
تناسب فيه منافع الطرفين ، ذلك أن للعقد منافع اجتماعية و لا يقتصر أثره على المتعاقدين ، بل ينعكس
أثره على المجتمع، لذا كان واجبا على المشرع التدخل لتنظيم أحكامه، كما أن حيطة المشرع في مراقبة

حظر العقود التي تعتبر غير مشروعة بالنظر إلى محل العقد أو الباعث عليه ؛ لتفاصيل أكثر ، راجع بن عزوز درماش ، التوازن العقدي ، رسالة دكتوراه في
القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2013 - 2014 ، ص. 101 و ما يليها.

14 - أنظر ، خديجة فاضل ، تعديل العقد أثناء التنفيذ ، مذكرة ماجستير في القانون ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2001 -
2002 ، ص. 05 و ما يليها.

مضمون العقد تجسدت في منح القاضي سلطة التدخل في تعديله وإعادة تنظيم العلاقات التعاقدية و هذا كاستثناء يرد على القوة الملزمة للعقد.

و يعتبر الأساس القانوني لتدخل القاضي في تعديل العقد أمرا ذا أهمية بالغة لما من شأنه المساهمة في بناء نظرية التعديل القضائي للعقد ، إذ لا يمكن الاعتراف للقاضي بمثل هذه السلطة دون أساس قانوني متين ، لذلك شكل هذا الأمر موضع اختلاف فقهي ، فلجأ البعض إلى تبريرات مستمدة من النصوص القانونية التي يتضمنها القانون المدني ، و اتجه البعض الآخر إلى تبريرات مستمدة من مبادئ القانون ، و من أهم تبريرات هذا التدخل فكرة السبب ، الغلط و حسن النية.

حيث يعتبر السبب الباعث للدافع إلى التعاقد ، فكل التزام لا يوجد له ما يقابله يعتبر التزام بلا سبب، و من ثم فإن التفاوت بين التزامات المتعاقدين الذي يصل إلى حد الإرهاق سواء بسبب الاستغلال أو نتيجة لظروف معينة طرأت أثناء تنفيذ العقد لا يقابله أي سبب ، و بالتالي لا وجود للتعاقد ، و من هذا المنطلق يجد بعض الفقه¹⁵ في نظرية السبب المبرر الكافي للقاضي لإعمال سلطته في تعديل العقد إذا ما احتلت فيه الالتزامات المتقابلة ، و ذلك لإعادة التوازن بينها.

إلا أنه ما يؤخذ على هذا الرأي هو قيامه على أساس ضرورة التعادل الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، في حين أن نظرية السبب لا تشترط وجود هذا التعادل و لا استمراره إن وجد ، و إلا لكان الغبن سببا في بطلان العقود ، هذا بالإضافة إلى أن فكرة السبب لا تحتل وصف عدم الكفاية أو الزيادة ، لأن السبب يعتبر ركن في العقد يتطلبه القانون دون أن يحدد له أية مقاييس ، فإذا تخلف هذا الركن لا ينعقد العقد أصلا ، لذلك لا يمكن الاعتماد على فكرة السبب كأساس لسلطة القاضي في تعديل العقد¹⁶.

أما الغلط¹⁷ فهو وهم يقوم في ذهن المتعاقد يحمله على الاعتقاد بصحة أمر على خلاف الواقع ، فيدفعه إلى التعاقد ، فإذا لم يحصل الأمر الذي توقعه هذا المتعاقد عند إبرامه للعقد يعتبر قد وقع في غلط

15 - أنظر ، توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ، د.ط ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1966 ، ص. 157 و ما يليها .

16 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 398.

17 - نصت على الغلط المواد من : 81 إلى 85 من القانون المدني.

في تصوره و هذا الغلط أثر على شروط التعاقد ، هذا ما جعل جانب من الفقه¹⁸ يحاول الأخذ بالغلط في قيمة الالتزام (خاصة عند حدوث تقلبات اقتصادية و ما ينشأ عنها من تقلبات نقدية كتغير قيمة الالتزام الفعلية عند التنفيذ مقارنة بقيمته عند التعاقد) كأساس لتبرير تدخل القاضي في تعديل العقد. إلا أن هذا الرأي تعرض هو الآخر للنقد من عدة جوانب ، فالغلط المعتبر هو الغلط الجسيم الدافع إلى التعاقد و يقع على صفة جوهرية في الشيء أو في ذات المتعاقد ، أما الغلط الواقع في قيمة الشيء فلا يؤثر في صحة العقد إذ لا يشكل في حد ذاته سببا لإبطال العقد إلا إذا توافرت فيه شروط الغبن¹⁹ ، و حتى و لو كان الغلط جوهريا فإن النتائج المترتبة على وقوعه تختلف عن نتائج تدخل القاضي في تعديل العقد ، فالغلط الجوهرى يترتب عليه الحكم بإبطال العقد بطلب من المتعاقد ضحية الغلط و إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، في حين أن تدخل القاضي لتعديل العقد يترتب عليه إجراء فقط بعض التغييرات التي يراها مناسبة لإعادة التوازن إلى هذا العقد ، لذلك لا يمكن الاعتماد على فكرة الغلط كأساس لتبرير تدخل القاضي لتعديل العقد²⁰.

في حين أنه بالنسبة لمبدأ حسن النية فيعتبر صمام الأمان في العقود في مرحلة إنشائها و ضمانا لحسن تنفيذها كما أرادتها النية المشتركة للمتعاقدين فهو يحيط بالعلاقة التعاقدية من كل جوانبها ، و قد كرسته المادة 107 ق.م بنصها : "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية".

هذا المبدأ كفيل بتحقيق التوازن في العقد باعتباره وازع ذاتي بمقدوره أن يكبح إرادة المتعاقدين في تحقيق مصالحهم دون أدنى مراعاة لمصالح الأطراف الأخرى في العملية التعاقدية²¹.

لذلك حاول بعض الفقه²² المؤيد لسلطة التعديل تبريره على أساس مبدأ حسن النية الذي يمكن بواسطته تفسير عدة التزامات في العقد ، كالالتزام بالتعاون بين المتعاقدين لإتمام تنفيذ العقد والالتزام

18 - سامي منصور ، عنصر الثبات و عامل التغيير في العقد المدني ، دار الفكر اللبناني ، لبنان ، 1987 ، ص. 457 ؛ مقتبس عن رما فرج مكي ، تصحيح العقد ، دراسة مقارنة ، ط. 01 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2011 ، ص. 271.

19 - أنظر ، محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام (العقد و الإرادة المنفردة) ، ج.1 ، ط.04 ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة ، الجزائر ، 2007 - 2008 ، ص. 167 ؛ رما فرج مكي ، المرجع السابق ، ص.271.

20 - أنظر ، عبد الحميد بن شنيقي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة دكتوراه في القانون ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 1996 ، ص.113.

21 - أنظر ، حفيظ دهمون ، التوازن في العقد ، مذكرة ماجستير ، فرع في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01 ، 2011 / 2012 ، ص.68.

22 - بعض الفقه الفرنسي و على رأسهم الأستاذ Mazeaud ؛

بالأمان والثقة الذي يفرض التقيد بسلوك مستقيم من المتعاقدين، وكذلك الالتزام بإعادة التفاوض في سبيل إزالة العوائق والصعوبات التي تعترض تنفيذ العقد مما يستوجب تعديل العقد تبعاً للظروف. إلا أن هذا الرأي بدوره تعرض للنقد على أساس أن حسن النية يقتضي بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقت عليه إرادتهما المشتركة و يجوز للقاضي التدخل لتنظيم تنفيذ بعض الالتزامات التعاقدية لا أن يتدخل ليعدل أو أن يلغي شرط من شروط التعاقد ، وإلا كان هناك خروجاً عن القاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين" و عليه ليس باستطاعة القاضي الإخلال بمبدأ صحيح مثبت بنص قانوني صريح ، والالتجاء إلى مبدأ حسن النية الذي من الصعب إيجاد مفهوم محدد له يمكن للقاضي الاستناد إليه للوصول إلى حلول منصفة²³.

نلاحظ من خلال النظريات السابقة المعتمدة كأساس لتبرير تدخل القاضي لتعديل العقد²⁴ أنها تلتقي حول فكرة عامة واحدة ، و هي وجود تفاوت بين أداءات المتعاقدين سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه ، و بالتالي تسعى إلى هدف واحد هو رفع هذا التفاوت ، و إعادة التوازن إلى العقد تحقيقاً للمساواة بين طرفيه ، و كل ذلك مستمد من مبدأ أعلى و هو العدالة.

إذ تعرف العدالة على أنها : "قاعدة من قواعد القانون الطبيعي ، إن لم تكن جوهر ذاته ، و أساس القيم الأخلاقية الصحيحة ، كما أنها مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن بينهم و البعد عن الجور ، فلا يحصل الإنسان إلا على ما يستحقه ، إذ لا مجال للإضرار بالغير و لا إثراء على حسابه كما أنها يجب أن تسيطر على العقد في كل مراحله"²⁵ . فالعدالة إذن تجمع بين مقتضيات المصلحة العامة و الجانب الأخلاقي الذي يطغى على ضمير الجماعة.

و يتمتع القاضي عند قيامه بتعديل العقد بسلطة تقديرية ، تضيق هذه السلطة و تتسع بحسب القيود التي تحدد مداها ، و بحسب وضوح إرادة المتعاقدين و تحديد مقاصدهما ، و هذا يعد استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يلزم القاضي بعدم التدخل في العقود كقاعدة عامة.

²³ - ربما فرج مكي ، المرجع السابق ، ص. 248.

²⁴ - هناك تبريرات أخرى اعتمدها الفقه كأساس لسلطة القاضي في تعديل العقد كفكرة الإثراء بلا سبب ، الغبن ، و التعسف في استعمال الحق ... إلخ ؛ محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي ، رسالة دكتوراه في الشريعة و القانون ، كلية العلوم الانسانية و الاجتماعية و العلوم الاسلامية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2011 - 2012 ، ص.402.

²⁵ - أنظر ، عبد الحكيم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، د.ط ، 2002 ، ص. 439.

إن جوهر هذه السلطة التقديرية يكمن في أن يكون للقاضي حرية تقدير نشاطه القضائي في كل حالة على حدى وفقا لملاساتها الخاصة ، هذا النشاط التقديري يفترض في القاضي أن يقوم بمجهود في تحديد الوقائع الأساسية و في إعطاء الوصف القانوني لهذه الوقائع ، وصفا يسمح بإعمال قاعدة معينة عليها ، تطابق الوقائع المفترضة الواردة بها ²⁶.

و يعتمد القاضي في بناء تقديره فضلا عن تكوينه القانوني و خبرته ، على وسائل فنية قانونية ²⁷ تعينه على تكوين إدراكه و فهمه للقضايا ²⁸.

و من خلال عنوان مذكرتنا "سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري" تظهر أهمية البحث في هذا الموضوع و هي إيجاد وسائل تضمن حماية المصلحة المشتركة لأطراف العقد فضلا عن حماية المصلحة العامة و المحافظة على التوازن الاجتماعي و استقراره عن طريق حماية الفئات الضعيفة ضحية اختلال التوازن في العقد.

كما أن هذه الدراسة من شأنها تسليط الضوء على أهمية وظيفة القاضي و حقيقة الدور الإيجابي الذي يجب عليه أن يقوم به في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية بالتدخل للقضاء على مظاهر الغبن في التعاملات بين أفراد المجتمع .

و قد تعرضنا في بحثنا في هذا الموضوع لعدة صعوبات أهمها :

- الحديث عن سلطة القاضي في تعديل العقد تجعلنا نصطدم مع أهم مبدأ من مبادئ القانون و هو "مبدأ سلطان الإرادة" الذي يحكم العقد ، و كذا القواعد المنبثقة عنه كالقوة الملزمة للعقد ، لذلك يعتبر هذا الموضوع من أكثر المواضيع المثيرة للجدل.

²⁶ - أنظر ، ابراهيم بن حديد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دراسة تحليلية نقدية ، رسالة ماجستير في القانون ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1994/ 1995 ، ص. 21.

²⁷ - هناك عدة وسائل قانونية يستعين بها القاضي في نشاطه التقديري لإيجاد حل للمنازعة المطروحة عليه منها : الحيل القانونية ، القرائن و المعايير القضائية ؛ لتفاصيل أكثر عن الموضوع راجع ، أحمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، ماهيتها و ضوابطها و تطبيقاتها ، ط. 01 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1988 ، ص. 270 و ما يليها .

²⁸ - ابراهيم بن حديد ، المرجع السابق ، ص. 07 و ما يليها.

- أن موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد موضوع متشعب تندرج تحته العديد من المواضيع الهامة ضمن النظرية العامة للعقد في القانون المدني منها : (الغبن و الاستغلال ، عقد الإذعان ، نظرية الظروف الطارئة، الشرط الجزائي و الأجل القضائي).

- قلة المراجع العربية المتخصصة ، و غياب رؤية دقيقة و واضحة للفقهاء و القضاء الجزائريين حول موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد.

- قلة الاجتهادات القضائية الخاصة بسلطة القاضي في تعديل العقد و لاسيما بخصوص عقود الإذعان لغياب ثقافة التقاضي عند المواطن الذي كثيرا ما يعتقد بالزامية الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان. لكن رغم هذه العقبات حاولنا مناقشة الاشكالية التي يطرحها موضوع مذكرتنا و المتمثلة في السؤال التالي : ما مدى سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلتي تكوينه و تنفيذه بغية إعادة توازنه ؟.

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا الاعتماد على المنهج التحليلي لإبراز و فهم أحكام النصوص القانونية و الأحكام القضائية ذات الصلة بالموضوع ، كما اعتمدنا على المنهج النقدي من خلال إبراز النقائص و الثغرات الموجودة في القانون المدني و إعطاء الحلول قدر الإمكان ، مع الاستعانة بأسلوب المقارنة كلما دعت لذلك ضرورة الحال مما استلزم اللجوء إلى بعض التشريعات الأجنبية بغية الوقوف على الحلول المختلفة المقررة في هذه التشريعات.

و كان لزاما علينا أن نتطرق كذلك إلى بعض القوانين الخاصة لما لها من علاقة وطيدة بالموضوع كقانون حماية المستهلك و قمع الغش و قانون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ... إلخ.

و من أجل مناقشة الاشكالية التي طرحناها سنقوم في المرحلة الأولى من بحثنا بدراسة سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه (الفصل الأول) ، لنوجه بحثنا في المرحلة الثانية نحو دراسة سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه (الفصل الثاني).

الفصل الأول

بعد أن كان مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ المهيم على العلاقة التعاقدية بحيث لا يجوز لأي من المتعاقدين تعديله أو إنهائه إلا برضا الطرف الآخر ، أصبح للقاضي اليوم دورا إيجابيا إذ يتدخل كلما اختل التوازن في العقد متى سمح له القانون بذلك ، في سبيل تحقيق العدالة العقدية و القضاء على جميع مظاهر الغبن سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه.

حيث تتسم سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد بطبيعة وقائية هامة تتمثل في أن المتعاقدين سيضعان في اعتبارهما عندما يقدمان على إبرام عقد من العقود ، أن للقاضي سلطة ممنوحة له بموجب القانون تسمح له بمراجعة هذا العقد و تعديله ، فيحرصا منذ البداية على أن يضمننا لتعاقدتهما الاستقرار ، بأن يلتزما حدود القانون و يتفاديا الأسباب التي قد تؤدي إلى تعديل هذا العقد.

و يتدخل القاضي لتعديل العقد في مرحلة تكوينه متى تبين له وجود تفاوت فادح بين التزامات طرفي العقد ، يكون مرجعه وقوع أحد المتعاقدين ضحية استغلال نفسي من المتعاقد الآخر (المبحث الأول) ، أو يكون بسبب تضمين عقد من عقود الإذعان شروطا تعسفية مرهقة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية ، فالعقد هنا يكون ضارا بمصالح أحد طرفيه بعكس ما تقتضيه العدالة التعاقدية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

النتائج عن الاستغلال

يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما و لكي يكون العقد صحيحا و منتجا لآثاره القانونية لابد من صحة التراضي و العبرة فيه هي بسلامة رضاء المتعاقد من العيوب المعروفة بعيوب الإرادة و هي: الغلط ، التدليس و الإكراه²⁹ ، كما أدرج المشرع حالة أخرى حديثة نسبيا تسمى بالاستغلال³⁰ نص عليها في المادة 90 ق.م³¹ بقولها : "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

و يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، و إلا كانت غير مقبولة".

²⁹ - أنظر ، محفوظ لعشب بن حامد ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ط. 3 ، د.م.ج ، بن عكنون الجزائر ، 2006 ، ص. 178 ؛ علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص.108.

³⁰ - تعتبر نظرية الاستغلال نظام حديث العهد نسبيا في القانون ، و يعود أصلها التاريخي إلى المادة 138 من القانون الألماني الصادر سنة 1896 فهو أول من أوحى بهذه الفكرة بدافع نزعة العدالة الاجتماعية و الرغبة في مكافحة استفادة البعض من ضعف الآخرين ، أما الجزء المتمثل في قابلية العقد للإبطال فقد أخذ من المادة 21 من قانون الالتزامات السويسري ، و تجدر الإشارة إلى أن أكثر ما تأثر به المشرع الجزائري عند وضعه للقانون المدني سنة 1975 هو القانون الفرنسي إلا أن نظرية الاستغلال لا وجود لها في القانون الفرنسي الذي أخذ بالغبن فقط في بعض الحالات الاستثنائية ؛ أحمد إبراهيم حسن ، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1999 ، ص.03 و ما يليها ؛ عرعارة عسالي ، نظرية الاستغلال ، مذكرة ماجستير ، فرع العقود و المسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1997 ، ص. 03.

³¹ - المادة 90 ق.م تقابلها المادة 129 من القانون المدني المصري الصادر سنة 1948 .

يعرف الاستغلال على أنه استفادة أحد المتعاقدين من الضعف الانساني المؤقت للمتعاقد الآخر استفادة تؤدي إلى انعدام التعادل المألوف بين التزامات أحد المتعاقدين و ما يحصل عليه من فائدة و بين التزامات المتعاقد الآخر³².

كما يعرف على أنه استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض³³.

و لعل أهم ما يتميز عيب الاستغلال عن بقية العيوب الأخرى ما يلي :

أولا : أن المشرع ربط عيب الاستغلال بالغبن فإذا وقع أحد المتعاقدين ضحية استغلال من جانب المتعاقد الآخر فلا يمكنه طلب إبطال العقد أو الانقاص من التزاماته إلا إذا أدى ذلك الاستغلال إلى وقوعه في غبن ، فإن لم يقع في غبن كان العقد صحيحا و منتجا لآثاره ، فالمشرع في المادة 90 ق.م جمع بين مفهومين متباينين و إن كان أحدهما يؤدي إلى الآخر³⁴.

ثانيا : أنه و فضلا عن حق المتعاقد المغبون في طلب إبطال العقد ، أعطى للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد بانقاص التزامات المتعاقد المغبون خروجاً عن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" ، كما منحه سلطة تقدير العرض الكافي لرفع الغبن اتقاء لإبطال العقد .

³² - يعرف الاستغلال لغة على أنه : يستغل ، استغلالات ، الرجل انتفع منه بغير حق ، علي بن هادية و بلحسن البليش ، القاموس الجديد ، المرجع السابق ، ص. 46 ؛ أما اصطلاحاً فهو الاستعمال الملائم لظروف معينة قصد الحصول على فائدة ، علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 158 ؛ محمد سعيد جعفرور ، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2014 ، ص.90 و ما يليها ؛ علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 151 ؛ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 112.

³³ - أنظر ، محمود عبد الرحمان محمد ، الاستغلال و الغبن في العقود و دورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية ، دراسة مقارنة في القانون الوضعي المصري و السوداني و الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص.12 ؛ علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، د.م .ج ، الجزائر ، 2005 ، ص.67 ؛ علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 151 .

³⁴ - محفوظ لعشبة بن حامد ، المرجع السابق ، ص. 184 - 185.

لذلك سنتطرق في هذا المبحث لشروط تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال (المطلب الأول) ، ثم إلى مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الغبن

الناتج عن الاستغلال

لقد تدخل المشرع لتنظيم العلاقة التعاقدية متوخيا في ذلك احترام حرية الأطراف من جهة ، و إعادة التوازن في العقد الذي اختل نتيجة التفاوت الكبير بين التزامات المتعاقدين و ما نتج عنه من غبن ، من جهة أخرى ، كما منح للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد رفعا لهذا الغبن إذا كان ناتجا عن استغلال³⁵ الضعف النفسي للمتعاقد المغبون.

³⁵ - الاستغلال عيب في الرضا و الغبن عيب في العقد و ذكر الاستغلال مقترنا بمصطلح الغبن يجعل الأمر أكثر التباسا عند البحث عن قصد المشرع ، لذلك طرحت المادة 90 ق.م جدلا فقهيا كبيرا فقد ربطت الغبن بالاستغلال و جاءت بعد المواد المتعلقة بعيوب الرضا (الغلط ، التدليس و الإكراه) و هذا ما أدى إلى وقوع لبس في المصطلحين لدى الكثير من شراح القانون ، فإذا كانت المادة 90 ق.م قاعدة عامة للغبن و تعالج عيبا في العقد فما مبرر وجودها مع عيوب الرضا ؟ و ما الغرض من وجود القواعد الخاصة بالغبن التي تضمنها المشرع في مواد أخرى ؟ هذا من جهة ؛ و من جهة أخرى إذا كان لا يوجد في النص المادة 90 ما يدل على أن الاستغلال عيب في الرضا فهل يبقى موقع النص مع عيوب الرضا المبرر الكافي لاعتبار المادة 90 تنص على عيب من عيوب الرضا ، و هل الجزاء بإبطال التصرف دليل أن الغرض هو إلحاق النص مع باقي عيوب الرضا ، مع أن الجزاء في هذه المادة يتميز عن باقي عيوب الرضا الأخرى كما سبق الذكر ؟ و لعل التبرير الذي توصل إليه معظم شراح القانون الجزائري بخصوص الجمع بين الغبن و الاستغلال في نص المادة 90 ق.م هو تشيع المشرع الجزائري بالروح الفردية و تشبته بالنظرة الذاتية أو على الأقل عدم استطاعته التخلص منها حال بحثه عن آليات تحقيق التوازن العقدي ، و يفسر ذلك بالمرج بين التصور الذاتي و التصور الموضوعي لمعالجة التفاوت المادي و ربط هذا التفاوت بالحالة النفسية الدافعة للتعاقد ، فالمشرع تقدم خطوة إلى الأمام باعتداده "التفاوت المادي بين التزامات المتعاقدين" ثم تراجع باعتداده "بالضعف النفسي" للمتعاقد ؛ عرعارة عسالي ، المرجع السابق ، ص. 27 و ما يليها.

باستقراء نص المادة 90 ق.م ، نجد أنها تتضمن الشروط التي من شأن توافرها السماح للقاضي بالتدخل لإعمال سلطته في تعديل العقد ، و هذه الشروط هي إصابة أحد المتعاقدين بغبن (الفرع الأول) بسبب استغلال ضعفه النفسي من طرف المتعاقد الآخر ، و أن يكون هذا الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد (الفرع الثاني).

لذلك ستعرض فيما يلي لدراسة كل شرط من هذه الشروط بنوع من التفصيل:

الفرع الأول

إصابة أحد المتعاقدين بغبن

إن الشرط الأول الذي نصت عليه المادة 90 ق.م الذي يمنح القاضي سلطة التدخل لتعديل العقد هو اختلال التوازن بين الالتزامات العقدية للمتعاقدين أو الفائدة المتحصل عليها من العقد اختلالاً فادحاً، و هو ما يعرف بالغبن و هذا ما يدفعنا للبحث عن تعريف الغبن و تحديد أنواعه (أولاً) ، ثم البحث عن معيار تقدير التفاوت المؤدي إلى الاختلال (ثانياً) .

أولاً : تعريف الغبن و تحديد أنواعه

أ – تعريف الغبن

تعتبر الفقرة الأولى من المادة 90 ق.م تعريفاً للغبن³⁶ الذي يعتبر العنصر المادي لنظرية الاستغلال ، حيث عرفه المشرع على أنه التفاوت الكثير³⁷ في النسبة مع ما يحصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، كما أطلق المشرع على ضحية الاستغلال وصف المغبون.

³⁶ - يعرف الغبن لغة على أنه : يغبن ، غبنا ، الرجل في البيع خدعه و نقصه ؛ علي بن هادية و بلحسن البليش ، القاموس الجديد ، المرجع السابق ، ص.720.

³⁷ - التفاوت الكثير هو عدم التعادل الظاهر بصورة تجعل كل انسان عاقل يصدف في حسه السليم عند إجراء المقارنة بين القيمة الحقيقية للشيء و ما ورد بشأنها في العقد ، و لقد عبر عنه المشرع المصري بعبارة : "لا تتعادل البتة" ، أما المشرع الألماني فقد عبر عنه في المادة 138 بعبارة "عدم التناسب الصارخ" Disproportion choquante.

أما الفقه فيعرفه على أنه اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة³⁸ نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل متعاقد فيه و ما يعطيه ، فهو غابن إذا أخذ أكثر مما أعطى ، و هو مغبون إذا أعطى أكثر مما أخذ³⁹ .

كما يعرف على أنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد و ما يأخذه ، بحيث يكون بينهما فرق كبير يؤدي إلى خسارة فادحة ، و يعتبر الغبن المظهر المادي للاستغلال⁴⁰ .

و يتميز الغبن عن الاستغلال بميزتين أساسيتين :

الميزة الأولى : أن الغبن لا يتصور في عقود التبرع⁴¹ ، فهو لا يقع إلا في عقود المعاوضة ، لأن المتعاقد فيها يقدم أداء معين دون مقابل ، في حين أن الاستغلال يصح أن يقع في جميع العقود (معاوضة أو تبرع).

الميزة الثانية : أن الغبن يقاس بمعيار مادي ، فينظر فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية ، في حين أن الاستغلال أمر نفسي يقاس بالمعيار الشخصي لا المادي فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف⁴² .

³⁸ - عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين عوضاً لما أعطاه ، أي أن هناك أداء و مقابلاً للأداء كعقد البيع و المقايضة ، و قد عرفه المشرع الجزائري في المادة 58 ق.م : " العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما " ؛ العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 119 ؛ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 64.

³⁹ - أنظر ، سليمان مرقس ، الوافي شرح القانون المدني ، الالتزامات ، المجلد الأول ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة ، ط. 04 ، مطبعة السلام ، القاهرة ، د.س.ن ، ص. 269 ؛ العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 465 ؛

MARTY et RAYNAUD : Droit civil , T. 2 , les obligations , éd. 1962 , p. 137.

⁴⁰ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 386 - 387 ؛ المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 1985/03/06 ، ملف رقم 34834 ، م.ق ، ع. 1 ، 1989 ، ص. 36.

⁴¹ - عقود التبرع هي تلك العقود التي لا يأخذ فيها المتعاقد مقابلاً لما يعطيه أو يقدمه ، كالهبة و العارية و الوديعة ، و قد خصص الكتاب الرابع لقانون الأسرة الجزائري للتبرعات (الوصية ، الهبة و الوقف) ؛ العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 120 ؛ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 64.

⁴² - محفوظ لعشب بن حامد ، المرجع السابق ، ص. 184 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 386 ؛ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص. 92.

بهذا نصل إلى أن الغبن عيب في العقد ذاته و ليس عيبا في الإرادة ، فهو يتحقق بمجرد التفاوت المادي بغض النظر عما إذا كانت إرادة المعبون سليمة أو مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة ، أما في الاستغلال فلا ينظر إلى عدم التعادل بين الالتزامات في حد ذاته بل باعتباره عيبا في الإرادة ، لأنه فضلا - عن عدم التعادل - لابد أن يستغل أحد الطرفين حالة الضعف التي يوجد فيها الطرف الآخر ، بحيث تفسد إرادته فيندفع إلى التعاقد تحت تأثير هذا الاستغلال.

ب - أنواع الغبن

لقد سلك المشرع المدني الجزائري الطريق الذي سارت عليه القوانين المدنية الحديثة⁴³ ، فأخذ بفكرة الاستغلال كعيب عام في الإرادة ، متى ثبت الطيش بين أو الهوى الجامح (المادة 90 ق.م) ، و ذلك مع الإبقاء على بعض الحالات في الغبن المادي بمقتضى نصوص قانونية خاصة متفرقة ، حيث تنص المادة 91 ق.م على أنه : "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة في الغبن في بعض العقود".

من خلال استقراء نص المادتين 90 و 91 ق.م يتبين أن هناك نوعين من الغبن يختلفان من الناحية القانونية سواء من حيث الشروط أو الآثار المترتبة عنهما ، إذ أن هناك نوع من الغبن يستدعي تدخل القاضي لتعديل العقد و هو ما اصطلح على تسميته عند بعض الفقهاء بالغبن الاستغلالي في حين لا يتدخل القاضي في النوع الثاني الذي أطلق على تسميته بالغبن المجرد ، و لذلك لابد من التطرق للحالتين لتوضيح المسألة بدقة و تحديد الغبن المقصود بالدراسة.

1/ الغبن المجرد

الغبن كما سبق تعريفه هو عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد و بين ما يعطيه ، و يلحق عقود المعاوضة فقط ، إذ أن من طبيعة هذه العقود أن يقع فيها الغبن ، و درجة الاختلال في التعادل ينظر إليها

⁴³ - كالقانون الألماني و السويسري و الإيطالي ؛ مقتبس عن العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص . 467 .

وفقا للنظرية الموضوعية للغبن ، نظرة مادية محددة برقم كالخمس أو الربع أو النصف...، و الغبن الذي يصل هذه الدرجة هو الذي يعتد به و يكون جزاءه إلزام المتعاقد الغابن بتكملة الثمن⁴⁴.

فالغبن المجرد لا تراعى فيه الظروف النفسية للمتعاقد المغبون و إنما يكتفى بعدم التعادل المادي فقط ، و هو تقدير حسابي مقدر ينظر إلى البديل الذي يعطيه المتعاقد و لا يكون متناسبا مع القيمة الحقيقية ، هذا بالرغم من أن الغالب في أي معاملة أنها لا تخلو من عدم تعادل عادي⁴⁵ فالتزامات المتعاقدين و إن لم تكن متساوية تماما في كل الأحوال إلا أنه لا بد من أن يكون هناك تناسب بينهما و بالتالي لا يعتد بالغبن إلا إذا كان فاحشا⁴⁶.

يقدر الغبن عند إنشاء العقد فينظر إلى تعادل الأداءات في هذا الوقت أما إذا تغيرت القيمة بعد ذلك فارتفعت قيمة ما يؤديه أحد المتعاقدين فلا نكون بصدد غبن و كذلك الأمر إذا تغيرت الظروف و نتج عنها غبن أثناء تنفيذ العقد أو بعد انعقاده و لكن قبل تنفيذه فهنا لا يتحقق الغبن بل نكون أمام حالة الظروف الطارئة⁴⁷.

هذا و لقد اعتنقت بعض القوانين التي جاءت مشبعة بالمبادئ الفردية نظرية الغبن المجرد كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي حيث نجده قد نص في المادة 1118 من ق.م.ف⁴⁸ على أن :

" La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section."

فالغبن لا يعتد به في القانون الفرنسي إلا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر⁴⁹ ، و اعتبر

الغبن في هذه الأحوال عيبا في العقد يجيز للمتعاقد المغبون أن يطالب برفعه.

44 - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص.483 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.389 .

45 - إلا أننا قد نصادف علاقة تعاقدية تنطوي على تفاوت فاحش أي غير عادي بين التزامات المتعاقدين ، إلا أن هذا التفاوت قد يكون له مبرر خاص كأن يكون لأسباب مهنية كتشجيع التجارة أو لأسباب عائلية كبيع عقار من والد لولده مراعاة لظروفه ففي هذه الحالات لا يبرر الفارق الكبير في الثمن طلب إبطال العقد للغبن لأن لهذا الفارق مبرراته و هي مشروعة ؛ مصطفى العوجي ، القانون المدني ، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، ج.1 ، ط. 04 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2007 ، ص. 426.

46 - محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص. 170 ؛ العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص.471 ؛ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 197.

47 - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 202 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 368.

48 - تنص المادة 1118 من ق.م.ف على أنه : "لا يعيب الغبن الاتفاقات إلا في بعض العقود أو حيال بعض الأشخاص ، كما سيتم توضيحه في ذات القسم".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بدوره بنظرية الغبن على سبيل الاستثناء و حصر تأثيرها على عقود محددة، إذ نصت المادة 91 ق.م : "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

تعليل ذلك أن المشرع إذا اعتبر الاستغلال عيبا يشوب الرضا وجد أنه لا بد من الأخذ بالغبن في بعض العقود باعتباره عيبا في العقد ذاته بصرف النظر عن وجود الاستغلال كعيب في الرضا أم لا. و هذه الحالات وردت على سبيل الحصر في عقود ثلاثة ، نذكرها فيما يلي :

- **عقد بيع عقار** : نصت على هذه الحالة المادة 358 ق.م إذ يحق للبائع طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل إذا بيع عقاره بغبن يزيد عن الخمس⁵⁰ ، و يجب لتقدير الغبن في هذه الحالة أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت عقد البيع⁵¹ ، و تسقط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع ، و بالنسبة لعديمي الأهلية من يوم انقطاع سبب العجز ، و يجب ألا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا اكتسب حقا عينيا على العقار المبيع ، كما أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون طبقا للمادة 360 ق.م.

الملاحظ من خلال نص المادة 358 من ق.م أن المشرع راعى فقط مصلحة البائع الذي وقع في الغبن و لم يراع مصلحة المشتري الذي قد يتأثر كذلك من وقوعه في غبن يزيد عن الخمس بتقديمه لأكثر ما يستحقه المبيع من قيمة و في هذه الحالة ليس أمامه سوى رفع دعوى وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 90 من ق.م متى توافرت شروط إعمالها ، و هذا ما يجعل نص المادة معرض للنقد من هذا

49 - الملاحظ على المشرع الفرنسي أنه أراد عدم التوسع في تقييد حرية المعاملات تاركا للمتعاقدين المجال فسيحا للسعي وراء الأرباح و الفوائد ، باستثناء التي تنال بطرق احتيالية ، فعلى سبيل المثال أجاز دعوى الغبن بالنسبة إلى القاصر مهما كان نوع العقد و مهما كانت نسبة الفرق بين القيمة و الثمن (المادة 1305 ق.م.ف)، كما أجاز دعوى الغبن في بعض العقود: كعقد بيع و قسمة العقار (المادتين 891 ، 1674) ، كذلك عقد بيع المواد الزراعية (القانون الصادر بتاريخ 1979/07/13 ، و كذلك عقد المساعدة البحرية (القانون رقم 545 - 67 المؤرخ في 1967/07/07) ؛ أنظر Jacques Fluor , Jean-Luc Aubert , Eric Savaux , Les obligations 1, L'acte juridique , éd. Dalloz 12.édition , 2006, p. 195.

50 - المشرع الجزائري حدد النسبة بالخمس متأثرا بالفقه الاسلامي و مخالفًا للمشرع الفرنسي الذي حددها بـ 12/7 في بيع العقار ، النصف في القسمة و النصف في التركة .

51 - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار صادر بتاريخ 2000/09/12 ، رقم القرار 245195 ، م.ق ، ع. 02 ، 2001 ، ص. 137.

الجانب و من جانب آخر من كون المشرع استبعد إعمال نظرية الغبن في بيع المنقولات و اقتصر اعمالها على العقارات فقط رغم وجود منقولات أكثر أهمية و أعلى قيمة من العقارات⁵².

- **عقد المقايضة** : لقد رتب المشرع سريان أحكام عقد البيع على المقايضة⁵³ بموجب نص المادة 415 ق.م التي جاء فيها : "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ، و يعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء و مشتريا للشيء الذي قايس عليه".

فقياسا على الغبن في بيع العقار ، تطبق أحكامه على المقايضة و يترتب على ذلك أنه إذا كانت الأشياء المقايض فيها غير متساوية القيمة مما يجعل التزامات المتعاقدين لا تتعادل البتة و وصل التفاوت بين القيمتين إلى حد وقوع الغبن في تقدير المتعاقدين ، جاز للمتعاقد المغبون أن يرفع دعوى الغبن متى توافرت شروطها.

- **القسمة الاتفاقية** : لا يجوز الرجوع في القسمة الاتفاقية إلا إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس و هذا ما نصت عليه المادة 732 ق.م إذ يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي⁵⁴ إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس⁵⁵ ، و العبرة في تقدير الغبن بقيمة الشيء وقت القسمة⁵⁶ ، و يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ، و للمدعى عليه أن يوقف سير الدعوى و يمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي المغبون ما نقص من حصته نقدا أو عينا.

52 - حفيظ دحمون ، المرجع السابق ، ص. 81 و ما يليها .

53 - الفرق بين البيع و المقايضة يكمن في "نوع المقابل" ففي عقد البيع يكون المقابل نقدي في حين يكون في المقايضة مقابل مالي غير نقدي حتى و إن كان جزء منه نقدا ، و قد عرف المشرع عقد المقايضة في المادة 413 ق.م بقولها : "هي عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود" ، و تنص المادة 414 ق.م على أنه : "إذا كانت الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود".

54 - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار صادر بتاريخ 2008/12/24 ، رقم الملف 446655 ، م.م.ع ، ع. 02 ، 2009 ، ص. 137.

55 - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار صادر بتاريخ 1987/12/16 ، رقم القرار 43462 ، م.ق ، ع. 03 ، 1992 ، ص. 14 ؛ قرار صادر بتاريخ 2007/07/11 ، رقم الملف 410107 ، م.م.ع ، ع. 02 ، 2008 ، ص. 249.

56 - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار صادر بتاريخ 1982/04/14 ، رقم القرار 19926 ، نشرة القضاة ، ع. خاص ، 1982 ، ص. 111.

إن سلطة القاضي في هذه الحالات⁵⁷ محددة في الرقابة على العقود فلا يجوز له التوسع فيها أو القياس عليها ، فالعقد المعيب بالغبن المجرد لا يمكن للقاضي التدخل لتعديله و لا يجوز للمتعاقد المغبون طلب إبطاله⁵⁸ بل يكون أمام هذا الأخير إذا كنا أمام حالة بيع عقار مثلا حق طلب تكملة الثمن و يقع عليه عبء إثبات عدم التعادل بين المبيع و الثمن.

و في جميع هذه الحالات يكون تقدير الغبن بالمعيار المادي لا بالمعيار الشخصي و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 20/06/2001⁵⁹ إذ جاء في حيثياته : "المستفاد من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما رفضوا دعوى الطاعنين الرامية إلى تكملة ثمن بيع العقار ، لعدم إثبات الغبن فإنهم يكونوا قد وقعوا في خلط بين دعوى الغبن و دعوى الاستغلال ؛ فدعوى الغبن تقوم على أساس مادي لا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط أو أنه كان ضحية غش بل أن يثبت فقط توافر شروط الغبن ، لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع و الثمن ؛ عكس دعوى الاستغلال، القائمة على الأساس الشخصي ؛ و بقضائهم كما فعلوا ، فإن قضاة الموضوع يكونوا قد شوهوا قرارهم بالخطأ في تطبيق القانون".

2/ الغبن الناتج عن الاستغلال (الغبن الاستغلالي)

إذا كان الغبن المجرد كما سبق القول يؤسس على واقعة عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد ، و معياره مادي بحت ، فإن الغبن الناتج عن الاستغلال لا ينظر عند تقديره إلى قيمة الشيء المادية ، بل إلى قيمته الشخصية باعتبار ظروف التعاقد ، فالغبن لا يقع إلا إذا أعطى الشخص ثمنا أكبر من القيمة

⁵⁷ - نجد الغبن أيضا في عقود الإذعان التي ستعرض إليها بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل ، و كذلك هناك حالات منصوص عليها في القوانين الخاصة مثل الغبن في بيع المؤلفات ، حيث تنص المادة 66 من الأمر رقم 03 - 05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق لـ 2003/07/19 ، ج.ر. ع. 44 المتضمن حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة على أنه : "يجب للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه ، و إن لم يحصل اتفاق يحق له رفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياسا بالربح المكتسب. و يعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

⁵⁸ - إن الغبن المجرد ليس سببا عاما لتقرير الإبطال على أساس أن المتعاقد البالغ ، الراشد ، العاقل له من الإدراك و التمييز ما يمكنه من حماية مصالحه بنفسه أو الاستعانة بأهل الخبرة لمساعدته في شؤون التعاقد إذا كانت المسألة تحتاج لأهل الاختصاص ، و هذا حفاظا على استقرار المعاملات بين الأشخاص.

⁵⁹ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار صادر بتاريخ 20/06/2001 ، رقم الملف 249694 ، م. ق. ع. 01 ، 2002 ، ص. 157.

الشخصية للشيء ، و هو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهما في قيمته أو مخدوعا فيها أو مضطرا إلى التعاقد،
و لا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة⁶⁰.

و تتخذ درجة تحديد الاختلال في التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد معيارا مرنا ، فهي لا تحدد
برقم يجب أن يصل إليه الغبن كما هو الشأن في الغبن المجرد ، و إنما تترك لظروف كل حالة ، و يكفي
أن يصل الاختلال إلى حد كبير ، و تجدر الإشارة إلى أن سلطة القاضي عند تقدير الغبن في هذه الحالة
تكون أكثر إطلاقا منها في الغبن المجرد ، و تعتبر من أهم مجالات تدخل القاضي لتعديل العقد⁶¹.

لقد اعتنقت التشريعات الحديثة النظرية النفسية للغبن و جعلت منها نظرية عامة تنطبق على جميع
العقود التي يستغل فيها أحد الطرفين عوز الطرف الآخر أو طيشه أو خفته استغلالا يحصل من خلاله
لنفسه أو غيره في نظير شيء يؤديه على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء ، بحيث يتبين من الظروف
أن هناك اختلالا فاحشا بين هذه الأداءات المتقابلة ، و قد قررت مختلف هذه التشريعات جزاءات
متفاوتة لمثل هذه العقود ، حيث نجد أن الجزاء هو إمكان إبطال العقد كما في القانون السويسري ،
أو بطلان مطلق كما في القانون الألماني ، أو اختيار بين الإبطال و الإنقاص كما هو الشأن في القانون
المدني المصري و بعض القوانين العربية الأخرى⁶² ، و اندمجت بذلك فكرة الغبن بمعناه التقليدي الضيق
و فكرة الاستغلال بمعناها الحديث الواسع و أصبح الاستغلال أحد العيوب التي يمكن أن تؤثر في العقد
عن طريق التأثير في الرضا ، و لم يعد الغبن إلا المظهر المادي للاستغلال⁶³.

لاشك أن المشرع الجزائري باعتناقه للنظرية الشخصية للغبن يكون بذلك قد تدارك القصور التشريعي
الذي شاب بعض الدول التي اعتنقت الغبن المجرد في حدود ضيقة مثل فرنسا⁶⁴ ، إذ أخذ بنظرية

⁶⁰ - محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص.61.

⁶¹ - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 472 ؛ المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 1983/02/16 ، ملف رقم 30072 ، م.ق ، ع. 02 ،
1989 ، ص.37.

⁶² - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص.102.

⁶³ - محفوظ لعشب بن حامد ، المرجع السابق ، ص. 184 ؛ عبد الحميد بن شنييتي ، المرجع السابق ، ص.29.

⁶⁴ - محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص.62.

الاستغلال كعيب عام يمكن أن يؤثر في جميع العقود في المادة 90 ق.م و احتفظ بالتطبيقات التقليدية للغبن في حالات محددة (المادة 91 ق.م) و أيضا في بعض النصوص الخاصة⁶⁵.

و عليه يمكن القول بأن سلطة القاضي مستبعدة في تعديل العقد في حالة الغبن المجرد ، في حين نجد أن القاضي يمارس هذه السلطة كاملة لرفع الغبن الناتج عن الاستغلال و إعادة التوازن إلى العقد ، متى توافرت الشروط المقررة قانونا.

هذا و بالنظر إلى المادة 90 ق.م "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو التزامات المتعاقد الآخر..." يلاحظ وجود نوعين من التفاوت : التفاوت بين التزامات المتعاقدين و التفاوت بين التزامات المتعاقد المغبون و الفائدة التي تحصل عليها⁶⁶.

- التفاوت بين التزامات المتعاقدين :

يتضح هذا التفاوت عند مقارنة الالتزام الذي يتحمله المتعاقد المغبون و قيمة الالتزام المقابل الذي يتحمله المتعاقد الآخر ، حيث تكون التزامات الطرفين متفاوتة كثيرا ، و يتحقق ذلك في عقود المعاوضة سواء كانت عقود محققة المقابل ، أي محددة أو كانت من العقود الاحتمالية أو من عقود الغرر⁶⁷.

- التفاوت بين التزامات المتعاقد المغبون و الفائدة التي تحصل عليها :

65 - درماش بن عزوز ، المرجع السابق ، ص. 122.

66 - يرى الأستاذ علي فيلاي أنه بالنظر إلى نوع العقد المعني بالاستغلال قد يتمثل العنصر المادي في التفاوت بين التزام المتعاقد و العوض الذي يتحصل عليه أو في التفاوت بين حظ الربح و الخسارة اللذين يتحملهما كل متعاقد ، أو في انعدام العوض أصلا ؛ علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 151.

67 - عقود الغرر أو العقود الاحتمالية هي تلك العقود التي لا يستطيع فيها أطراف العقد تحديد مقدار ما يحصل عليه من فائدة وقت العقد ، و إنما يتحدد ذلك تبعا لحادثة غير محققة ، أو حادثة محققة يجهل وقت وقوعها ، و قد عرف المشرع الجزائري عقد الغرر في المادة 57 فقرة 02 ق.م. و أورد تطبيقاته في الباب العاشر من القانون المدني تحت عنوان عقود الغرر و هي القمار و الرهان و المرتب لدى الحياة و عقد التأمين و نظمها بالمواد من 612 إلى 625 ق.م.

يظهر هذا التفاوت متى كانت قيمة المنفعة التي حصل عليها المتعاقد من العقد تقل عن قيمة المنفعة أو الفائدة المقابلة التي حصل عليها المتعاقد الآخر و التي قد تكون غاية معنوية تتحقق عادة في عقود التبرع ، فإذا لم يكن هناك تفاوت بينهما فلا يمكن أن يغبن أحد المتعاقدين .
إلا أن هناك من لا يفرق بين الالتزام المقابل و الفائدة المقابلة و يرى بأن الركن المادي يتحقق عندما تتفاوت قيمة المنفعة التي يحصل عليها المتعاقد من العقد إذ تقل عن قيمة المنفعة أو الفائدة المقابلة التي تحصل عليها المتعاقد الآخر⁶⁸ .

ثانياً: معيار تقدير التفاوت بين أداءات المتعاقدين

إن تحديد التفاوت بين أداءات المتعاقدين للقول بوجود الغبن الاستغلالي في العقد أم لا ، مسألة في غاية الأهمية و ذلك لعدم وجود نسبة محددة أو رقم ثابت لتقدير التفاوت كما هو الحال في الغبن المجرد ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى نظراً للفرق بين السعر الحقيقي للشيء و قيمته عند الشخص ؛ فقد ينظر إليه نظرة موضوعية و تكون بحسب قيمة الأشياء في السوق و قد ينظر إليه نظرة شخصية تختلف فيها القيمة باختلاف المتعاقدين.

أ - موقف الفقه من مسألة تقدير التفاوت بين الأداءات

لقد اختلف الفقه⁶⁹ حول هذه المسألة فهناك من يرى أن القاضي حين تقديره للتفاوت بين الأداءات لا ينظر إلى الاختلال الفادح في القيمة المادية للشيء بذاته و إنما يعتد بقيمة الشيء الشخصية عند المتعاقد (أي القيمة التي كان مستعداً لدفعها من أجل الحصول على الشيء محل التعاقد).

⁶⁸ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.390.

⁶⁹ - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 471 ؛ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 199 ؛ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 230؛
ربما فرج مكّي ، المرجع السابق ، ص. 224.

و المقصود بالقيمة الشخصية التي يعتد بها القاضي في تقديره بأنها ما يمكن أن يحصل عليه الطرف المغبون من فائدة أو منفعة فعلية مقابل التزامه ، و لا يقصد بها القيمة التي قبلها المغبون فعلا ، لأن الاعتماد بها يؤدي إلى عدم وجود غبن.

إلا أن هناك جانب آخر من الفقه⁷⁰ يرى بأن القيمة المعقولة التي يجب الاعتماد بها لتقدير وجود اختلال فادح بين أداءات المتعاقدين هي قيمة الشيء المادية في التعامل المعتاد مع أخذ الظروف الشخصية للمتعاقدين بعين الاعتبار ، و قد برر أصحاب هذا الرأي موقفهم على أساس أن النظر إلى التفاوت بين أداءات المتعاقدين من خلال قيمة الشيء الشخصية في نفس المتعاقد وقت التعاقد مهما زاد أو تجاوز قيمته المادية في السوق يتعارض مع مبادئ العدالة ، فالعامل مثلا قد تدفعه الضرورة أو الحاجة إلى قبول عمل يبذل من خلاله جهدا كبيرا بمقابل بخس ، فإذا اعتبرنا قبوله رضا فلا يمكن التدخل لحمايته لأنه لا يوجد اختلال فادح من خلال منظوره الشخصي⁷¹.

ب - موقف المشرع الجزائري من مسألة تقدير التفاوت بين الأداءات

لقد اكتفى المشرع بوصف التفاوت بـ "الكثير" دون تعيين مقدار حسابي له ، إذ لم يضع معيارا محددًا أو رقما معينًا يجب أن يبلغه الفارق حتى يتوافر عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة كما هو الحال في الغبن المجرد (كالغبن في بيع العقار الذي حدده بالخمسة)⁷² ، و السبب في ذلك يعود إلى طبيعة العيب إذ أن العبرة بالدرجة الأولى هي بنفسية المتعاقد و بالقيمة الشخصية للأداءات و ليس بقيمتها الاقتصادية⁷³ ، و بالتالي يمكن القول أن التفاوت في اختلال التعادل يقدر بالمعيار المادي ، و لكن هذا المعيار ليس رقما محددًا ثابتًا و إنما هو معيار متغير بحسب الحالة و ظروف كل متعاقد ، و الملابسات و الظروف المحيطة

⁷⁰ - أنظر ، جميل الشرفاوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص.134 ؛ محمد علي الخطيب ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني و المصري و الفقه الاسلامي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، مصر ، 1992 ، ص.179.

⁷¹ - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص.108.

⁷² - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص.470.

⁷³ - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص.153 ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.636.

بواقعة التعاقد ككل ، إذ يرى الأستاذ العربي بلحاج أن المعيار هنا مختلط موضوعي و شخصي في آن واحد⁷⁴ .

و العبرة في تقدير التفاوت هي بقيمة الشيء وقت إبرام العقد و ليس بعد ذلك ، فلا عبرة لما تصير الأمور إليه في تاريخ لاحق⁷⁵ .

لقاضي الموضوع سلطة واسعة في تقدير التفاوت الذي يقتضي الحماية (التفاوت الذي يتجاوز المؤلف المتعامل به) و ذلك بالنظر إلى كل قضية على حدا طالما أن المشرع لم يضع معيارا محددًا كما سبق الذكر ، و تقديره يكون وفقا لظروف الحال و ما تعارف عليه الناس بالنظر إلى الأسعار المتداولة في السوق إذا كان العقد بيعا ، أو قيمة الشيء بالنظر إلى مواصفاته كقيمة لوحة فنية⁷⁶ ، كما يمكنه إن تطلب الأمر اللجوء إلى خبرة فنية⁷⁷ إذا لم توفر له عناصر القضية المعروضة أمامه ما يمكنه من تحديد القيمة الحقيقية للشيء ، فمسألة التفاوت هي مسألة وقائع و ليست مسألة قانون و لا رقابة للمحكمة العليا على القاضي عند تقديره له طالما يؤسس حكمه على أسباب سائغة تفيد اختلال التوازن بين الأداءات اختلالا فادحا بالإضافة إلى إثبات استغلال ضعف معين في نفس المتعاقد⁷⁸ .

إلا أن النقد الذي يمكن أن يوجه للمشرع في هذه الحالة هو ما قد يحمل على القاضي من انعدام الدقة عند تقديره للتفاوت في غياب معيار قانوني محدد لذلك ، ناهيك عن اختلاف القضاة بشأن قضايا مماثلة في تقدير التفاوت⁷⁹ .

74 - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 471.

75 - أنظر ، أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، منشورات الجامعة الأردنية ، ط. 01 ، 1987 ، ص. 120 ، العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 470 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 395.

76 - مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص. 426.

77 - يمكن الأمر بإجراء خبرة في دعوى الغبن لمعرفة مدى عدم التعادل المادي ؛ المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 1985/03/06 ، ملف رقم 34834 ، م.ق ، ع. 01 ، 1990 ، ص. 86.

78 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 153 ؛ العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 471 ؛ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 199.

79 - بن عزوز درماش ، المرجع السابق ، ص. 161.

الفرع الثاني

استغلال الضعف النفسي للمتعاقد المغبون

بعد بحث القاضي عن شرط وجود الاختلال بين أداءات المتعاقدين الذي يعتبر العنصر المادي لنظرية الاستغلال و الذي يقول عنه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : بأنه "مفتاح الموقف في مجال الإثبات ، كونه يلفت النظر إلى الظروف غير العادية التي تم فيها العقد"⁸⁰ ، ينتقل القاضي إلى البحث عن الحالة النفسية لمن وقع عليه الاستغلال أي العنصر النفسي المتمثل في وجود حالة من حالات الضعف النفسي في المتعاقد المغبون (أولا) ، و أن يستغل المتعاقد الآخر هذا الضعف (ثانيا) ، و أن يكون هذا الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد (ثالثا).

فحسب هذه النظرية لا يكتفى بالاختلال بين الأداءات وحده و إنما يجب أن يأت ذلك نتيجة استغلال أحد الطرفين لطيش أو هوى الطرف الآخر.

أولا : الضعف النفسي للمتعاقد المغبون

بالرغم من تعدد نواحي الضعف الإنساني⁸¹ التي يمكن أن تكون موضع استغلال إلا أن المشرع الجزائري في المادة 90 ق.م حصرها في الضعف النفسي هذا من جهة ، و من ناحيتين منه فقط هما الطيش البين (أ) ، و الهوى الجامح (ب)⁸² .

أ - الطيش البين

80 - أنظر ، عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في القوانين العربية ، ج.01 ، دار النهضة العربية ، ط. 1990 ، ص. 265.

81 - تتعدد نواحي الضعف الإنساني فهناك الحاجة أو الضرورة أو عدم الخبرة أو عدم الإدراك و غير ذلك من الحالات التي من شأنها إضعاف إرادة الانسان و دفعه إلى التعاقد دون اختيار ، العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 475 ؛ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص. 98 ؛ عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة ، موسوعة القانون المدني المصري ، القاهرة ، ط. 01 ، د. دن ، 1984 ، ص.391.

82 - لقد وردت كلمتي الطيش و الهوى في نص المادة 90 ق.م الصادر سنة 1975 باللغة العربية بدون وصف ، في حين وصف نص نفس المادة باللغة الفرنسية الطيش بالبين و الهوى بالجامح ، غير أن المشرع الجزائري و في تعديله للقانون المدني سنة 2005 تدارك السهو و أعاد صياغة النص باللغة العربية بذكر هذين الوصفين.

يقصد بالطيش الإقدام على اتخاذ قرارات بدون تفكير سابق ، و التسرع في إبرام تصرفات دون تقدير عواقبها ، و هو أيضا عدم الخبرة بالأمر و الاستهانة الشديدة بعواقبها ، و يعرف عند البعض الترف و الخفة و عدم الاكتراث بالعواقب و سوء التقدير⁸³ ، و يشترط في الطيش أن يكون بينا أي واضحا و ظاهرا⁸⁴.

إن حالة الطيش تشبه إلى حد كبير حالة السفه ، التي تتميز أيضا بتبذير المال و إتلافه على خلاف ما يقتضيه العقل و الشرع ، و الفرق بين الحالتين يتمثل في أن السفه حالة مستمرة تعتري الانسان فتجعله لا يحسن التدبير في تصرفاته ، و يعتبر السفه ناقص الأهلية لذلك أوجب المشرع الحجر عليه ، على عكس الشخص الذي يعتريه الطيش فهو يتمتع بأهلية كاملة لأن الأمر يقتصر على عيب طارئ في الإرادة⁸⁵.

من أمثلة الطيش البين أن يرث شاب مالا كثيرا فيقع بين أيدي المستغلين الذين يستغلون طيشه و يقومون بدفعه لإبرام عقود تجرده من ماله.

ب - الهوى الجامح

يقصد به الميل الشديد ، الولع أو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد تفقده دون أن يدري سلامة الحكم على أعمال معينة هي موضوع هذه الرغبة.

و يقصد به أيضا شدة تعلق شخص بشيء معين أو بشخص معين يسعى لتحقيق رغباته دون تبصر بأية وسيلة كانت و بأي ثمن كان⁸⁶.

⁸³ - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 473 ؛ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 200 ؛ أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 121 ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص. 350 ؛ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص. 95.

⁸⁴ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 1987/02/25 ، ملف رقم 39190 ، غير منشور ؛ أشار إليه : أحمد لعور و نبيل صقر ، القانون المدني نسا و تعليقا ، دار الهلال للخدمات الاعلامية ، الجزائر ، 2007 ، ص. 43.

⁸⁵ - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 156 ؛ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص. 95.

⁸⁶ - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 157 ؛ العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 473 ؛ محمد صبري السعدي ، ص. 206 ؛ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص. 96 ؛ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 290.

إن الرغبة الشديدة التي تتولد عن الهوى تضغط على إرادة المتعاقد المغبون ، فتمثل نوعاً من الإكراه ، يفقد المتعاقد حرية التصرف ، فيفسد رضائه ، و يجب أن تفوق شدة هذا الميل الحد المعقول بحيث لا يستطيع المغبون دفعها أو تحملها⁸⁷.

فهذه الحالة النفسية التي تنال من إدراك و تمييز المتعاقد تتطلب حماية قانونية و هذا ما يبرر إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء .

من أمثلة الهوى الجامح نحو الشيء أن يعجب أحد هواة جمع التحف بقطعة فنية إلى حد أن تأسر عقله و تفكيره فيدفع مبلغ خيالي من أجل الحصول عليها ، و من أمثلة الهوى الجامح نحو شخص تزوج رجل طاعن في السن بإمرأة شابة فتستغل هوى زوجها لها لتبرم من العقود ما تشاء ، أو تزوج إمرة غنية من شاب عن ميل و هوى فيستغل ذلك ليبرم عقوداً يملئها عليها.

فالطيش البين و الهوى الجامح يعيبان الإرادة و يدفعاها لإبرام عقد ما كان ليرضاه الشخص السوي و لا يقبل نتائجه و آثاره لو لم يستغل فيه الاندفاع الأعمى دون بصيرة و دون روية من شخص يريد الدخول في عملية تعاقد.

هذا و لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير الطيش البين و الهوى الجامح تبعاً للظروف والأحوال التي تختلف من شخص لآخر ، إذ لم يضع المشرع معياراً محدداً لإثباتهما⁸⁸ ، و حسن ما فعل بحيث فسح المجال للقاضي لتحليل كل حالة على حدى و تقدير الأدلة المقدمة في الدعوى ، إلا أن القول بوجود ما يصح استغلاله (و هو ما حصره المشرع في حالتين كما سبق الذكر الطيش بالين أو الهوى الجامح) تعتبر من مسائل القانون التي يخضع القاضي بصدها لرقابة المحكمة العليا.

87 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.400.

88 - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 473 ؛ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص.96.

ثانيا : استغلال حالة من حالات الضعف النفسي للمتعاقد

يتحقق هذا الشرط إذا كان من تعاقد مع الطرف المغبون قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا
فبالإضافة إلى الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون تشترط أحكام المادة 90 ق.م أن يستغل
المتعاقد الآخر هذا الضعف ، فيدفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد.
فلا بد أن تتوافر لدى المتعاقد الآخر نية الاستفادة من هذا الضعف النفسي ، فعدم التعادل الفادح في
الحقيقة قرينة على توافر هذه النية المبيتة⁸⁹.

و لا يشترط أن يكون صاحب هذه النية هو نفس الشخص الذي يستفيد من التصرف فقد يكون
شخص آخر (مثال أن تطلب الزوجة من زوجها الطاعن في السن أن يهب أخاها شيء من ممتلكاته
مستغلة في ذلك حبه الشديد لها).

النية تقتضي العلم و بالتالي فالاستغلال يقتضي علم المتعاقد المستفيد من الضعف الذي يعتري
المتعاقد المغبون ، و أن تصرف إرادته إلى استغلال هذا الظرف بقصد الحصول على فائدة ، و بالتالي فإن
ما يقوم به المستغل يعتبر عمل غير مشروع قد يسأل عنه مدنيا و أحيانا جزائيا⁹⁰ .
لهذا فإن القاضي في بحثه عن العنصر النفسي لدى الطرف الآخر المستفيد من العقد ، لا ينحصر في
الكشف عن سلوك ايجابي معين صدر منه في سبيل حصوله من الطرف الضعيف على قدر يزيد عما قدمه
له ، كأن يساهم مثلا في إيجاد حالة الضعف التي يوجد فيها هذا الأخير ، بل يكفي أن يتحقق القاضي
من معرفة المستفيد بحالة الطرف الآخر (الضعيف) فيستغلها عن إدراك ، فمجرد العلم بحالة ضعف
المتعاقد الآخر و استغلالها كاف و لازم في نفس الوقت⁹¹ .

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن المتعاقد المستفيد قد يكون على علم بظروف المتعاقد المغبون و قد يكون
حسن النية لا علم له بها ، و في هذا الشأن يقول الأستاذ علي فيلاي : " أن توفر العنصر المادي و كذا

89 - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 475 .

90 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 158 .

91 - توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص.315 و مايليها ؛ محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص.115.

الضعف النفسي يكفي لحماية المتعاقد الضعيف بغض النظر عما إذا كان المتعاقد يعلم أو لا يعلم بهذا الضعف النفسي"⁹².

يبدو من نص المادة 90 ق.م أن إضافة المشرع لوصف "البين" للطيش و وصف "الجامح" للهوى كفيلا أن تكون حالة المتعاقد معلومة و ظاهرة للمتعاقد الآخر .

في حين يرى الأستاذ محمد سعيد جعفرور أنه : "إذا لم يعلم الطرف الآخر ، أو علم و لم يقصد أن يستغل الطرف الذي به طيش أو هوى ، فإنه لا يترتب على وجود الطيش أو الهوى لدى المغبون أي أثر ، إذ يبدو أن الأثر الذي يترتب على الاستغلال هو أقرب إلى أن يكون جزاء قصد الاستغلال لدى الطرف المستفيد من العقد ، من أي يكون نتيجة الضعف أو الوهن في إرادة من كان به طيش أو هوى"⁹³.

و يعتد بالضعف النفسي وقت إبرام العقد ، أي يشترط أن يكون المتعاقد المغبون قد أبرم العقد تحت تأثير طيش بين أو هوى جامح ، و زيادة على حماية المتعاقد المغبون الذي كان في ضعف نفسي وقت إبرام العقد يجب أن يكون المتعاقد الثاني قد استغل هذا الضعف.

فإذا ما ثبت للقاضي أن المتعاقد كان في حالة طيش بين أو واقع في هوى جامح انتقل للبحث عن الدافع إلى التعاقد.

ثالثا : كون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد

تشرط المادة 90 ق.م أن يكون الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد بقولها : "إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا"، فاستغلال الضعف النفسي للمغبون و قيام هذا الأخير تحت تأثير هذا الاستغلال بإبرام العقد يجعل إرادته

⁹² - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 99.

⁹³ - محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص. 99.

معينة لذلك لا يؤثر الاستغلال في صحة التصرف إلا إذا كان هو الذي حمل المتصرف على الإقدام عليه⁹⁴.

يقيم تقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، و لا رقابة للمحكمة العليا في ذلك⁹⁵.

و يقع على المتعاقد المغبون عبئ إثبات العنصر النفسي إذ هو عنصر مستقل عن العنصر المادي غير مستخلص منه و هو أمر صعب الإثبات في الواقع العملي لارتباطه بنفسية الشخص التي تعتبر أمر باطني⁹⁶.

في هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري : "على المتعاقد المغبون يقع عبء إثبات هذا العنصر النفسي إذ هو عنصر مستقل عن العنصر المادي ، لا مستخلص منه و لا مفروض"⁹⁷.

بمعنى أن على المدعي أن يقيم الدليل على العنصر المادي أولاً و هو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً⁹⁸ وقت إبرام العقد⁹⁹ ، و هذا بجميع طرق الإثبات القانونية باعتباره واقعة مادية و لا يكفي هذا وحده ، بل لابد أن يثبت كذلك أنه اندفع إلى إبرام العقد تحت تأثير الطيش البين الذي لحقه أو الهوى الجامح الذي أصابه ، كما عليه أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم بهذا الضعف و أنه استغله من أجل دفعه لإبرام العقد¹⁰⁰ ، و على القاضي أن يتأكد من الأدلة و الحجج التي تثبت حالة الضعف النفسي للمتعاقد.

94 - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص.180.

95 - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 473 ؛ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.201 ؛ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص. 105.

96 - محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص.64 ؛ محمد صبري السعدي ، نفس المرجع ، ص.201.

97 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 401 .

98 - أنظر ، غ.م ، قرار بتاريخ 1999/10/02 ، ملف رقم 191705 ، م. ق ، ع. 02 ، 1999 ، ص. 95 ؛ غ.م ، قرار بتاريخ 2000/01/12 ، ملف رقم 212782 ، م. ق ، ع. 01 ، 2001 ، ص. 114.

99 - أما إذا اختل التعادل اختلالاً فادحاً بعد إبرام العقد فإنه يخرج عن نطاق نظرية الاستغلال ، و هو يدخل في إطار أحكام الظروف الطارئة التي ستعرض إليها لاحقاً في المبحث الأول من الفصل الثاني.

100 - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 478 .

المطلب الثاني

مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

النتائج عن الاستغلال

تدخل المشرع لإعادة التوازن بين طرفي العقد من خلال منحه للقاضي سلطة يتحدد نطاقها إما بإبطال العقد أو الانقاص من التزامات الطرف الذي وقع عليه الغبن بسبب الاستغلال إلى حد عاب إرادته ، بالإضافة إلى سلطة تقدير العرض الذي يتقدم به الطرف المستفيد من الغبن لتوقي دعوى الإبطال (الفرع الأول) ، إلا أن نطاق هذه السلطة أورد عليه المشرع بعض القيود يجب على القاضي مراعاتها قبل التدخل لتعديل العقد و إلا كان حكمه معرضا للطعن بالنقض لمخالفته أحكام القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

النتائج عن الاستغلال

إذا توصل القاضي إلى وجود عيب الاستغلال في رضا أحد طرفي العقد محل الدعوى المطروحة أمامه أدى إلى وقوعه في غبن ، انتقل إلى دراسة الطلب القضائي الذي تقدم به هذا الأخير ، و الذي ينحصر في طلب إبطال العقد أو تعديله بانقاص التزاماته إلى الحد الذي يكفي لرفع الغبن عنه ، فالمشرع الجزائري خيره بين طريقتين لرفع الغبن عنه و هو ما لم يمنحه لمن عيبت إرادته بأحد العيوب الأخرى (الغلط ، التدليس و الإكراه) كما سبق الذكر¹⁰¹ ، إذ يختلف جزاء عيب الغبن الناتج عن الاستغلال عن جزاء باقي

¹⁰¹ - الجزء هو حق المتعاقد الذي عيبت إرادته في رفع دعوى لإبطال العقد فقط دون أن يكون له الحق في طلب تعديله ، راجع ص.15.

عيوب الرضا ، و يتمثل ذلك في قيام دعويين ، دعوى إبطال العقد (أولا) ، مع مكنة توقي هذه الدعوى إذا عرض الطرف الآخر ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن (ثانيا) ، و دعوى تعديل العقد (ثالثا) .

التساؤل الذي يطرح نفسه هنا هو ما مدى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في اختيار أحد الجزاءين المنصوص عليهما في نص المادة 90 ق.م ؟ و ما مدى سلطته في تقدير العرض الكافي لرفع الغبن توكيا لدعوى إبطال العقد ؟ هذا ما سوف نجيب عنه فيما يلي :

أولا : سلطة القاضي في دعوى إبطال العقد

لإزالة اختلال التوازن العقدي الناشئ عن الغبن الذي سببه الاستغلال ، أقر المشرع الجزائري دعوى الإبطال¹⁰² كوسيلة قانونية لصالح المتعاقد المغبون ، يتوقف إعمالها على إرادته الحرة دون أن يكون للقاضي الحق في إثارتها من تلقاء نفسه كما يمكنه أن يتنازل عن هذا الحق و يكون بذلك قد أجاز العقد¹⁰³ .

فالعقد المعيب في أحد أركانه و هو الرضا (لاستغلال إرادة الطرف الضعيف فيه) هو عقد باطل بطلانا نسبيا ، و البطلان النسبي وفقا للقواعد العامة ليس من النظام العام لا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه إلا إذا أثاره أحد الأطراف و هذا ما نصت عليه المادة 99 ق.م : "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

¹⁰² - البطلان هو الجزاء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو اختلاله ، و هو نوعين بطلان مطلق و بطلان نسبي (أو ما يسمى بالإبطال) ، فأما البطلان المطلق فهو جزاء العقد الذي تخلف ركن من أركانه (الرضا ، المحل ، السبب و الشكل الذي يتطلبه القانون بالنسبة للشروط الشكلية) ، و من تم يعتبر كأن لم يكن فيما بين طرفيه و أيضا بالنسبة للغير ، أما البطلان النسبي فهو جزاء العقد الذي تخلف فيه شرط من شروط صحته كوجود عيب في الرضا أو كان أحد طرفي العقد ناقص الأهلية ، و هذا العقد يمر بمرحلتين ، الأولى و هي قبل الحكم بإبطاله و فيها يكون العقد صحيحا و منتجا لآثاره غير أنه مهدد بالزوال إذا طلب ذلك من تقرر الإبطال لمصلحته ، و المرحلة الثانية إما تتأكد فيه صحته بالإجازة ، أو بالتقادم فيزول عنه البطلان ، و إما أن يحكم ببطلانه فيصبح وجوده القانوني عدما ، فتزول الآثار القانونية التي رتبها بأثر رجعي ؛ لتفاصيل أكثر راجع ، محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.234 و ما يليها .

¹⁰³ - إجازة العقد هي عمل قانوني يتم بإرادة منفردة و يصدر من جانب من تقرر لمصلحته البطلان النسبي ، و بالتالي فهي لا تحتاج إلى أن يقترن بها قبول ، و هي إما أن تكون صريحة تظهر في شكل كتابي أو شفوي ، و إما أن تكون ضمنية تستنتج من الوقائع التي تدل عليها دلالة قاطعة ، و قد نصت عليها المادة 100 ق.م بقولها : "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير" ؛ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص. 10 ؛ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.250.

و إثارته هنا مقررة للطرف الذي وقع عليه الاستغلال (الطرف المغبون)¹⁰⁴ و ليس للطرف الغابن و هو ما أكدته المادة 90 ق.م بنصها : "... جاز للقاضي بناء على طرف المتعاقد المغبون أن يبطل العقد ...".
فدعوى الإبطال جاءت لإصلاح العيب الذي شاب إرادة أحد المتعاقدين ، و الذي ترتب عنه تفاوت كبير في الالتزام الواقع على عاتقه مقارنة بالالتزام الطرف الآخر ، هذا التفاوت لم يكن ليرتب حق الإبطال لو كان لسبب آخر غير الاستغلال ، و عليه نرى أن حق الإبطال مقترن بعيب الإرادة ، و بالتالي فإن الغبن المجرد من الاستغلال لا يكون فيه العقد قابلا للإبطال ، أي ليس من حق الطرف المغبون رفع دعوى للمطالبة بإبطال العقد¹⁰⁵.

لقد منح المشرع الجزائري للمتعاقد المغبون حق اختيار الطريق الذي يرى أنه يحقق مصلحته فيقدم على الأكثر ملائمة بالنسبة إليه مع مراعاة ما للقاضي من سلطة تقديرية في تحقيق التوازن في العقد من خلال تقدير مصلحة المغبون بين إبطال العقد أو إنقاص الالتزام.

فإذا اختار المتعاقد المغبون رفع دعوى الإبطال فهذا لا يعني بالضرورة إبطال العقد ، بل إن الأمر متوقف على السلطة التقديرية للقاضي الذي له أن يستجيب لطلبه و يقضي بإبطال العقد إذا رأى أن الاستغلال قد أفسد رضاه و أن هذا الأخير لم يكن ليبرم العقد أصلا لولا هذا الاستغلال ، و إما أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد تعديلا للعقد بدلا من الحكم بإبطاله إلى الحد الذي يراه كافيا لرفع الغبن

104 - يعتبر حق إبطال العقد المقرر لمصلحة الطرف المغبون حق شخصي متعلق بمصلحة مالية ، و بالتالي و تطبيقا للقواعد العامة لنظرية الإبطال ، ينتقل هذا الحق إلى الخلف العام بحيث يمكن لورثة الطرف المغبون الحلول محله و رفع دعوى مباشرة لطلب إبطال العقد تأسيسا على الاستغلال الذي وقع فيه مورثهم ، أما الخلف الخاص فيعتبر حق الإبطال حق غير مباشر بالنسبة إليهم بحيث يمكنهم رفع دعوى غير مباشرة نيابة عن مدينتهم متى توافرت شروطها ؛ لتفاصيل أكثر راجع ، هائل حزام ميهوب العامري ، النظرية العامة للاستغلال ، الغبن الناتج عن الاستغلال ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الاسلامي ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2009 ، ص.387 ؛ المحكمة العليا، غ.م ، قرار صادر بتاريخ 2010/07/22 ، رقم القرار 584684 ، م.م.ع ، ع.01 ، 2011 ، ص.105.

105 - بن عزوز درماش ، المرجع السابق ، ص.166.

عنه إذا رأى بأن رضاه لم يكن معيبا إلى حد معين ، أي إذا رأى القاضي أن الإنقاص كاف لإزالة التفاوت الكبير حكم به دون أن يقضي بإبطال العقد¹⁰⁶ .

فالمشعر الجزائري استعمل عبارة "يجوز" مما يعني أن القاضي غير ملزم بالاستجابة لطلب المتعاقد المغبون المتعلق بإبطال العقد .

و يعلل الفقه¹⁰⁷ منح القاضي هذه السلطة بالقول أن طلب الإبطال يهدف إلى إنهاء العقد بالكامل و بالتالي فهذا لا يمنع من الحكم بالإنقاص من الالتزامات باعتباره أقل مما طلب المدعي ، فمن يملك الكل يملك الجزء مفترضا أن طلب الإنقاص يدخل ضمن طلب الإبطال .

إن الخيار بين هذين الجزاءين متروك لقاضي الموضوع الذي له السلطة في تقدير ظروف الدعوى و مصلحة الطرفين في الإبقاء على العقد أو إبطاله حسب ملاسبات كل قضية و ظروفها و لا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك ما دام استخلاصه للنتيجة مسببا تسببيا كافيا¹⁰⁸ ، فقد يحكم القاضي بالإبطال إذا كان أحسن وسيلة لرفع الغبن ، و قد يكتفي بإنقاص التزامات الطرف المغبون و لا يحكم بالإبطال (باعتباره هدم للعقد) لأسباب يمكن معالجتها لما في ذلك من مصلحة للطرفين ، و هو في اختياره هذا يعتمد على فكرة الملائمة في أعمال الجزاء وفقا لتقديره القضائي¹⁰⁹ .

¹⁰⁶ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ج.01 ، ص. 404 ؛ محمود عبد الرحمان محمد ، المرجع السابق ، ص. 130 ؛ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص. 278 ؛ أنظر ، المحكمة العليا، غ.م ، قرار صادر بتاريخ 1983/02/16 ، رقم الملف 30072 ، م.ق.ع.02 ، 1989 ، ص.37 .

¹⁰⁷ - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 161 ؛ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص. 398 ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص.228 .

¹⁰⁸ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص. 278 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 404 ؛ العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص.476 .

¹⁰⁹ - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 476 ؛ مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص.433 ؛ محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص.123 .

ثانيا : سلطة القاضي في تقدير العرض الكافي لتوقي دعوى الإبطال

حفاظا على استقرار العقد و الحقوق المكتسبة ، أتاح المشرع للمتعاقد المستفيد من الغبن فرصة اتقاء إبطال العقد المشوب بعيب الاستغلال إذا كانت له مصلحة في إبقاء العقد ، و ذلك بعرضه على الطرف المغبون زيادة في التزاماته (كالزيادة في الثمن) بحيث تكون هذه الزيادة كافية لرفع الغبن و لا يمكن لهذا الأخير أن يعترض على ذلك .

إذ تعتبر مسألة الزيادة في التزامات المتعاقد المستغل أمر إرادي محض يتم برضا المتعاقد و بإرادته التلقائية¹¹⁰ .

و القاضي ملزم بقبول عرض المستغل من حيث المبدأ¹¹¹ إلا أن تقدير الزيادة الكافية لإزالة التفاوت الفاحش بين الالتزامات يبقى خاضع لتقديره فهو من يقدر حجم الزيادة في الأداء المقابل ، و يعود بالاختلال الفادح بينهما إلى التوازن المعقول ، فالمطلوب من القاضي ليس إعادة المساواة بين الأداءات المتقابلة بل أن تصبح متعادلة قدر الإمكان لرفع التفاوت الفاحش فقط¹¹² .

غير أن هذا العرض الكفيل باتقاء الإبطال جائز فقط في عقود المعاوضة ، و هذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأخيرة من المادة 90 ق.م بقولها : " و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن" .

طبقا لهذه المادة يمكن رفع الغبن بالنسبة لعقود المعاوضة بالزيادة في مقدار التزامات المستغل عوض إنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو إبطال العقد.

إذن يستخلص من صياغة المادة 90 ق.م أن امكانية توقي دعوى الإبطال جائز في عقود المعاوضة بنص صريح ، و بمفهوم المخالفة لا يمكن للطرف الغابن توقي هذه الدعوى في غير عقود المعاوضة بما في

110 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص.162.

111 - إن مبدأ إلزامية العقد و وجوب المحافظة عليه طالما أنه لا يرتب ضررا لأحد طرفيه أو كلاهما ، هو الذي يجب أن يسود الموضوع ، فيجعل القاضي يميل نحو قبول العرض و رد دعوى البطلان ، لأن الإصرار على ممارستها بالرغم من إعادة التوازن للعقد بمبادرة من أحد طرفيه يمكن أن يشكل تعسفا في استعمال الحق ، و هو الأمر المرفوض قانونا و قضاءا ؛ مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص.433.

112 - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص.124.

ذلك عقود التبرع¹¹³ ، فالمتعاقد المغبون في عقود التبرع له رفع دعوى الإبطال دون أن يكون للمتعاقد الآخر الحق في توقي هذه الدعوى لأنه لم يدفع أي مقابل تصح زيادته لرفع الغبن ، فتوقي دعوى الإبطال إذن حكر على عقود المعاوضة فقط¹¹⁴ .

تخضع مسألة تقدير العرض الكافي لإزالة الغبن كما سبق الذكر ، إلى السلطة التقديرية للقاضي و لا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك ، إلا أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بالزيادة في التزامات المتعاقد المستفيد من الغبن من تلقاء نفسه أي ليست له سلطة في فرض هذا الاختيار¹¹⁵ ، و إن كان يملك الحق في تقديم هذا العرض للطرف المستغل الذي له أن يقبل به إذا رأى في ذلك مصلحة له حفاظا على العقد، أو أن يرفض العرض إذا رأى أن الالتزامات التي سيضيفها على عاتقه بقبوله لهذا العرض سيؤدي إلى ضياع ما كان يصبوا إليه من التعاقد ، (كشراء شخص لسيارة بثمن يعادل نصف ثمنها الحقيقي في السوق من شاب طائش ، هنا إذا رفع هذا الأخير دعوى لإبطال عقد البيع على أساس وقوعه في غبن ، فإنه يجوز للقاضي أن يعرض على المشتري زيادة في الثمن مقابل احتفاظه بالسيارة ، و أمام هذا الأخير إما قبول العرض و الالتزام بدفع مبلغ إضافي يقدره القاضي لتكملة تكملة ثمن السيارة ، أو يرفض العرض على أساس أن ثمن السيارة هو الذي دفعه لشرائها و بالتالي يحكم القاضي بإبطال العقد).

و من ثمة فائق الإبطال بالزيادة التي يعرضها الطرف المستغل ، مرهون بمدى تحقيقه للهدف الذي ابتغاه المشرع ، و هو رفع الاختلال في التوازن بين التزامات طرفي العقد ، فإذا حقق ذلك ، فإن القاضي سيحكم باستمرار العقد وفقا للتعديلات الجديدة.

و حق المستغل في توقي دعوى الإبطال بعرض ما يكفي لإزالة الغبن مستمر أثناء جميع مراحل سير الدعوى إلى غاية صدور حكم نهائي باث فيها ، حيث يستطيع أن يعرض هذا الأخير الزيادة التي يراها القاضي كافية لرفع الغبن في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و متى رأى في ذلك مصلحته ، و على

113 - عقود التبرع هي تلك العقود التي لا يأخذ فيها المتعاقد مقابلا لما أعطى ، و لا يعطي مقابلا لما أخذ ، و يقدر التفاوت في عقود التبرع بالنظر إلى مقدار التبرع بالنسبة إلى ثروة المتبرع ، فمن تلقى التبرع لم يدفع أي مقابل تصح زيادته لرفع الغبن.

114 - درماش بن عزوز ، المرجع السابق ، ص. 133.

115 - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 476 ؛ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص. 110.

القاضي أن ينظر في العرض حتى و إن قطعت الدعوى مراحل متقدمة لأن الإبقاء على العقد أولى من إبطاله ، هذا و يرى الأستاذ محمود عبد الرحمان محمد أن العرض يظل قائما حتى و لو صدر الحكم بالإبطال ما لم ينفذ بعد لأن الهدف هو دائما أولوية الإبقاء على العقد لما في ذلك من استقرار المعاملات، ذلك أن صدور الحكم لم يغير في المراكز القانونية شيئا ما لم ينفذ¹¹⁶.

يرى بعض الفقه¹¹⁷ أن الحكم القضائي يمكن أن يتضمن تحديد مدة ، يمكن فيها توقي الإبطال الذي صدر بشأنه هذا الحكم.

ثالثا : سلطة القاضي في دعوى إنقاص الالتزامات

تحقيقا لمبدأ استقرار المعاملات و مراعاة لمصلحة أطراف العقد منح المشرع للمتعاقد المغبون حق اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى يطلب من خلالها الإنقاص من التزاماته في العقد¹¹⁸ الذي تقررت قابليته للإبطال بسبب الاستغلال كوسيلة يراها مناسبة لرفع الغبن عنه بدلا من طلب إبطال العقد ، و يكون القاضي في هذه الحالة ملزما بالحكم وفقا لطلبات المدعي و ذلك بإنقاص التزاماته إلى حد رفع الغبن الكثير عنه . إلا أن تقدير نسبة الإنقاص من الالتزامات لإعادة التوازن إلى العقد أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي ، يقدره حسب الظروف المحيطة بالعقد و طرفيه ، و لا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا ، غير أن هذا الإنقاص لا يعني بأي حال من الأحوال أن يؤدي إلى المساواة بين التزامات الطرفين ، و لكن يكفي أن يكون إلى حد يرفع معه الغبن الكثير الذي وقع على المتعاقد المغبون¹¹⁹ ، و بالتالي فالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تعديل العقد في هذه الحالة واسعة المجال.

على خلاف دعوى الإبطال ، لا يجوز للقاضي أن يقضي بإبطال العقد إذا ما اقتصر طلب المتعاقد المغبون على إنقاص التزاماته إذ لا يجوز له الحكم بأكثر مما طلب منه احتراماً للقواعد العامة في

116 - محمود عبد الرحمان محمد ، المرجع السابق ، ص. 134.

117 - هائل حازم مهيب العامري ، المرجع السابق ، ص. 133.

118 - الفرق بين انقاص الالتزامات و الزيادة فيها هي أن الانقاص يكون بمقتضى القانون ، في حين أن الزيادة في الالتزامات ترجع إلى إرادة المستغل وحده.

119 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 162.

التقاضي¹²⁰ و إلا سيعرض حكمه للنقض ، فلا يسع القاضي إلا أن ينقص من التزامات المغبون إذا تحقق من وجود الاستغلال ، أو أن يرفض الدعوى إذا لم يتحقق الاستغلال و لا يحق له إحلال إرادته محل إرادة أحد المتعاقدين و فرض حل لا يرضى به ، و إلا اعتبر القاضي قد حكم للخصم بأكثر مما طلب منه¹²¹.

كما لا يجوز للقاضي أن يزيد من التزامات المتعاقد المستغل بدل أن ينقص من التزامات المتعاقد المغبون، حتى و لو كانت من طلبات هذا الأخير ، ذلك أن المادة 90 ق.م جاءت صريحة و لم تنص إلا على إنقاص التزامات المتعاقد المغبون إذا عرض المتعاقد المستغل ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن وفقا لما سبق بيانه¹²².

و يعد الإنقاص من الالتزامات أنسب طريق يسلكه الطرف المغبون لأن المشرع اعتد بالتفاوت الكثير و أراد إعفاء الطرف الضعيف من بعض ما يعتبره قد أرهاق كاهله من أعباء تحملها دون انصراف إرادته لذلك نتيجة عيب في رضاه ، بعدما انتهز الغابن حالته النفسية الضعيفة، فمادامت إرادته قد انصرفت لإبرام عقد بعينه فيكون من المناسب لتصور المشرع الإبقاء على العقد ضمانا لاستقرار المعاملات و الأمن في العقود.

فضلا عن ذلك إذا ثبتت سوء نية المتعاقد المستفيد يجوز للمتعاقد المغبون فضلا عن حق على طلب إبطال العقد أو الإنقاص من التزاماته أن يطلب تعويضا عن الضرر الذي لحق به طبقا للمادة 124 ق.م. خلاصة القول أن القاضي بعد أن ينتهي من أعمال سلطته التقديرية في إثبات وقوع الاستغلال من خلال الوقائع المعروضة عليه و وفقا للشروط المقررة قانونا ، يقوم بالاختيار بين عدة آثار قانونية قابلة

¹²⁰ - يعرف الطلب القضائي بأنه العمل القانوني الذي يوجهه بطرح المدعي ادعائه على القاضي فلا طلب بدون ادعاء ؛ تنص المادة 25 ق.م.إ على أنه : "يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى و مذكرات الرد" ؛ و تنص المادة 26 من نفس القانون على أنه : "لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات و المرافعات" ؛ المحكمة العليا ، غ.م ، قرار صادر بتاريخ 2001/04/03 ، رقم القرار 246329 ، م.ق ، ع. 01 ، سنة 2002 ، ص. 161.

¹²¹ - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 162 ؛ العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص. 476 ؛ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 201 ؛ مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص. 434.

¹²² - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 121.

للانطباق على واقع الدعوى إعمالا بقاعدة الملائمة في أعمال الجزء¹²³ ، و تنحصر هذه الآثار في إحدى صورتين إبطال العقد أو تعديله ، إلا أن هذه السلطة لم تمنح للقاضي على إطلاقها ، و هذا ما سوف نتعرض إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

النتج عن الاستغلال

إن نشاط القاضي التقديري في مجال إعادة التوازن العقدي من خلال تدخله لتعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال ليس نشاطا يمارسه القاضي كيف و متى يشاء ، و إنما يجب عليه مراعاة القيود التي وضعها له المشرع ، و المتعلقة بصفة الشخص الذي يحق له رفع دعوى الغبن (أولا) ، و نواحي الضعف النفسي المنوطة بالحماية (ثانيا) ، و كذا مراعاة الأجل المحدد قانونا لرفع هذه الدعوى (ثالثا) ، و أخيرا طبيعة عمل القاضي (رابعا) .

أولا : صاحب الحق في رفع الدعوى

يقتصر الحق في رفع دعوى رفع الغبن الناتج عن الاستغلال على المتعاقد المغبون الذي وقع عليه الاستغلال وحده دون غيره كما ورد في نص المادة 90 ق.م.: "... بناء على طلب الطرف المغبون..." . فهو المتضرر من العقد و بالتالي هو صاحب الصفة و المصلحة في رفع الدعوى¹²⁴ ، فله حرية رفع دعوى الإبطال أو الإنقاص ، كما له قبول العقد و الإبقاء عليه رغم علمه بأنه ضحية استغلال.

123 - عبد الحميد بن شنيقي ، المرجع السابق ، ص. 38 .

124 - تعتبر الصفة و المصلحة من الشروط التي أزم المشرع توافرها تحت طائلة عدم قبول الدعوى ، إذ نص في المادة 13 ق.إ.م.إ على أنه : "لا يجوز لأي شخص النقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون" ؛ لتفاصيل أكثر حول الموضوع راجع ، عمر زودة ، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء ، ENCycloPEDIA Edition Communication ، د.ط. ، د.س.ن ، ص.42 و ما يليها.

نلاحظ هنا أن المشرع قد علق سلطة القاضي في التدخل في هذه الحالة على طلب الطرف المغبون و بالتالي لا يجوز للقاضي أن يثير من تلقاء نفسه مسألة وقوع أحد المتعاقدين في غبن بسبب استغلال ضعفه النفسي بمناسبة نظره لدعوى تنفيذ العقد ، و هذا يعتبر قصورا تشريعيا على المشرع إعادة النظر فيه و منح القاضي سلطة التدخل تلقائيا لتعديل العقد حتى و لو لم يطلب الطرف المغبون ذلك تكريسا لقواعد العدالة التعاقدية¹²⁵ .

و عبء اثبات الاستغلال يقع على عاتق المتعاقد المغبون¹²⁶ وفقا للقاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى" ، فعليه إقامة الدليل على اختلال التعادل بين الالتزامات المتقابلة اختلالا فادحا وقت انعقاد العقد ، و على أنه اندفع إلى إبرام العقد تحت تأثير الطيش البين الذي لحقه أو الهوى الجامح الذي وقع فيه حسب الظروف و الملابسات الخاصة بكل حالة على حدى ، و يكون ذلك بجميع طرق الإثبات القانونية بما فيها شهادة الشهود و القرائن القانونية باعتباره واقعة مادية.

ثانيا : نواحي الضعف النفسي

لقد قيد المشرع من سلطة القاضي فيما يخص حالات الضعف النفسي المنوطة بالحماية بموجب نص المادة 90 ق.م.بجالتين فقط و هما الطيش البين و الهوى الجامح .

و بالتالي لا يتدخل القاضي لحماية الطرف المغبون نتيجة لاستغلال نواح أخرى من الضعف الإنساني المتعددة كالحاجة أو الضرورة¹²⁷ ، أو عدم الخبرة أو ضعف الإدراك و غيرها من الحالات الأخرى التي من شأنها إضعاف إرادة الشخص ودفعه إلى التعاقد دون اختيار و تتطلب دواعي العدالة حمايته إذا وقع فيها.

¹²⁵ - أنظر ، فؤاد محمود معوض ، دور القاضي في تعديل العقد ، دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ، 2008 ، ص. 300.

¹²⁶ - توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 313.

¹²⁷ - يؤخذ على المشرع الجزائري أنه استبعد أهم ميدان تطبيق فيه نظرية الاستغلال و المتمثل في الحاجة مع العلم أنه أخذ بحالة الضرورة أو الحاجة في النص المتعلق بالاستغاثة البحرية ، و لكن يعتبر هذا النص نص خاص و كان من الأفضل أن يأخذ بحالة الحاجة في نص المادة 90 ق.م.باعتبارها نص عام.

في هذا الصدد يرى الأستاذ العربي بلحاج أنه : "من المستحسن لو جاءت المادة 90 ق.م في شكل مبدأ عام ، أي بمقتضى صياغة عامة ، تركز على اعتبار الاستغلال عيب عام في الإرادة ، دون إيراد تفاصيل لذلك ، إذ أن الاستغلال يكون في الواقع العملي متى ثبت الطيش البين ، أو الهوى الجامح ، أو الحاجة الملحة أو النفوذ الأدبي ، أو الضرورة لضعف نفسي أو مرضي أو ضعف ظاهري ، أو غيرها من الحالات المشابهة ، كالجهل و عدم الخبرة و نقص التجربة أو المهنية ، و غيرها من الظروف يستغلها المتعاقد الآخر أو الغير ، مع علم هذا المتعاقد أو سهولة علمه بذلك "128 .

نحن نؤيد هذا الرأي لأن القاضي قد تطرح عليه حالة شخص أقدم على إبرام عقد معين و وقع في غبن بسبب نقص خبرته الفنية في مسألة ما و مع ذلك ترفض دعواه لعدم وقوعه ضحية طيش بين أو هوى جامح ، فهنا الحماية المقررة للمتعاقد المغبون من عيب الاستغلال في حقيقة الأمر جاءت ناقصة المضمون .

فص المادة 90 ق.م بحالته الراهنة يعجز عن تحقيق الهدف الذي توخاه المشرع و هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية¹²⁹ .

إلا هناك من يبرر حصر المشرع لحالات الاستغلال على الطيش و الهوى فقط دون غيرها ، و ذلك إمعانا في تضيق الدائرة التي يطبق فيها الاستغلال خشية من التحكم و رغبة في انضباط التعامل و استقراره¹³⁰ .

128 - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص.475.

129 - لقد جاءت بعض التقنينات المدنية أوسع نطاقا من نص المادة 90 ق.م فنصت على حالات أخرى يقع عليها الاستغلال غير حالتي الطيش و الهوى على سبيل المثال : المادة 138 ق. الألماني (الإضرار و السناجة و قلة الخبرة) ، المادة 125 ق.م. عراقي التي ذكرت (الحاجة و الطيش و الهوى و عدم الخبرة و ضعف الإدراك) ؛ المادة 214 ق. الموجبات و العقود اللبناني التي ذكرت (الضيق و الطيش و عدم الخبرة) ؛ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص. 98 .

130 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.397 - 398.

ثالثاً : ميعاد رفع الدعوى

حتى و لو توافرت أمام قاضي الموضوع جميع شروط قيام حالة الغبن الناتج عن الاستغلال و تبين له بعد الاطلاع على العقد محل النزاع ، أن سنة كاملة من تاريخ إبرامه قد انقضت ، قضى بسقوط الخصومة، و بالتالي فإن المشرع يكون يجعله ميعاد رفع الدعوى بسنة واحدة قد قيد من سلطة القاضي من حيث الزمان¹³¹ .

لذلك يجب رفع دعوى رفع الغبن الناتج عن الاستغلال خلال مدة سنة تسري من تاريخ إبرام العقد، هذا ما نصت عليه المادة 90 ق.م في فقرتها الثانية بقولها "يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، و إلا كانت غير مقبولة".

و تعتبر هذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم¹³² فلا تقبل القطع و لا الوقف لذلك و جب رفع الدعوى قبل انتهائها ، فبعد ذلك يصبح العقد نافذا و بأثر رجعي ؛ أي من يوم إبرامه و ليس من يوم انقضاء المدة ، و بذلك لا يجوز إثارة إبطاله لا في صورة دعوى و لا في صورة دفع¹³³ .

الملاحظ في هذا المقام أن المشرع لم يحقق العدالة بين ضحية الغبن الناتج عن الاستغلال و ضحية عيوب الارادة الأخرى (الغلط و التدليس و الإكراه) من حيث المدة المقررة له للحماية و من حيث ميعاد رفع الدعوى إذ جعل الدعوى الناشئة عن الغبن الناتج عن الاستغلال سواء لطلب الإبطال أو الإنقاص من الالتزامات تمارس خلال مدة سنة من تاريخ إبرام العقد و المفروض و الأقرب إلى المنطق أن يبدأ الميعاد من وقت انتهاء الأسباب التي أدت إلى الاستغلال ، فلو افترضنا استمرار الحالة لأكثر من سنة فإن ضحية الاستغلال يفوته الحق في الطعن في العقد .

131 - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص.400.

132 - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 202 ؛ علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص. 69 ؛ و الفرق بين مدة السقوط و مدة التقادم هو أن الأولى لا تقبل الوقف و لا الانقطاع، فبمجرد انقضاء مدة السنة تصبح الدعوى غير مقبولة ، حتى و لو تخللتها أسباب وقف المنصوص عليها في المادة 213 ق.إ.م.إ و تتعلق بإرجاء الفصل في الخصومة أو شطبها من الجدول ، أو أسباب الانقطاع المنصوص عليها في المادة 210 ق.إ.م.إ. كتغير أهلية التقاضي لأحد الخصوم ، وفاة أحد الخصوم... ، أما مدة التقادم فتقبل أسباب الوقف و الانقطاع.

133 - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 202 ؛ بن عزوز درماش ، المرجع السابق ، ص.172.

في حين جعل المشرع المدة أطول بالنسبة لباقي الدعاوى حسب ما جاء في نص المادة 101 ق.م التي تنص : "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال (5) سنوات .
في حين أنه في حالة الغلط أو التدليس يبدأ سريان الميعاد من اليوم الذي يكشف فيه ، و في حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد".

يلقى الأستاذ علي فيلاي على هذا الأجل بقوله : "إن مثل هذا الأجل سواء من حيث مدته أو موعد انطلاقه أو طبيعته ، يخص عادة "حالات الغبن" ، كما هو الوضع بالنسبة للغبن في بيع العقارات أو الغبن في القسمة ، ففي مثل هذه الحالات يعتبر الغبن عيبا في العقد قائما بذاته و لا علاقة له بسلامة رضاء المتعاقدين المغبون ، فمن الطبيعي إذن أن تكون مدة الطعن في صحة العقد قصيرة ، و أن ينطلق موعدها من تاريخ العقد ، و أن يكون الأجل أجل إسقاط لا تقادم ، غير أن اعتماد مثل هذا الأجل بالنسبة للاستغلال معناه رفض الحماية القانونية للمغبون ، و إلا كيف يستطيع المغبون الذي يعتريه طيش بين أو هوى جامع أن يتفطن لحالته في هذه المدة القصيرة"¹³⁴ .

يرر بعض الفقه¹³⁵ قصر مدة دعوى رفع الغبن الناتج عن الاستغلال في رغبة المشرع في معرفة مصير العقد و حسم النزاع بشأن العقود التي يشوبها هذا العيب حتى لا يبقى مصيرها معلقا لمدة طويلة حماية للعقد و حفاظا على استقرار المعاملات ، هذا من جهة .

من جهة أخرى لأن امتداد الوقت سيحول دون تقدير حجم التفاوت بين أداءات الطرفين و من تم معرفة ما إذا كان هناك غبن أم لا ، و ذلك بسبب تغير القيم الاقتصادية من وقت لآخر¹³⁶ .

لكن طالما أن المشرع قد نص على الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة فكان عليه اعتماد نفس الآجال المقررة للمتعاقدين الضعيف في باقي العيوب ، لأنه إذا كانت الأحكام التي تسري على هذه العيوب لا تنال من استقرار المعاملات ، فكيف يمكن تبرير هذا الحكم الخاص بالاستغلال بمثل هذا العذر؟¹³⁷ .

134 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 160 .

135 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 404.

136 - توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 353 ؛ بن عزوز درماش ، المرجع السابق ، ص. 172.

نحن نعتقد أنه كان على المشرع اعتماد نفس الآجال المقررة للمتعاقد الضعيف في رفع الدعوى إذا ما شاب العقد عيب من عيوب الإرادة الأخرى ، فتكون المدة هي خمس سنوات تبدأ من وقت زوال الطيش أو الهوى ، أو عشر سنوات تبدأ من تاريخ إبرام العقد ، و ذلك مراعاة لحالته و ضعفه النفسي الذي أدى به إلى إبرام العقد بالرغم من التفاوت الكبير في الأداءات بين ما حصل عليه و بين ما أداه للطرف الآخر.

رابعاً : طبيعة السلطة الممنوحة للقاضي

إن القاضي غير ملزم بقبول الدعوى حتى و إن توافرت جميع الشروط القانونية اللازمة لقيام حالة الغبن الناتج عن الاستغلال و ذلك لأن سلطته جوازية و ليست وجوبية في تطبيق النظرية¹³⁸ ، و هذا ما يستشف من خلال نص المادة 90 ق.م "...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ...".

إذ رغم وقوع أحد المتعاقدين في غبن بسبب استغلاله ضعفه النفسي من قبل المتعاقد الآخر ، يجوز للقاضي الامتناع عن استعمال الرخصة المخولة له من المشرع ، إذ المسألة تخضع لتقديره و مدى اقتناعه ، و لا رقابة عليه من المحكمة العليا في ذلك.

إلا أن القاضي مقيد بمبدأ الطلب القضائي ، الذي يعتبر الإطار العام لسلطته التقديرية ، فيتقيد بمجموع الطلبات¹³⁹ و الدفع¹⁴⁰ التي يبيدها أطراف الخصومة فلا يجوز له الحكم بزيادة أو رفع التزامات الطرف المستفيد من الغبن من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المتعاقد المغبون ، بدلا من إبطال العقد

137 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص.160.

138 - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص. 399 ؛ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص. 278 ؛ عبد الحميد بن شنيقي ، المرجع السابق ، ص. 36.

139 - يعرف الطلب بأنه العمل القانوني الذي بموجبه يطرح المدعي ادعائه على القاضي و يسمى "العمل الذي يفتح الخصومة" ، و لا طلب بدون ادعاء و لكن لا يشترط وجود الحق لقابلية الطلب من طرف القاضي ، و الطلبات أنواع إذ أن هناك طلبات أصلية و طلبات إضافية و طلبات مقابلة ؛ و قد جاء في حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا ما يلي : "...و حيث أن عدم ذكر طلبات و وسائل الدفاع و دفع الأطراف يعد بمثابة انعدام الأسباب ، و عليه يتعين القول أن الوجه المثار مؤسس ، و بدون حاجة للتطرق للوجهين الآخرين" ؛ المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 2007/03/07 ، تحت رقم 402099 ، غير منشور ، مقتبس عن : عبد السلام ذيب ، المرجع السابق ، ص.65 و ما يليها.

140 - الدفع أو وسائل الدفاع هي مجموع الوسائل القانونية التي يواجه بها المدعي عليه طلبات المدعي ، و هي أربعة أنواع : الدفع الموضوعية (المادة 48 ق.إ.م.إ) ، الدفع الشكلية (المادة 49 ق.إ.م.إ) ، الدفع بالبطلان و الدفع بعدم القبول ؛ عبد السلام ذيب ، المرجع السابق ، ص.69 و ما يليها.

أو الإنقاص من التزامات المتعاقد المغبون رغم أنه قد يقدر أفضلية الحكم بزيادة التزامات المتعاقد الآخر بدلا من الإبطال أو الإنقاص ، لأن القانون لم يخوله هذه السلطة ، فنص الفقرة الأولى من المادة 90 ق.م لم يذكر سوى إنقاص التزامات الطرف المغبون ، و بالتالي لا يجوز رفع التزامات الطرف المستغل إلا إذا عرض من تلقاء نفسه ، و في عقود المعاوضات دون التبرعات ، زيادة التزاماته إلى الحد الذي يراه القاضي كافيا لرفع الغبن¹⁴¹ .

فللقاضي سلطة تعديل العقد لرفع الغبن الناتج عن الاستغلال إلا أنها لم تمنح له على إطلاقها ، و إنما هي محصورة في وسيلة واحدة و هي الإنقاص باستخدام المشرع لكلمة "ينقص" ، أما الزيادة في الالتزامات فكما ورد أعلاه لا تكون إلا ضمن شروط محددة و هي عرض المستغل ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن¹⁴² .

يرى الأستاذ محمد علي الخطيب في هذا الصدد أنه من الأفضل لو تم استعمال عبارة "إزالة الغبن" مثلما فعل المشرع اليمني في المادة 178 من قانون المعاملات الشرعية ، ذلك لأنه باستخدامه لكلمة "إزالة" يكون قد منح للقاضي سلطة واسعة في استعمال مختلف الوسائل لرفع الغبن ، ذلك أن مدلول كلمة "إزالة" أوسع من كلمة "انقاص"¹⁴³ .

خلاصة ما تقدم أنه يشترط لإعمال سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال التي منحها له المشرع الجزائري في المادة 90 ق.م أن يكون هناك اختلال فادح في التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد بحيث يقع أحد المتعاقدين في غبن بسبب استغلال ضعفه النفسي من طرف المتعاقد الآخر ، و أن يكون هذا الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد.

و قد توخى المشرع تحقيق هدفا ساميا من خلال منحه للقاضي سلطة تعديل العقود بقصد حماية الضعفاء من مظاهر الاستغلال التي قد يتعرضون إليها ، بحيث يلحقهم جراء ذلك الكثير من الضرر ،

141 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص.162 ؛ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص.110.

142 - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص.122 .

143 - محمد علي الخطيب ، المرجع السابق ، ص.194 و ما يليها.

نتيجة الغبن في تعاقداتهم ، و تحقيقا للعدالة التي تقتضي التناسب بين ما يأخذه الفرد و ما يعطيه مقابلا له ، فالقانون يتدخل لحماية الضعيف .

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

إن الصورة التقليدية للتعاقد تتم عن طريق مفاوضات تتم فيها المساومة المتبادلة بين طرفين متساويين يؤدي كل منهما دورا في إبرام العقد مساويا للدور الذي يؤديه الآخر ، و قد تنتهي هذه المفاوضات بإبرام العقد كما قد لا يتحقق ذلك إلا أن هذه الصورة المعروفة لم تعد هي النمط الوحيد للتعاقد ، حيث ظهرت صورة أخرى لا يكاد يملك فيها أحد المتعاقدين القدرة على المساومة ، و ذلك لأن شروط التعاقد محددة مسبقا من الطرف القوي الذي يستغل وحده بوضعها و يستغل في ذلك ما يملكه من ثقل اقتصادي ، مرجعه ما يحتكره من سلعة أو خدمة أساسية للأشخاص و لا يكون أمام الطرف الضعيف إلا أن يذعن لها و يقبلها أو يرفضها كما هي و يكون قبوله لها أقرب إلى التسليم ، و هذه العقود تسمى بعقود الإذعان¹⁴⁴ .

و الثقل الاقتصادي الذي يتمتع به المتعاقد القوي لا يرقى لدرجة تعيب رضا المتعاقد الضعيف ما دام أن الإرادة حرة في قبول التعاقد من عدمه ، إلا أن المشرع راعى هذا التفاوت في الامكانيات ، و ذلك بأن قيد هذا النوع من التعاقد بقيد عدم التعسف في وضع الشروط تحقيقا للتوازن العقدي ، كما منح للقاضي السلطة التقديرية في تحديد الشرط التعسفي و القول أن عقد الإذعان يتضمن شروطا تعسفية ،

144 - عقود الإذعان هي ثمرة التطور الاقتصادي في العصر الحديث ، و كان لزاما أن يكون لها مكان في التقنين لمسايرة التقدم الذي أسفرت عنه الظروف الاقتصادية بظهور القوى المنتجة و تحكمها بالسوق من خلال التكتلات الاقتصادية و احتكار المواد الأساسية تحت ستار حقوق الاختراع و التوزيع و الملكية الصناعية ، و ما كان لهذه الظروف من تأثيرها على أحكام النظرية التقليدية للعقد ، فالمشرع تدخل في مختلف الدول لتحقيق التوازن بين المتعاقدين عندما تؤدي الظروف الاقتصادية و الاجتماعية إلى اختلاله .

فإذا ثبت له ذلك جاز له أن يعدل هذا العقد بتعديل الشروط التعسفية الواردة فيه أو إعفاء الطرف المدعن منها كلية وفق لما تقتضيه المادة 110 ق.م التي تنص : "إذا تم العقد بطريقة الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف المدعن منها ، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" ¹⁴⁵.

لذلك سنتطرق لشروط تدخل القاضي لتعديل عقد الإذعان (المطلب الأول) ، ثم لوسائل تدخل القاضي لإعمال سلطته في تعديل عقد الإذعان و خصائص هذه السلطة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط تدخل القاضي لتعديل عقد الإذعان

باستقراء نص المادة 110 ق.م ، نجد أنها تتضمن الشروط التي من شأن توافرها السماح للقاضي بالتدخل لإعمال سلطته في تعديل عقد الإذعان خروجاً على مبدأ حرية التعاقد ممثلاً في قاعدة العقد شرعية المتعاقدين ، و ما تقتضيه القاعدة من عدم تدخل القاضي في تعديل موضوع العقد أو إلغائه ، و ذلك احتراماً لإرادة المتعاقدين .

هذه الشروط هي أن يكون هناك عقد إذعان (الفرع الأول) ، و أن يتضمن هذا العقد شروطاً تعسفية (الفرع الثاني).

145 - إن المصدر التاريخي للمادة 110 ق.م هو المادة 149 من القانون المدني المصري التي تنص: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف المدعن منها ، و ذلك وفقاً لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" ؛ القانون رقم 131 المؤرخ في 09 رمضان 1367 الموافق لـ 16 يوليو 1948 المتضمن القانون المدني المصري ، الصادر في 29 يوليو 1948 ؛ و لتفاصيل أكثر عن المصدر التاريخي لهذه المادة راجع ، محفوظ لعشب بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، 1990 ، ص.152 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.249.

الفرع الأول

وجود عقد إذعان

تبدأ مهمة القاضي في بحث عناصر العقد و التعرف على طبيعته القانونية ليتبين له هل تم هذا العقد بطريق الإذعان بحيث تشمله الحماية القضائية المقررة قانوناً أم لا ؟ لذلك يثار التساؤل حول تعريف عقد الإذعان و الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود (أولاً) و طبيعته القانونية (ثانياً) .

أولاً : مفهوم عقد الإذعان

للقوف على سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان ستعرض بداية إلى تعريف عقد الإذعان (أ) ، ثم إلى خصائصه (ب).

أ – تعريف عقد الإذعان

لم يعرف المشرع الجزائري عقد الإذعان¹⁴⁶ في القانون المدني ، لذلك سنعرض بعض التعريفات التي خص بها الفقه هذا النوع من العقود.

حيث عرفه الأستاذ خليل أحمد حسن قدارة على أنه : "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة سلفاً يضعها الطرف الآخر و لا يسمح بمناقشتها ، على أن يكون موضوع العقد محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه"¹⁴⁷ .

146 - يعرف الإذعان لغة على أنه : يدعن ، إذعاناً ، الإذعان: الانقياد ، الرجل طاع و انقاد ؛ علي بن هادية و بلحسن البليش ، القاموس الجديد ، المرجع السابق ، ص. 26.

147 - أنظر ، خليل أحمد حسن قدارة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام ، ج. 1 ، ط. 02 ، د.م.ج ، الجزائر ، 2005 ، ص. 27.

و عرفه الأستاذ علي فيلاي على أنه : "عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله ، و يتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه و لا يقبل مناقشتها ، و ترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي"¹⁴⁸ .

كما عرفه الأستاذ محفوظ لعشب بن حامد على أنه : "عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ، و يوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه ، و يعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة"¹⁴⁹ .

من أمثلة عقود الإذعان التعاقد مع شركات التأمين ، شركات النقل ، شركة الكهرباء و الغاز ، شركة المياه ... إلخ ؛ ففي هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة حاسمة لا يقبل فيها النقاش ، و لا مناص للطرف الآخر من القبول لأنه يتعاقد مع محتكر للسلعة أو مرفق من ضروريات الحياة .

تجدر الإشارة إلى أن أغلب التشريعات العربية تعرضت إلى عقد الإذعان دون وضع تعريف له ، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري كما سبق الذكر إلا أن هذا الأخير قد نص في المادة 70 ق.م على كيفية حصول القبول في هذا العقد بقوله أنه : "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها".

فالمشرع استعمل عبارة "بمجرد التسليم" لإبراز ضعف الطرف المدعن ، فالتسليم يفيد الرضا النسبي للطرف المدعن لكونه قبل بالعقد و ليس أمامه حل آخر سوى عدم التعاقد ، كما استعمل المشرع عبارة "شروط مقررة" لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه ، بحيث لا يجوز للموجب له أن يقترح أي تعديل كان ، فله إما أن يقبل أو يرفض الإيجاب جملة واحدة.

148 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص.60.

149 - محفوظ لعشب بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، المرجع السابق ، ص.27.

يطلق على عقود الإذعان في الفقه الفرنسي تسمية عقود الانضمام (d'adhésion Contrat) ، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون مناقشة و هذه التسمية ابتدعها الأستاذ سالي في كتابه الإعلان عن الإرادة في العمل القانوني ، في حين أن الفقه العربي و على رأسهم الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري فيطلق على هذا النوع من العقود عقود الإذعان لأن الإذعان يدل على الاضطرار في القبول ، و يعتبر الانضمام أوسع من الإذعان ، إذ يشمل عقد الإذعان و كافة العقود الأخرى التي ينضم إليها القابل دون مناقشة¹⁵⁰ .

يتبين من خلال تعريف عقد الإذعان أنه يتميز بمجموعة من الخصائص سنتناولها فيما يلي :

ب - خصائص عقد الإذعان

يتميز عقد الإذعان بعدة خصائص تميزه عن بقية العقود ، و هي :

1/ أن يتعلق العقد بسلع أو خدمة تعد من الضروريات الأساسية ليس بالنسبة للفرد فقط و لكن بالنسبة للجمهور ، فالاحتكار لا يكون إلا بشأن سلعة أو خدمة لا يمكن لهؤلاء الاستغناء عنها في حياتهم دون أن يلحقهم أذى و مشقة¹⁵¹ .

و تحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لا ؟ يخضع لسلطة القاضي التقديرية باعتبارها مسألة واقع¹⁵² .

2/ يجب أن يكون أحد طرفي العقد في موقع اقتصادي خوله احتكارا قانونيا أو فعليا¹⁵³ يعطيه القوة الاقتصادية بصورة واضحة مقارنة مع المتعاقد الآخر ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة بينه و بين غيره في تقديم السلعة أو الخدمة محدودة النطاق بسبب تفوقه الاقتصادي¹⁵⁴ .

150 - أنظر ، عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان في القانون المصري ، دراسة فقهية و قضائية مقارنة، رسالة دكتوراه ، جامعة فؤاد الأول ، مصر ، 1946 ، ص. 77 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 245

151 - أنظر ، عزت صلاح عبد العزيز محمد ، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، د.ط ، 2013 ، ص. 104 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 245.

152 - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص. 207 .

فالطرف القوي أي الموجب يضع وحده شروط العقد سلفا و لا يقبل مناقشة فيها فيما أن يقبلها المتعاقد الآخر برمتها أو يرفضها ككل ، و هو غالبا ما يضع شروطا تخدم مصلحته¹⁵⁵ .

و غالبا ما ينذر وجود هذا العقد في ظل المنافسة الحرة لأنه يكون أمام المستهلك الحصول على السلعة أو الخدمة بشروط أفضل لدى أحد من المنافسين الذين تكون لديهم الرغبة في جلب أكبر عدد من الزبائن.

3/ عمومية الإيجاب ، أي أن الإيجاب في عقد الإذعان يكون موجه إلى الجمهور عامة أو فريق منه تتوفر فيه صفات معينة و ليس عرضا موجهها إلى شخص معين بذاته ، و أن ينشر هذا الإيجاب بحيث يكون في وسع الجمهور الاطلاع عليه و بشروط مماثلة على الدوام¹⁵⁶ .

الملاحظ أن الإيجاب العام ليس قاصرا على عقود الإذعان ، فالبيع بأسعار محددة في المحلات الكبرى و البيع بالمزاد بقائمة شروط معينة هما من البيوع التي يصدر فيها الإيجاب عاما و لا تعتبر من عقود الإذعان.

هذا و تعتبر العقود النموذجية¹⁵⁷ الوسيلة الغالبة لإبرام عقود الإذعان نظرا لسهولة إفراغ الإيجاب الموجه للعمامة في شكل مكتوب و معد لانضمام الطرف المدعن فقط.

153 - الاحتكار هو القدرة على فرض شروط العقد مع التيقن من عدم انصراف المتعاقد الآخر عند التعاقد ، نظرا لأنه لم يجد بديلا عن المتعاقد المحتكر ، ولن يتمكن من الحصول على محل التعاقد بشروط مختلفة عما يفرضه عليه ، و الاحتكار نوعين : احتكار قانوني يكون بصدر قانون يخول شخص طبيعي أو معنوي حق احتكار السلعة أو الخدمة و احتكار فعلي يكون لرجحان القوة الاقتصادية لمقدم السلعة أو الخدمة ؛ حسن عبد الباسط جميعي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ، مصر ، د. ط ، 1996 ، ص. 104 - 108.

154 - عزت صلاح عبد العزيز محمد ، المرجع السابق ، ص. 105.

155 - محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص. 74.

156 - عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص. 111 .

157 - العقود النموذجية : هي عبارة عن صيغ مطبوعة معدة مسبقا لبنود تتعلق بعقود سترم مستقبلا ، في ظروف موحدة توفيراً للوقت و الجهد و النفقات في عمليات التعاقد نظرا للتطورات الحديثة حيث تتميز المعاملات في وقتنا الراهن بالسرعة و الوفرة ، و ليست كل العقود النموذجية عقود إذعان ، فالبائع أو مقدم الخدمة لا يكون دائما محتكرا لها ، كما لا يمكن اعتبار كل السلع أو الخدمات من الضروريات اللازمة التي يمكن الاستغناء عنها ؛ أنور العمروسي ،

و يكون القاضي أمام عقد إذعان إذا توافرت في العقد محل النزاع جميع الخصائص السابقة فإن لم تتوافر مجتمعة لا يعتبر هذا العقد عقد إذعان.

ثانيا : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

لقد أثار موضوع الطبيعة القانونية لعقد الإذعان جدلا فقهيا كبيرا ، فهل يعتبر مركز قانوني منظم تنشئه إرادة الموجب و بالتالي يخضع للقواعد الخاصة بالمراكز القانونية أم أنه عقد كباقي العقود ؟.

أ - موقف الفقه من طبيعة عقد الإذعان

هناك من الفقه¹⁵⁸ من يرى أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم تنشؤه إرادة الموجب و بالتالي لا يخضع لما تخضع له العقود من قواعد ، ذلك لأن العقد يقوم على توافق إرادتين متساويتين و عن حرية و اختيار ، أما هنا فالقبول مجرد إذعان و رضوخ لإرادة الطرف القوي في العلاقة فالحالة القانونية قد نشأت من قبل بإرادة واحدة هي إرادة المدعن له أما الطرف الآخر (الضعيف) فليس أمامه إلا الخضوع لشروطه دون نقاش .

و لقد أرادوا بتكييفهم للعقد على النحو السابق أن يصلوا إلى عدم إخضاع عقود الإذعان في تفسيرها و تنفيذها لما تخضع له العقود من قواعد ، و لكن تخضع لقواعد خاصة بتفسير القانون و تطبيقه ، فلا يفسر عقد الإذعان بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، و إنما يجب أن يقتصر التفسير على

عقود الغرر في القانون المدني (المقامرة ، الرهان ، المرتب لدى الحياة و عقد التأمين) معلقا على بالفقه و أحكام النقص ، ط. 1 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص. 50.

158 - و هم من فقهاء القانون العام و على رأسهم الأستاذ سالي الذي أكد على ذلك بالقول : "العقد توافق إرادتين عن حرية و اختيار ، أما عقد الإذعان القبول فيه مجرد إذعان لا يصدر عن إرادة حرة ، و أن الرابطة القانونية بين الطرف المدعن و شركات الاحتكار أنشأتها إرادة المحتكر لوحده ؛ و أن هذه الإرادة المنفردة بمثابة قانون و ضعتها شركات الاحتكار تلزم الناس إتباعها " ؛ مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 247 ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص. 139 ؛ محفوظ لعشيب بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، المرجع السابق ، ص. 31 و ما بعدها.

إرادة من وضع شروط العقد ذلك الذي أذعن له الطرف الآخر ، و يجب من ناحية أخرى تطبيقه وفقا لمقتضيات العدالة¹⁵⁹ .

و عليه يرى هؤلاء الفقهاء بأن عقد الإذعان ليس عقدا بالمعنى الفني الدقيق و ينكرون عليه الصبغة التعاقدية لذلك يرتأون إخضاعه لقواعد خاصة بتفسير القانون و تطبيقه¹⁶⁰ .

لكن ما يؤخذ على هذا الرأي أن عقد الإذعان يعتبر عقدا كسائر العقود ينعقد بتوافق إرادتين لا بإرادة واحدة ، و أن كل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد و لو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية.

هناك جانب آخر من الفقه¹⁶¹ من يرى بأنه عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين و يخضع لسائر القواعد التي تخضع لها العقود ، و يبررون موقفهم على أساس أن إرادة الموجب وحدها لا يمكن أن تنتج أثرها إلا بعد تقابلها بإرادة القابل لها و بذلك تساهم الإرادتين في إنشاء العقد ، و أن المساواة القانونية هي المطلوبة في العقد و ليست المساواة الاقتصادية ، فهذا التباين في عقد الإذعان لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي ، فاتفاق إرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل للآخر.

ب - موقف المشرع الجزائري من طبيعة عقد الإذعان

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد كان موقفه حاسما فيما يتعلق بطبيعة عقد الإذعان إذ أضفى عليه الصفة العقدية بنصه في المادة 70 ق.م على أنه : "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها".

159 - محفوظ لعشيب بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، المرجع السابق ، ص. 31 و ما بعدها.

160 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 247.

161 - و أغلبهم من فقهاء القانون المدني ، لتفاصيل أكثر راجع ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 283 ؛ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص. 209 ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص. 139.

و نحن نرى في هذا الصدد أن عقد الإذعان هو عقد مثل باقي العقود يقوم على الإيجاب و القبول ، إلا أن ما يميزه عن غيره هو الحاجة إلى التعاقد للحصول على سلعة أو خدمة ضرورية ليس بالمقدور الاستغناء عنها ، لذلك يجد الطرف المدعن نفسه مضطرا لقبول الإيجاب ، فرضاءه في الحقيقة موجود ولكنه مفروض عليه .

فالمشرع استعمل عبارة "شروط مقررة" لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه و قد يتعسف في ذلك ، و استعمل مصطلح "التسليم" لإبراز ضعف الطرف المدعن¹⁶² .

إذا لإعمال سلطة القاضي المنصوص عليها في المادة 110 ق.م لا بد أن يبحث في عناصر العقد محل النزاع المطروح عليه ، فإذا كان متعلقا بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأساسية التي يصعب على المتعاقد الاستغناء عنها ، و كان أحد المتعاقدين محتكرا لما يدخل في موضوع العقد سواءا كانت سلعة أو خدمة ، و سواء كان هذا الاحتكار قانونيا أو فعليا ، و كان هذا الأخير قد عرض هذه السلعة أو الخدمة على الجمهور وفقا لشروط مقررة سلفا ، و لا يقبل نقاشا فيها ، فإذا تأكد القاضي من توافر جميع هذه العناصر في العقد اعتبره عقد إذعان و انتقل إلى مرحلة البحث في جوهر الدعوى المتمثل في مدى تعسفية الشروط التي يتضمنها هذا العقد من أجل التدخل لإعمال سلطته التقديرية بتعديلها أو إعفاء الطرف المدعن منها.

¹⁶² - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص.60.

الفرع الثاني

أن يتضمن العقد شروطا تعسفية

بعد أن يتحقق القاضي من أن النزاع المطروح أمامه يتعلق بعقد من عقود الإذعان بعد توافره على الخصائص السابق بياؤها ، يبحث فيما إذا كان هذا العقد يتضمن شروطا تعسفية أم لا ، و هذا ما يدفعا للبحث عن تعريف الشرط التعسفي (أولا) ، و معايير و طريقة تقديره من قبل القاضي المختص (ثانيا) حتى يستطيع التدخل لإعادة التوازن إلى العقد محل النزاع.

أولا : تعريف الشرط التعسفي¹⁶³

لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالشروط التعسفية¹⁶⁴ في نصوص القانون المدني ، و بالتالي ترك المجال واسعا أمام القاضي لتقدير مدى تعسفية الشرط ، ذلك أن التعسف صفة نسبية تختلف من حالة إلى أخرى بحسب ظروف التعاقد و موضوع العقد و كذا على ضوء ما في هذه الشروط من جور و شدة¹⁶⁵ .

163 - يعرف الشرط التعسفي لغة على أنه الاستخدام السيء ، القاموس الجديد ، ص. 245.

164 - للوقوف على مفهوم الشرط التعسفي ينبغي التطرق إلى فكرة التعسف التي تشكل جوهر الشرط التعسفي لاسيما بعد الانتشار الواسع لهذا النوع من الشروط ، حيث أعاد هذا الانتشار الجدل الفقهي القديم حول مفهوم التعسف و بالرغم من كون نظرية الشروط التعسفية في استعمال الحق نظرية قديمة حيث عرفت في القانون الرماني و تطورت بتطور الأنظمة القانونية ، إلا أنها عرفت ظهورا جديدا اقترن بانتشار الشروط التعسفية ، فقد كانت الأفكار التقليدية التي انتشرت في أعقاب الثورة الفرنسية تقضي أن لصاحب الحق مطلق الحرية في استعمال حقه ، و بالتالي لا يسأل عن أي ضرر يلحق بالغير من جراء استعماله على اعتبار أن الشخص الذي يمارس السلطات التي يخولها له القانون لا يمكن أن ينسب له أي خطأ ، على النقيض من هذا التصور اعتبرت المذاهب الاجتماعية أن كل استعمال للحق على نحو يتنافى مع الهدف الاجتماعي الذي نشأ من أجله ، يعتبر استعمالا تعسفيا ؛ لتفاصيل أكثر حول تاريخ نظرية التعسف في استعمال الحق ، حمزة محمود جلال ، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام ، دراسة مقارنة ، د.م.ج ، الجزائر ، 1985 ، ص.90.

165 - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 159 .

في حين عرفه الفقه¹⁶⁶ على أنه : "الشرط الذي يورده المحترف في تعاقدته مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد و موضوعه و حالة طرفيه وفقاً لما تقضي به العدالة".
كما يعرفه البعض على أنه "الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة ، و يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر"¹⁶⁷.

و تظهر الشروط التعسفية في العقد غالباً في صورة شروط عامة ، لا يعلم بها المتعاقد أو على الأقل لا يكون مدركاً بصورة جدية لآثارها الحقيقية كشرط عدم ضمان العيوب الخفية¹⁶⁸.

و الشروط التعسفية صنفين : شروط تعسفية بذاتها و شروط تعسفية بحكم استعمالها ، فالصنف الأول من الشروط يظهر فيه التعسف منذ إدراجه بالعقد ، و تكشف عنه ذات ألفاظه فتأتي متناقضة مع جوهره و تسمح هذه الشروط بحصول واضعها على ميزات مبالغ فيها كشرط الإعفاء من المسؤولية ، أما الصنف الثاني من الشروط فلا تظهر فيه صفة التعسف عند إدراجه بالعقد و إنما عند التطبيق بالتمسك بحرفية هذه الشروط دون مراعاة روحها كشرط الاعلان على أي ظرف يطرأ خلال فترة سريان عقد التأمين و إلا سقط حق المؤمن له في التعويض¹⁶⁹.

يرى الأستاذ عبد الحكم فوده أن نص المادة 149 ق.م.م (التي تقابلها المادة 110 ق.م) يتعلق بالصنف الأول من الشروط ، و هي الشروط التعسفية بذاتها لأن المادة تتحدث عن عقد الإذعان المتضمن لشروط تعسفية ، أي أن وصف التعسف كان عند إبرام العقد و ليس عند تنفيذه و منح القاضي سلطة تعديله برد الموجب إلى صوابه إذا تمسك بمثل هذه الشروط¹⁷⁰.

166 - محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص.60.

167 - أنظر ، أحمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، د. ط ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1994 ، ص. 212.

168 - محفوظ لعشيب بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، ص. 162.

169 - عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص.359.

170 - عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص.360.

لا بأس أن نذكر أنه في البداية كان هناك فراغ تشريعي لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من الشروط التعسفية التي ترد في العقود ، فكان القضاء يستعمل بعض النظريات : كالسبب ، التعسف في استعمال الحق و حسن النية لمكافحة الشروط التعسفية التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي ، إلى غاية الستينات حيث بدأت تظهر بوادر ميلاد التشريعات المنظمة للشروط التعسفية حيث صدر أول قانون خاص بها عام 1962 بالولايات المتحدة الأمريكية تبعتها بعض الدول الأوربية في السبعينات كان أشهرها القانون الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1976 بألمانيا المتعلق بالشروط العامة لإبرام العقد¹⁷¹ .

ثم حدث تطور تشريعي هام بخصوص الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي¹⁷² سنتطرق إليه لاحقا عند دراستنا لمعايير تقدير الشرط التعسفي.

أما المشرع الجزائري فلم يحدد المقصود بالشروط التعسفية في القانون المدني ، إلا أنه تدخل بعد ذلك في نصوص خاصة من خلال القانون رقم 04 - 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹⁷³ إذ نص في المادة 05/03 منه على أن الشرط التعسفي هو : "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد".

171 - يعتبر المشرع الألماني أول من عرف الشروط التعسفية بمقتضى القانون المتعلق بالشروط العامة للأعمال المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 على أنها : " تلك الشروط التعاقدية التي تصاغ في الكثير من العقود ، و التي يفرضها المشتري على الطرف الآخر ، فيتضرر هذا الأخير بصفة مفرطة ، لأنها تخالف مبدأ حسن النية أو الأحكام التنظيمية " ، و قد وضع المشرع الألماني في هذا القانون قائمتين من الشروط التعسفية إحداها سوداء (تضمنت 16 شرط تعسفي يمنع المحترفين من إدراجها ضمن نماذج العقود التي يرمونها بصفة نهائية و دائمة) و الأخرى رمادية (تضمنت قائمة من الشروط يفترض فيها الصفة التعسفية إلى حين أن يثبت محررها عكس ذلك حتى لا تبطل عقودهم) ، مقتبس عن :

M.FROMONT , droit allemand des affaires , Droit des biens et obligations , Droit commercial et du travail , MONTCHRESTIEN, paris , 2001 , p.100.

172 - هناك ثلاثة عناصر لتحديد الشرط التعسفي في القانون الفرنسي : أن يكون مجال الشرط عقد استهلاك ، أن يكون الشرط مكتوبا ، و أن يكون الشرط سببا في الاختلال الواضح لتوازن العقد ، محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص.26 و ما يليها.

173 - القانون رقم 04 - 02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج.ر ، ع. 41 ، الصادرة في 27 جوان 2004 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10 - 06 المؤرخ في 05 رمضان 1431 الموافق ل 15 أوت 2010 ، ج.ر ، ع. 46 ، الصادرة في 18 أوت 2010 ، حيث نصت المادة 01 منه على ما يلي : " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و بين هؤلاء و المستهلكين ، و كذا حماية المستهلك و إعلامه".

- كما أورد المشرع قائمة للشروط التعسفية السارية في علاقة المستهلك بالبائع بموجب المادة 29 من نفس القانون السالف الذكر بنصها على أن: "تعتبر بنودا و شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الأخير :
- 1- أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك ،
 - 2- فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود ، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد ،
 - 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك ،
 - 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية ،
 - 5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها ،
 - 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أحل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته ،
 - 7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة ،
 - 8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية بمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

الملاحظ أن المشرع الجزائري قد حصر تطبيق المادة 29 أعلاه على عقود البيع فقط دون العقود الأخرى باستعماله عبارة "العقود بين المستهلك و البائع" ، و هذا التحديد يقصر من حماية المستهلك باعتباره قد يبرم عقودا مختلفة و ليس عقود بيع فقط.

كما أن هذه المادة جاءت على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر، لأن المادة 30 من نفس القانون (04 - 02) تحيلنا إلى التنظيم الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود ، و كذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية ، و حسن ما فعل لأن ذلك يسمح للقضاء ببسط

سلطته على الشروط التي لم يرد ذكرها في هذه المادة و بالتالي يستطيع القاضي اعتبار شرط معين من الشروط التعسفية بالرغم من عدم ذكره ضمن القائمة الواردة في المادة 29.

هذا و قد أضاف المشرع الجزائري قائمة نموذجية أخرى للشروط التعسفية نص عليها في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية¹⁷⁴ و التي تنص على ما يلي : "تعتبر تعسفية ، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي :

- 1- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 و 03 أعلاه ،
- 2- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة ، بدون تعويض المستهلك ،
- 3- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد ، إلا بمقابل دفع تعويض ،
- 4- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته ،
- 5 - النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضده ،
- 6- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد ،
- 7- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو نفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه ،
- 8- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ،
- 9- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك ،

174 - المرسوم التنفيذي رقم 06 - 306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10/09/2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ج . ر ، ع . 56 ، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08 - 44 المؤرخ في 26 محرم 1429 الموافق لـ 03 فبراير 2008 ، ج . ر ، ع . 07 الصادرة في 10 فبراير 2008.

10- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الإلجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق ،

11- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته ،

12- يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته ."

و هذه القائمة من الشروط الواردة في المادة 05 أعلاه هي الأخرى جاءت على سبيل المثال لا الحصر و لو أنه يظهر من صياغة فقرتها الأولى عكس ذلك من خلال عبارة : " تعتبر تعسفية البنود ... " إذ أن هذه الفقرة لم تتضمن ما يفيد أن القائمة جاءت على سبيل المثال ، إلا أنه بعد التمعن في دراستها نجد أنها تتعلق بشروط خاصة بفترة تنفيذ العقد فقط ، هذا من جهة .

من جهة أخرى نجد أن المشرع بموجب المادة 06 من نفس المرسوم قد أعطى للحكومة ممثلة في شخص الوزير المكلف بالتجارة صلاحية إنشاء لجنة البنود التعسفية¹⁷⁵ ، و تكلف هذه اللجنة حسب المادة 07 بالبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين عن البنود ذات الطابع التعسفي ، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و المؤسسات المعنية .

و بالتالي يكون المشرع من خلال هذا القانون الخاص و المرسوم التنفيذي اللاحق له ، قد نظم الحماية ضد الشروط التعسفية من خلال تعريفه للشروط التعسفي و وضعه لقائمتين نموذجيتين بهذه الشروط¹⁷⁶ ، و حسن ما فعل لأنه بذلك وضع للقاضي تعريف يستند إليه عند تقديره للشروط التعسفي بمناسبة النزاعات المطروحة أمامه .

¹⁷⁵ - تنص المادة 01/06 من المرسوم رقم 06 - 306 على ما يلي : " تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة " ؛ لتفاصيل أكثر عن الموضوع راجع ، محمد كحلولة و الغوي مكاشمة ، حماية المستهلك في القانون الجزائري ، ج. 02 ، مجلة الإدارة ، رقم 01 ، 1996 ، ص. 62 ؛ قادة شهيدة ، حماية المستهلك في الجزائر بين طموح و تطور النصوص و افتقاد آليات تطبيقها ، دراسات قانونية ، مجلة مجبر القانون الخاص الأساسي ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، ع. 10 ، 2013 ، ص. 28 .

¹⁷⁶ - لم ينص المشرع على أي جزاء مدني للشروط التعسفي في القانون رقم 04 - 02 ، و اكتفى بتوقيع جزاء جنائي و هو الغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج) في نص المادة 38 منه ، و هذا يعتبر فراغ تشريعي ينبغي استدراره .

فمن الضروري وجود نظام تشريعي و نظم إدارية مصاحبة تتولى مهمة وضع تعريف عام للشروط التعسفية و إبراز العناصر الأساسية التي يجب توافرها لاعتبار الشرط تعسفيا ، بالإضافة إلى توجيه القاضي في شأن التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها و الشروط التي لا يمكن اعتبارها كذلك إلا في ضوء الظروف و الملابس المحيطة بالتعاقد و أشخاصه ¹⁷⁷ .

ثانيا : معايير و طريقة تقدير الشرط التعسفي

بالرجوع إلى نص المادة 110 ق.م نجد أن المشرع قد نص على العدالة وحدها كمعيار لتقدير القاضي للطابع التعسفي للشرط و لكن و مع التطورات التشريعية التي مست مفهوم الشروط التعسفية تعددت معايير و طريقة تقديرها .

فماهي معايير تقدير الشرط التعسفي و ما هو المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري بعد أن تدخل لتنظيم الشروط التعسفية في قانون خاص (أ) ، و ما هي الطريقة المعتمدة في تقديره (ب) ؟ .

أ – معايير تقدير الشرط التعسفي

لقد نصت المادة 110 ق.م على العدالة كمعيار وحيد يتم على أساسه تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها ، إلا أن هذا المعيار التقليدي لم يعد يتماشى مع التطور التشريعي للشروط التعسفية في الدول الصناعية خاصة في فرنسا ، الأمر الذي أدى إلى ظهور معايير أخرى لتقدير الشرط التعسفي .

و من أهم المعايير المستحدثة لتقدير الشرط التعسفي هي : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ثم معيار الميزة المفرطة ، و أخيرا الإخلال الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد.

¹⁷⁷ - حسن عبد الباسط جمعي ، المرجع السابق ، ص.318 ؛

1/ معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

مؤدى هذا المعيار هو أن ضخامة المشروع الاقتصادي سببا يجعل المحترف يستغل قوته الاقتصادية في مواجهة المستهلك ليفرض عليه شروطه و بالتالي الحصول على ميزة مفرطة ، و قد تبني المشرع الفرنسي هذا المعيار في المادة 35¹⁷⁸ من القانون رقم 78 - 23 المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين بالسلع و الخدمات الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 و الذي عرف بقانون SCRIVNER عند تعريفها للشروط التعسفي بنصها :

"Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif " .

و قد أوجد هذا القانون لجنة للبحث في الشروط التعسفية و اقترح اصدار مراسيم بشأنها ، كما ترك المجال واسعا لتجادب الرأي حول ما إذا كان يحق للقضاء إجراء رقابة على الشروط التعسفية التي تعرض عليه بمناسبة الدعوى المطروحة عليه أم لا .

¹⁷⁸ - تنص المادة 35 من القانون رقم 78 - 23 المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين بالسلع و الخدمات على أنه : "في العقود المبرمة بين المهنيين و غير المهنيين أو المستهلكين، يمكن أن تُمنع أو تُحدّد أو تُنظّم بمقتضى مراسيم صادرة عن مجلس الدولة بعد استشارة اللّجنة المُحدّثة بمقتضى المادة 36، مع التمييز - عند الاقتضاء - وفقا لطبيعة الممتلكات والخدمات المعنية، البنود المتعلقة بتحديد الثمن أو مدى قابلية تحديده وكذا دفعه، بنوع المبيع أو تسليمه، بتحمل التبعات، بنطاق المسؤوليات والضمانات، بشروط تنفيذ الاتفاقيات أو فسخها أو تجديدها، عندما تكون هذه البنود مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين عن طريق التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية للطرف الآخر الذي تمنحه امتيازًا مبالغًا فيه".

ثم المادة 1/132¹⁷⁹ من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93 - 949 الصادر بتاريخ 26 جويلية 1993 بنصها :

"... lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ".

إلا أن هذا المعيار قد تعرض لعدة انتقادات من قبل الفقه أهمها أنه معيار يتسم بالغموض و عدم الدقة ذلك أن ضخامة المشروع لا تعني بالضرورة القوة الاقتصادية ، فقد يتمتع تاجر صغير باحتكار محلي يماثل مشروع وطني¹⁸⁰ .

كما أن المحترف في فرض شروطه على الطرف الضعيف يستند إلى قوته في السيطرة الفنية و التقنية أكثر منها اقتصادية ، نظرا لكونه معتاد على إبرام العقود و على دراية تامة بما يترتب عنها من حقوق و التزامات كما أنه يملك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها ، الأمر الذي يساعده على إملاء شروط يراها مناسبة لمصلحته على حساب الطرف الآخر ، لذلك يعتبر معيار القوة الاقتصادية غير ذي جدوى و قد أخذ على المشرع الفرنسي اختياره لهذا المعيار¹⁸¹ .

2/ معيار الميزة المفرطة

الميزة المفرطة أو المبالغ فيها تعني الفائدة أو المنفعة أو الوضع الذي يتحصل عليه المحترف نتيجة لاستعماله لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر ، و يشترط لاعتبار الشرط الوارد في العقد تعسفيا حسب هذا المعيار أن يعطي منفعة للمحترف وحده دون المتعاقد الآخر و أن تكون هذه المنفعة مفرطة أو فاحشة فإذا وفر الشرط لكلا الطرفين هذه المنفعة أو في حال لم يرجح الشرط أي مصلحة على أخرى

¹⁷⁹ - نص المادة 132 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 349/93 : "... و ذلك عندما تكون هذه الشروط مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بسبب إساءة استغلال النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر ، و تخول الأخير امتياز مبالغ فيه " .

¹⁸⁰ - GQDE (p) , Protection des consommateurs , clauses abusives , RTD civ.1978. p. 774 .

مقتبس عن محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص. 128.

¹⁸¹ - حسن الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص. 109 ؛ محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص.129.

فلا وجود عندها للتعسف¹⁸² ، و هو الموقف الذي تبناه القضاء الفرنسي على سبيل المثال القرار الصادر عن محكمة التمييز المدنية الفرنسية بتاريخ 2005/02/01 و الذي استبعد الصفة التعسفية لشرط الصلح في حال النزاع ذلك لأن نتيجة المصالحة غير معروفة و بالتالي لا يمكن اعتبار هذا البند لمصلحة طرف على آخر¹⁸³ .

تجدر الإشارة إلى أن المعيار الثاني (الميزة المفرطة) يعتبر نتيجة للمعيار الأول (تعسف القوة الاقتصادية) ذلك أن الميزة المفرطة التي يحصل عليها المتعاقد المحترف هي نتيجة القوة الاقتصادية التي يتمتع بها¹⁸⁴ .

و ما يؤخذ على هذا المعيار نظريته المادية فبالرغم من وجود الكثير من الشروط ذات الطابع المالي إلا أن هناك شروط أخرى ترد في العقد ليس لها طابع مالي لا أنها مؤثرة في العقد كالشروط المتعلقة بزمان و مكان تسليم المنتج¹⁸⁵ ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى لم يحدد هذا المعيار رقما معيناً تصل إليه الميزة حتى نعتبرها ميزة مفرطة بخلاف الغبن الذي حدده المشرع برقم معين¹⁸⁶ .

كما أثير تساؤل آخر حول هذا المعيار مفاده هل تقدر الميزة المفرطة بالنظر إلى جميع شروط العقد أم بالنظر إلى كل شرط على حدى ؟ .

بحسب رأي الأستاذ حسن عبد الباسط جميعي الراجح هو وجوب النظر إلى جميع شروط العقد و ما تقدمه من مزايا إذ لا يمكن اعتبار شرط ما في العقد تعسفياً مجرد أنه يمنح مزايا لأحد المتعاقدين فقد يكون

182 - أنظر ، أيمن سعد سليم ، الشروط التعسفية في العقود "دراسة مقارنة" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011 ، ص. 55 ، ربما فرج مكي ، المرجع السابق ، ص. 128.

183 - Cass.1^{er} civ., 1^{er} févr.2005 n^o03-19.692 : Juris Data n^o 2005-026740 ; RDC 2005 , p .725.

184 - محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص. 131 ؛ بن عزوز درماش ، المرجع السابق ، ص. 142.

185 - حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص. 269.

186 - تقترب نظرية الميزة المفرطة من نظرية الغبن إلا أنهما تختلفان في كون الغبن يقتصر على المزايا المالية فقط في حين أن الميزة المفرطة قد تنصب على المزايا المالية و غير المالية ، كما أن الغبن يقتصر على عدم التعادل في الثمن و هو محدد برقم معين على عكس الميزة المفرطة فهي لا تقتصر على عدم التعادل في الثمن و إنما تمتد إلى مختلف الشروط التي يتضمنها العقد كما أنها غير محددة بثمن معين ؛ محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص. 129 ؛ شهيدة قادة ، الرقابة على الشروط التعسفية كآلية فعالة لحماية رضا المستهلك ، مجلة المحامي ، منظمة المحامين لناحية سيدي بلعباس ، ع. 04 ، بدون سنة ، ص. 37.

هناك شرطا مقابلا يبرر الشرط الأول بالنظر إلى العقد في مجمله¹⁸⁷ ، و مثال ذلك وضع شرط التسليم بعد أجل معين مقابل تخفيض في الثمن ، و بالتالي لا يصلح هذا المعيار وحده نظرا للانتقادات الموجهة إليه لاعتبار الشرط الوارد في العقد شرطا تعسفيا.

3/ معيار الإخلال الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد

لم يأت هذا المعيار بالجديد فما هو في حقيقة الأمر إلا تكريسا لفكرة الميزة المفرطة فهما يختلفان من حيث الشكل لا الموضوع ، ذلك أنه بالبحث عن المقصود "بالمزية المفرطة" نجد أنها تعني الإخلال الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد سواء بفرض التزامات مبالغ فيها على المستهلك أو الانقاص من التزامات المهني¹⁸⁸ ، و الذي يقترب من فكرة الغبن وفقا لنظريته المادية¹⁸⁹ ، إلا أنه يختلف عنه في بعض المسائل سبقت الإشارة إليها.

فالشرط التعسفي وفقا لهذا المعيار لا يمكن افتراض وجوده إلا بافتراض أن أحد طرفي العلاقة التعاقدية قد استعمل تفوقه مهما كان شكل هذا التفوق (ليس بالضرورة تفوقا اقتصاديا) لإدراج هذا الشرط ، و أن يؤدي ذلك إلى اختلال ظاهر في العقد ، كما أنه لا ينظر فقط إلى المزايا التي يمنحها الشرط لأحد طرفي العقد و إنما ينظر إلى العقد ككيان واحد يتضمن عدة شروط إذ من الممكن أن يتضمن العقد شرطا آخر يعطي المتعاقد الثاني مزايا تعيد التوازن للعقد¹⁹⁰ .

تجدر الإشارة إلى أنه إلى غاية سنة 1993 كان المشرع الفرنسي يتبنى معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية الذي ينشأ ميزة مفرطة في تحديد الشرط التعسفي ، و بتاريخ 05 أبريل 1993 صدرت

187 - حسن عبد الباسط جمعي ، المرجع السابق ، ص.269.

188 - مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص.759 ؛ بن عزوز درماش ، المرجع السابق ، ص.148.

189 - Calais - Auloy (J) eT Steinmetz (F) , Droit de la consommation , 5^{ème} édit , Dalloz , 2000 , p. 192.

190 - Stoffel-Munck (ph) , L'abus dans le contrat , Essai d'une théorie , LGDJ 2000 . p.306.

التعليمة الأوروبية رقم 93 - 13 بشأن الشروط التعسفية التي ترد في العقود المبرمة مع المستهلكين حيث نصت المادة 01/03¹⁹¹ منها على أن :

"Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat " .

من خلال استقراء المادة 03 نلاحظ أنها جاءت بمعيار جديد هو معيار غياب نية التفاوض و يعتبر حسب هذا المعيار الشرط تعسفيا إذا لم يكن محل تفاوض بين طرفي العقد ، إلا أن هذا المعيار لم يؤخذ به ذلك لأن المحترف بإمكانه أن يتفاوض حول شروط العقد مع المستهلك ، فلا يعد الشرط تعسفيا بالرغم من أن هذا التفاوض قد يكتسي طابعا جائرا و ممنوعا¹⁹² .

المشروع الفرنسي و على غرار الدول الأعضاء في مجلس أوروبا بادر إلى اتخاذ خطوات تشريعية للتوافق مع التعليمة الأوروبية حيث أصدر القانون رقم 95 - 96 بتاريخ 01 فبراير 1995 الذي عدلت بموجبه أحكام المادة 01/132¹⁹³ من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93 - 949 بحيث أصبحت تنص :

" Dans les contrats conclus entre professionnels , et non-professionnels ou consommateurs , sont abusives les clauses qui ont pour objet , ou pour effet , de créer au détriment du non professionnel ou du consommateur , Un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat " .

الملاحظ من خلال نص المادة 01/132 أن المشروع الفرنسي لم يأخذ بأحكام التعليمة حرفيا كونه " لم يتبنى معيار غياب المفاوضة المسبقة بين طرفي العقد بخصوص شرط معين حتى يعتبر تعسفيا كما جاء في

191 - تنص المادة 01/03 من التعليمة الأوروبية رقم 93 - 13 المتعلقة بالشروط التعسفية التي ترد في العقود المبرمة مع المستهلكين على أن : "الشرط التعاقدى الذي لم يكن موضوعا نتيجة مفاوضة فردية ، يعتبر شرطا تعسفيا ، و ذلك عندما ينشئ ، خلافا لحسن النية ، و على حساب المستهلك ، تفاوتاً جلياً بين حقوق و التزامات الطرفين الناشئة عن العقد".

192 - ربما فرج مكى ، المرجع السابق ، ص. 756.

193 - تنص المادة 01/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدلة بالقانون رقم 95 - 96 على أن : "في العقود المبرمة بين المهنيين و غير المهنيين أو المستهلكين ، تعتبر تعسفية تلك الشروط التي يكون هدفها أو من شأنها إحداث - على حساب غير المهني أو المستهلك - تفاوتاً جلياً و ظاهراً بين حقوق و التزامات طرفي العقد".

التعليمة الأوربية ، و لم تأخذ بهذا المعيار معظم التشريعات لأن المحترف بإمكانه أن يتفاوض حول شروط العقد مع المستهلك فلا يعد الشرط تعسفيا بالرغم من أن هذا التفاوض قد يكتسي طابعا تعسفيا في حد ذاته بفرض المهني لرأيه ، و اعتبر المشرع الفرنسي المعيار الوحيد لتحديد الشرط التعسفي في العقد هو وجود اختلال ظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد"¹⁹⁴ .

و لقد طبقت محكمة النقض الفرنسية معيار الاختلال الظاهر في عدة قرارات من بينها القرار الصادر بتاريخ 2002/02/26 الذي اعتبرت فيه أن شرط إعفاء شركة التأمين من تغطية الخطر المؤمن عليه خلال مدة سنة من تاريخ إبرام العقد ، يعتبر تعسفيا إذا كانت مدة التأمين تزيد عن السنة ، لأنها تلقي على عاتق المؤمن له التزاما بدفع الأقساط كاملة طوال فترة العقد ، في حين تعفي المؤمن من تغطية الخطر معظم مدة العقد¹⁹⁵ .

فما هو المعيار الذي تبناه المشرع في تحديد الشرط التعسفي في القانون رقم 04 - 02 ؟.

لقد تبني المشرع الجزائري موقف المشرع الفرنسي و أخذ بمعيار الإخلال الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد في تعريفه للشرط التعسفي في نص المادة 05/03 من القانون رقم 04 - 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بنصها : "كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد ، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد".

ب - طريقة تقدير الطابع التعسفي للشرط

تعتبر المادة 110 ق.م أداة قوية في يد القاضي لحماية الطرف المدعن من الشروط التعسفية المفروضة عليه من الطرف المدعن له ، و تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا ، يدخل في إطار سلطته التقديرية.

فإذا قرر القاضي أن شرط ما يعتبر شرطا تعسفيا في عقد من عقود الإذعان فيكون له أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف ، و إلا فيكون له أن يلغيه و هو في ذلك غير مقيد بحد معين

¹⁹⁴ - بن عزوز درماش ، المرجع السابق ، ص. 146.

¹⁹⁵ - Cass.1^{er} civ., 26 févr.2002 n 99-13.912.

سوى ما تقتضيه العدالة ، و لا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك¹⁹⁶ ، على عكس القضاء الفرنسي حيث تخضع المحاكم الابتدائية لرقابة محكمة النقض في تقديرها للطابع التعسفي للشروط بوصفها مسألة قانون لا واقع بهدف توحيد معايير التقدير و تحقيقاً للأمن القانوني و استقرار المعاملات¹⁹⁷ .

إلا أنه بالرجوع إلى قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16 جوان 1992¹⁹⁸ نجد أنها خرجت عن هذا المبدأ و بسطت رقابتها على تقدير قاضي الموضوع للشروط التعسفي محل النزاع ، كما أنها طبقت نص المادة 106 ق.م بشأن عقد من عقود إذعان بحيث لم تعتبر شرط تحديد نطاق الضمان في عقد التأمين شرطاً تعسفياً إذ جاء في أحد أوجه القرار بأنه "... من المتفق عليه في الشروط العامة لعقد التأمين : أن شركة التأمين تضمن للمؤمن له التبعات المالية الناتجة عن الأضرار الجسمانية و المادية التي يسببها للغير ، أثناء و بمناسبة سير المركبة و لا تضمن الأضرار التي يسببها المؤمن له نفسه إلا إذا كان مؤمناً على جميع الأخطار.

و لما ثبت أن المطعون ضده لم يؤمن على جميع الأخطار ، فإن قضاة الموضوع بقضائهم خالفوا ذلك بمنحه تعويضاً عن الأضرار اللاحقة به ، و خالفوا نصوص العقد تطبيقاً للمادة 106 ق.م و استحق قرارهم النقض".

على خلاف المشرع الجزائري ؛ نص المشرع الفرنسي في المادة 5/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي¹⁹⁹ صراحة على طريقة تقدير الطابع التعسفي للشروط بنصها :

"Le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se referant , au moment de la conclusion du contrat a toutes les circonstances qui entourent sa conclusion de

196 - محمد أمين سي طيب ، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك - دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2007 - 2008 ، ص. 44 ؛ محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 162 ؛ أحمد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، ط. 01 ، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2003 ، ص. 123 ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، المرجع السابق ، ص. 217.

197 - محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص. 60.

198 - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار صادر بتاريخ 16/06/1992 ، ملف رقم 78387 ، م.ق ، ع. 01 ، سنة 1994 ، ص. 31.

199 - نص المادة 5/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أن : "الطابع التعسفي للشروط يقدر بالرجوع إلى وقت إبرام العقد و كل الملابسات المحيطة بإبرامه و كل بنود العقود الأخرى ، و يقدر كذلك بالنظر إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو استبعاد هذين العقدتين مرتبطان قضائياً ببعضهما البعض".

même que toutes les autres clauses du contrat . il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement lune de l'autre...".

رغم أن مشرعنا لم يتعرض لوقت تقدير الشرط التعسفي إلا أنه من المسلم في كل الأحوال أن يستند القاضي عند تقديره للطابع التعسفي للشرط إلى وقت إبرام العقد و إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه و تنفيذه و إلى كل شروط العقد و ليس إلى كل شرط على حدى.

الملاحظ هنا ؛ أن المشرع حين تعريفه للشرط التعسفي في المادة 05/03 من القانون 04 - 02 ، ذكر أنه ينظر إلى البند أو الشرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى . إلا أننا نعتقد أن المشرع قد أخطأ في الصياغة لأن الشرط لا ينظر إليه بصفة منفردة كما جاء في المادة 05/03 ، فلا يمكن اعتبار الشرط تعسفيا بمجرد أنه يمنح لأحد المتعاقدين مزايا معينة فقد يكون هناك شرط آخر يتضمنه العقد يمنح المتعاقد الآخر مزايا تعيد التوازن للعقد ، لذلك يجب النظر إلى العقد في مجمله و إلى كل الالتزامات الواردة فيه لاعتبار الشرط تعسفيا.

و على القاضي عند تقديره للشرط التعسفي ، طالما أن المادة 110 ق.م قد حددت له فقط الخطوط العريضة ، أن يرجع إلى النصوص الخاصة التي أوردت مجموعة من الشروط التي اعتبرت تعسفية و لا سيما المادة 29 من القانون رقم 04 - 02 ، و كذا المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 306 السابق الذكر.

كما قد يستعين القاضي لتحديد الشرط التعسفي بما ورد في المادة 124 مكرر ق.م التي تنص على أن : "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

فهذه المادة نصت على ثلاث حالات يكون فيها استعمال الحق استعمالاً تعسفياً²⁰⁰، و بما أن الشرط يعتبر حق فإنه يكون تعسفياً إذا انطبقت عليه إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر فيعتبر الشرط الوارد في عقد الإذعان تعسفياً²⁰¹ :

أولاً: إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالطرف المدعن، كأن يتضمن عقد العمل شرط يلزم العامل بضرورة الوصول إلى مقر العمل صباح كل يوم ساعة على الأقل قبل بداية العمل.

ثانياً: إذا كانت المصالح التي يرمي الطرف القوي إلى تحقيقها من خلال إدراج هذا الشرط قليلة الأهمية و لا تتناسب البتة مع الأضرار التي قد تصيب الطرف المدعن بسببها فلا يكفي أن تكون مدرج الشرط مصلحة في إدراجه ، بل يجب أيضاً أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة معتبرة ، و تكون كذلك إذا كانت ذات أهمية تتناسب أو تفوق الأضرار التي قد تصيب الطرف الآخر بسببها، أما لو كانت هذه المصلحة تافهة و يعود من جرائها ضرر بالغ بالطرف الآخر عد الشرط تعسفياً ، و مثال ذلك إدراج شرط بعقد العمل يلزم العامل بطرح شهادة طبية تثبت عجزه عن العمل من قبل طبيب شرعي محلف.

ثالثاً: كذلك يعد الشرط الوارد في عقد الإذعان تعسفياً إذا كانت المصالح التي يرمي صاحب الشرط إلى تحقيقها من خلال إدراجها في العقد غير مشروعة ، فهذا النوع من الشروط ليست له قيمة في نظر القانون لأنه يأتي على خلاف ما تقضي به قواعد النظام العام و الآداب العامة ، و مثال ذلك إدراج شرط في عقد العمل ينص على تنازل العامل عن حقوقه السياسية أو النقابية، فهذا يعتبر شرطاً تعسفياً.

نستخلص مما تقدم أنه يشترط لإعمال سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان التي منحها له المشرع في المادة 110 ق.م أن يتعلق الأمر بعقد إذعان و أن يتضمن هذا العقد شروطاً تعسفية ، فإذا توافرت هذه الشروط فما هو نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد و ما هي الخصائص المميزة لهذه السلطة ؟ هذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الموالي .

200 - لتفاصيل أكثر راجع ، علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص. 52 ، 61 ؛ حمزة محمود جلال ، المرجع السابق ، ص. 89 ، 96.

201 - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 149.

المطلب الثاني

نطاق و خصائص سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

وفقا للقواعد العامة يقتصر دور القاضي بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها ، إلا أنه و خروجاً على هذه القاعدة و بحجة توفير الحماية للطرف المدعى في عقود الإذعان اعترف المشرع في المادة 110 ق.م للقاضي بسلطة استثنائية تتيح له تجاوز الدور السابق إلى تعديل الشروط الواردة في العقد الإذعان أو إلغائها كلية إذا تبين له أنها تعسفية بغية إعادة التوازن إلى العقد (الفرع الأول) و هذه السلطة الممنوحة للقاضي تميزها مجموعة من الخصائص عن غيرها من السلطات الممنوحة للقاضي نظراً لأهميتها و خطورتها في نفس الوقت (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نطاق سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

إذا تبين للقاضي أن شرط ما مدرج بعقد الإذعان تعسفياً ، يتعين عليه أن يتدخل من أجل تعديل العقد بموجب المادة 110 ق.م التي حددت له نطاق التدخل بوسيلتين إما تعديل الشروط الواردة فيه ، أو إعفاء الطرف المدعى منها (أولاً) هذا ما جعل الفقه يقف بين مؤيد و معارض لهذه السلطة (ثانياً) ، و بالإضافة إلى سلطة التعديل منح المشرع للقاضي سلطة تفسير عقد الإذعان (ثالثاً) .

أولاً : وسائل تدخل القاضي لتعديل عقد الإذعان

يتدخل القاضي لتعديل عقد الإذعان المتضمن شروطاً تعسفية بإحدى الوسيلتين : إما بتعديل الشروط التعسفية الواردة فيه أو إلغائها تصحيحاً له ، و تعتبر هذه السلطة قيد على حرية المتعاقدين في التعاقد ،

لأن القاضي إذا أسقط الشرط فإنه يكون بذلك قد ألغى جزءاً من العقد لأن الشرط عقد كما يقال ،
و بالتالي يكون عمله تعديلاً للعقد الذي انعقد برضا أطرافه²⁰² .

أ - تعديل الشرط التعسفي

تعديل الشرط يعني الإبقاء عليه بحيث يتدخل القاضي لرفع أوجه التعسف التي تتضمنها شروط العقد
بالوسيلة التي يراها ملائمة ، و تعدد هذه الأوجه بحسب ما يضعه الطرف المدعن من شروط تعسفية في
العقد ، فقد يتضمن العقد شروطاً تتعلق بالمقابل الذي يفرض على الطرف المدعن نظير الخدمة التي
سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع أو ما شابه ذلك ، مما يجعلها شروطاً جوهرية في العقد
يصعب الإغفاء منها دون المساس بالعقد ذاته ، فتكون هنا وسيلة التعديل هي الأنسب لرفع الإجحاف و
الضرر عن الطرف الضعيف²⁰³ ، و الإبقاء على العقد.

و أي تعديل يقوم به القاضي لشرط تعسفي يتعلق بحجم الأداءات المتبادلة ، ينتهي إلى الزيادة
أو الإنقاص في بعض الالتزامات الناجمة عن العقد ، لصالح الطرف المدعن بما يحقق التوازن بين هذه
الأداءات، و يزيل الضرر عن كاهل الطرف المدعن²⁰⁴ .

مثال ذلك أن يتضمن عقد بيع شرطاً يحتفظ بموجبه البائع بحق تحديد مهلة تسليم المبيع ، فيقرر
القاضي بمناسبة نظره لدعوى التنفيذ أن هذا الشرط يعتبر شرطاً تعسفياً و بالتالي يقرر تعديله بتحديد
ميعاد التسليم، أي تدخل القاضي يكون في تعديل مدة التنفيذ.

ب - إلغاء الشرط التعسفي

يلجأ إليه القاضي عندما يقرر أن تعديل الشرط موضوع النزاع غير مجدي في إزالة التعسف إلا بإغفاء
الطرف المدعن منه²⁰⁵ ، و ذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد أي

202 - فؤاد محمود معوض ، المرجع السابق ، ص. 276.

203 - عبد الحميد بن شنيقي ، المرجع السابق ، ص. 46.

204 - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 166.

الخلل في التوازن العقدي يتمثل في وجود هذا الشرط في العقد و الحل لإعادة التوازن يكمن في إزالة الشرط للمحافظة على العقد ، فيعفى الطرف المدعن منه لا من تنفيذه.

و هذه الوسيلة تعتبر أشد جرأة من وسيلة التعديل و سلاح بالغ الخطورة في يد القضاء على حد تعبير الأستاذ عبد الحكم فوده²⁰⁶.

مثلا كإدراج شرط في العقد يتعلق بعدم الضمان أو عدم مسؤولية المتعاقد المحتكر للسلعة أو الخدمة ، فهنا تدخل القاضي يكون بإلغاء الشرط ككل و إعفاء الطرف المدعن منه بغرض تحقيق الهدف من منح القاضي هذه السلطة ألا و هو إعادة التوازن العقدي تحقيقا للعدالة.

التعسف كما سبق الذكر مسألة نسبية تختلف باختلاف الظروف و الزمان و المكان و كذا موضوع العقد و طبيعته و شروطه ، لذلك فإن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في إلغاء الشرط أو الاكتفاء بتعديله، و في حالة التعديل فإن القاضي هو من يقدر كيفية التعديل و مداه و لا رقابة عليه من المحكمة العليا في ذلك .

عندما نقول أن للقاضي سلطة تقديرية في إلغاء الشرط أو الاكتفاء بتعديله هذا يعني أن القاضي غير مقيد بوسيلة معينة إذ له سلطة الملائمة في اختيار الوسيلة²⁰⁷ ، فقد يرفع أحد الخصوم دعوى لطلب إلغاء شرط تعسفي في عقد من عقود الإذعان إلا أن القاضي و بعد دراسته لملف القضية و كل الظروف المحيطة بها يكتفي بتعديل ذلك الشرط فقط و لا يستجيب لطلب إلغاءه حفاظا على العقد في حد ذاته.

هذا و يقع عبء إثبات الشرط التعسفي على المتعاقد المضور فهو من عليه إثبات الطابع التعسفي للشرط تطبيقا للقاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى".

لكن الجدير بالذكر أنه في بعض النصوص القانونية المتفرقة حدد المشرع الجزائري جزاء محدد للشرط

التعسفي ألا و هو البطلان ، مثال ذلك ما جاء في :

205 - عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص. 305 .

206 - عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص. 438.

207 - عبد الحميد بن شنييتي ، المرجع السابق ، 46.

- المادة 384 ق.م بنصها على أنه : "... غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".
- المادة 622 ق.م بنصها على أنه : "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية : ...".
- و قد ذكر المشرع في هذه المادة بعض الشروط المعتمدة باطلا في عقد التأمين .
- المادة 03/52 من ق.ت.²⁰⁸ بنصها على أنه : "يكون باطلا كل اشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن فقدان الكلي أو الجزئي أو التلف".
- المادة 13 من القانون 09 - 03²⁰⁹ المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش بنصها على أنه : "يستفيد كل مقنن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون ؛ و يمتد هذا الضمان إلى الخدمات ؛ ... يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية ، و يعتبر باطلا كل شرط مخالفا لأحكام هذه المادة ؛ تحدد شروط و كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم"²¹⁰.
- المادة 137 من القانون رقم 90 - 11 المتعلق بعلاقات العمل²¹¹ بنصها على أنه : "يكون باطلا و عديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف بانتقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع و الاتفاقيات و الاتفاقيات الجماعية".
- نلاحظ من خلال النصوص المذكورة أعلاه - على سبيل المثال - أن القاضي لا يستطيع بصدها إعمال سلطته في تعديل العقد ، ذلك أن المشرع قد قيده بالجزاء المتمثل في إلغاء الشرط التعسفي كونه باطلا.

²⁰⁸ - الأمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ، ج.ر. ، ع. 78 ، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05 - 02 المؤرخ في ، الموافق لـ 06 فبراير 2005 .

²⁰⁹ - القانون رقم 09 - 03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق لـ 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج.ر. ، ع. 15 ، 2009.

²¹⁰ - تطبيقا لأحكام المادة 13 من القانون رقم 09 - 03 ، صدر المرسوم التنفيذي رقم 13 - 327 المؤرخ في 20 ذي القعدة 1434 الموافق لـ 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط و كفاءات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ ، ج.ر. ، ع. 49 الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2013.

²¹¹ - القانون رقم 90 - 11 المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل ، ج.ر. ، ع. 17 ، 1990.

يطرح بهذا الصدد تساؤل بخصوص نطاق البطلان هل هو بطلان جزئي يقتصر على الشرط المعترف تعسفي فقط ، أم أن العقد يبطل ككل بوجود هذا الشرط ؟.

انقسم الفقه بخصوص هذا البطلان ، فهناك من يرى أن بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان العقد ككل تحت طائلة بطلان الجزء يؤدي إلى بطلان الكل ، أما البعض الآخر فيرى أن البطلان هنا هو بطلان جزئي يمس الشروط لا العقد و هذا ما يعبر عنه بنظرية إنقاص العقد²¹² .

لقد أجاب المشرع الفرنسي على هذا التساؤل في المادة 132-1-132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي²¹³ التي تنص على أنه :

"Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans les dites clauses" .

هذا بخلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص على نوع البطلان المقرر كجزء لإدراج الشروط التعسفية في العقود و لربما كان ذلك سهوا منه ينبغي استدراكه و ذلك بالنص صراحة على بطلان الشرط التعسفي و بقاء العقد صحيحا إذا أمكن أن يستمر قائما دون تلك الشروط الباطلة.

و نحن نرى أن بطلان الشروط التعسفية يكون بطلانا جزئيا و ليس كليا لأنه يتلاءم و مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الذي غالبا ما يكون المستهلك ، لأن البطلان الكلي ينقلب ضد هذا

²¹² - يقصد بإنقاص العقد تخليصه من الجزء المعيب للإبقاء على الجزء الصحيح حتى يرتب أثره القانوني ، فالإنقاص يفترض بقاء العقد مع حذف الجزء الباطل أو القابل للإبطال متى كان العقد قابلا للانقسام ، و يحدث هذا الوضع غالبا إذا تضمن العقد شرطا أو بعض الشروط المخالفة للقانون ، و قد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية في المادة 104 ق.م التي تنص : "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا ، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

²¹³ - تنص المادة 132-1-132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه : "يظل العقد نافذ المفعول في كل بنوده عدا تلك التي تعتبر تعسفية ما أمكن بقاءه قائما بدونها" ؛ و نشير هنا إلى أن المشرع الفرنسي قد اعتبر البند التعسفي في العقد بندا غير مكتوب كما ورد في نص المادة 132-1-132-1 من قانون حماية المستهلك الفرنسي ، و تختلف آلية البطلان عن آلية اعتبار البند غير مكتوب فالبند غير المكتوب يعتبر بندا لا وجود له بتاتا ، و هنا يكمن الهدف من استئصال هذا البند من العقد فهو يعتبر بمثابة غير الظاهر إطلاقا فيه ، بينما البند الباطل لا ينكر المشرع وجوده و لكنه يأمر بجزء معين له ، و هو البطلان الجزئي للعقد ؛ لتفاصيل أكثر عن جزاء إدراج الشروط التعسفية في القانون الفرنسي راجع ربما فرج مكي ، المرجع السابق ، ص. 70 و ما يليها ؛ و يرى الأستاذ : Calais - Auloy بعدم كفاية حذف الشرط التعسفي بقوله : "مكافحة الشروط التعسفية ، لا يكفي الإعلان عنها بأنها غير محررة ، بل الأفضل العمل على عدم تحريرها في العقود النموذجية قبل قيام النزاع ، بالاستناد إلى القائمة النموذجية الملحقة بقانون الاستهلاك و توصيات لجنة الشروط التعسفية " ،

الأخير كونه قد يؤدي إلى حرمانه من الاستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع العقد و التي لا غنى له عنها ، في حين أن البطلان الجزئي يبقى معه العقد قائما و بالتالي يستفيد المستهلك من السلعة أو الخدمة التي تعاقد من أجل الحصول عليها ، فالهدف من البطلان الجزئي هو التصحيح و ليس هدم العقد و ذلك بإزالة الجزء المعيب منه و الإبقاء على الجزء الصحيح حماية له و حفاظا على استقرار المعاملات.

ثانيا : موقف الفقه من السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل عقد الإذعان

لقد تباين موقف الفقه بخصوص السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل عقد الإذعان بين معارض (أ) و مؤيد لهذه السلطة (ب).

أ – الموقف المعارض

لقد انتقد جانب من الفقه²¹⁴ توجه المشرع إلى التوسع في حماية الطرف المدعن عن طريق إعطاء القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان ، كونهم يعتقدون أن في ذلك خروج عن حدود مهمته العادية و المألوفة ألا و هي تفسير العقد للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين²¹⁵ و إزالة ما يكون عالقا من غموض أو لبس إلى حد تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها.

يبرر هذا الرأي موقفه على أن إعطاء مثل هذه السلطة للقاضي يعرض العلاقات التعاقدية لعدم الاستقرار المطلوب للمعاملات ، ذلك أن الأفراد عندما يتعاقدون يعرف كل متعاقد مقدما الآثار التي الناجمة عن العقد و بالتالي يعرف حقوقه و واجباته ، هذا من جهة.

214 - عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص. 407 - 408 ؛ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ، ص.

214.

215 - خالد عبد حسين الحديشي ، تكميل العقد (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، د.س.ن. ، ص.137.

من جهة أخرى فإن هذه السلطة تؤدي إلى خروج القضاء بحلول مختلفة للمسألة الواحدة لعدم وجود معايير محددة لصفة التعسف ، لذلك يقتضي الحد من حرية القاضي بموجب نصوص تشريعية تحدد مفهوم البند التعسفي و تعدد البنود التعسفية الممنوعة تحت طائلة البطلان²¹⁶ .

و يرون أن الأمر منوط بالمشرع الذي يتوجب عليه إصدار القوانين التي تحدد مفهوم الشرط التعسفي و تعدد الشروط التعسفية الممنوعة تحت طائلة البطلان.

ب - الموقف المؤيد

في حين يرى البعض الآخر²¹⁷ عدم صحة هذا النقد و يعتبر توجه المشرع لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان أمراً محموداً و متماشياً مع تطور التشريعات في العالم الحديث ، و يتفق مع التغيرات الاقتصادية و الاجتماعية في المجتمع المعاصر ، و من بينهم الأستاذ حسن عبد الباسط جميعي الذي رد على أنصار الرأي الأول من أن هذه السلطة الممنوحة للقاضي تعد خروجاً على القواعد العامة في التفسير بالقول أن : "المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقاً للتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك ، و مما لا شك فيه أن خضوع الطرف المدعى في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبرراً كافياً للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقود الإذعان".

و يضيف في رده على النقد أن "التوازن قد اختل قبل تدخل قاضي الموضوع الذي سيأتي دوره لإعادة هذا التوازن إلى وضعه الطبيعي برفع التعسف الذي شاب الشرط ، و أما عن سلامة العلاقات الاقتصادية فإن هذه العلاقات تقوم على مبادئ أخلاقية من حسن النية و العدالة²¹⁸ .

كما يرى الأستاذ حسن عبد الباسط جميعي أن منح هذه السلطة للقاضي أولى من ترك الطرف المدعى تحت رحمة الموجب²¹⁹ و نحن نؤيده في ذلك ، لأن القاضي هو شخص مختص و محايد يستطيع بنظرته

216 - مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص. 753.

217 - أنظر ، عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص. 262 ؛ حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص. 265.

218 - حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص. 127 .

الموضوعية أن يرى أين يقع التعسف و بالتالي يتدخل للموازنة بين مصلحة طرفي العقد ، و يستطيع بحسه القانوني و باستعانتة بأهل الخبرة و الاختصاص أن يسعف الطرف المدعن ؛ أما عن الخوف من تحكم القضاة و عدم توحيده في المسألة الواحدة ، فإن رقابة المحكمة العليا تتكفل بالسيطرة في تحكم القضاة و تجنب عدم الاستقرار و التضارب في الأحكام.

ثالثا : سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان

لقد اهتم المشرع الجزائري بحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان ، و حاول حمايته قدر المستطاع من تعسف الطرف الآخر في العقد ، و من أجل ذلك أعطى للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية الواردة فيها أو إلغائها بنص المادة 110 ق.م ، و فضلا عن ذلك و لتوفير حماية أكثر للطرف المدعن خرج المشرع عن القاعدة العامة في التفسير²²⁰ عند غموض عبارات العقد المنصوص عليها في المادة 1/112 ق.م ألا و هي "يؤول الشك في مصلحة المدين" ، إذ نص في المادة 2/112 ق.م : "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن".

استثناء إذن في عقود الإذعان تراعى مصلحة الطرف المدعن ، فيؤول الشك في مصلحته بغض النظر عن وضعه في الدعوى دائنا كان أو مدينا ، و ذلك لأنه في مثل هذه العقود ينفرد المتعاقد القوي بوضع شروط العقد و إملاء إرادته على المتعاقد الضعيف ، فقد يورد هذا الأخير في العقد شروطا تحمل أكثر من معنى أو شروطا غامضة أو ناقصة ، أو شروطا مختلفة متناقضة فيما بينها.

فالغموض الذي يكتنف بعض العقود ليس وليد الصدفة دائما ، و ليس أيضا وليد رعونة واضعه و هو المحترف الذي تتوافر لديه من الوسائل الفنية مما يمكنه من وضع شروط واضحة ؛ و لكنه في أحيان كثيرة

219 - حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص.104 .

220 - يقصد بالتفسير العملية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض من أجل الكشف عن المعنى الحقيقي للاتفاق و التعرف على نية المتعاقدين المشتركة مستندا إلى العقد ذاته و العناصر الخارجة عنه و المرتبطة به ؛ لتفصيل أكثر حول مفهوم التفسير و أنواعه و الدافع إليه راجع ، عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص.304.

يكون متعمداً لأنه يسمح لهذا الأخير بتمرير شروط معينة تحت ستار سحابة من الغموض و الإبهام ، بحيث لو كانت واضحة لأعرض المتعاقد الآخر عن التعاقد²²¹.

و لذلك فإنه في حالة النزاع حولها منح المشرع للقاضي سلطة تفسير هذه الشروط الغامضة أو المبهمة، بموجب نص المادة 2/111 ق.م التي تنص على أنه : "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات " .

فالمادة 2/111 ق.م تضع بين يدي القاضي وسائل يستهدي بها في حال غموض عبارة العقد بحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدين في أعماق الإرادة الباطنة إذا تعذر عليه التعرف عليها من الإرادة الظاهرة ، وهذه الوسائل تم ذكرها على سبيل المثال و هي طبيعة التعامل و الأمانة و الثقة و العرف الجاري في المعاملات ، كما أن هناك وسائل أخرى توصل إليها القضاء من خلال النزاعات المطروحة أمامه منها تغليب الشروط الخاصة على الشروط العامة في حالة التناقض و الشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة أو المرقونة و الشروط المرقونة على الشروط المطبوعة ، و أن الإشارة المخطوطة المدرجة في فراغ أبيض تعتبر جزءاً لا يتجزأ من باقي النص و لا يمكن اعتبارها جزءاً مضافاً إلى العقد²²².

و قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى تستمد شرعيتها من عدة أسانيد و هي : أن هذا الأخير هو الأضعف اقتصادياً في العلاقة ، و أن رضاه بالعقد أقرب إلى التسليم الإجمالي منه إلى القبول الاختياري و في المقابل أن الطرف القوي هو الذي يستقل بتحرير العقد و وضع شروطه في صورة عقود

221 - عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص.438.

222 - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار صادر بتاريخ 1997/07/23 ، ملف رقم 149300 ، م.ق ، ع. 02 ، 1997 ، ص. 51 ؛ قرار صادر بتاريخ 2000/01/18 ، ملف رقم.208925 ، م.ق ، ع.01 ، 2002 ، ص.223.

نموذجية في الغالب²²³ ، و بالتالي فإذا وجد غموض وجب أن لا يستفيد منه هذا الأخير لأنه يعتبر متسببا فيه ، لذلك يجب عليه أن يتحمل تبعته²²⁴ .

للإشارة فإن العديد من التشريعات المقارنة اتجهت إلى اعتناق هذه القاعدة التفسيرية الاحتياطية الحماية في مجال عقود الإذعان نظرا لمبرراتها القانونية و المنطقية في نفس الوقت²²⁵ .

الفرع الثاني

خصائص سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

تتميز سلطة القاضي حين تدخله لتعديل عقد الإذعان المتضمن شروطا تعسفية بعدة خصائص نوردتها

فيما يلي :

أولا : سلطة القاضي غير محددة

لم يضع المشرع حدودا يقف عندها القاضي عند إعمال سلطته في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان إلا ما تقتضيه العدالة ، و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 110 ق.م "... و ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ..." ، فهي المعيار الوحيد الذي يسترشد به القاضي في إعمال سلطته في تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منه ، فلم يرسم له المشرع أنماطا معينة يتم على أساسها التعديل أو الإلغاء بل ترك له سلطة تقديرية واسعة في ذلك²²⁶ .

²²³ - مقني بن عمار ، قاعدة "تفسير الشك لمصلحة المذعن" مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة ، المجلة الجزائرية للقانون المقارن ، مجلة مخبر القانون المقارن ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، ع. 01 ، 2014 ، ص. 159.

²²⁴ - أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 237.

²²⁵ - مقني بن عمار ، المرجع السابق ، ص. 158.

²²⁶ - العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، المصادر الإرادية العقد و الإرادة المنفردة ، ج. 02 ، دار هموم للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2015 ، ص. 785.

و العدالة صفة نسبية تختلف من حالة إلى أخرى بحسب ظروف التعاقد و موضوع العقد و ظروف كل متعاقد ، كما تختلف بحسب الأزمنة و الأمكنة ، و يعود أمر تقديرها لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا.

نحن نرى بهذا الصدد أنه طالما أن العدالة يختلف مفهومها من شخص لآخر و بالتالي من قاضي لآخر باختلاف المكان و الزمان و حتى الظروف ، فإن هذا سيؤدي إلى تضارب أحكام القضاة بخصوص نفس الشرط ، فهناك من يقدره على أنه شرط تعسفي ، في حين لا يعتبره قاضي آخر كذلك ، و هذا ما من شأنه أن يهدم استقرار المعاملات و لا سيما و أن أمر تقدير مفهوم العدالة من قبل القاضي غير خاضع لرقابة المحكمة العليا كما سبق الذكر ، فالعدالة لم تعد معيار أساسي لتقدير الطابع التعسفي للشرط لذلك تم استحداث معايير أكثر دقة كما سبق الذكر.

ثانيا : سلطة القاضي من النظام العام

تعتبر السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل عقد الإذعان من النظام العام ، فلا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته في التعديل أو الإلغاء باتفاق خاص على ذلك ، لأن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا ، فمن حق الطرف المدعى اللجوء إلى القضاء لطلب تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها باعتباره حق يتعلق بالنظام العام²²⁷.

و حسن ما فعل المشرع بنصه على هذه المسألة بصريح العبارة في نص المادة 110 ق.م " و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " ، فلولا هذه العبارة لكانت الحماية المقررة للطرف المدعى مجرد حماية صورية²²⁸ لأنه المتعاقد الأقوى الذي يكون غالبا شخصا محترفا سيقوم بإدراج هذا الشرط في العقد

227 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 250.

228 - عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص. 439.

ليستبعد بموجبه سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التي يراها تعسفية ، وبالتالي لا تكون هناك حماية جدية للطرف المدعى كما أرادها المشرع²²⁹.

ثالثا : سلطة القاضي جوازية

إن السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل عقد الإذعان بموجب المادة 110 ق.م هي سلطة جوازية للقاضي و ليست وجوبية ، إذ رغم وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان يجوز للقاضي الامتناع عن استعمال الرخصة المخولة له من المشرع ، إذ المسألة تخضع لتقديره و مدى اقتناعه باستخدامها من عدمه، كون المادة 110 ق.م جاءت بصيغة الجواز باستعمالها عبارة "... جاز للقاضي ..." ، و لا رقابة عليه من المحكمة العليا في ذلك.

فحتى لو رفع الطرف المدعى دعوى أمام القضاء يلتمس من خلالها تعديل أو إلغاء شرط في العقد يرى بأنه تعسفي تبقى للقاضي سلطته التقديرية في التدخل لتعديل هذا العقد أو الامتناع عن ذلك طالما أن سلطته جوازية ، و لعل ذلك راجع لاختلاف طبيعة كل عقد من عقود الإذعان ، و الظروف التي أبرم فيها و مضمون كل منها ، فالقاضي هنا له في الحقيقة سلطة الموازنة بين مصلحة طرفي العقد ، إذ قد يقتضي الأمر و رغم تضمين العقد شروطا تعسفية أن يمتنع عن تعديلها أو إعفاء الطرف المدعى منها ، إذا رأى أن ذلك يعرض مصلحة المشروع للخطر و يؤثر على حسن سيره فيبقى على الهدف الاقتصادي له مضحيا بذلك بمصلحة الفرد من أجل مصلحة الجماعة²³⁰.

إلا أن هناك من الفقه من يرى أنه إذا تقدم الطرف المدعى من القاضي بطلب ممارسة هذه السلطة – أي تقدير الطابع التعسفي للشرط – في عقد أبرمه مع غيره فإن القاضي يتوجب عليه أن يجيب على هذا الطلب بالقبول أو الرفض مع التسيب ، و هنا يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا في تبرير أسبابه لرفض إعماله لسلطته في التقدير²³¹.

229 - عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص. 234.

230 - عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص. 439 - 440.

231 - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 167.

رغم أن سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان سلطة جوازية كما سبق الذكر ، إلا أن القاضي لا يستطيع أن يتدخل من تلقاء نفسه لتعديل العقد المنطوي على هذه الشروط ، و إنما يكون ذلك بناء على طلب الطرف المدعن عملاً بمبدأ حياد القاضي²³² ، و هذا ما يعتبر قيماً على سلطة القاضي في التعديل .

و يجوز للطرف المدعن أن يطلب من القاضي التدخل لإعمال سلطته في تعديل عقد الإذعان في أية حالة كانت عليها الدعوى ، و ذلك بعد أن يتحقق القاضي من توافر الخصائص المميزة لهذا النوع من العقود ، إلا أنه لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا كونها مسألة واقع.

في هذا الشأن يرى الأستاذ محمد بودالي بأنه من الضروري الاعتراف للقضاء بسلطة إثارة أمر تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية من تلقاء نفسه²³³ ، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي على غرار بعض التشريعات الأوربية ، لأن من شأن ذلك أن يساهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية تحقيقاً للعدالة²³⁴ .

خلاصة ما تقدم أنه يشترط لإعمال سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المدعن منها التي منحها له المشرع الجزائري في المادة 110 ق.م أن يتعلق النزاع بعقد إذعان و أن يتضمن هذا العقد شروطاً تعسفية بغض النظر عما إذا كان الطرف المدعن قد علم بها عند إبرام العقد أم لم يعلم وسواء أكانت واضحة المعنى أم غامضة²³⁵ .

232 - مبدأ حياد القاضي : يقصد به وقوف القاضي موقف الحكم الذي يزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل ، و هو نابع من ضمير القاضي نفسه ، كما يعني الابتعاد عن الانحياز غير المبرر إلى جانب أحد الخصوم للوصول إلى قضاء نزيه بعيد عن كل الشبهات ؛ فارس علي عمر الجرجري ، مبدأ حياد القاضي المدني ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2012 ، ص. 13 - 15.

233 - قرار (Oceano) الصادر بتاريخ 2000/06/27 عن محكمة العدل الأوربية كرس حق القضاء في إثارة الطابع التعسفي للبند تلقائياً من طرف القاضي ، و قد جاء في حيثيات القرار " ... إن الحماية الفعالة للمستهلك لا يمكن التوصل إليها إلا إذا اعترف للقاضي الوطني بتحديد الطابع التعسفي للبند تلقائياً في عقد وضع يده عليه في معرض النزاع المطروح أمامه ... " ، إلا أن الفقه و القضاء الفرنسي لا يزال منقسم حتى الآن حول مسألة إثارة البند التعسفي تلقائياً من طرف القاضي ؛ ربما فرج مكي ، المرجع السابق ، ص. 78 - 83.

234 - محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص. 76.

235 - العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج. 02 ، ص. 786.

هذا بالنسبة لسلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه حيث سعى المشرع الجزائري إلى تحقيق نوع من التعادل بين أداءات الأطراف في عقود بعينها عندما يصل فيها التفاوت إلى حد الجسامة و درجة الفحش ، و ذلك بمنحه للقاضي سلطة التعديل لإعادة التوازن إلى العقد .

إلا أنه لم يتبنى قاعدة التوازن العقدي بصفة مطلقة ، ذلك أن تدخل القاضي في هذه المرحلة يكون ضمن نطاق محدد ، كما أنه مقيد ببعض الضوابط يجب على القاضي احترامها و إلا اعتبر متجاوزا لسلطته.

فهل تبني المشرع نفس الموقف في مرحلة تنفيذ العقد ؟ هذا ما سوف نتعرض إليه في الفصل الموالي.

الفصل الثاني

إن اختلال التوازن الاقتصادي في العقد لا يظهر فقط أثناء مرحلة تكوينه بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال أو تضمين عقد من عقود الإذعان شروطا تعسفية جائرة ، فقد يتمتع المتعاقد بمركز القوة أثناء إبرامه للعقد و يناقش جميع شروطه ، إلا أن هذا المتعاقد قد يختل مركزه التعاقدى أثناء تنفيذ العقد ، بسبب ظروف استثنائية عامة و غير متوقعة أو بسبب ما يحدث من تقلبات اقتصادية تقلب موازين العقد أي يكون أمام حالة الظروف الطارئة (المبحث الأول).

كما قد يتفق المتعاقدان على تقرير تعويض يستحقه الدائن إذا أحل المدين مستقبلا بالتزاماته التعاقدية سواء كان هذا الاختلال في صورة عدم التنفيذ أو التأخر فيه ، و يسمى هذا التعويض بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ، إلا أن هذا الشرط قد تكون فيه مغالاة و غنبا لأحد أطراف العقد ، كما أن تنفيذ الالتزام قد يكون جزئيا فقط ، لذلك وجب التدخل لإعادة التوازن إلى هذا العقد ، و قد يتعرض أحد المتعاقدين لمشاكل و عراقيل تجعل تنفيذ العقد في الأجل المطلوب صعبا ، فيكون المدين أمام خطر عدم التنفيذ مما يستدعي إيجاد طريقة تجعله قادرا على الوفاء فكان الحل هو منحه أجلا لذلك وفقا لما هو منصوص عليه قانونا (المبحث الثاني).

و الحل الأنسب لمواجهة جميع تلك الظروف و المحافظة على العقد هو منح القاضي سلطة تعديل العقد ، و هذا بتعديل أحد عناصره أو شروطه لخلق التوازن فيه من جديد.

المبحث الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

قد يحدث عند حلول أجل تنفيذ العقد ، أن تحل ظروف اقتصادية بسبب حادث غير متوقع فيصبح تنفيذ الالتزام على النحو المتفق عليه شاقا و مرهقا إلى حد يهدد المدين بخسارة فادحة دون أن يكون لإرادته دخل في ذلك²³⁶.

ففي هذه الحالة يبرز دور القضاء في إعادة التوازن العقدي ، بحيث يعتبر القاضي هو المنوط بإقامة العدل و صيانة الحقوق ، تحت ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة²³⁷ طبقا للمادة 107 ق.م التي تنص : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية.

²³⁶ - أنظر ، محمد حسين منصور ، مصادر الالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، الدار الجامعية ، بيروت ، 2000 ، ص.352.
²³⁷ - إن فكرة الظروف الطارئة فكرة عريقة عرفت في الشريعة الإسلامية قبل أن يعرفها القانون الوضعي و ذلك لأن العدالة تعتبر من ركائزها الأساسية و بالرغم من أن الفقه الإسلامي قد عالج هذه النظرية إلا أنه لم يقدّم بصياغتها و السبب في ذلك هو أن الفقهاء المسلمين كانوا يعالجون ما يعرض عليهم من مسائل و يضعون لها حلول عملية عادلة لتواجه حالات معينة ؛ سعيد السيد علي ، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، دار الكتاب الحديث ، مصر ، 2006 ، ص.38 - 39.
و الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية في الشريعة الإسلامية هو الضرورة و العدل و الإحسان لقوله تعالى في الآية 158 من سورة البقرة : " يريد الله بكم اليسر و لا يريد بكم العسر" ، و قوله كذلك في الآية 78 من سورة الحج : " و ما جعل عليكم في الدين من حرج ".
أما في العصر الحديث فقد عرفت هذه النظرية ازدهارا كبيرا بداية في القانون الدولي العام ، ثم انتقلت إلى القانون الإداري إلى أن وصلت إلى القانون الخاص :

1- في القانون الدولي العام : لقد سميت بنظرية شرط عدم تغير الظروف ، و احتلت مكانة بالغة في المعاهدات الدولية حيث يحرص الأطراف على النص عليها كشرط في تلك المعاهدات ، و قد تم تقنين هذا الشرط في اتفاقية فيينا بتاريخ 22 ماي لسنة 1969 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.714.

2- في القانون الإداري : لقد وجدت نظرية الظروف الطارئة مكانا لها في القضاء الإداري الفرنسي (لم يأخذ بما ق.م. ف و لا القضاء العادي) وهدفه في ذلك هو ضمان سير المرافق العامة بالدولة ، و قد ارتبطت النشأة القضائية لنظرية الظروف الطارئة بالحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية غاز بورودو و التي خرج فيها عن القواعد القانونية التقليدية محاولا التوفيق بين تلك القواعد و المصلحة العامة بالقدر الذي تقتضيه هذه المصلحة ، و تلتخص وقائع هذه الدعوى في أن شركة الغاز في مدينة بورودو كانت ملزمة بأن تقوم بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، و نتيجة لوقوع الحرب ارتفع سعر الفحم ، و وجدت الشركة أن الأسعار التي تتقاضاها من الجهة الإدارية لا تغطي نفقاتها ، فلما رفع النزاع بين الشركة و المدينة إلى مجلس الدولة الفرنسي قضى بتعديل العقد المبرم بينهما بما يتناسب و الأسعار الجديدة ؛ أشار إليه سعيد سيد علي ، المرجع السابق ، ص.38 - 39 .

3- في القانون الخاص : لقد عرفت نظرية الظروف الطارئة في القانون الخاص اتجاهين مختلفين، الأول معارض لهذه النظرية و الثاني مؤيد لها ، فبالنسبة للاتجاه المعارض يرى بأن هذه النظرية تخل بمبدأ سلطان الإرادة و بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، و يعتبر فقهاء القانون المدني في فرنسا من أكثر الفقهاء المعادين

ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون ، و العرف ، و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، و إن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

و تنص المادة 3/561 ق.م 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 المفاوضة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد".

من خلال هاتين المادتين ، يتبين لنا مدى السلطة التي منحها المشرع للقاضي للتدخل في مجال العقود ، بداية بالتقيد بضوابط تطبيق نظرية الظروف الطارئة (المطلب الأول) ، ثم تطبيق هذه النظرية عن طريق مجموعة من الوسائل تسمح برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (المطلب الثاني).

لنظرية الظروف الطارئة ، و اتجاه مؤيد لها يرى أنه من العدل و العدالة تعديل العقد الذي احتلقت ظروف إنشائه عن أوضاع تنفيذه بما يحقق التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه و حتى أن محكمة النقض الفرنسية سارت حديثا على هذا الطريق بمدف إعادة التوازن بين حقوق و التزامات المتعاقدين الذي احتل العقد لظرف لا دخل لأحدهما في وقوعه ؛ محمد محي الدين ابراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2007 ، ص.41.

المطلب الأول

ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة

على الرغم من أن المشرع قد منح للقاضي بموجب نص المادة 3/107 ق.م²³⁸ سلطة التدخل لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة²³⁹ ، و ذلك بغرض إعادة التوازن الذي اختل بسبب تغير الظروف تحقيقاً للعدالة ، إلا أن هذه السلطة رغم ما يظهر من اتساعها مقيدة بتحقق الشروط التي يتطلبها المشرع في ظرف الطارئ (الفرع الأول) ، بالإضافة إلى مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية (الفرع الثاني) ، و أخيراً قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (الفرع الثالث).

²³⁸ - ينتقد الأستاذ العربي بلحاج ورود هذه النظرية في نص المادة 107 ق.م كونها لا تتسجم مع مقتضياتها ، و يرى بأن السياق المنطقي لها يكون ضمن المادة 106 ق.م بحيث تكون هذه الفقرة استثناء من الأصل ، لتصبح صياغة المادة كالتالي : (العقد شريعة المتعاقدين و يجب على كل منهما أن ينفذ التزاماته العقدية بأمانة و حسن نية ، غير أنه إذا جعل الحادث الطارئ تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين إرهاباً شديداً ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، بالنظر إلى الصفحة موضوع العقد فإنه لا ينقضي الالتزام بل يرد إلى الحد المعقول) ؛ العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في ق.م.ج ، ج. 02 ، المرجع السابق ، ص. 788 ؛ و هو ما سار عليه اجتهاد المحكمة العليا من أن هذه النظرية تشكل خروجاً استثنائياً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ؛ المحكمة العليا ، غ.م، قرار بتاريخ 1999/10/24 ، رقم الملف 191705 ، م.ق ، ع. 2 ، 1999 ، ص.95.

²³⁹ - يعرف الظرف الطارئ لغة كالتالي : الظرف هو الوعاء ، و هو كل ما يستقر فيه غيره كالיום و الحين و منه ظرف الزمان و ظرف المكان ؛ أما كلمة طارئ فمن الفعل طرأ ، يطرأ ، و هو ما يحدث فجأة ، القاموس الجديد ، المرجع السابق ، ص. 605 و 626 ؛ أما عند الفقه فيعرف الظرف الطارئ على أنه كل حادث عام لاحق على تكوين العقد ، و غير متوقع الحصول أثناء التعاقد ، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال ، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاباً شديداً و يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف ؛ زكريا سرايش ، الوجيز في مصادر الالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013 ، ص.130.

الفرع الأول

مراعاة القاضي لشروط نظرية الظروف الطارئة

إن المشرع عندما تجاوز مبدأ القوة الملزمة للعقد بإقراره لنظرية الظروف الطارئة ، لم يشأ أن يكون أي ظرف مهما كان نوعه أو مصدره سببا لتطبيق هذه النظرية ، و إنما سعى إلى تقييد الظرف بشروط معينة لإمكانية تطبيق هذه النظرية ، و هي أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ (أولاً)، و أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ (ثانياً) ، أن يؤدي الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا (ثالثاً).

أولاً: أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ

المقصود بهذا الشرط أن توجد مدة زمنية بين تاريخ انعقاد العقد و تاريخ نفاذه²⁴⁰ سواء كانت قصيرة أو طويلة، و هذا غالبا ما نجده في العقود الزمنية ، و التي تقتضي طبيعتها أن يمر تنفيذها على مراحل متتالية عبر الزمن، سواء كانت من العقود دورية التنفيذ (كعقود التوريد) ، أو من عقود المدة المستمرة التنفيذ (مثل عقود الإيجار و المقاولات)²⁴¹.

يجب الإشارة هنا إلى أن للقاضي سلطة كذلك في تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الفورية التي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها ، و لكن قد يتم تأجيل تنفيذها إلى آجال متتالية ،

²⁴⁰ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.717 ؛ عبد الحميد بن شنيقي ، المرجع السابق ، ص.55.

²⁴¹ - العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في ق.م.ج ، ج. 02 ، المرجع السابق ، ص.796.

و ذلك بموجب اتفاق الأطراف على تأجيله ، كالبيع الذي يتفق فيه على تأجيل دفع الثمن (البيع بالتقسيط) أو تسليم المبيع²⁴² .

كما يمكن تطبيق هذه النظرية على العقد الفوري إذا وقع الظرف الطارئ مباشرة بعد انعقاده²⁴³ .
إلا أن موقف الفقه²⁴⁴ قد اختلف حول تطبيق هذه النظرية على العقود الفورية المؤجلة التنفيذ فهناك من يرى أنه لا يصح أن تطبق عليها و لو كانت هذه العقود الفورية مؤجلة إلى المستقبل أو كان تنفيذها مجزأ على فترات ، في حين يجيز جانب آخر من الفقه تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الزمنية و العقود الفورية إذا ما أرجئ تنفيذها إلى المستقبل ، و يرجع ذلك إلى أن هؤلاء لا يشترطون لتطبيق هذه النظرية إلا شرطاً واحداً و هو أن لا يتحد وقت انعقاد العقد مع وقت تنفيذه، و الظاهر أن هذا الشرط لا يتوافر فقط في عقود المدة ، بل يتوافر أيضاً في العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل.

و نحن مع الفريق الأخير في موقفه من هذا الطرح لأنه يوسع مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي تهدف إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقود أثناء مرحلة تنفيذها.

أما بالنسبة للعقود الاحتمالية²⁴⁵ و عقود المضاربة في البورصة فيجب استبعادها من نطاق تطبيق هذه النظرية ، لأن مثل هذه العقود يفترض بطبيعتها أن يتعرض أحد المتعاقدين للخسارة أو الربح مهما كانت الخسارة جسيمة أو الربح كبيراً²⁴⁶ .

و يستثنى من هذه النظرية العقود التي يكون محل التزامها نقوداً ، فالوفاء في هذا النوع من العقود يكون بتسديد المدين لمبلغ النقود المستحقة في موعده المحدد في العقد نوعاً و مقداراً ، و بالعملة المتفق عليها

242 - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص.353 ؛ سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1975 ، ص.143.

243 - خديجة فاضل ، المرجع السابق ، ص.77.

244 - عبد الرزاق أحمد السهوري ، المرجع السابق ، ص. 718 .

245 - أنظر ، تعريف العقود الاحتمالية ، هامش رقم 40 ، ص. 26 من هذه المذكرة.

246 - أنظر ، حمدي محمد إسماعيل سيطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ، ص.243 .

سواء زادت قيمتها وقت الوفاء أو انخفضت²⁴⁷ ، و هذا ما نصت عليه المادة 95 ق.م على أنه : "إذا كان محل الالتزام نقودا ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

في جميع الأحوال ، لا تطبق هذه النظرية إذا تراخى تنفيذ الالتزام بخطأ من المدين ، إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصير تسبب فيه²⁴⁸ .

فعلى سبيل المثال إذا تم إدراج شرط في العقد يتعلق بمدة تنفيذه ، و تماطل المدين في التنفيذ إلى أن انتهت المدة المتفق عليها ، فهنا إذا حدثت ظروف طارئة بمفهوم المادة 107 ق.م خارج الأجل المتفق عليه، فهنا يتحمل المدين وحده تبعات هذه الظروف و لا يمكن بالتالي المطالبة بتعديل العقد.

هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21 فبراير 2007 و الذي جاء في حثياته: "... أن القرار المطعون فيه جاء فيه أن الالتزام التعاقدي أصبح مستحيل التنفيذ طبقا لمقتضيات المادة 03/107 من ق.م في حين أن تنفيذ التزام المؤسسة المنحلة و من حل محلها لم يصبح مستحيلا بل قد يصبح مرهقا للمدين ، و في هذه الحالة يجب أن يراعى خلال فترة انجاز المشروع ما إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و أدت إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين . أما إذا طرأت تلك الحوادث خارج الأجل المتفق عليه فإن المدين وحده هو الذي يتحمل تلك الظروف و لا دخل للدائن فيها لأنه لم يكن مقصرا في تنفيذ التزاماته.

و حيث أنه بسبب ما ذكر أعلاه يكون قضاة الموضوع قد أخطئوا في تطبيق القانون مما يعرض قرارهم للنقض دون حاجة إلى مناقشة بقية الأوجه"²⁴⁹ .

²⁴⁷ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 2005/04/04 ، رقم الملف 345144 ، م.م.ع ، ع.2 ، 2005 ، ص.223.

²⁴⁸ - أنظر ، أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، النظرية العامة للإلتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 ، ص.246 ؛ العربي بلحاج ، مصادر الإلتزام في ق.م.ج ، ج.02 ، المرجع السابق ، ص.797.

²⁴⁹ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 2007/02/21 ، رقم الملف 324034 ، م.م.ع ، ع.1 ، 2007 ، ص.211.

لم يفرق الفقه بين العقود الملزمة لجانبين و العقود الملزمة لجانب واحد ، في شأن تطبيق النظرية فهي تطبق في جميع العقود ، إذ لا وجود لشرط يمنع من تطبيقها على نوع دون الآخر، فليس من الحكمة أن يزيل المشرع الإرهاق عن مدين دون آخر لمجرد أن الالتزام العقدي الذي يتحمله لا يوجد التزاما آخر يقابله²⁵⁰.

أما بالنسبة للعقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها بين الطرفين ، فلا يتصور في شأنها الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، بل بنظرية الاستغلال إذا توافرت شروطها²⁵¹.

و رغم ما لهذا الشرط من أهمية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، خاصة و أن القاضي له السلطة التقديرية في هذا الشأن، إلا أن المشرع لم يتكلم عنه ضمن المادة 3/107 ق.م²⁵² ، أي لم يحدد العقود التي تنطبق عليها هذه النظرية تاركا الأمر للفقه و القضاء مقتديا بذلك بالمشرع المصري في المادة 2/147 ق.م²⁵³ ، فهذا الشرط شرط غالب لا شرط ضروري.

ثانيا: أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ

يشترط في الظرف الذي يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون استثنائيا (أ) ، عاما (ب) ، و ليس في الإمكان توقعه أو دفعه (ج).

250 - أنظر ، جميلة بولحية ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير في قانون العقود و المسؤولية ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1983 ، ص.101.

251 - لتفاصيل أكثر حول نظرية الاستغلال ، راجع ، المبحث الأول من الفصل الأول من هذه المذكرة.

252 - خديجة فاضل ، المرجع السابق ، ص.78.

253 - المادة 2/147 ق.م.م: "و مع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية ، و إن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

أ - أن يكون الحادث استثنائيا

تعد نظرية الظروف الطارئة استثناء على القوة الملزمة للعقد ، لذا فإن الدعامة الرئيسية لهذا الاستثناء هي أن يكون الظرف الطارئ ناشئا عن حادث استثنائي غير مألوف ، و الظرف الطارئ لا يمكن حصر تعداده نظرا للتغيير و التزايد المستمرين له عبر الأيام²⁵⁴ .

و يقصد بالحادث الاستثنائي ذلك الحادث الذي يندر وقوعه ، بحيث يبدو شاذا بحسب المألوف في حياة المجتمع ، فلا يعول عليه الرجل العادي و لا يدخل في حسابه²⁵⁵ .

و من أمثلة الظرف الاستثنائي الحوادث الطبيعية (كالزلازل و الفيضانات و الأوبئة) ، أو الحوادث التي يتسبب فيها الانسان (كالحروب و الانقلابات و الثورات) ، و قد يكون وقائع مادية بحتة (كإصابة المحاصيل الزراعية بالآفات أو الحشرات الضارة أو الجفاف أو انتشار وباء) ، و أخيرا قد يكون الظرف بسبب تغيرات اقتصادية (كفرض تسعيرة جبرية أو رفعها أو ارتفاع الأسعار)²⁵⁶ .

و يرى البعض أن موجات البرد المعتادة في الشتاء لا تعد ظرفا استثنائيا ؛ بالرغم ما ينشأ عنها من أضرار لزراعات الخضر يمكن أن تؤثر على التزام متعهد بتوريد الخضروات ، و لكن موجة صقيع غير مألوفة في شدتها و في امتدادها يمكن أن يتحقق فيها وصف الظرف الاستثنائي²⁵⁷ .

يجب الإشارة في هذا الصدد، أن هناك بعض الفقه من يعارض وصف الاستثنائية بالحادث ذاته، و يرون انصراف وصف الاستثنائية إلى الأثر الذي يحدثه الحادث الطارئ بغض النظر عن منشأ الظرف أو طبيعته ؛ ذلك أن الظرف الطارئ قد يكون مألوفا لكن ما يترتب عنه من نتائج و آثار يؤدي إلى قلب

254 - أنظر ، عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقه و القضاء ، ط.3 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1997 ، ص.283.

255 - أنظر ، عبد الحكم فوده ، آثار الظروف الطارئة و القوة القاهرة على الأعمال القانونية ، ط.1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1999 ، ص.48 ؛

عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص. 546 ؛ العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في ق.م.ج ، ج. 02 ، المرجع السابق ، ص.799.

256 - العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في ق.م.ج ، ج. 02 ، المرجع السابق ، ص. 789 .

257 - جميل الشراوي ، المرجع السابق ، ص.358.

اقتصاديات العقد، و جعل تنفيذ الالتزام مرهقا ، كإصابة مثلا المحصول بالدودة يعتبر حادث مألوف ، و لكن قد يبلغ من الجسامة حدا غير مألوف و ينطبق عليه وصف الحادث الاستثنائي²⁵⁸ .

و قبل إنهاء الكلام عن هذه النقطة يجب الإشارة إلى مسألة مهمة طرحت على القضاء المصري ، و هي هل يمكن اعتبار صدور قانون جديد ظرفا استثنائيا و بالتالي تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أم لا ؟

أثيرت هذه المسألة بعد صدور قانون الإصلاح الزراعي في مصر سنة 1952 ، و قد تباين موقف الفقه بشأنها. فالأبجاء الأول يرى بأن قانون الإصلاح الزراعي لا يعتبر حادثا استثنائيا على وجه الخصوص و الأعمال التشريعية على وجه العموم ، و برر موقفه هذا على أساس أن التشريع متوقع و ليس حادث استثنائي²⁵⁹ .

أما الاتجاه الثاني فموقفه مناقض للموقف السابق أمثال الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري²⁶⁰ و الأستاذ أسعد الكوراني²⁶¹ ، إذ اعتبر التشريع من فئة الحوادث الاستثنائية غير المتوقعة و التي تؤدي إلى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة ، و هذا ما أخذ به القضاء المصري حيث قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 1973/05/22 تحت رقم 38/211 بأن "قانون الإصلاح الزراعي رقم 178 لسنة 1952 توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ ، فهو بحكم كونه قانونا يعتبر و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة حادثا عاما و استثنائيا لم يكن في الوسع توقعه و لا ممكنا دفعه ، و لا يغير من ذلك كونه تشريعا ذلك أن نص المادة 2/147 من القانون المدني قد أطلق التعبير عن الحادث فلم يقيد به بأن يكون عملا أو واقعة مادية"²⁶² .

258 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص.300.

259 - عبد الحكم فوده ، آثار الظروف الطارئة و القوة القاهرة على الأعمال القانونية ، المرجع السابق ، ص.49 ؛ محمود عزلي ، نظرية الظروف الطارئة في العقود الدولية ، مذكرة ماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة تيزي وزو ، د . س . ، ص.120.

260 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.719.

261 - أنظر ، أسعد الكوراني ، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية ، مجلة المحاماة ، مصر ، ع. 40 ، سبتمبر 1959 ، ص. 111 و ما يليها.

262 - أشار إلى هذا القرار ، عبد الحكم فوده ، آثار الظروف الطارئة و القوة القاهرة على الأعمال القانونية ، المرجع السابق ، ص.161.

و هو نفس اتجاه الأستاذ العربي بلحاج الذي اعتبر أن صدور قانون جديد ترتب عليه ارتفاع أثمان أشياء معينة ارتفاعا فاحشا حادث استثنائي عام غير مألوف²⁶³.

هذا بالنسبة لاستثنائية الظرف لكن لا بد من توفر شرط آخر و المتمثل في العمومية.

ب - أن يكون الحادث الاستثنائي عاما

المقصود بالعمومية ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين ، و لا يشترط فيه أن يعم البلاد بكاملها بل يكفي أن يشمل أثره عددا من أفراد المجتمع الذين ينتمون إلى إقليم معين أو مدينة أو حي من الأحياء ، أو طائفة معينة منهم كالمزارعين في جهة من الجهات أو منتجي سلعة بذاتها أو المتاجرين فيها²⁶⁴.

فباستراط وصف عمومية الظرف تخرج كل الظروف الخاصة بالمدين من إعمال أحكام النظرية كإفلاس المدين أو موته أو حريق أو غرق زراعته²⁶⁵ ، فعمومية الظرف الطارئ قد تنصرف إلى الناحية الشخصية، فيتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف ، و قد ينصرف إلى الإقليمية فيتحدد بمقدار المساحة أو عدد الأقاليم التي تأثرت به و قد يندمج العنصران معا في تحديد وصف العمومية²⁶⁶.

لقد عرف موقف الفقه بخصوص شرط العمومية في الظرف الطارئ ، اتجاهين :

الاتجاه الأول²⁶⁷ يرى بأن فكرة تعديل العقد للظرف الطارئ تمثل استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، لذا يجب الحد من إعمالها ما أمكن لكونها تؤدي إلى هدم استقرار الروابط العقدية ، و باشتراط العمومية تتحقق هذه الغاية.

263 - العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في ق.م.ج ، ج. 02 ، المرجع السابق ، ص.789.

264 - أنظر ، أنور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، ج.1 ، المكتب الجامعي الحديث ، 2001 ، ص.416.

265 - أنظر ، مصطفى الجمال ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1999 ، ص.318 ، محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.322.

266 - أنظر ، شارف يحي ، ضرورة إسقاط الشروط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية ، ع.4 ، 2010 ، ص.51-52.

267 - علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص.99 ؛ محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة ، الأردن ، 1999 ، ص.149.

حيث أن المدين الذي تصيبه بعض التغيرات (كإفلاسه ، مرضه ، اضراب عماله عن العمل ... إلخ كلها أمور تفيد حوادث خاصة) دون سواه يتحمل لوحده آثارها و نتائجها ، و لا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة فيها ، إضافة إلى أن التغيرات العامة تمثل ظاهرة ملموسة يمكن التحقق منها و ضبطها بعكس التغيرات الخاصة بالمدين.

أما الاتجاه الثاني²⁶⁸ ، فيرى بأنه إذا كان القانون قد اشترط صفة العمومية رغبة منه في عدم إطلاق العنان للنظرية حتى لا تنزعج كثيرا القوة الملزمة للعقد ، إلا أن هذا الشرط يتعارض مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة و الغاية التي شرعت من أجلها و هي "تحقيق العدالة" التي تقتضي رفع الإرهاق عن المدين ، فإذا قيدنا الحادث الطارئ بصفة العمومية امتنعنا عن تحقيق العدالة في حالات كثيرة قد لا يكون الحادث الاستثنائي فيها عاما و بذلك يضمحل شأن النظرية و تفقد الكثير من غايتها .

ضف إلى ذلك ، أن هذا الشرط مصطنع لا تمليه طبيعة الظروف إذ يجيد عن العدل و المنطق ، و ذلك لأنه يقيس الأثر الجزئي بمعيار و مقياس الأثر الكلي، و العدالة تقتضي أن يقدر أثر الظرف بقدره سواء المصاب فردا أو مجموعة أفراد ، في إقليم أو عدة أقاليم ، فاشتراط العمومية شرط غير عادي لأنه يحرم المدين المرهق من الاحتماء بأحكام نظرية الظروف الطارئة قصد التخفيف من ارهاقه لا لسبب سوى أن هذا الارهاق لم يصب غيره.

من جهتنا نؤيد موقف الاتجاه الثاني ، فالمشرع عندما نص على هذا الشرط في المادة 107 ق.م يكون قد أخذ بشماله ما أعطاه يمينه ، و هذا ما ترتب عنه نقص ملحوظ في الأحكام القضائية و في اجتهادات المحكمة العليا المتعلقة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذ كيف تطبق و القانون يشترط العمومية.

لذلك من الأفضل لو يعدل المشرع المادة 3/107 و يقوم بإسقاط هذا الشرط و يترك أمر التوسع أو التضييق في تطبيق النظرية للسلطة التقديرية للقاضي حسب ملابسات كل ظرف مستعملا في ذلك المعيار الموضوعي في تقدير الظروف.

²⁶⁸ - فؤاد محمود معوض ، المرجع السابق ، ص. 236 ؛ شارف بن يحي ، المرجع السابق ، ص.52.

ج - أن لا يكون الحادث الاستثنائي متوقع

لا يكفي حسب المادة 3/107 ق.م أن يكون الحادث الاستثنائي عاما ، وإنما يجب أن يكون غير متوقع و لم يكن بالإمكان توقعه ، شأنه في ذلك شأن القوة القاهرة²⁶⁹ ، غير أن توقع الحادث أو عدم توقعه من الأمور الذاتية التي يختلف تقديرها من شخص لآخر ، و المعيار المعتمد في هذا الصدد هو المعيار الموضوعي ، فإذا كان الحادث مما يمكن للرجل العادي أن يتوقعه وقت التعاقد كارتفاع أو هبوط مألوفين في الأسعار ، فلا يشكل حادثا استثنائيا و لا مجال إذن لتطبيق النظرية ، و إن كان مما لا يمكن للرجل المعتاد أن يتوقعه فهو ظرف طارئ يستلزم تطبيق النظرية²⁷⁰ .

يمكننا و نحن نتحدث عن شرط عدم التوقع أن نشير إلى التطور التكنولوجي المعاصر الذي بلغ آفاقا بعيدة جعلت الانسان يستفيد من وسائل الاتصال الحديثة و سرعتها في توقع الكثير من الحوادث ، بالإضافة إلى ما تؤديه مراكز الخبرات و الدراسات من خدمة في معرفة الأسواق و العملات و حالة الاقتصاد بصفة عامة و ما يؤثر فيه من تغيرات سياسية و اجتماعية و فكرية.

كما يتفرع عن كون الحادث غير ممكن التوقع أن يكون أيضا مما لا يستطيع دفعه أو تحاشيه ، و يرى بعض الفقهاء²⁷¹ ، أن شرط عدم التوقع يغني عن كونه استثنائيا ، لأن الحادث الاستثنائي قد يكون متوقعا، و على العكس من ذلك فإن الحادث غير المتوقع ، لا بد أن يكون استثنائيا و بالتالي لا جدوى من ذكره كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

²⁶⁹ - تنص المادة 127 ق.م على أنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك " ، و الفرق بين الحادث الطارئ و القوة القاهرة يكمن في أن كلاهما أمر غير متوقع الحصول عند التعاقد و لا يمكن دفعه ، إلا أنهما يختلفان من حيث أن القانون قد اشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاما ، و رتب عليه امكانية تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و تتوزع هنا الخسارة بين الدائن و المدين ، بينهما القوة القاهرة قد تكون حادثا فرديا أو عاما ينقضي بما الالتزام لاستحالة التنفيذ فلا يتحمل المدين تبعه عدم تنفيذه ، ففي الحالة الأولى يكون الالتزام مرهقا أما في الحالة الثانية فيكون مستحيلا ؛ علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، د.م.ج ، بن عكنون ، الجزائر ، 1994 ، ص.115.

²⁷⁰ - مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص.736.

²⁷¹ - عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في القوانين العربية ، المرجع السابق ، ص.484.

و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993 و الذي جاء فيه: "و لما ثبت - من مستندات القضية الحالية - أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف و المستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقع ، و متى كان استوجب إلغاء القرار المستأنف ، و تعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقتة"²⁷².

ثالثا: أن يجعل الحادث الاستثنائي تنفيذ الالتزام مرهقا

يشترط في الظرف الذي يراد الاستناد إليه لتعديل العقد أن يترتب عليه جعل الالتزام مرهقا و الإرهاق وصف يلحق بالالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه مهددا إياه بخسارة فادحة²⁷³ نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد يجعل تنفيذه مرهقا و ليس مستحيلا ، أو هو الأثر المترتب على نشوء حادثة استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها.

هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا عند نقضها للقرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 10 نوفمبر 1996 ، القاضي بإلزام مؤسسة ترقية السكن العائلي بتسليم السكن محل النزاع للمدعي (س.ع.ق)، مع إلزام هذا الأخير بأن يدفع للمدعي عليها مبلغ مالي في حدود نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن محل النزاع المحدد باتفاقية البيع المؤرخة في 1990/06/04 "حيث أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد و توازنه ، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد ، طبقا لأحكام المادة 3/107 من التقنين المدني ، إذا ما طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام و غير متوقعة من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة ، فإنهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق المادة 107 ق.م"²⁷⁴.

²⁷² - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 1993/10/10 ، ملف رقم 99694 ، م.ق ، ع.1 ، 1994 ، ص.217.

²⁷³ - يشترط في الخسارة التي تلحق بالمدين أن تكون فادحة ، أما الخسارة المألوفة فلا تكفي ، و المعيار في ذلك ليس معيارا شخصيا ينظر فيه إلى شخص المدين ، بل هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى الصفقة ذاتها مقارنة بظروف المدين العادي.

²⁷⁴ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، القرار بتاريخ 1999/10/24 ، ملف رقم 191705 ، م.ق ، ع.2 ، 1999 ، ص.95.

و المعيار المعتمد في تحديد و تقدير الخسارة هو المعيار الموضوعي ، إذ ينظر إلى الارهاق نظرة موضوعية بالرجوع إلى ظروف الصفقة ذاتها التي أبرم العقد بشأنها و ليس إلى ظروف المتعاقد الشخصية رغم ما في ذلك من مجافاة لمنطق العدالة ، فيتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبيرا بين قيمة الالتزام المحدد في العقد ، و قيمة العقد الفعلية عند التنفيذ و لو كان المدين يملك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء²⁷⁵ .

فيجب على القاضي في هذا الخصوص أن ينظر إلى ذات العقد و الأثر الذي تركه الظرف الطارئ على الالتزام المدين دون النظر إلى المدين من حيث حالته المادية التي يمكن أن لا تتأثر بهذه الصفقة كونه غني جدا ، و لا ينظر كذلك إلى الدائن من حيث أن حالته المادية تجعله كذلك لا يتأثر بالصفقة سلبا أو إيجابا.

أما بخصوص مقدار الإرهاق فقد اكتفى المشرع بوصفه بالخسارة الفادحة أي غير مألوفة ، و هو معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، يتغير بتغير الظروف و الأحوال و قد يختلف بين ظرف لظرف و من مدين لمدين ، فما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لمدين آخر لأن الخسارة تتأثر بتغير الظروف .

و للقاضي السلطة التقديرية في تقدير وقوع الإرهاق من عدمه ، و هي مسألة واقع لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا²⁷⁶ .

²⁷⁵ - عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في القوانين العربية ، المرجع السابق ، ص.486.

²⁷⁶ - أنظر ، أحمد حدي لالة ، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية و تطويع العقد ، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2012 - 2013 ، ص.136.

الفرع الثاني

مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية

نصت على هذا الضابط صراحة المادة 3/107 ق.م على أنه : "يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعاً للظروف".

بمعنى أن القاضي لا يستطيع أن يتدخل لتعديل مضمون العقد إلا بتوفر الشروط الواجبة لتطبيق النظرية مبدئياً ، ثم و حسب كل عقد على حدا يتعامل مع الالتزام المدين المرهق ، فمثلا في عقد البيع بالأقساط إذا صاحب ذلك ظروف طارئة ، فإن القاضي هنا لا يعمل النظرية إلا بالنسبة للقسط الذي ثبت له أن أداء المشتري له قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له و يهدده بخسارة فادحة ، أما بالنسبة للأقساط المتبقية و المستقبلية فإن القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء²⁷⁷ .

بالإضافة إلى ذلك ، على القاضي أيضا أن يتفحص كل الظروف ليتبين مدى أثرها على التزامات المتعاقدين من حيث التوقيت و الاستمرارية ، حتى يتسنى له الاهتمام إلى وسيلة من الوسائل المتاحة له لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

فالقاضي يجب عليه أن لا يهمل أي ظرف من الظروف المحيطة بالقضية المطروحة أمامه ، فعبارة "تبعاً للظروف" تفتح له مجالا واسعا في أداء مهمته في تعديل العقد المختل اقتصاديا من عدمه ، كما أنه من شأن النظر في الظروف المحيطة بالقضية أن يقرر القاضي تأجيل تنفيذ الالتزام مؤقتا ، إذا تبين له أن الحادثة الاستثنائية حادثة وقتية يقدر لها الزوال ، أو يقرر رفض التدخل للتعديل و الإبقاء على العقد بالرغم من توافر حالة الظروف الطارئة إذا تبين له أن المدين تماطل في تنفيذ التزاماته ، بحيث لولا ذلك التماطل لكان الالتزام قد تم تنفيذه في الظروف العادية حسب ما اتفق عليه في العقد ، و بالتالي يحمله عبئ التنفيذ ،

²⁷⁷ - جميلة بولحية ، المرجع السابق ، ص.138.

لأن الالتزام الذي يتراخى تنفيذه إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ نتيجة لتقصير المدين أو خطئه أو إهماله لا تنطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة باتفاق الفقه و القضاء²⁷⁸.

إذ أن معرفة طبيعة الظرف الطارئ بالتدقيق في مضمونه و ما يحيط به ، من شأنه أن يعطي للقاضي و المتقاضي مجال أوفر من خلال الملاءمة بين هذه الظروف و تلك الوسائل المتاحة بنوع من المرونة ، و مثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى فترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعا فاحشا و لكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد ، فيوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه ، حتى يتمكن هذا الأخير من تنفيذ التزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضررا جسيما يلحق بصاحب المبنى²⁷⁹.

و قد يتضح للقاضي أن هذه الظروف هي بمثابة ظرف مؤقت ، مما يهديه إلى اختيار الحل المناسب لها و مثال ذلك ارتفاع فاحش في سعر سلعة معينة يتبين أنه ارتفاع مؤقت أجرته السلطات لتحقيق توازن اقتصادي ، و ينتهي أثر هذا الارتفاع عند تحقيق هذا التوازن²⁸⁰.

و في الأخير نرى أن مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية باعتبارها ضابط من ضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد ، ليست قييدا على القاضي لأن هذا الأخير من خلالها يستطيع الحركة بشكل يوسع من سلطته التقديرية ، مما يمكنه من أداء مهمته على أحسن وجه .

الفرع الثالث

قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة طرفي العقد

تقوم نظرية الظروف الطارئة على أساس العدالة ، مما يقتضي من القاضي الموازنة بين المصالح المتضاربة للمتعاقدين ، فمن منطلق العلاقة التنافسية بين المتعاقدين في مصالحهم المختلفة ، لا بد من أن لا تنصرف

278 - أسعد الكوراني ، المرجع السابق ، ص.134 ؛ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص. 549 و ما يليها.

279 - عزت صلاح عبد العزيز محمد ، المرجع السابق ، ص.286.

280 - محمد محي الدين ابراهيم سليم ، المرجع السابق ، ص.621.

عدالة القاضي إلى أحد المتعاقدين على حساب الآخر ، و هنا تبرز أهمية هذا الضابط في استخلاص العبء الطارئ ذاته عن طريق القياس أو الاستنتاج المنطقي²⁸¹ ، أو عن طريق الاستعانة بذوي الخبرة و الاختصاص.

فالقاضي في هذه الحالة لابد أن يوازن بين مصلحتين متضاربتين ، أولهما مصلحة الدائن التي تهدف إلى التمسك بضرورة تنفيذ التزامه بحسب ما تم الاتفاق عليه بداية ، مهما كانت درجة الخسارة التي يتكبدها المدين ، و ثانيهما مصلحة المدين التي تقتضي أن يؤخذ بيده لانتشاله من الخسارة و تبعات الإفلاس²⁸².

لذلك على القاضي أن يقف موقف وسط عند قيامه بعملية الموازنة ، وفقا لمبدأ العدالة التي اقتضت أن يكون الحادث الطارئ سببا لتعديل العقد طبقا للمادة 107 ق.م. و ذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول حيث تنص : " ... جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ...".

و المقصود برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، لا يعني بالضرورة إعادة التناسب الذي كان موجودا حين التعاقد و لا إزالة الإرهاق كله ، بل المقصود هو إزالة الإرهاق في الجزء غير العادي منه²⁸³.

إلا أن المشرع الجزائري قد وقع في نوع من التناقض في المصطلحات بين نص المادة 3/107 باللغة العربية و ترجمتها باللغة الفرنسية ، فالمشرع في نص 3/107 باللغة العربية استعمل مصطلح "يرد" ، أما باللغة الفرنسية فقد استعمل المشرع مصطلح "Réduire" و التي تعني "إنقاص" ، فكلمة إنقاص تحدد من سلطة القاضي في تعديل العقد لكونها حصرت وسائل التدخل في الإنقاص.

281 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.724.

282 - محمد محي الدين ابراهيم سليم ، المرجع السابق ، ص.433 .

283 - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص.256 .

و كما سنرى في المطلب الموالي ليس الإنقاص الوسيلة الوحيدة لرد الالتزام و إعادة التوازن إلى العقد ،
فعبارة "يرد" تعطي للقاضي وسائل قانونية أكثر ملائمة حسب طبيعة القضايا المطروحة أمامه، و بالتالي
فهي ضمانات أكيدة لتحقيق العدالة العقدية.

يجب الإشارة في هذه الحالة ، أنه على القاضي تطبيق المادة 3/107 بحسب ما جاءت في نصها
العربي ، ليس على أساس أنها أكثر دلالة ، بل لأن النص العربي هو المطبق في حالة وجود تناقض بين
النص العربي و النص الفرنسي طبقا للمادة 03 من الدستور التي تعتبر اللغة العربية هي اللغة الوطنية و
الرسمية²⁸⁴.

بعد أن يتحقق القاضي من توافر شروط نظرية الظروف الطارئة و بعد أن يراعي جميع الظروف المحيطة
بالقضية ، و يقوم بالموازنة بين مصلحة المتعاقدين يقوم باستخدام سلطته التقديرية في اختيار الوسيلة
الملائمة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، و هذا ما سنتعرض إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

وسائل تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

إن الوسائل المتاحة للقاضي للتدخل لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ليست محددة على سبيل
الحصر ، إذ أنها لم ترد ضمن نص قانوني سواء كان آمرا أو مكملا ، بل كانت ثمرة اجتهادات فقهية و
قضائية .

²⁸⁴ - تنص المادة 03 من الدستور على أن : "اللغة العربية هي اللغة الوطنية و الرسمية" ؛ أنظر المرسوم الرئاسي رقم 96 - 438 المؤرخ في 26 رجب
1417 الموافق لـ 07 ديسمبر 1996 ، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور ، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، ج.ر. ، ع. 76 ، سنة
1996 ، المعدل بالقانون رقم 02 - 03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 ، و القانون 08 - 19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008.

فالمشرع في هذه الحالة، يكون قد منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار الوسيلة الكفيلة لرد الالتزام²⁸⁵ المرهق إلى الحد المعقول ، و من بين الوسائل المتاحة للقاضي في سبيل إعادة التوازن العقدي ، هو إما أن يقوم القاضي بالإنقاص من الالتزام المرهق أو الزيادة في الالتزام المقابل (الفرع الأول) ، أو يوقف تنفيذ العقد لحين زوال الظرف الطارئ (الفرع الثاني) ، أو يقضي بفسخ العقد رغم ما فيه من اختلاف فقهي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

سلطة القاضي في تعديل الالتزام

قد يرى القاضي أن الوسيلة التي تحقق له العدالة و تعيد التوازن إلى العقد الذي اختل بسبب الظروف الطارئة هي إما إنقاص الالتزام المرهق (أولاً) ، أو الزيادة في الالتزام المقابل (ثانياً).

أولاً: سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق

و يكون هذا الإنقاص ، بإنقاص حجم التزام المدين المرهق إلى الحد المعقول إما إنقاصاً من ناحية الكم (أ) ، أو إنقاصاً من ناحية الكيف (ب).

أ - التعديل في صورة الإنقاص من ناحية الكم

يمكن للقاضي الإنقاص من التزام المدين من ناحية الكم²⁸⁶ ، أي ينقص من الكمية المتفق عليها عند التعاقد ، إذا ما توافرت الشروط الموجبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة²⁸⁷ .

²⁸⁵ - رد الالتزام هو تعبير يشمل جميع الحالات التي تقضي بانقاص الالتزام أو زيادته أو وقفه ؛ عبد السلام الترماني ، نظرية الظروف الطارئة ، دراسة تاريخية و مقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأوربية و تطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية ، د.ط ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1971 ، ص. 167.

²⁸⁶ - عبد الحميد بن شنيقي ، المرجع السابق ، ص. 63.

²⁸⁷ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، القرار بتاريخ 1999/10/24 ، ملف رقم 191705 ، م.ق ، ع.2 ، 1999 ، ص. 95.

كأن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من الزبدة أو السكر لأحد مصانع الحلوى ، ثم تقع ظروف طارئة كحرب منعت من استيراد الزبدة أو غلق بعض مصانع الزبدة ، مما يؤدي إلى نقص الكميات الموجودة في السوق بدرجة كبيرة، فيصبح توفير الكمية المتفق عليها أمرا غير ممكن بالنسبة للتاجر. فيجوز في هذه الحالة للقاضي أن ينقص من كمية الزبدة المتفق عليها إلى الحد الذي يستطيع التاجر القيام بتوريده ، فإذا حكم القاضي بذلك للتاجر أصبح هذا الأخير ملتزما فقط بالكمية التي عينها القاضي و يجري العقد بما جاء في الحكم من تعديل²⁸⁸.

ب - التعديل في صورة الإنقاص من ناحية الكيف

قد يقوم القاضي بتعديل الالتزام المرهق في صورة الإنقاص من ناحية الكيف ، و من أمثلة ذلك أن يتعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة بمواصفات متفق عليها ، و أثناء تنفيذ الالتزام طرأت حوادث استثنائية جعلت الحصول على تلك السلعة أمرا غير ممكن ، سواء بسبب ارتفاع الأسعار ، أو ندرة السلعة المتعاقد عليها من شأنه جعل الالتزام مرهقا للمدين.

ففي هذه الحالة يجوز للقاضي تعديل الالتزام ، و ذلك بالترخيص له بالوفاء بنفس الكمية المتفق عليها ، و لكن من سلعة أقل جودة منها يكون من السهل الحصول عليها دون إرهاق²⁸⁹. و قد طبق القانون المدني الجزائري وسيلة إنقاص الالتزام المرهق كأداة لرد الالتزام إلى الحد المعقول في خصوص عقد الإيجار حينما نص في المادة 481 ق.م على أنه: "... إذا كان هلاك العين المؤجرة جزئيا ، أو إذا أصبحت في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت من أجله ، أو نقص هذا الاستعمال نقصا معتبرا و لم يكن ذلك بفعل المستأجر، يجوز لهذا الأخير ، إذا لم يقم المؤجر في الوقت المناسب برد العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها ، أن يطلب حسب الحالة إما إنقاص بدل الإيجار أو فسخ الإيجار".

288 - أنظر ، رشوان حسن رشوان أحمد ، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة ، ط.1، دار النهضة العربية ، مصر ، 1994 ، ص.576 ؛ عبد الرزاق

أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.726.

289 - رشوان حسن رشوان أحمد ، المرجع السابق ، ص.576.

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الالتزام المقابل

إذا كان الإنقاص من التزام المدين المرهق ، وسيلة مهمة في يد القاضي لإعادة التوازن العقدي إلى نصابه وفقا لمقتضيات العدالة ، فهناك وسيلة أخرى لا تقل عنها أهمية ، قد تكون بدورها الأنجع لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول حسب تقدير القاضي ، و تكمن هذه الوسيلة في الزيادة في الالتزام المرهق²⁹⁰.

بحيث يتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام ، أما المدين فيتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة ، و مثال ذلك التزام صاحب مصنع الزيت بتوريد كميات من الزيت إلى مصانع الحلويات مثلا بسعر 30 دينار للتر الواحد ، ثم ترتفع الأسعار بسبب أزمة اقتصادية بحيث يصبح سعر اللتر 160 دينار ، فيجوز للقاضي هنا أن يزيد السعر الذي تدفعه المصانع للمورد، لأن الفارق بين السعر القديم و الجديد أصبح كبير جديد يقدر بـ 130 دينار²⁹¹.

لأنه من المألوف أن يرتفع مثلا سعر الزيت إلى 40 دينار و التجارة كما نعلم مكسب و خسارة، لكنه من غير المألوف أن يرتفع بـ 130 دينار ، فيقسمها القاضي بين الدائن و المدين وفقا لما يراه متفقا مع العدالة ، و ليس بالضرورة أن يوزع الزيادة مناصفة بينهما²⁹².

فالقاضي يحمل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد و يقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير المألوفة على المتعاقدين و ذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما. غير أن هناك من يرفض الاعتراف بإمكانية استعمال القاضي لوسيلة الزيادة لإعادة التوازن العقدي ، على أساس أن النص القانوني لم يشير إليها صراحة و لا ضمنا²⁹³.

290 - محمد محي الدين ابراهيم سليم ، المرجع السابق ، ص.444.

291 - عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في القوانين العربية ، المرجع السابق ، ص.487.

292 - محمد محي الدين ابراهيم سليم ، المرجع السابق ، ص.444.

293 - خليل أحمد حسن قدارة ، المرجع السابق ، ص.108.

كما أن عبارة Réduire الواردة في نص المادة 107 ق.م باللغة الفرنسية تعني الإنقاص لا الزيادة في الالتزام المقابل ، مما يفيد أن نية المشرع انصرفت إلى إنقاص الالتزام لا غير²⁹⁴ ، و بالإضافة إلى ذلك يعتبر سكوت المشرع عن الإشارة إلى الزيادة في الالتزام المقابل دليل على عدم إجازته و لو كان الأمر غير ذلك لنص عليه بوضوح كما فعل في نص المادة 3/561 ق.م التي تنص 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 المقاوله ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

يرى الأستاذ عبد الحميد بن شنيبي في هذا الصدد أن إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة المقابل له ، لا يختلفان سواء من حيث النتيجة التي تهدف إلى تخفيف الإرهاق الواقع على كاهل المدين ، أو من حيث الضوابط التي يجب أن تراعى عند إعمال أي منهما ، و هو أن يقوم القاضي بتحميل المدين تبعة الإرهاق المؤلف أولاً ، ثم بعد ذلك يستعمل الوسيلة المناسبة مع مراعاة القاضي أن تكون الوسيلتان نتيجة الالتزام القائم و ليس الالتزام الذي تم تنفيذه²⁹⁵ .

و الجدير بالذكر أن هدف القاضي ليس إزالة الالتزام المرهق كلية ، و إنما رده إلى الحد المعقول حتى و لو ظل المدين محملاً بقدر من الخسائر المعقولة لا الفادحة²⁹⁶ .

الفرع الثاني

سلطة القاضي في وقف تنفيذ الالتزام

قد يجد القاضي في العقد محل التعديل أن الوسيلة المناسبة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هو وقف تنفيذه²⁹⁷ ، فإذا كانت الظروف الطارئة مؤقتة بحيث ستزول بعد فترة قصيرة²⁹⁸ ، و لن تلحق أضرار

294 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص.305.

295 - عبد الحميد بن شنيبي ، المرجع السابق ، ص.65.

296 - عزت صلاح عبد العزيز محمد ، المرجع السابق ، ص.116.

297 - جميلة بولحية ، المرجع السابق ، ص.137.

بالدائن يجوز للقاضي وقف تنفيذ العقد حتى تزول تلك الأسباب أو الحوادث الطارئة و عندئذ يعاود العقد ترتيب آثاره على طرفيه بذات الشروط المدرجة فيه.

مثال ذلك أن يتعهد مقاول ببناء سكنات ، ثم يطرأ حادث استثنائي يؤدي إلى ارتفاع غير متوقع في سعر الإسمنت مما يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمقاول بحيث يهدده بخسارة فادحة ، فإذا ما تبين للقاضي أن هذا الارتفاع في الأسعار سيزول في وقت قريب - و ذلك بفتح مصانع جديدة لمادة الإسمنت - يوقف التزام المقاول بتسليم تلك السكنات في الموعد المتفق عليه، حتى يستطيع المقاول تنفيذ التزامه دون إرهاب إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق بأصحاب السكنات.

و يعتبر من قبيل وقف التنفيذ حتى يزول الحادث الطارئ ، ما قضت به المحكمة العليا من منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه مراعاة للحادث في قرارها المؤرخ في 12 جانفي 2000 حيث جاء فيه: "إن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة "الأخضرية" التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة ، يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما"²⁹⁹.

تجرب الإشارة هنا إلى أنه مهما كانت المدة التي قضى بها القاضي لمصلحة المدين ، لن تؤثر في كم التزاماته المدين لأن حكم القاضي بوقف تنفيذ العقد لا يمس بمضمونه فتظل الالتزامات فيه محتفظة بقيمتها و مقدارها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت³⁰⁰.

298 - علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص.101 ؛ عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص.166.

299 - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، الملف رقم 212782 ، المؤرخ في 2000/01/12 ، م.ق ، 2001 ، ع.1 ، ص.114.

300 - رشوان حسن رشوان أحمد ، المرجع السابق ، ص.594 ؛ عبد الحميد بن شنيبي ، المرجع السابق ، ص.66.

الفرع الثالث

سلطة القاضي في فسخ العقد

لم يأخذ القانون الجزائري بجزء الفسخ كوسيلة لمعالجة الإرهاق و ذلك بناء على المادة 3/107 ق.م: " ... جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

فإذا كان للقاضي أن يعدل من شروط العقد ، الذي صارت بعض الالتزامات المترتبة عليه مرهقة لأحد طرفيه بفعل تغير الظروف الاقتصادية التي أبرم في ظلها ، فإنه ليس من الجائز أن يقضي بفسخ العقد بسبب هذه الظروف الطارئة³⁰¹ .

فالقانون المدني إذا كان قد أعطى القاضي سلطة تعديل العقد فهو لم يعطه سلطة فسخه³⁰² و إذا قلنا عكس ذلك ، فنكون أمام سلطة إلغاء العقود و ليس أمام سلطة تعديلها ، و هي السلطة التي تبقى على العقد دون فسخه ، فالعقد يعدل فقط للتخفيف و التلطيف من شدة تطبيق النص القانوني عليه³⁰³ .

إلا أنه يمكن للقاضي فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة في حالتين فقط ؛ الأولى نصت عليها المادة 3/561 بقولها : "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 المقاول ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو الفسخ العقد" .

301 - يرى الأستاذ عبد السلام الترماني أن الفسخ يؤدي إلى زوال العقد ، في حين أن غاية نظرية الظروف الطارئة ليست إزالة العقد و إنما هي إزالة الإرهاق

منه مع بقاءه قائما ؛ عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 166.

302 - رشوان حسن رشوان أحمد ، المرجع السابق ، ص. 564.

303 - عبد الحميد بن شنييتي ، المرجع السابق ، ص. 68.

أما الحالة الثانية التي تجيز للقاضي فسخ العقد فهي إذا ما طلبه الدائن الذي لم يقبل بالتعديل الذي قام به القاضي ، و هنا على هذا الأخير (القاضي) الحكم بالفسخ و لا يجوز له أن يفرض على الدائن تعديل العقد ، خاصة و أن فسخه في هذه الحالة يكون أصلح للمدين ، إذ يدفع عنه كل أثر للحادث الطارئ³⁰⁴ .

فالقاضي يجوز له حسب رأي الأستاذ عزت صلاح عبد العزيز محمد " أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح و أسهل في القضية المعروضة عليه ، و ذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ يجبر له جانبا معقولا من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم ، و يعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعا على رأي أهل الخبرة"³⁰⁵ .

و يعلل هذا الجانب من الفقه رأيه على أساس أن تعديل العقد ليس هو الوسيلة الأقدر على حل المشكلات القانونية و الواقعية التي تثيرها مسألة الظروف الطارئة فقد يكون ارتفاع الأسعار فاحشا إلى درجة يستحيل معها توزيع الأعباء ، بل ذهب إلى حد المناداة بضرورة تعديل نص المادة 147 ق.م.م (التي يقابلها نص المادة 107 ق.م) لتزويد القاضي بسلطة إضافية تسمح له بفسخ العقد عندما لا يكون التعديل كافيا أو مجديا ، إلى جعل وسيلة الفسخ إلى جانب وسيلة التعديل بحيث يمكنه أن يختار الوسيلة الأنسب مراعيًا في ذلك ظروف و ملائسات كل قضية.

و قد اعتبر المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة من النظام العام³⁰⁶ ، إذ نص في آخر المادة 107 ق.م على أنه : "يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" ، فأى اتفاق بين المتعاقدين على استبعاد تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة يقع باطلا لعدم مشروعية محله ، سواء كان هذا الاتفاق قبل وقوع الحادث

304 - عبد الحكم فوده ، آثار الظروف الطارئة و القوة القاهرة على الأعمال القانونية ، المرجع السابق ، ص.92.

305 - عزت صلاح عبد العزيز محمد ، المرجع السابق ، ص.117.

306 - يعرف النظام العام على أنه : " القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام ، و هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية ، أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى و تعلوا على مصلحة الأفراد " ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.434.

الطارئ أم بعده³⁰⁷ ، و يكون بذلك المشرع قد جعل نظرية الظروف الطارئة قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .

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 يملئ شروطه على المتعاقد الضعيف³⁰⁸ .

في الأخير تجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا تمارس رقابتها على تطبيق نظرية الظروف الطارئة بحيث لا يكون للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في استعمال الرخصة الممنوحة له و تقرير الشروط التي يجب أن تتوفر في النظرية و الأثر القانوني الذي يترتب على تطبيقها³⁰⁹ .

خلاصة ما سبق ذكره ، أن الأصل في القانون المدني الجزائري أن العقد شريعة المتعاقدين ، و لا أثر للظروف الطارئة على وجوب تنفيذ الالتزام ، فما دام أن الحادث الطارئ لم يجعل الالتزام مستحيل التنفيذ ، فإن المدين لا يستطيع الاستناد إليه للتهرب من تنفيذ العقد ، غير أنه إذا جعل الحادث الطارئ تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين إرهابا شديدا ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، بالنظر إلى الصنفقة موضوع العقد ، جاز للقاضي استثناء التدخل لتعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مع مراعاة مصلحة الطرفين الدائن و المدين لإعادة التوازن إلى العقد.

307 - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 326 .

308 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 728 .

309 - عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 180 .

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

و منح الأجل القضائي

عادة ما يعمد المتعاقدان إلى تضمين تعاقدهما إضافة إلى الالتزامات الأصلية ، اتفاقا على تعويض مقدر سلفا سواء حين التعاقد ، أو في وقت لاحق يتحملة الطرف الذي أحل بالتزاماته التعاقدية ، هذا الاتفاق الإضافي على التعويض يعتبر شرطا من شروط اتفاقهما الأصلي³¹⁰ ، و لذلك أطلق على تسميته "الشرط الجزائي".

و كان هذا الشرط في ظل المذهب الفردي الذي يسوده مبدأ سلطان الإرادة ، شرطا مقدسا غير قابل للزيادة أو الإنقاص ، مهما زادت قيمة الضرر أو قلت عن القيمة المحددة به ، غير أنه مع بداية القرن العشرين و بعد أن شهد مبدأ سلطان الإرادة تقلصا مستمرا حيث تدخلت الدولة لتنظيم الكثير من العقود ، أصبح هذا الشرط قابلا للتعديل وفقا لتقدير القاضي كلما تضمن ظلما فادحا للمدين إذا كان الضرر الذي أصاب الدائن بسبب عدم تنفيذ الالتزام ، أو تنفيذ جزء منه تافها بالنسبة إلى قيمة التعويض المحددة بالشرط ؛ أو تضمن ظلما فادحا للدائن إذا ما تجاوزت فداحة الضرر الذي أصابه من عدم تنفيذ المدين لالتزاماته نتيجة غشه أو خطئه الجسيم ، قيمة التعويض المحددة بالشرط (المطلب الأول).

كما قد يلجأ الأفراد إلى إبرام بعض العقود التي تتضمن التزامات مؤجلة يتراخى تنفيذها إلى حلول الأجل المتفق عليه ، حيث من المفروض أن توفى هذه الالتزامات طواعية ضمن هذا الإطار الزماني المحدد في العقد ، لكن قد يحدث و أن يتخلف المدين في أداء ما عليه ضمن الأجل المتفق عليه لظرف خاص به ، يقدر القاضي أنه مبرر فيمنحه أجلا للوفاء و هي ما يعرف بالأجل القضائي (المطلب الثاني).

³¹⁰ - أنظر ، أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص. 274.

المطلب الأول

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

قد يضع المتعاقدان في اتفاقهما المنشئ للالتزام الأصلي شرطا جزائيا يرجع إليه في حالة ما إذا أخل أحدهما بتنفيذ التزامه أو تراخى في تنفيذه ، أو قام بتنفيذه على غير الوجه المتفق عليه ، بحيث يسبب ضررا للمتعاقد الآخر ، هذا الشرط يعتبر اتفاق على تعويض عن ضرر لم يقع بعد ، فإذا وقع الخطأ و ترتب عليه ضرر و كان مستوفيا لجميع الشروط الأخرى المقررة قانونا ، استحق المشتري التعويض الذي سبق الاتفاق عليه³¹¹ .

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 للقاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن بين المتعاقدين بتعديل الشرط الجزائي .

إلا أنه يجب على القاضي قبل التدخل لتعديل العقد ، التحقق من وجود شرط جزائي في هذا العقد ليتمكن من تقديره (الفرع الأول) ، و من ثم يتسنى له تعديل العقد بحسب ما تقتضيه العدالة (الفرع الثاني).

311 - غالبا ما يلجأ المتعاقدان إلى تضمين عقدهما شرطا جزائيا لاستبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض في حال اخلال أحدهما بتنفيذ التزاماته ، و هذا بهدف التخلص من إثبات الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض ، و يجوز اشتراطه في جميع العقود المالية ، ماعدا في العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا ، فإن هذا من الربا الصريح الغير جائز شرعا ؛ العربي بلحاج ، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، د.ط، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013 ، ص.222.

الفرع الأول

تقدير القاضي لوجود الشرط الجزائي

للشرط الجزائي عدة خصائص تميزه عن غيره من المفاهيم القانونية (أولاً) ، و له شروط إذا نقصت ينتفي هذا الشرط (ثانياً).

أولاً : خصائص الشرط الجزائي

يتميز الشرط الجزائي³¹² بخصائص ثلاث ، و هي أنه اتفاق مسبق على تقرير التعويض (أ) ، و أنه تابع للالتزام الأصلي (ب) ، و أخيراً أنه التزام احتياطي (ج).

أ - الشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقرير التعويض

ينشأ الشرط الجزائي بناء على ارادة المتعاقدين ، فالاتفاق الإرادي للمتعاقدين هو المصدر الوحيد لهذا الشرط و ليس القانون ، و عليه فإن الشرط الجزائي لا يقوم إلا إذا تدخلت إرادة الدائن من جهة لتقرير

³¹² - الشرط لغة معناه إلزام الشيء و التزامه ، و يتمثل في أشياء يحددها كل طرف ، القاموس الجديد ، المرجع السابق ، ص.34.

- و لقد أطلق الفقه و القانون و القضاء على الشرط الجزائي عدة تسميات منها : البند الجزائي ، التعويض الاتفاقي ، الجزاء الاتفاقي ، الجزاء التعاقدية ، و التعويضات الجزائية ؛ لكن عبارة الشرط الجزائي هي من حظيت بالفضل كونها تشير بصفة عامة إلى كل شرط مضاف إلى العقد أو إلى التصرف القانوني الصادر من جانب واحد ، محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 326.

- و لم يعتمد المشرع الجزائري إلى وضع تعريف للشرط الجزائي ، إلا أنه نظم أحكامه في المواد: 183 ، 184 و 185 ق.م ؛ في حين تعرض المشرع الفرنسي إلى تعريفه في المادتين 1226 و 1229 ق.م.ف ، أما الفقه فقد تناول تعريفه كالتالي : "الشرط الجزائي هو الاتفاق مقدماً على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين مستقبلاً بالتزامه ، سواء كان هذا الإخلال عدم التنفيذ أو التأخر فيه فالشرط الجزائي تقدير اتفاقي على التعويض بنوعيه" ؛ محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، النظرية العامة للالتزام في ق.م.ج ، القسم الثاني ، د.ط ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر 2009 ، ص. 77 ، كما عرفه الأستاذ أنور سلطان بأنه " اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه" ؛ أنور سلطان ، أحكام الالتزام ، د.ط ، دار النهضة للطباعة ، بيروت ، 1980 ، ص. 71.

- أما عن طبيعة الشرط الجزائي فقد اختلف الفقه بصدها ، فهناك من يرى بأنه عقوبة ، و هناك من يرى بأنه تحديد ، و هناك من يعتبره تعويض ، إلا أن الرأي الغالب اعتبره تعويض ؛ محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص.330 ؛ هذا و قد اعتبره المشرع الجزائري تعويض و نظم أحكامه في الباب الخاص بالتنفيذ بطريق التعويض ، فالتنفيذ غايته الأصلية ، في حين يعتبر التعويض غايته البديلة ؛ و على هذا فالتعويض هو محور الشرط الجزائي.

و يحدث التنفيذ بطريق التعويض في حالة ما إذا حصل من المدين خطأ أدى إلى عدم التنفيذ العيني أو إلى تأخره ، أو إلى الإخلال بما اتفق عليه طرفي العقد من مواصفات ، فإذا وقع شيء من هذا ، التجأ الدائن إلى طلب التنفيذ بطريق التعويض.

التعويض الاتفاقي ضمانا لتنفيذ الالتزام العقدي ، و إرادة المدين من جهة أخرى ، بقبوله له من خلال الالتزام به في حال الاخلال بالالتزام الأصلي³¹³ .

هذا ما يجعل الشرط الجزائي يختلط بالغرامة التهديدية كون هذه الأخيرة تتم بالطابع القهري الذي الأمر الذي يجعلها قريبة منه ، خاصة في الحالة التي يرتبط فيها الشرط الجزائي بالتأخير في تنفيذ الالتزام ، إلا أن الاختلاف الجوهرى بينهما يكمن في أن الغرامة التهديدية هي وليدة حكم قضائي و تستمد أساسها من امتناع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر ضده ، أما الشرط الجزائي فهو وليد اتفاق بين المتعاقدين ، طبقا للمادة 183 ق.م التي تنص : "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق" ، و أساسه اخلال المدين بالتزامه العقدي³¹⁴ .

و بما أن اتفاق الأطراف هو مصدر الشرط الجزائي باعتباره أحد الشروط المكونة للعقد³¹⁵ ، يجب لكي ينشأ صحيحا أن يستوفي كافة أركان العقد الأصلي و شروطه ، فتسري عليه كافة أحكام العقد، و إذا لم يرد هذا الشرط في العقد الأصلي المنشأ للالتزام ، فإنه قد ينشأ في اتفاق لاحق على العقد و لكن يشترط النص عليه قبل الاخلال لأنه إذا وقع بعد الاخلال نتيجة لخطأ وقع فعلا فإننا لا نكون بصدد شرط جزائي ، و إنما يعتبر بمثابة صلح أو إقرار بين الطرفين بإرتضاء هذا التقدير³¹⁶ .

ب - الشرط الجزائي التزم تابع للالتزام الأصلي

يعتبر الشرط الجزائي التزم تابع للالتزام الأصلي ، فلا يجوز بذلك الاتفاق عليه مستقلا ، فهو يقوم إلى جانب التزم آخر و هو الالتزام الأصلي³¹⁷ .

313 - أنظر ، محمد شتا أبو سعد ، التعويض القانوني و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية ، د.ط ، الدار الجامعية الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2001 ، ص. 158 ؛ أحمد حدي لالة ، المرجع السابق ، ص. 149.

314 - أنظر ، منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القوانين المدنية الوضعية ، ج. 02 ، أحكام الالتزام ، ط. 1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 1992 ، ص. 81 ؛ أحمد حدي لالة ، المرجع السابق ، ص. 147 - 148.

315 - فؤاد محمود معوض ، المرجع السابق ، ص. 324.

316 - أنظر ، عبد الرزاق أيوب ، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي ، دراسة مقارنة ، ط. 01 ، مطبعة النجاح الجديدة ، المغرب ، 2003 ، ص. 23 - 24.

317 - محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 80 ؛ محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص. 83.

و من تمّ ، فإن الشرط الجزائي يقوم مع الالتزام الأصلي وجوداً أو عدماً إذ العبرة دائماً بالالتزام الأصلي³¹⁸ ، بحيث أن بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي ، فإذا كان محل الالتزام الأصلي غير مشروع بطل الالتزام و بطل معه الشرط الجزائي ، و كذلك إذا كان العقد قابلاً للإبطال و تمسك به من له الحق في ذلك ، سقط الالتزام الأصلي و عليه يتبعه سقوط الشرط الجزائي إعمالاً لفكرة أن التابع يتبع الأصل ، كما لو كان المتعاقد ناقص الأهلية أو شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة³¹⁹ .

كذلك الحال إذا سقط الالتزام الأصلي لاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة ، سقط معه الشرط الجزائي ، و أيضاً بالنسبة للفسخ ، و إذا كان الالتزام الأصلي موصوفاً كأن يكون معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل فإن هذه الأوصاف تلحق أيضاً الشرط الجزائي بالتبعية³²⁰ .

إلا أنه إذا كان الالتزام الأصلي صحيحاً و الشرط الجزائي باطلاً ، ففي هذه الحالة يقتصر البطلان على الشرط الجزائي دون أن يمتد إلى الالتزام الأصلي ، إلا إذا كان الشرط الجزائي هو الباعث الدافع إلى إبرام العقد ، فإن بطلانه يترتب عليه بطلان العقد كله³²¹ .

ج - الشرط الجزائي التزام احتياطي

يعتبر الشرط الجزائي وسيلة تعويضية احتياطية لا يلجأ إليها الدائن إلا في حالة عدم تنفيذ المدين للالتزام الأصلي عينا ، و الدائن في هذه الحالة عليه أن يقوم بالمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام الأصلي إذا كان ممكناً³²² ، أما إذا استحال التنفيذ على المدين كان للدائن المطالبة بالالتزام الاحتياطي المتمثل في الشرط الجزائي .

318 - عبد الرزاق أيوب ، المرجع السابق ، ص. 24.

319 - العربي بلحاج ، أحكام الالتزام في ق.م.ج ، المرجع السابق ، ص. 224 ؛ أحمد حدي لالة ، المرجع السابق ، ص. 150.

320 - العربي بلحاج ، أحكام الالتزام في ق.م.ج ، المرجع السابق ، ص. 225 ؛ محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 81

321 - علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، المرجع السابق ، ص. 186.

322 - أنظر ، رمضان أبو السعود ، أحكام الالتزام ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2006 ، ص. 126 ؛ العربي بلحاج ، أحكام الالتزام في

ق.م.ج ، المرجع السابق ، ص. 225.

هذا ما يجعل الشرط الجزائي يختلف عن العيوب ، لكون الشرط الجزائي ليس التزاما تقيديا أو بدليا لذا لا يستطيع المدين العدول عن تنفيذ الالتزام الأصلي و تقديم الشرط الجزائي ، بينما يستطيع المدين أن لا ينفذ الالتزام الأصلي حتى و لو كان ممكنا و يدفع العيوب بدلا منه³²³.

ثانيا : شروط استحقاق الشرط الجزائي

إن شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفسها شروط استحقاق التعويض طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية و هي : الخطأ (أ) ، و الضرر (ب) ، و علاقة السببية بين الخطأ و الضرر (ج) ، ذلك ما نصت عليه المادتين 182 و 183 ق.م ، بالإضافة إلى شرط إعدار المدين (د) حتى يكون الشرط الجزائي مستحقا هذا ما نصت عليه المادة 179 ق.م ، و عليه فإن القاضي يبدأ عمله يبحث توافر هذه الشروط قبل التدخل لإجراء التعديل المناسب.

أ - شرط الخطأ

لا يستحق الدائن الشرط الجزائي إلا إذا كان عدم التنفيذ أو الإخلال بالالتزام الأصلي نتيجة خطأ³²⁴ صادر من المدين ، و الغالب أن يكون هذا الخطأ خطأ عقديا ، و على الدائن إثبات هذا الخطأ ، إلا إذا كان الالتزام العقدي الذي قصد المدين الوفاء به التزاما بتحقيق نتيجة ، فيكتفي الدائن بإثبات عدم تحققها ، فإن فعل يفترض الخطأ من جانب المدين ، و يكون على هذا الأخير إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي³²⁵ ، فإذا تخلف الخطأ فلا محل لإعمال الشرط الجزائي³²⁶.

³²³ - أنظر ، رأفت محمد حماد و محمود عبد الرحيم الديب ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، أحكام الالتزام ، جز 02 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 1997 ، ص. 59 ؛ محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 81.

³²⁴ - الخطأ هو العمل الغير مشروع ، أو العمل الضار المخالف للقانون ، و يقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ، أو التأخير في تنفيذها أي كان سبب ذلك ؛ العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في ق.م.ج ، ج. 02 ، المرجع السابق ، ص. 821.

³²⁵ - السبب الأجنبي يقصد به كل أمر غير منسوب إلى المدين ، أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق بالدائن ، و قد نصت المادة 307 ق.م على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته" ؛ العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في ق.م.ج ، ج. 02 ، ص. 864.

³²⁶ - أنظر ، أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، منشورات الجامعة الأردنية ، ط. 01 ، 1987 ، ص. 174 ؛ محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 82 ؛ فؤاد محمود معوض ، المرجع السابق ، ص. 325.

ب - شرط الضرر

لا يستحق الشرط الجزائي إذا لم يترتب على عدم التنفيذ أو التأخير فيه ضرراً³²⁷ بالدائن ، ذلك أن الضرر هو أساس تقدير التعويض الواجب أداءه و هو يخضع لتقدير القاضي³²⁸ ، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً و لا مجال لإعمال الشرط الجزائي³²⁹ ،

هذا ما نصت عليه صراحة المادة 184 ق.م في فقرتها الأولى بقولها : "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر" .

يلاحظ من خلال هذا النص أن الضرر مفترض فلا يكلف الدائن بإثباته ، و إنما على المدين أن يثبت عدم إصابة الدائن بأي ضرر حتى يتخلص من الشرط الجزائي ، و مفاد ذلك أن الشرط الجزائي و إن لم يستبعد ركن الضرر إلا أنه ينقل عبء الإثبات في خصوص هذا الركن من الدائن إلى المدين خلافاً للقواعد العامة³³⁰ .

و يعتبر شرط وقوع الضرر من النظام العام لا يمكن للأطراف استبعاد تطبيقه بشرط اتفائي آخر يجعل الشرط الجزائي مستحقاً حتى في غياب الضرر ، هذا ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 184 ق.م : " و يكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه" .

³²⁷ - الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه ، أو في مصلحة مشروعة له ، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية ، فالضرر المادي هو الذي يمكن تقديره بالنقود و هو يصيب الشخص في ذمته المالية ، أما الضرر المعنوي فهو الذي لا يمس المال ، و إنما يصيب الشخص في احساسه و اعتباره كالشعور أو العاطفة أو الشرف أو السمعة ، و يشترط في الضرر أن يكون محققاً ، مباشراً و متوقعاً ؛ العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في ق.م.ج ، المرجع السابق ، ج. 02 ، ص.854 و ما يليها .

³²⁸ - " حيث أن الضرر المشار إليه في القرار لا يوجد أي نص مقرر لتعويضه ، و بالتالي فإن تقديره يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي و لا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك " ؛ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/03/31 تحت رقم 97860 ، غير منشور ؛ أشار إليه ، عمر بن سعيد الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ص.127.

³²⁹ - لا يشترط القانون الفرنسي تحقق الضرر ، بل يكفي أن يثبت الدائن أن المدين لم يقيم بتنفيذ التزامه حتى يستحق التعويض المحدد بالشرط الجزائي ، لأن الشرط متفق عليه كتعويض عن عدم التنفيذ و ليس عن وقوع الضرر ، و يعتبر أن عدم التنفيذ في ذاته ضرر و لو معنوي للدائن ، أما عندنا فالضرر شرط لاستحقاق التعويض الاتفائي في المسؤولية العقدية ، كونه (الضرر) ركن في المسؤولية إذ لا مسؤولية بدون ضرر (و لو معنوي) ؛ علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، المرجع السابق ، ص.183.

³³⁰ - محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص. 84 - 85.

ج - علاقة السببية بين الخطأ و الضرر

لا يكفي القاضي عند بحثه في الشروط اللازمة لتطبيق أحكام الشرط الجزائي المقررة قانونا ، و التي تتيح له التدخل في تعديل مضمونه أو إنهائه ، بثبوت خطأ المدين و بثبوت الضرر اللاحق بالدائن ، أي أن تحقق الخطأ و الضرر لا يكفي لإعمال الشرط الجزائي إلا إذا توافرت علاقة السببية بينهما³³¹ .

إذ يجب أن يكون الضرر متولدا عن هذا الخطأ و نتيجة له ، أي أن امتناع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي أو تأخره في تنفيذه هو الذي ألحق بالدائن ضرا .

أما إذا انتفت هذه العلاقة بكون الضرر اللاحق بالدائن لم ينشأ نتيجة ثبوت الخطأ من جانب المدين فإن المسؤولية لا تقوم كأن يكون هناك سبب أجنبي هو الذي أدى إلى حدوث الضرر اللاحق بالدائن . و السبب الأجنبي³³² الذي يجعل التنفيذ مستحيلا قد يكون قوة القاهرة أو حادثا فجائيا³³³ ، أو يكون فعل الدائن³³⁴ ، أو يكون فعل الغير .

فإذا كان عدم التنفيذ أو التأخير فيه ناتجا عن أحد هذه الأسباب السابقة الذكر ، أو كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرا و لكنه غير متوقع ، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ، و لا يستحق التعويض ، فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي ، كما لو أثبت المقاول أن السبب في عدم تنفيذه للعمل المتفق عليه في عقد المقاولة في الموعد المحدد يرجع لسبب خارجي لا يد له فيه ، و يشترط في هذه الأحداث أن تكون غير متوقعة الحصول ، و لا يمكن درء نتائجها³³⁵ .

331 - تعتبر هذه العلاقة الركن الثالث في المسؤولية المدنية عموما ، فلا يكفي أن يقع خطأ من المدين ، و أن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية ، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في الضرر ؛ العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في ق.م.ج ، المرجع السابق ، ج. 02 ، ص.864.

332 - من أمثلة السبب الأجنبي : الحرب ، الزلزال ، المرض ، الفيضانات ؛ أنظر ، المحكمة العليا ، غ.ت.ب ، قرار بتاريخ 1990/06/11 ، رقم الملف 65920 ، م.ق ، ع ، 02 ، 1991 ، ص.88 ؛ المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 1988/05/25 ، رقم الملف 53010 ، م.ق ، ع. 02 ، 1992 ، ص.11 .

333 - لا يفرق الفقه و القضاء بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي ، إذ يشترط في كل منهما أن يكون أمرا لا يمكن توقعه ، و لا يمكن دفعه و أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، و أن يكون الأمر غير منسوب إلى المدين ، إذ تنص المادة 127 ق.م : "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد فيه كحادث مفاجئ ، أو قوة القاهرة ، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

334 - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 1987/06/17 ، رقم الملف 48727 ، م.ق ، ع ، 02 ، 1991 ، ص.22.

335 - أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 175 ؛ فؤاد محمود معوض ، المرجع السابق ، ص. 325.

و يقع على الدائن عبئ إثبات علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام و الضرر الذي لحقه ، أما علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام و سلوك المدين ، فهي مفترضة في نظر المشرع الذي يفترض أن الخطأ راجع إلى الضرر ، و على المدين إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي العلاقة السببية بين عدم التنفيذ و سلوكه . و على قضاة الموضوع تبيان توافر هذه العلاقة و إلا كان حكمهم معرضاً للنقض ، فإذا كانت الوقائع تدخل تحت السلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، فإن استخلاص توافر علاقة السببية أو عدم توافرها من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا³³⁶ .

د - شرط الإعذار

بالإضافة إلى الشروط السابقة ، فإنه يجب توجيه الإعذار للمدين³³⁷ ، ذلك أن الإعذار واجب لاستحقاق التعويض المقدر بالشرط الجزائي في كل الأحوال التي يوجب فيها القانون ذلك³³⁸ . فإذا لم يتم الإعذار مدينه فلا يستحق التعويض ، هذا ما نصت عليه صراحة المادة 179 ق.م. : " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك " ، و قد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 12 جانفي 2000³³⁹ : " من الثابت قانوناً أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين و لما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن أثار دفعا بأن المطعون ضدها لم تقم بتوجيه إعذار مسبق كما تشترطه المادة 180 ق.م. و يتجاهل قضاة الموضوع هذا الدفع و عدم مناقشته فإنهم أخطأوا ، مما ينبغي التصريح بنقض القرار المطعون فيه " .

³³⁶ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 2002/02/06 ، رقم الملف 257704 ، م.ق ، ع ، 01 ، 2003 ، ص.189 .
³³⁷ - يعرف الإعذار بأنه تسجيل التأخير ، إذ لا يكفي حلول أجل الدين كقاعدة عامة لاعتبار المدين مقصراً بل على الدائن أن يظهر له نيته في اقتضاء التنفيذ و غير متسامح معه في التأخير ، و ذلك عن طريق إعذاره ؛ محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 52 .
³³⁸ - تنص المادة 183 ق.م. الخاصة بالتعويض الاتفاقي على أنه : " ... و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 " ، و من بين هذه المواد الواجبة التطبيق المادة 179 ق.م. الخاصة بالإعذار ، لذلك فالإعذار واجب لاستحقاق التعويض الاتفاقي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .
³³⁹ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 2000/01/20 ، رقم الملف 203796 ، م.ق ، ع ، 01 ، 2000 ، ص. 110 - 113 .

فالاتفاق على الشرط الجزائي لا يعني إعفاء من وجوب الإعذار في الحالات الواجبة فيه ، ذلك أنه يفترض مع عدم الإعذار أن يكون الدائن راضيا أو على الأقل متسامحا مع المدين في تأخره في التنفيذ ، أو يعتبر قرينة على عدم وجود ضرر يصيبه من جراء التأخير في التنفيذ³⁴⁰ .

و يكون الإعذار بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 180 ق.م التي تنص : "يكون إعذار المدين بإنذاره ، أو بما يقوم مقام الإنذار ، و يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

إلا أن هناك بعض الحالات لا يشترط فيها المشرع ضرورة لإعذار المدين نص عليها في المادة 181 ق.م ، إذ جاء فيها : "لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية :

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد يفعل المدين .
 - إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر.
 - إذا كان محل الالتزام رد الشيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو شيء تسلمه دون حق و هو عالم بذلك.
 - إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه".
- بناء على ما سبق ، نخلص إلى أنه يجب على القاضي من خلال سلطته التقديرية أن يبحث في كل شرط من شروط التعويض الاتفاقي (الخطأ و الضرر و علاقة السببية بينهما) ، كما يبحث في ما إذا كان الدائن قد أعذر المدين بضرورة التنفيذ ، لتقديره (أي التعويض الاتفاقي) دون التقييد بالوصف الذي منحه له المتعاقدان ، كما يجب على القاضي أن يراقب مدى مشروعية هذا الاتفاق ، و ما إذا كان مقدار التعويض المتفق عليه يتناسب مع الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام أو التأخر في تنفيذه ، و له بعد ذلك أن يحكم بالتعويض المقرر في الشرط الجزائي كما ورد في العقد ، أو يتدخل لتعديله .

340 - محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 85 .

الفرع الثاني

نطاق سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

لقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي المتفق عليه بين طرفي العقد استثناء من مبدأ سلطان الإرادة إذا كان مبالغاً فيه أو تافهاً لحماية للمتعاقد الضعيف ، إلا أن سلطته في ذلك ليست مطلقة ، فلا يكون تدخله إلا في الحدود التي رسمها له المشرع في نص المادتين 02/184 و 185 ق.م ، حيث منحه سلطة تخفيض قيمة التعويض الوارد في هذا الشرط كقاعدة عامة (أولاً)، أما الاستثناء فهو الزيادة فيه (ثانياً) ، كما وضع المشرع بعض القيود لضبط هذه السلطة (ثالثاً) .

أولاً : سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

يتقرر للقاضي الحق في التدخل لتعديل العقد بتخفيض الشرط الجزائي الوارد فيه في حالتين هما :
حالة الشرط الجزائي المفرط (أ) ، و حالة عدم التنفيذ الجزئي للالتزام (ب) ، و ذلك طبقاً لما نصت عليه المادة 184 ق.م التي جاء فيها : "و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

أ – سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي المفرط

لابد أولاً من الوقوف على مفهوم الإفراط في الشرط الجزائي ، قبل التطرق لسلطة القاضي في تخفيض الشرط المنطوي على الإفراط .

1/ المقصود بالإفراط

يعتبر الشرط الجزائي مفرطاً إذا كان مرتفعاً إلى درجة كبيرة³⁴¹ ، بمعنى وجود عدم تناسب كبير بين قيمة التعويض المتفق عليه و الضرر اللاحق بالدائن مما يستوجب تدخل القاضي لوضع حل وسط بين إفراط مبدأ الثبات و تفريط نظام التعويض الاتفاقي .

³⁴¹ - لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "الإفراط" ، في حين استعمل المشرع المصري في المادة 224 ق.م.م عبارة " مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة".

فالشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، فإنه يكون بمثابة تهديد مالي أو غرامة تهديدية لحمل المدين على الوفاء ، و عندئذ يجب أن يأخذ حكم الغرامة التهديدية من حيث إعادة القاضي النظر في قدر ما يحكم به على المدين من تعويض وفقا للقواعد العامة³⁴² .

كما أن القاضي يستند عند تعديله للشرط الجزائي على مبدأ أساسي في العقد و هو وجوب تنفيذ العقد بحسن النية طبقا للمادة 1/107 ق.م و التي تنص: "يجب تنفيذ العقد طبقا لنا اشتمل عليه و بحسن نية".

فإذا كان الشرط الجزائي مرتفعا ، فإنه ليس من حسن النية في شيء أن يطالب الدائن بتنفيذه ، فإن فعل ذلك بالرغم مما ينطوي عليه من تعسف يعتبر سيء النية ، كونه يدرك أن هذه المطالبة سيترتب عليها أن يأخذ أكثر مما له و بدرجة كبيرة³⁴³ .

يجب الإشارة إلى أن الشرط الجزائي ليس سببا في استحقاق التعويض ، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدما وفقا لما قام بين الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات و ظروف ، فإذا اتضح أن الضرر الذي وقع لم يكن بمقدار ظن المتعاقدين قبل وقوعه و أن تقديرهما كان مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة، و هذا أمر طبيعي لكون كل عقد لا يخلو من غلط في التقدير الاقتصادي للضرر ، قد يقع فيه المتعاقدان ، أو قد يقوم الطرف القوي بالضغط على الطرف الضعيف مما يدفعه بقبول شرطا يعلم مسبقا أنه مجحف ، و في الحالتين يكون الواجب تعديل الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر الواقع³⁴⁴ .

و يقع عبء إثبات المبالغة في مقدار الشرط الجزائي على عاتق المدين ، و يترتب على ذلك أنه لا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض الوارد في الشرط الجزائي يزيد على مقدار الضرر الذي أصاب الدائن، بل يتعين عليه إثبات أن هذا التعويض قد انطوى على مبالغة إلى درجة كبيرة بحيث لا يتناسب مع حجم الضرر الواقع فعلا³⁴⁵ .

342 - عبد الحميد بن شنيقي ، المرجع السابق ، ص.79.

343 - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص.336.

344 - علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، المرجع السابق ، ص. 184.

345 - فؤاد محمود معوض ، المرجع السابق ، ص. 325 ؛ أحمد حدي لالة ، المرجع السابق ، ص. 159.

2/ تقدير القاضي للإفراط

لقد اكتفى المشرع الجزائري بتحديد حالات تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي في المادة 184 ق.م دون أن يبين كيفية تقدير الإفراط و طريقة تخفيضه .
إذ لم يحدد المشرع قدر أو نسبة المغالاة التي تجيز للقاضي تعديل الشرط الجزائي و لا العناصر التي تساعد هذا الأخير على التمييز بين الشرط الجزائي المبالغ فيه و الشرط الجزائي المعقول ، بعبارة أخرى لم يضع أي ضابط لتحديد الإفراط تاركا تقديره لقاضي الموضوع .
نتيجة لذلك اتجه الفقه و القضاء إلى محاولة وضع معايير لتقدير الإفراط ، فخلصوا إلى معيارين أساسيين هما : المعيار الموضوعي و المعيار الشخصي³⁴⁶ .

- المعيار الموضوعي :

أساس هذا المعيار هو الأخذ بفكرة الضرر الحقيقي عند التقدير ، فالقاضي وفقا لهذا المعيار يقارن بين الضرر الحاصل فعلا و قيمة التعويض المتفق عليها في العقد في تقدير الإفراط ، فالضرر الحقيقي هو بمثابة المؤشر الذي يجب أخذه بعين الاعتبار عند القيام بعملية التقدير³⁴⁷ .

- المعيار الشخصي :

أساس هذا المعيار هو تقدير المسؤولية التعاقدية لكل من المتعاقدين ، فالقاضي وفقا لهذا المعيار يأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية للمدين و حالته المادية³⁴⁸ ، و يضيف القانون الفرنسي إلى هذا ضرورة مراعاة الصعوبات التي تواجه هذا الأخير في تنفيذ الالتزام الأصلي من تغيرات اقتصادية و اجتماعية³⁴⁹ .
في هذا الصدد يرى الأستاذ محمد بودالي أن تقدير الإفراط في الشرط الجزائي يتم بشكل موضوعي عن طريق المقارنة بين الضرر الحاصل فعلا ، و مبلغ التعويض المتفق عليه ، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالمتعاقدين³⁵⁰ .

³⁴⁶ - أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص. 278.

³⁴⁷ - DELEBEQUE.Ph , La clause pénale , Juris - classeur, éd.1985, art. 1146.

مقتبس عن : محمد أمين سي طيب ، المرجع السابق ، ص. 71.

³⁴⁸ - ربما فرج مكي ، المرجع السابق ، ص. 106 ؛ محمد أمين سي طيب ، المرجع السابق ، ص.72.

³⁴⁹ - عبد الرزاق أيوب ، المرجع السابق ، ص.146.

و للقاضي السلطة التقديرية الواسعة المستمدة من مبدأ العدالة ، في اعتماد المعيار الذي يجده بمقتضى سلطته أكثر ملاءمة لتقدير الإفراط في قيمة الشرط الجزائي تبعا لظروف و ملاسبات كل قضية .

فإذا تبين للقاضي وجود مبالغة في تقدير قيمة التعويض مقارنة بالضرر الذي أصاب الدائن قضى بتخفيضه إلى الحد الذي يراه معقولا ، و لا يلزم بتخفيضه إلى الحد الذي يكون مساويا للضرر بل متناسبا معه ؛ أما إذا تبين له أن قيمة التعويض معقولة أي هناك تناسب بين هذه القيمة و الضرر الذي أصاب الدائن فله أن يرفض طلب التخفيض و يحكم بها كما وردت في العقد³⁵¹ .

و يكون وقت تقدير الإفراط هو يوم استحقاق التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) أي عند وقوع الضرر بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

ب - سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بسبب عدم التنفيذ الجزئي للالتزام

إذا كان الشرط الجزائي مشروطا لضمان التنفيذ ، و كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، فإن للقاضي أن يمارس سلطته في تخفيض الشرط الجزائي المتفق عليه ، و هذه السلطة تقوم على أساس مجموعة من المبررات ، و لتحقيق العدل أحيطت ببعض الضوابط نتاولها فيما يلي :

1/ مبررات التخفيض

التخفيض الذي يقوم به القاضي عندما ينفذ الالتزام الأصلي تنفيذا جزئيا ، يجد ما يبرره فيما يلي من الحجج :

- إن احترام إرادة المتعاقدين يفرض تخفيض الشرط الجزائي إذا نفذ الالتزام الأصلي جزئيا إذ أن إرادتهما قد نصت على الشرط الجزائي لتغطية عدم التنفيذ الكلي ، فإذا لم يتوافر هذا الوضع فيجب التخفيض ليتناسب مع الضرر الفعلي³⁵² .

350 - محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص.89.

351 - ريماء فرج مكي ، المرجع السابق ، ص. 102 ؛ محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص.339.

352 - رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص.127.

- أن الضرر في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي هو أخف وطأة من الضرر في حالة عدم التنفيذ الكلي الذي نص على الشرط الجزائي لمواجهة أضراره ، لذلك من العدل أن يخفض الجزاء بقدر ما تم تنفيذه³⁵³ .

- إن القول بعدم التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي سيوقعنا في تناقض ، فواقعة التنفيذ الذي يقوم به المدين ستكون سببا في زيادة مسؤوليته بدلا من تخفيفها ، و بالتالي يكون في وضع أسوء مما لو لم ينفذ التزامه أصلا³⁵⁴ .

هذا و قد نص المشرع الجزائري صراحة على سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي عن طريق تخفيضه في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي .

2/ ضوابط التخفيض

حتى يتمكن القاضي تخفيض الشرط الجزائي لابد من التنفيذ الجزئي الالتزام ، و لقيام هذه الحالة لابد من توافر الشروط التالية :

- أن يكون التنفيذ الجزئي ممكنا : هناك حالات لا يكون فيها الالتزام قابلا للانقسام بسبب القانون أو الاتفاق و بالتالي لا مجال للتنفيذ الجزئي ، فإذا كان الالتزام غير قابل للتجزئة فإن القاضي لن يجد ما يقيم عليه سلطته في التخفيض لعدم إمكانية التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي³⁵⁵ .

و تحديد قابلية الالتزام للتنفيذ الجزئي هي مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع³⁵⁶ .

- أن يكون التنفيذ الجزئي مفيدا : قد يحقق التنفيذ الجزئي للدائن قدر من الفائدة و قد لا يعود عليه بالفائدة مطلقا ، و قد يتم التنفيذ الجزئي بنسبة معينة و لكن لا يحقق للدائن فائدة بنفس النسبة، أو أن الجزء الذي لم ينفذ من الالتزام يتسبب في ذات الأضرار التي تتطلب استحقاق الشرط الجزائي كله ، لذلك يجب على القاضي ليس البحث فقط عن مقدار تنفيذ الالتزام ، و إنما البحث عن الفائدة أو النفع

353 - سي الطيب محمد أمين ، المرجع السابق ، ص. 73 .

354 - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 344 .

355 - سي الطيب محمد أمين ، المرجع السابق ، ص. 74 .

356 - أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص. 281 .

الناتج عن ذلك التنفيذ ، و بعد تحديد مقدار النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي ، يمارس السلطة المخولة له في تخفيض التعويض المتفق عليه بنفس نسبة النفع الذي عاد على الدائن ³⁵⁷ .

- ألا يكون هناك اتفاق خاص بالتنفيذ الجزئي : إذا اتفق الأطراف مسبقا في العقد على مسألة التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام وجب على القاضي احترام إرادتهما ، فأساس الحساب الذي حدده الأطراف ملزم له في هذه الحالة و يتعين عليه تطبيقه ³⁵⁸ .

- أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي : يجب أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي حتى يمكن تخفيض الشرط الجزائي ، و لا يمكن للمدين أن يجبر الدائن على قبض جزء من الالتزام حتى و لو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة طبقا للقواعد العامة للمنظمة للوفاء ³⁵⁹ .

- أن يتم التنفيذ الجزئي في التزام مستقل : إذا تضمن العقد عددا من الالتزامات و الشرط الجزائي يضمن تنفيذ كل منها بصورة مستقلة ، فإذا ما أقدم المدين على تنفيذ أحدها فقط ، فإنه لا يعتبر تنفيذا جزئيا ، فالتنفيذ الجزئي يرتبط بكل تعهد على حدة ³⁶⁰ .

3/ أساس التخفيض

يتمتع القاضي بحرية في التدخل لرفض أو قبول تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي ، فله أن يرفض تخفيضه ، كما لو كان أمام حالة سوء نية من جانب المدين .
و له أن يقبل التخفيض و يكون ذلك على أساس مبلغ التعويض المتفق عليه و ليس على أساس التعويض الذي يحكم به القاضي عند عدم وجود الشرط الجزائي ، و هذا هو الحل الأكثر اتفاقا مع روح القانون ، لأنه يحترم أكثر إرادة الطرفين ، فسلطة القاضي هنا وضعت لأجل ظرف خاص ، و لا يجوز أن يقوم القاضي بسلطته هذه ضد رغبة المتعاقدين المعبر عنها عند إبرام العقد ³⁶¹ .

357 - عبد الرزاق أيوب ، المرجع السابق ، ص. 152.

358 - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 345.

359 - عبد الحميد بن شنيقي ، المرجع السابق ، ص. 90.

360 - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 346.

361 - محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 85.

إلى جانب هذا فالتخفيض في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام لا يتعلق بجعل التخفيض مساويا للضرر الذي حل ، لأن من شأن هذا تعطيل مهام الشرط الجزائي ، فالمطلوب هو التناسب و ليس المساواة³⁶² .

4/ كيفية التخفيض

إذا قرر القاضي التدخل لتعديل العقد بتخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام التعاقدية ، فإنه سيجد أمامه أربع نظريات يتعين عليه الأخذ بإحداها ، بحسب اختيار المشرع ، نتطرق لها كالتالي :

- نظرية حرية التخفيض :

تقوم هذه النظرية على أساس أن القاضي يملك الحرية الكاملة في التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي بحسب الظروف التي تبدو أمامه دون ضابط يحدد هذه السلطة ، فالقاضي سيد الموقف في ممارسة التخفيض بالقدر الذي يراه³⁶³ .

و قد أخذت بهذه النظرية العديد من التشريعات و منها المشرع الجزائري في المادة 184 ق.م.إذ أعطى للقاضي سلطة التخفيض دون أن يلزمه بأي ضابط. إلا أنها تعرضت للنقد على أساس أنها تفتح المجال لتحكم القضاة و التضارب في الأحكام ، هذا ما جعل المشرع الفرنسي ينصرف عنها ، فبعد أن كانت المادة 1231 ق.م.ف تنص على حرية التخفيض ، بقولها³⁶⁴ :

« La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie » .

قام المشرع الفرنسي بتعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 1097/85 المؤرخ في: 11 أكتوبر 1985 حيث أحدث ضابطا على سلطة القاضي و هو التخفيض بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن³⁶⁵ .

- نظرية التخفيض بنسبة الفائدة :

362 - جميل الشراوي ، المرجع السابق ، ص. 56.

363 - أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص. 178.

364 - تنص المادة 1231 ق.م.ف على أنه : "يمكن تعديل الجزاء من قبل القاضي عندما يكون الالتزام الأصلي قد نفذ جزئيا".

365 - محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص. 87.

هذه النظرية تنادي بضرورة تقييد سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي الوارد في الشرط الجزائي بنسبة الفائدة التي حصل عليها الدائن من التنفيذ الجزئي للالتزام ، و قد أخذ بهذه النظرية المشرع الفرنسي بموجب تعديل في القانون المؤرخ في 11 أكتوبر 1985 حيث أصبحت المادة 1231 ق.م.ف تنص على ما يلي³⁶⁶ :

« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152 Toute stipulation contraire sera réputée non écrite » .

هذه النظرية و إن كانت تركز على حجة منطقية تربط التخفيض بالفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي باعتبارها الأساس الذي ترتبت عليه هذه السلطة ، إلا أنها لا تكفل بشكل تام أن يحتفظ ما بقي من الشرط على مزية الضغط على المدين لتنفيذ التزامه ، فيعمل على تنفيذ التزامه³⁶⁷ .

- نظرية التخفيض بنسبة ما نفذ من الالتزام :

مفاد هذه النظرية أن سلطة القاضي غير مطلقة ، و إنما تحدد بنسبة ما نفذ من الالتزام الأصلي على أساس أن الجزاء يشمل الكل فيمكن أن يجزأ بنسبة ما نفذ من الالتزام الأصلي³⁶⁸ .

إلا أن هذه النظرية تتسم بالقصور ، كونه من الصعب الجزم بأن كل جزء من الالتزام الأصلي يقابله جزء من الشرط الجزائي ، فقد يقوم المدين بتنفيذ نصف التزامه ثم يتضح أن هذا النصف لا يشكل فائدة للمدين إلا بمقدار بسيط العشر أو الربع مثلاً³⁶⁹ .

³⁶⁶ - أصبحت المادة 1231 ق.م.ف بعد التعديل تنص على أنه : " في حالة التنفيذ الجزئي لالتزامات العقد ، يجوز للقاضي -و لو من تلقاء نفسه-

تخفيض العقوبة المقررة بالتناسب مع الفائدة العائدة على الدائن من التنفيذ الجزئي ، دون المساس بتطبيق المادة 1152 " .

³⁶⁷ - عبد الحميد بن شنييتي ، المرجع السابق ، ص. 92 ؛ محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 347 .

³⁶⁸ - علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، المرجع السابق ، ص. 195 .

³⁶⁹ - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 348 .

- نظرية التخفيض إلى الحد المناسب :

مفاد هذه النظرية أن يقوم القاضي بالتخفيض إلى الحد المناسب فلا يتحمل المدين تنفيذ جزء من التزامه و يدفع ما يقابله من جزاء ، و بالمقابل ألا يكون من شأن التخفيض أن يضيع مزايا الشرط الجزائي من بين يدي الدائن ، فتكون العدالة نقطة تتلاقى عندها المصلحتان دون إفراط أو تفريط.

و قد اعتمد هذه النظرية كل من القانون المدني الإيطالي و القانون المدني الإسباني ، و يرى البعض أن هذه النظرية جديرة بالتأييد ، إذ أنها تضمن أن يقوم القاضي بالموازنة المطلوبة بين مصلحة المدين فلا يتحمل مضاعفة لالتزاماته ، و مصلحة الدائن فلا يخسر حقه في ضمان تنفيذ الالتزام أو على الأقل الظفر بتعويض كامل³⁷⁰.

من خلال ما سبق ، نرى أنه في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي ، يجوز للقاضي أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقي لأن المدين قد نفذ جزءاً من التزامه ، إلا أن هذا التخفيض هو أمر جوازي للقاضي فله أن يرفض تخفيض مقدار التعويض إذا تبين له أن الجزء الذي نفذ تافه أو أن الدائن لم يحصل على فائدة من التنفيذ الجزئي الذي قام به المدين.

ثانيا : سلطة القاضي في الزيادة في الشرط الجزائي

تنص المادة 185 ق.م على أنه : " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق ، فلا يجوز للدائن أن يطلب أكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً " .

من خلال استقراء نص المادة 185 ق.م يتضح لنا أن المشرع أجاز للقاضي أن يزيد المبلغ المحدد في الشرط الجزائي ولكن بشرط أن يطلب الدائن الزيادة وأن يثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً³⁷¹ في عدم تنفيذ التزامه ، فإذا لم يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً في عدم تنفيذ التزامه ، أو عجز الدائن عن إثبات غش المدين أو خطئه الجسيم ، فإن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا

370 - عبد الحميد بن شنيقي ، المرجع السابق ، ص. 93.

371 - الخطأ الجسيم هو درجة من درجات الخطأ بإهمال ، إلا أن الجسامة التي بلغها هذا الأخير تجعل سوء نية الفاعل مفترضة بالرغم من صعوبة اثباتها ، و يتحقق هذا الأمر عادة عندما يكون الواجب القانوني المخل به واضحاً و ثابتاً و محققاً لا جدال فيه ؛ علي فيلاي ، الالتزامات ، العمل المستحق للتعويض ، د . ط ، موقف للنشر ، الجزائر ، 2002 ، ص. 75.

بقيمة الشرط الجزائي المتفق عليها حتى و لو كانت تقل عن الضرر الذي أصابه و لن يحصل على أية زيادة في مبلغ التعويض³⁷².

غير أنه إذا لحق بالدائن ضرر نتيجة غش المدين أو خطئه الجسيم كما لو تعمد عدم تنفيذ التزامه، فإنه يجب على القاضي في هذه الحالة تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة، فيحكم بتعويض يتعادل مع الضرر حتى و لو كان أكثر من قيمة الشرط الجزائي³⁷³.

في هذه الحالة يجب على الدائن أن يثبت بأن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، و إذا قرر القاضي أن الشرط الجزائي منخفض إلى درجة كبيرة مقارنة بالضرر الذي أصاب الدائن، و يجب عليه أن يسبب حكمه و إلا كان معرضا للنقض³⁷⁴.

ثالثا : القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

- لا يستطيع القاضي ممارسة سلطته في تعديل الشرط الجزائي سواء بتخفيضه أو بالزيادة فيه من تلقاء نفسه دون طلب من المتعاقد المتضرر و إلا يكون قد تجاوز حدود سلطته، فتدخله يكون إما بطلب المدين التخفيض من قيمة التعويض المدرج في الشرط الجزائي بعد أن يقيم الدليل على أنه مفرط، أو أنه قام بتنفيذ جزء من الالتزام الأصلي، أو بناء على طلب الدائن الزيادة في قيمة التعويض بعد أن يثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما تسبب في عدم تنفيذ الالتزام³⁷⁵،

هذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي وفر حماية أكثر للطرف الضعيف في العقد بمنحه للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه إذ نص في المادة 1152 ق.م.ف³⁷⁶ على أنه :

" Néanmoins , le juge peut , même d'office , modérer ou augmenter la peine".

372 - علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص.182، فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.326.

373 - عبد الرزاق أيوب، المرجع السابق، ص.162؛ عبد الحميد بن شنتي، المرجع السابق، ص.83.

374 - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص.339.

375 - علي علي سليمان، المرجع السابق، نظرات قانونية مختلفة، ص.182؛ فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.326.

376 - تنص المادة 1152 ق.م.ف على ما يلي: " غير أنه يمكن للقاضي، و لو من تلقاء نفسه، يخفض أو يرفع العقوبة".

إلا أنه بالرجوع إلى الفقرة 03 من المادة 184 ق.م نجد أنها تنص : "يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" ، و بالتالي نرى أنه إذا صح تعلق هذه المسألة بالنظام العام لوجب على القاضي إعمالها من تلقاء نفسه ، أي بخفض التعويض المغالى فيه حتى و لو قبل المدين بمقداره و لا يتوقف الأمر على طلب المدين و إثباته.

- لقد قصر سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي على حالة غش المدين أو خطئه الجسيم ، و بذلك يكون قد قصر الحماية على المدين دون الدائن ، و هذا حسب رأينا منافع للعدالة فكان ينبغي على المشرع أن يساوي بين الدائن و المدين ، ذلك على غرار المشرع الفرنسي الذي يجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي و زيادته على حد سواء³⁷⁷.

- يجب على القاضي أن يسبب حكمه متى قرر تعديل الشرط الجزائي سواء كان ذلك بتخفيضه أو بزيادته و أن يبين المعيار الذي اعتمده في تقدير إفراط الشرط الجزائي أو تفاهته مقارنة بالضرر اللاحق بالدائن ، إلا أن القاضي غير ملزم بتسبب حكمه عندما يرفض تعديل الشرط الجزائي ، لأنه ببساطة يطبق في هذه الحالة اتفاق أطراف العقد و يكرس قاعدة ثبات الشرط الجزائي³⁷⁸.

هذا العموم ما يمكن قوله عن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ، أما عن سلطته في منح الأجل القضائي فسنتناولها في المطلب الموالي .

³⁷⁷ - المادة 1152 ق.م.ف.

³⁷⁸ - ربما فرج مكي ، المرجع السابق ، ص. 123.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في منح الأجل القضائي

الأصل في الالتزامات التي يربتها العقد الصحيح أن يتم الوفاء بها فور إبرامه ما لم يكن مضافاً إلى أجل باتفاق المتعاقدين³⁷⁹ أو بوجود نص في القانون يقضي خلافًا للاتفاق ، طبقاً لما نصت عليه المادة 1/281 ق.م على أنه: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

لكن قد تواجه أحد المتعاقدين عقبات مادية تجعله غير قادر على الوفاء بالتزاماته في الوقت المحدد في العقد ، مما يجعل هذا العقد مهدداً بالفسخ و ما يترتب عليه من آثار قانونية ، ففي هذه الحالة يمكن للمدين اللجوء إلى القضاء لطلب منحه أجلاً للوفاء بالتزاماته فيتدخل القاضي - إذا وافق على طلبه - لتعديل أحد عناصر العقد و هو "أجل تنفيذ الالتزام التعاقدى" ، لكن قبل أن يقرر القاضي منح الأجل القضائي³⁸⁰ لابد عليه أن يراعي توافر مجموعة من الشروط (الفرع الأول) ، دون أن يتعدى نطاق سلطته في منح هذا الأجل (الفرع الثاني).

379 - كأن يكون العقد من العقود المتراخية التنفيذ التي تكون المدة ركناً فيها كعقد الإيجار ، أو مما يتوقف تنفيذها على حلول الأجل الذي اتفق عليه الأطراف كعقد الاعتراف بالدين .

380 - يعرف الأجل القضائي عند الفقهاء بـ "نظرة الميسرة" ، و هذا المصطلح مأخوذ من الفقه الإسلامي حيث جاءت التسمية في قوله تعالى : "و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة و أن تصدوا خير لكم إن كنتم تعلمون" ، الآية 280 من سورة البقرة ؛ و فكرة تأجيل الالتزام فكرة عرفتتها المجتمعات القديمة و الحديثة على السواء ، و من الشرائع القديمة التي عرفت هذه الفكرة القانون الروماني الذي وضع لها أحكاماً خاصة ، لأكثر تفاصيل عن فكرة الأجل راجع ، عبد الناصر توفيق العطار ، نظرية الأجل في الالتزام ، دراسة لأحكام الالتزامات المؤجلة في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية و القوانين الأخرى ، د.ط ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1978 ، ص.05 و ما يليها.

- لقد عرف الأستاذ عبد الحكم فوده الأجل بأنه : " مهلة التنفيذ التي يمنحها القاضي للمدين السيئ الحظ الحسن النية إذا استدعت حالته ذلك ، و لم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم ، و ذلك حتى ينفذ التزامه و يتوقى الفسخ" ؛ عبد الحكم فوده ، إنهاء القوة الملزمة للعقد ، د.م.ج ، الاسكندرية ، د.س.ن ، ص.454.

- كما عرفه الأستاذ رمضان أبو السعود على أنه : " الأجل الذي يكون مصدره القضاء حيث يجيز القانون للقاضي أن يمنح المدين حسن النية أجلاً أو آجالاً معقولة للوفاء بدينه ، و لم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم" ؛ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص.288.

الفرع الأول

شروط تدخل القاضي لمنح الأجل القضائي

يعتبر إعطاء القاضي للمدين مهلة لتنفيذ التزامه مظهر من مظاهر تدخل القاضي في تعديل العقد خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة الذي يهيمن على العلاقات العقدية ، و هو أمر جوازي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، غير أن الفقرة الثانية من المادة 281 ق.م قد وضعت لنا الشروط الواجب توافرها لمنح المدين هذه المهلة ، و هي أن لا يكون هناك مانع قانوني يمنع منح الأجل القضائي (أولاً) ، و أن تكون حالة المدين تستدعي منحه الأجل القضائي (ثانياً) ، بالإضافة إلى أن لا يصيب الدائن ضرراً من التأجيل (ثالثاً) ، و أن يكون الأجل الممنوح أجلاً معقولاً (رابعاً).

أولاً: عدم وجود مانع قانوني لمنح الأجل القضائي

الأصل أن العقد الصحيح يرتب التزامات على الأطراف المتعاقدة ، و يجب الوفاء بها تحت طائلة التنفيذ الجبري ، فإذا ما اتفق الأطراف على أجل معين للوفاء فإنه يكون الأصل العام ، غير أن المادة 281 ق.م ، أجازت تأجيل الوفاء المتفق عليه عملاً بأحكام نظرة الميسرة و التي تنص: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي لغير ذلك. غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين ، و مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة و أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

- و ينقسم الأجل من حيث أثره إلى نوعين : أجل واقف يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام ، و أجل فاسخ يترتب على حلوله انقضاء الالتزام ، أما من حيث مصدره فينقسم الأجل إلى ثلاثة أقسام :

الأجل القانوني : هو الأجل الذي يحدده المشرع بموجب نص قانوني .

الأجل الاتفاقي : هو الأجل الذي يتفق فيه الطرفين على مدة معينة يؤجل فيها الالتزام .

أما الأجل القضائي : فهو الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين ليتمكن من الوفاء ؛ محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص.212.

أما إذا وجد نص قانوني يمنع تطبيقها ، عاد المتعاقدين إلى الأصل العام ، و هو تنفيذ الالتزام في الأجل المتفق عليه في العقد، و على القاضي احترام النص القانوني و عدم منح المدين أية مهلة و إلا كان حكمه معرضا للطعن بالنقض³⁸¹ .

نذكر على سبيل المثال ما نصت عليه المواد التالية :

- المادة 120 ق.م : "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي و هذا الشرط لا يعني من الإعذار ، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

- المادة 392 ق.م : "في بيع العروض و غيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن و تسلم المبيع يكون البيع مفسوخا وجوبا في مصالح البائع و دون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل و هذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك".

- المادة 02/464 ق.ت : "و لا يجوز منح أجل قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و 438 من هذا القانون" ، إذ لا يجوز للقاضي منح المدين أجلا قضائيا بموجب ورقة تجارية في حالة الدين الناجم عن السفتجة ، أو السند لأمر ، أو الشيك³⁸² .

و عليه لا يجوز للقاضي أن يطبق أحكام نظرة الميسرة و أن يمنح للمدين أجلا للوفاء ، بل عليه أن يطبق النص القانوني الذي حال دون ذلك.

³⁸¹ - أنظر ، نورية طرطاق ، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2014 - 2015 ، ص.35.

³⁸² - تم استبعاد منح الأجل للوفاء بالدين الناجم عن الأوراق التجارية نظرا لما يتميز به القانون التجاري عن غيره من القوانين ، إذ يقوم على خاصيتين هما السرعة و الائتمان ، فإعطاء الأجل في هذه المواد يكون ضارا بالدائن ؛ فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية ، التاجر ، الحربي، الأنشطة التجارية المنظمة ، السجل التجاري ، ط.2 ، النشر و التوزيع ابن خلدون ، الجزائر، 2003 ، ص. 11.

ثانيا: أن تكون حالة المدين تستدعي منحه الأجل القضائي

يستخلص هذا الشرط من نص المادة 119 ق.م التي تنص : "في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

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

و كذلك من نص المادة 281 ق.م فقرة 02 التي تنص : "غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين ، و مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجلا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة و أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها" ، و كذا نص و يقصد به أن يكون المدين في حالة عسرة³⁸³ مؤقتة ينتظر زوالها كأن يكون له مال و لكن ليس تحت يده وقت الوفاء ،

(مثال : ذلك أن يكون له مال عقارا كان أو منقولاً يتعذر عليه بيعه في الحال فيطلب بذلك مهلة حتى يتسنى له بيعه) ، أو تكون له موارد سيقبضها في مواعيد لاحقة مستقبلا (كأجرة عمله) ، إذ لا جدوى من منح المدين المعسر أجلا قضائيا.

كما أنه لا بد أن يكون المدين حسن النية سيء الحظ ، و المقصود بحسن النية هو أن يتعامل المتعاقد بصدق و استقامة و شرف مع الغير³⁸⁴ ، أي أن يكون قد تصرف تصرف الرجل الحريص على الوفاء بدينه و رغم كل محاولات تنفيذ التزامه و الوفاء في الميعاد المحدد ، و بذله كل ما باستطاعته إلا أنه لم يتمكن من التنفيذ.

383 - يعتبر المدين معسرا متى كانت أمواله غير كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، و بذلك لا يشهر القاضي إعسار المدين إلا بعد أن يقدر جميع الظروف التي أحاطت به سواء أكانت هذه الظروف عامة أو خاصة ، فينظر إلى موارده المستقبلية و مقدرته الشخصية و مسؤوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره و مصالح دائنيه المشروعة و كل طرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المادية ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 71.

384 - مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص. 123.

و حسن النية مفترضة في كل متعاقد ما لم يثبت العكس ممن له مصلحة ، و عليه إذا ما أثبت الدائن أن المدين سيء النية كونه كان قادرا على تنفيذ العقد و تماطل حتى فاتته الفرصة ، فإن هذا الأخير لا يستفيد من نظرة الميسرة³⁸⁵ .

أما المقصود بسيء الحظ هو أن يكون المدين عاثر الحظ لا متعمدا عدم الوفاء و لا مقصرا فيه ، و إنما تمر به أزمة طارئة و مؤقتة خارجة عن إرادته منعه من التنفيذ ، يمكن تجاوزها بالأجل الممنوح له من قبل القاضي³⁸⁶ ، كما يمكن في هذه الحالة أن يقوم القاضي بمراجعة العقد بتطبيقه لأحكام نظرية الظروف الطارئة إذا ما توافرت شروطها .

بالإضافة إلى الحلين السابقين يمكن للقاضي الأخذ بحل ثالث و هو وقف تنفيذ العقد مؤقتا شرط أن يكون الحادث الطارئ قابلا للزوال بسرعة و غير مضر بالدائن³⁸⁷ .

كما يجب على القاضي أيضا أن يأخذ بعض الجوانب بعين الاعتبار ، كقيام المدين بتنفيذ جزء من التزامه ، و الضرر الذي يمكن أن يلحق المدين لو حكم عليه بالتنفيذ الفوري ، و الضمانات التي قدمها للدائن ، بالإضافة إلى الاعتداد بالروابط الانسانية كالقربة و الصداقة التي قد تكون بين المدين و الدائن .

ثالثا: عدم تضرر الدائن من جراء منح الأجل القضائي

لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط³⁸⁸ ، لكنه يعتبر شرطا ضروريا إذ لا يجب أن يلحق بالدائن من هذا التأجيل ضررا جسيما ، لأنه لا يجوز تغليب مصلحة المدين على مصلحة الدائن ، كأن يكون الدائن معتمدا على الدين في إبرام صفقة يعود فوائدها عليه بضرر جسيم³⁸⁹ ، فليس للقاضي في هذه الحالة

385 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص.368.

386 - علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص.97.

387 - خليل أحمد حسن ققادة ، المرجع السابق ، ص.113.

388 - على خلاف المشرع الجزائري أوجب المشرع المصري عدم الإضرار بالدائن عند منح المدين نظرة الميسرة ، إذ نصت المادة 346 ق.م.م على أنه: " يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نحائيا في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ؛ على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك و لم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم ."

389 - نورية طرطاق ، المرجع السابق ، ص.35.

أن يمنح للمدين أجلا لأنه ليس من العدالة أن يغلب مصلحة المدين على مصلحة الدائن الذي يعتبر الأولى بالرعاية³⁹⁰.

لذلك يجب أن لا تمنح نظرة الميسرة إلا بقدر ما يزيل الضرر عن المدين دون أن يلحق ذلك ضررا بالدائن ، و لا جناح أن يلحق الدائن ضررا يسيرا ، و لكن إذا كان الضرر الذي سوف يتعرض له الدائن ضررا جسيما فعلى القاضي أن يمتنع عن منح المدين أجلا .

فدور القاضي هنا هو الموازنة بين المصلحة التي ستتحقق للمدين من منحه الأجل القضائي ، والضرر الذي سيلحق الدائن من جراء ذلك ، و مثال ذلك : أن يكون بذمة الدائن دين ، و هو يخاف إن تأخر و لم يوف به في ميعاد استحقاقه أن يحكم عليه بشهر إفلاسه ، أو أن هذا الأجل سيفوت عليه صفقة مهمة و فوات هذه الصفقة يعود عليه بالضرر.

هذا ما كرسه حكم صادر عن محكمة العامرية بتاريخ 2014/11/11³⁹¹ حيث تقدمت المدعية (م.م.ش) بطلب منحها أجل لمدة سنة من أجل الوفاء بالدين الثابت في ذمتها لصالح المدعى عليه مع الأمر بوقف التنفيذ ، فأجاب المدعى عليه الصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط أن مدة التسديد الواردة في العقد الأصلي حددت بـ 24 شهرا ، و أن مبلغ الدين و الفوائد كان مستحقا سنة 2008 إلا أن المدعية لم تف بالتزاماتها مما استوجب تمكينها من قرض إضافي و تمديد أجل الدفع إلى 04 سنوات إلى غاية سنة 2012 ، غير أنه عند حلول الأجل الجديد لم تتصل به لتنفيذ التزاماتها ، و قد حكم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس ، على أساس أنه " من الثابت قانونا من أحكام المادتين 210 و 2/281 المؤسس عليهما الطلب القضائي للمدعية أنها تشترط قبل منح الأجل و توقيف اجراءات التنفيذ أن تراعي المحكمة الحالة الاقتصادية و كذا عناية الرجل الحريص للمدين في تنفيذ التزاماته و هما الشرطين الغير محققين في قضية الحال للأسباب التالية :

390 - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 377.

391 - حكم صادر عن محكمة العامرية ، القسم المدني بتاريخ 2014/11/11 رقم الفهرس 00616/14 ، المؤيد بالقرار الصادر عن مجلس قضاء عين تموشنت ، الغرفة المدنية بتاريخ 2015/03/05 ، رقم الفهرس 15 /00172 ؛ غير منشور.

- أن الدائن (المدعى عليه في قضية الحال) و باعتباره بنكا تجاريا هدفه منح القروض من أجل تحصيل الفائدة قد منح للمدعية قرضا سنة ... و بالرغم من فوات كل هذه المدة و إعداره للمدعية إلا أنها لم تف بالتزاماتها التعاقدية ، و إن هذا من شأنه الإضرار بالحالة الاقتصادية للمدعى عليه على اعتبار أنه سيلحقه ضررا و يفوت عليه الربح.

- أن المدين (المدعية في دعوى الحال) و بالرجوع إلى أوراق ملف الدعوى لم تبد عناية الرجل الحريص في تنفيذ التزاماتها ، و لم تثبت حسن نيتها و ذلك بتسديد جزء من أقساط القرض " .

رابعا : أن يكون الأجل الممنوح للمدين أجلا معقولا

لا يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا طويلا يعطل فيه الدائن حقه ، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري ليتمكن المدين من الوفاء ، و قد حدد المشرع الجزائري في المادة 281 ق.م ، مدة الأجل القضائي بسنة واحدة لا يجوز تجاوزها³⁹² بقوله : " ... أن يمنحوا آجلا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز مدة السنة ... " .

إذا توافرت الشروط الأربعة السابق ذكرها جاز للقاضي أن يمنح المدين أجلا لتمكينه من تنفيذ التزامه التعاقدية ، و للقاضي السلطة التقديرية للقول إن كان هناك ما يستدعي منح المدين أجلا أم لا ؛ حسب ملاسبات كل قضية معروضة أمامه ، و لا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك³⁹³ .

³⁹² - بالمقارنة مع المشرع المصري نجد أنه وسع من سلطة القاضي في منحه لنظرة الميسرة من حيث المدة إذ لم ينص على مدة محددة ، و من تم يكون قد ترك الأمر لتقدير القاضي إذا ما توافرت الشروط المقررة قانونا لمنحها ، أما المشرع الفرنسي فقد حدد مدة الأجل بسنة واحدة على غرار المشرع الجزائري إلا أنه مدد هذه المدة فأصبحت سنتين بموجب القانون رقم 85 - 197 المؤرخ في : 10 نوفمبر 1985 إلا أن هذا التمديد لم يمس إلا طائفتين التجار و الأشخاص المعنوية ؛ عبد الحميد بن شنييتي ، المرجع السابق ، ص. 99.

³⁹³ - محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص. 378 ، نورية طرطاق ، المرجع السابق ، ص. 33.

الفرع الثاني

نطاق سلطة القاضي في منح الأجل القضائي

لقد جعل المشرع الجزائري أمر منح الأجل القضائي أو رفض منحه ، أمرا جوازيا للقاضي و متروك لتقديره ، إذ له سلطة تقديرية واسعة في هذه المسألة شرط أن يسبب حكمه³⁹⁴ .

إلا أن هذه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي³⁹⁵ في منح الأجل القضائي تختلف حدودها باختلاف الدعوى التي يلجأ إليها الدائن ، فالدائن يتمتع بحق الخيار في أن يطلب تنفيذ الالتزام بموجب دعوى طلب التنفيذ (أولا) ، أو أن ينهي العلاقة التعاقدية برفعه لدعوى فسخ العقد (ثانيا).

أولا : سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ

يجق لكل طرف في العقد أن يتقدم أمام القضاء بدعوى التنفيذ ضد المتعاقد الآخر إذا ما حل أجل الالتزام طالبا منه تنفيذ التزاماته ، و لهذا الأخير في هذه الحالة أن يطلب من القاضي منحه أجلا لذلك³⁹⁶ ، حيث يجوز للقاضي طبقا للمادة 2/281 ق.م أن يتدخل أثناء نظره في الدعوى بمنح المدين غير القادر على الوفاء في الأجل المتفق عليه في العقد ، أجلا لتنفيذ التزامه.

394 - تنص المادة 11 ق.إ.م.إ على أنه : "يجب أن تكون الأوامر و الأحكام و القرارات مسببة " ، كما تنص المادة 358 ق.إ.م.إ: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية : ...انعدام التسبب ، قصور التسبب ، تناقض التسبب مع المنطوق ...".

395 - سلطة منح الأجل القضائي ممنوحة لقاضي الموضوع ، و أيضا لقاضي الاستعجال إذ نصت المادة 03/ 281 ق.م على أنه : "و في حالة الاستعجال يكون منح الأجل من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة" ؛ و الاستعجال يعرف على أنه الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه و الذي يلزم درؤه عنه بسرعة باتخاذ تدابير مؤقتة ، و شروط الاستعجال هي : منع ضرر مؤكد من الوقوع ، و عدم المساس بأصل الحق ؛ عمر زودة ، المرجع السابق ، ص. 137 و مايليها .

396 - عزت صلاح عبد العزيز محمد ، المرجع السابق ، ص.118 ، نورية طرطاق ، المرجع السابق ، ص.44.

و أساس سلطة القاضي في منح الأجل القضائي في دعوى التنفيذ هو العدالة التي تقتضي التخفيف من شدة قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" الواردة في نص المادة 106 ق.م ، و ذلك مراعاة لمصالح الطرفين القائمة على الرغبة المشتركة لديهما في الإبقاء على العقد³⁹⁷.

إن للقاضي بمناسبة هذه الدعوى أن يمنح المدين أجلا واحدا أو آجلا متعاقبة كأن يقسط الدين على أقساط كلما استدعت حالته ذلك ، على أن يراعي في مواعيدها قدرة المدين على الوفاء ، مع مراعاة الشروط القانونية المقررة لذلك³⁹⁸ ، و لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد الأجل الذي يمنحه القاضي ، لأنه يعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته³⁹⁹.

و في المقابل لا يجوز للقاضي في بعض الحالات أن يمنح أجلا للمدين ، كما لو كان هذا الأخير ملتزما بعدم القيام بعمل و لكنه قام به ، فلا فائدة من إعطائه الأجل في هذه الحالة لأن الالتزام الذي تعاقد من أجله الدائن أصبح مستحيلا أو كان المدين سيئة النية لأن الأصل في تنفيذ العقود هو حسن النية وفقا لما تقتضيه المادة 107 ق.م.⁴⁰⁰.

كما أن هناك عقود تقتضي طبيعتها عدم منح نظرة الميسرة ، مثل عقد الوديعة ، لأنه إذا طلب المودع من المودع لديه محل الوديعة ، تعين عليه الاستجابة لهذا الطلب ، و إذا تقاعس عن التنفيذ و لجأ الدائن إلى الفسخ بعد إعداره ، فلا يجوز منح المدين أجلا للتسليم لتعارض ذلك مع مصلحة الدائن و طبيعة العقد⁴⁰¹.

397 - عبد الحميد بن شنييتي ، المرجع السابق ، ص.107.

398 - عبد الحميد بن شنييتي ، المرجع السابق ، ص.106.

399 - أنظر ، عبد الكريم بلعور ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1983 ، ص.181.

400 - نورية طرطاق ، المرجع السابق ، ص.45.

401 - عبد الحكم فوده ، إنهاء القوة الملزمة للعقد ، المرجع السابق ، ص.466.

ثانيا : سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ

يعتبر الفسخ⁴⁰² جزاء على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبته العقد من التزامات في ذمته ، فيحق لكل متعاقد في العقد الملزم لجانبين أن يطلب حل الرابطة التعاقدية إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، و يتقرر الفسخ عادة بحكم قضائي .

و لقد نص المشرع على الفسخ في المادة 1/119 ق.م التي ورد فيها بأنه : "في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

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

يستخلص من هذه المادة أن القاضي إن طرحت أمامه دعوى للمطالبة بفسخ العقد ليس ملزما بالاستجابة حتما لهذا الطلب فيوقع الفسخ ، بل له في ذلك سلطة مزدوجة ، إذ يمكنه أن يمنح للمدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك قبل أن يحكم بالفسخ (أ) ، و أن يرفض طلب الفسخ إذا كان عدم التنفيذ قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة (ب) ، و بالتالي فإن منح المدين مهلة أثناء نظر دعوى الفسخ أمر جوازي للقاضي و ليس حقا للمدين.

402 - للفسخ شروط تتمثل فيما يلي :

- الشرط الأول : أن يكون العقد المطلوب فسخه ملزم لجانبين.
- الشرط الثاني : أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه (إما لسبب أجنبي أو بفعل المدين).
- الشرط الثالث : أن يكون طالب الفسخ قد نفذ ، أو على استعداد لتنفيذ التزامه (أي لا يكون مقصرا من جانبه) .
- الشرط الرابع : أن يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد ، ذلك لأن أثر الفسخ هو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ؛ فإذا توافرت جميع هذه الشروط يكون للدائن (و ليس المدين باعتباره الطرف الذي امتنع عن التنفيذ) الحق في رفع دعوى الفسخ ؛ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص.349 و ما يليها .

أ - سلطة القاضي في منح الأجل القضائي قبل الحكم بالفسخ

قد يمنح القاضي للمدين أجلا لتنفيذ العقد في دعوى الفسخ ، و ذلك بهدف الحد من الفسخ وآثاره باعتباره وسيلة خطيرة تهدم العقد ، و المحافظة قدر الإمكان على استمرار العلاقات التعاقدية. و يمارس القاضي سلطته في إعطاء المدين مهلة لتنفيذ العقد ، من خلال دعوى الفسخ في جميع الحالات و بالنسبة لجميع العقود ، ما لم يكن هناك نص يمنعه من ممارسة هذه السلطة .

إلا أن المشرع لم يحدد مدة الأجل الممنوح بصدد دعوى الفسخ ، على عكس دعوى التنفيذ إذ حددها بمدة سنة كما سبق و أن رأينا ، كما أن منح المدين أكثر من أجل غير مسموح به في مجال دعوى الفسخ ، حيث تجيز المادة 119 ق.م في فقرتها الثانية للقاضي أن يمنح المدين فقط أجلا، بينما تنص المادة 281 ق.م في فقرتها الثانية على أن يمنح المدين أجل أو آجلا .

فطبقا للمادة 2/119 ق.م تمنح للمدين مهلة واحدة غير قابلة للتجديد ، فإذا تركها تنقضي دون تنفيذ فسخ العقد ؛ أي أنه بعد انقضاء المهلة التي منحها القاضي للمدين يعتبر العقد مفسوخا تلقائيا دون حاجة لاستصدار حكم بالفسخ و بالتالي يكون قد انقضى الأجل دون تنفيذ.

بل أكثر من ذلك يمكن للقاضي أن يصدر حكماين متتاليين ، يقضي في أولهما بمنح المدين أجلا ليتمكن من تنفيذ التزامه ، فإذا انقضى هذا الأجل دون تنفيذ فإنه يصدر حكما الثاني الذي يقضي فيه بالفسخ ، أو أن يصدر القاضي حكما واحدا يمنح فيه للمدين أجلا فإذا انقضى دون تنفيذ ، فإن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه بدون إجراءات جديدة⁴⁰³ .

و القاضي يمارس سلطته في إعطاء المدين مهلة لتنفيذ العقد ، من خلال دعوى الفسخ في جميع الحالات و في جميع العقود ، ما لم يكن هناك نص يمنعه من ممارسة هذه السلطة .

⁴⁰³ - نورية طرطاق ، المرجع السابق ، ص.46.

غير أن هناك بعض الحالات التي لا يمنح فيها القاضي للمدين مهلة للتنفيذ كأن يخالف المدين التزامه بالامتناع عن عمل شيء⁴⁰⁴ ، و بهذا يتضح أن منح المدين أجلا للتنفيذ في دعوى الفسخ متروك لتقدير القاضي.

ب - سلطة القاضي في رفض طلب الفسخ

إن إخلال المدين بالتزامه يميز للدائن طلب الفسخ بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه⁴⁰⁵ ، و على القاضي في هذه الحالة أن يقوم بتقدير مدى جسامته و أهمية عدم التنفيذ ، و أن ينظر إلى حجم الالتزامات التي نقصت من الالتزامات الناشئة عن العقد ، و ذلك بأن يستعين بالضوابط الموضوعية لكي يستطيع أن يقضي بطلب الفسخ أو يرفضه ، و هذا دون إغفال المعيار الشخصي الذي يعتد فيه بنية المتعاقدين و البحث في قصدهما الذي إما أن يكون الإبقاء على العقد و ذلك بتنفيذ الالتزام، و إما أن يكون الفسخ الضمني⁴⁰⁶.

أما في حالة عدم التنفيذ الجزئي للعقد ، فيمكن أن يأخذ القاضي بحل وسط و ذلك بأن يفسخ العقد كله ، أو يبقى العقد مع التعويض عن الجزء الذي لم ينفذ كما يمكن أن تتسع سلطة القاضي التقديرية في بعض الحالات ، فيجوز له أن يحكم بالفسخ مهما كان مقدار عدم التنفيذ ضئيلا لا يبرر الفسخ ، و ذلك في حالة ما إذا كان المدين سيء النية⁴⁰⁷.

لذلك يمكن القول أن سلطة القاضي التقديرية تكمن في القول إن كان عدم التنفيذ قد بلغ أو لم يبلغ قدرا من الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته⁴⁰⁸ ، إلا أنه متى انتهى في حكمه إلى أن عدم التنفيذ بلغ قدرا كبيرا من الأهمية يجب أن يقضي بالفسخ .

404 - عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص.36.

405 - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، قرار بتاريخ 1990/02/21 ، رقم الملف 58315 ، م . ق ، ع.03 ، 1994 ، ص.105.

406 - عبد الكريم بليور ، المرجع السابق ، ص.185 ؛ نورية طرطاق ، المرجع السابق ، ص.47.

407 - عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص.38 - 39 .

408 - توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص.332.

تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد ما يمنع القاضي من منح المدين أجلا في دعوى الفسخ إذا كان هذا الأخير قد استفاد من أجل في دعوى التنفيذ السابقة كون الدعوتين مستقلتان ؛ كما أنه لا يشترط لمنح الأجل القضائي أن يطلبه المدين ، فللقاضي منحه هذا الأجل و لو لم يطلبه ، لأنه متى كان يجوز له رفض طلب الفسخ ، فإنه من باب أولى أن يكون له الحق في منح المدين أجلا للتنفيذ حتى دون أن يطلب منه ذلك لأن من يملك الأكثر يملك الأقل⁴⁰⁹ ، إذ غاية القاضي تحقيق العدالة العقدية و المحافظة على استقرار المعاملات التي تعتبر من المقاصد الأساسية للمشرع.

أخيرا و على عكس الأجل في دعوى التنفيذ ، فإن الأجل في دعوى الفسخ ليس من النظام العام إذ يجوز للطرفين الاتفاق على ذلك ، خاصة إذا تعلق الأمر بالفسخ الاتفاقي المادة 120 ق.م⁴¹⁰ إذ أجازت هذه المادة عدم اللجوء إلى القضاء لإيقاع الفسخ .

فالاتفاق الذي يدرجه المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه إذا لم يوف أحدهما التزامه يسلب القاضي سلطته في التعديل و بالتالي لا يستطيع منح المدين أجلا للتنفيذ ، و لا يكون أمامه في هذه الحالة سوى الحكم بالفسخ⁴¹¹ .

و في كل الأحوال تنقضي مدة نظرة الميسرة بحلول الأجل فيصبح التزام المدين حالا ، عندئذ يبدأ الدائن بالمطالبة بحقه مع احترام الإجراءات الواجب اتباعها في ذلك ، و ينقضي الأجل لثلاثة أسباب :

– الانقضاء الطبيعي للأجل :

يكون هذا الانقضاء بحلول الأجل ، أي حلول اليوم المحدد لنفاذ الالتزام ، أو بحدوث الواقعة التي عينها المتعاقدان كأجل ، إلا أنه لا يغني عن وجوب الإعدار من أجل مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، إلا في الحالات التي استثناها المشرع بنصوص القانون .

409 – عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص.627.

410 – المادة 120 ق.م : "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي ، و هذا الشرط لا يعني من الإعدار ، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

411 – أنظر ، إدريس فاضلي ؛ عبد الكريم بلعير ، المرجع السابق ، ص. 140.

– التنازل عن الأجل :

الأصل في الأجل أن يحل بانقضاء مدته ، غير أنه قد يحل قبل انقضائها بالتنازل ، كتنفيذ الالتزام قبل حلول الأجل ، و التنازل يعتبر عملا إراديا يقع بالإرادة المنفردة لمن تقرر الأجل لمصلحته ، و قد يكون بإرادة طرفي العقد معا إذا تقرر لمصلحتهما معا ، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص في القانون المدني على التنازل عن الأجل على خلاف القانون المصري⁴¹² .

– سقوط الأجل :

ينقضي الأجل أيضا في نظرة الميسرة بسقوط حق المدين في هذا الأجل ، فالسقوط يعد جزاء عن تهاون المدين في تنفيذ التزامه و ترك المهلة تنقضي ، و قد ذكر المشرع أسباب سقوط الأجل في المادة 211 ق.م ، و هي : إفلاس المدين ، إنقاص المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، و لو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق ، أو بمقتضى القانون ، و أخيرا إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات .

بعد أن تعرضنا لسلطة القاضي في تعديل أجل الالتزام التعاقدي بمنحه نظرة الميسرة لابد أن نشير إلى مسألة أخرى مهمة تتعلق بسلطة القاضي في التدخل لتحديد الميعاد المناسب لحلول أجل الالتزام في حالة اتفاق طرفي العقد على الوفاء بالالتزام متى تمكن المدين من ذلك ، وفقا لما نصت عليه المادة 210 ق.م بقولها : "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضي مياعادا مناسباً لحلول الأجل ، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية و المستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه" .

تجدر الإشارة بخصوص هذه المسألة إلى أنه إذا تم تعليق الوفاء بالالتزام إلى ميسرة يبحث القاضي عن النية المشتركة للمتعاقدين إن كانت قد اتخذت واقعة ميسرة المدين كشرط أم أجل⁴¹³ ؛ فإذا تبين له أن

412 – عبد الناصر توفيق العطار ، ص. 11 و ما يليها.

413 – إذا كان اتفاق طرفي العقد يعلق وفاء المدين بالتزامه على شرط ميسرته فإنه بذلك يجعل الالتزام قبل تحققه محتمل الوقوع ، فقد لا تتحقق واقعة اليسر مطلقا و يموت المدين معسرا ، و لا يمكن للدائن في هذه الحالة أن يطالب بتنفيذ الالتزام لتخلف شرط اليسر ، أما إذا اتفقا على أن تكون الميسرة مجرد التزام

المتعاقدين قد قصدا يسر المدين كأجل تكون العبرة بما قصده المتعاقدان و على للقاضي هنا التدخل لتعيين ميعاد معين لحلول الأجل مرتكزا على موارد المدين الحالية ، و المستقبلية طبقا لما نصت عليه المادة 210 ق.م ، و هذه الحالة تعتبر حالة استثنائية ناذرة الوقوع⁴¹⁴ .

ختاما يمكن القول أن منح المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد أثناء مرحلة تنفيذه ، في حالة حدوث ظروف طارئة أو وجود شرط جزائي في العقد فيه مضرة لأحد طرفي العقد على حساب الطرف الآخر ، أو من أجل منح المدين المعسر أجلا للوفاء بالتزاماته للتيسير عنه ، ما هو إلى دليل على مراعاة المشرع لمبادئ العدالة و المساواة بين أفراد المجتمع و حرصه على حماية الضعيف منهم.

مضاف إلى أجل كان حق الدائن محقق وجوده و لكنه غير نافذ حتى الوقت الذي تتحقق فيه هذه الميسرة ، و بنفذ رغم وفاة المدين إذ يستوفي الدائن حقه من تركة هذا الأخير ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 74.

414 - رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص.285.

الخاتمة

تعتبر سلطة القاضي في تعديل العقد من حيث المبدأ إحدى الوسائل التي تتفق عليها مختلف النظم القانونية بما فيها القانون المدني الجزائري ، حيث أن الغاية من إقرارها و تنظيمها هي منع كافة أشكال الغبن و دفع الضرر و رفع الحرج ، حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و من تم تحقيق العدالة و المساواة بين الأفراد و عدم ترك المجال التعاقدي لمشيئتهم ، حيث يسعى كل طرف إلى تحقيق مصلحته الخاصة على حساب الآخرين مما يؤدي لا محالة إلى كثرة النزاعات، و انتشار الفوضى في المجتمع باسم التعاقد و بالتالي انخيار أهم عنصر يقوم عليه النظام التعاقدي وهو الثقة المتبادلة في إبرام العقود.

لهذا شكلت مسألة حماية الطرف الضعيف في العقد موضع اهتمام كل التشريعات الحديثة ، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يتدخل بنصوص صريحة في القانون سمح فيها للقاضي استثناء بالتدخل لتعديل العقد كلما اختل توازنه الاقتصادي سواء لأسباب تتعلق بالمتعاقدين أو لأسباب خارجة عن إرادتهما.

فقد يشوب العقد منذ تكوينه خلافا يستوجب تدخل القاضي لإعادة توازنه ، فيتدخل لرفع الغبن الناتج عن الاستغلال حماية للطرف المغبون و ذلك بإبطال العقد أو الإنقاص من التزامات هذا المتعاقد طبقا لأحكام المادة 90 ق.م ، أو لتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو اعفاء الطرف المدعى منها بما له من سلطة الملاءمة في اختيار الجزاء ، فالمادة 110 ق.م منحت سلطة خطيرة تخوله إمكانية إهدار الشرط التعسفي كلية دون الاكتفاء بتعديله.

كما يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد في مرحلة تنفيذه لمواجهة الظروف الطارئة التي لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد ، أو دفعها عند وقوعها ، و ذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لإزالة عبء الظرف الطارئ الذي قد يثقل كاهل المدين مراعاة لمصلحته و لكن دون إهمال مصلحة الدائن ، إذ يجب على القاضي الموازنة بين مصلحة الطرفين وفقا لمقتضيات المادة 107 ق.م.

و كذلك لتعديل الشرط الجزائي المتفق عليه مسبقا بين طرفي العقد في حال الإخلال بتنفيذ الالتزامات التعاقدية أو التأخر في تنفيذها ، و هذا حتى لا يتحول الشرط الجزائي من وسيلة لضمان تنفيذ الالتزام إلى وسيلة للاستغلال ، و يكون تدخل القاضي هنا وفقا لأحكام المادتين 184 و 185 ق.م إما

لتخفيض ذلك الشرط إذا أثبت المدين أن التقدير الاتفاقي للتعويض مبالغاً فيه، أو يتدخل للزيادة فيه إذا كان هذا التعويض يقل عن الضرر بشكل مفرط و ذلك في حالة ما إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً حال دون تنفيذ التزاماته العقدية.

أخيراً يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل المدة المتفق عليها بين المتعاقدين لتنفيذ العقد ، و ذلك بمنح المدين المعسر أجلاً لتنفيذ التزاماته في حدود المدة التي نص عليها القانون في المادة 281 ق.م و هو ما يعرف بنظرة الميسرة .

و قد خالصنا بعد دراستنا لهذا الموضوع إلى بعض النتائج أهمها :

- أنه أصبح للقاضي دوراً إيجابياً في ظل التشريعات الحديثة و لا سيما في مجال العقود ، نظراً لانتشارها بشكل متزايد في حياتنا اليومية ، و لم يعد دوره يقتصر على تفسير العقد فقط ، و هذا الدور كرسه المشرع الجزائري في آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

- إن منح المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد يعتبر خروجاً عن المبدأ العام في التعاقد "العقد شريعة المتعاقدين" ، فالأصل أن تعديل العقد لا يكون إلا بناء على إرادة أطرافه على أساس أن الإرادة هي جوهر و أساس العلاقات التعاقدية لما لها من دور في إنشاء العقد و تحديد الالتزامات المترتبة عنه.

- إن تمتع القاضي بسلطة تعديل العقد و لو كانت مقتصرة على حالات محددة على سبيل الحصر إلا أنها ذات أهمية جد بالغة كونها تحد بشكل أو بآخر على كافة مظاهر التعسف ، خصوصاً تلك السلطة في مرحلة تكوين العقد ، حيث يحرص كل متعاقد ابتداءً على تفادي التعسف في حق المتعاقد الآخر ليضمن بقاء العقد .

- أن المشرع لم يكتف لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بالقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني و التي أصبحت قاصرة عن تحقيق التوازن العقدي ، بل تدخل بإصدار قوانين خاصة كما هو الحال في إصداره لقانون حماية المستهلك و قمع الغش و كذا القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية و غيرها من النصوص.

- أن سلطة القاضي في تعديل العقد ليست سلطة مطلقة ، ذلك أن المشرع أورد عليها قيوداً أهمها ما جاء في المادة 90 ق.م حيث قيد المشرع سلطة القاضي عند تدخله لتعديل العقد حماية للمتعاقد المغبون الذي وقع عليه الاستغلال في حالتين فقط و هما الطيش البين و الهوى الجامح.

- كذلك قيد المشرع سلطة القاضي في المادة 90 ق.م بوسيلة واحدة من وسائل التعديل و هي الإنقاص من التزامات المتعاقد المغبون ، باستخدامه لكلمة "ينقص" ، أما الزيادة في التزامات المتعاقد المستغل فلا تكون إلا في حالة واحدة و هي عرض هذا الأخير ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.

من خلال كل ما سبق ، نخلص إلى القول أنه لكي يمارس القاضي سلطته في تعديل العقد على أكمل وجه تحقيقاً للهدف الذي ابتغاه المشرع من منحه هذه السلطة ؛ ألا و هو إعادة التوازن إلى العقد المختل حفاظاً على استمراريته ، حبذا لو يتدخل المشرع لتدارك بعض النقائص القانونية و ذلك بتعديل بعض الأحكام و النصوص كالتالي :

1- عدم تقييد القاضي بحالات محددة على سبيل الحصر في القانون من أجل التدخل لإعادة التوازن العقدي ، و الاعتراف له بسلطة مطلقة تجعله يتدخل كلما تبين له وجود تفاوت بين التزامات المتعاقدين ، استجابة لدواعي العدل والإنصاف.

2- جعل سلطة القاضي في تعديل العقد سلطة وجوبية و ليست جوازية ، يمارسها القاضي كلما رأى أن العقد الذي أمامه مختل التوازن ، و من تلقاء نفسه بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد حتى و لو لم يطلب منه الخصوم ذلك تحقيقاً للعدالة ، لأن المتعاقد المغبون قد لا يكون في درجة من الوعي الفكري تمكنه من تحديد وضعه التعاقدى إزاء المتعاقد الآخر ، هذا من جهة.

و من جهة أخرى فإن هذه السلطة الجوازية تجعل للقاضي السلطة التقديرية في التدخل لتعديل هذا العقد أو الامتناع عن ذلك حتى في حال وجود الاختلال ، و لا رقابة عليه من المحكمة العليا في ذلك.

3- عدم تقييد القاضي بوسيلة معينة من وسائل التعديل بل منحه سلطة تقديرية واسعة في استعمال أي وسيلة يراها مناسبة لإعادة التوازن إلى العقد ، سواء بالإنقاص من الالتزام المرهق، أو بالزيادة في الالتزام المقابل ، أو بتوزيع الخسارة على طرفي العقد ، أو حتى وقف تنفيذ العقد مؤقتا إلى غاية استقرار الأوضاع و زوال العقبات التي تحول دون مواصلة التنفيذ كما تم الاتفاق ابتداء ، و هذا كله حفاظا على العقد تفاديا لهدمه ، لأن الهدف الأساسي الذي يجب على القاضي وضعه نصب عينيه دائما هو بقاء العقد نظرا للدور الاجتماعي الذي أضحي يلعبه في حياتنا اليومية.

4- فتح المجال لإعمال نظرية الغبن المجرد و جعلها نظرية عامة تنطبق على جميع العقود ، إذا ما تبين وجود تفاوت فاحش بين التزامات المتعاقدين ، و عدم حصر تطبيقها على حالات محددة على سبيل الحصر ما دامت هذه النظرية تهدف لإعادة التوازن إلى العقد ، لأنه مثلا بالرجوع إلى نص المادة 358 ق.م نجد أن المشرع قد حمى فقط البائع الذي وقع ضحية غبن و لم يحمي المشتري الذي قد يتأثر كذلك بوقوعه في غبن يزيد عن الخمس في حال تقديمه لأكثر ما يستحقه المبيع من قيمة ، كما أن المشرع استبعد إعمال نظرية الغبن في بيع المنقولات و اقتصر اعمالها على العقارات بالرغم وجود منقولات أعلى قيمة من العقارات.

5- تعديل نص المادة 90 ق.م :

أولا : يجعل القاضي يتدخل لحماية الطرف المغبون بتعديل العقد نتيجة لاستغلال جميع أشكال الضعف الإنساني و ليس فقط الطيش البين و الهوى الجامح (كال حاجة الملحة، الضرورة ، ضعف الإدراك ، النفوذ الأدبي و حتى الجهل و عدم الخبرة أو نقص التجربة) و غيرها من الحالات الأخرى التي من شأنها إضعاف إرادة الشخص و دفعه إلى التعاقد دون اختيار ، و ذلك على أساس أن الاستغلال عيب عام في الإرادة.

ثانيا : استبدال عبارة " أن ينقص التزامات هذا المتعاقد " ؛ بعبارة "إزالة الغبن" ، و بذلك يكون للقاضي سلطة واسعة في استعمال أي وسائل قانونية يراها مناسبة لرفع الغبن كما سبق الذكر.

ثالثا : اعتماد نفس الآجال المقررة للمتعاقد الضعيف في رفع الدعوى إذا ما شاب العقد عيب من عيوب الإرادة (الغلط ، التدليس و الإكراه) ؛ لأن مدة السنة المقررة لرفع الغبن الناتج عن الاستغلال تعتبر مدة قصيرة جدا لا تتلاءم و طبيعة عيب الاستغلال الذي يعتبر حالة نفسية عادة ما تدوم لأكثر من سنة ، هذا من جهة .

و من جهة أخرى لتكون هناك مساواة بين ضحية الاستغلال و ضحية عيوب الإرادة الأخرى، فتكون المدة مثلا هي خمس سنوات تبدأ من وقت زوال الطيش أو الهوى ، أو عشر سنوات تبدأ من تاريخ إبرام العقد مثل ما جاء في نص المادة 101 من القانون المدني.

6- وضع أحكام نظرية الظروف الطارئة في الفقرة الثانية من المادة 106 ق.م ، كاستثناء على المبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين" ، بدلا من إدراجها مستقلة في المادة 107 ق.م.

7- تعديل نص المادة 107 ق.م بحذف الشرط الخاص بكون الحادث الاستثنائي "حادثا عاما" ، لأن اشتراط صفة العمومية في الشرط تتعارض مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة و الغاية التي شرعت من أجلها و هو "تحقيق العدالة" التي تقتضي رفع الإرهاق عن المدين ، لأنه في كثيرة من الأحيان لا يكون الحادث الاستثنائي حادثا عاما .

8- تعديل نص المادة 185 ق.م بعدم حصر تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي في حالتي الغش و الخطأ الجسيم ، فقد يرتكب المدين خطأ تافها و يترتب عليه ضررا فادحا ، فيفقد الشرط الجزائي بذلك وظيفته بجبر الضرر كاملا.

9- ضبط النصوص القانونية الخاصة بمواجهة الشروط التعسفية لتحديد هذه الشروط بدقة حماية لجميع فئات المجتمع منها ، و ليس فقط في العلاقة بين البائع و المشتري هذا من جهة ، و من جهة أخرى لإعانة القضاة على الكشف عن تعسفية الشرط من عدمه ، تجنباً لتباين وجهات النظر حول طبيعة

الشرط ، و بالتالي اختلاف الحلول من قاض لآخر حول نفس الشرط لعدم وجود معايير محددة لصفة التعسف.

و في الأخير يمكننا القول أن سلطة القاضي في تعديل العقد رغم أنها تشكل مساسا بمبدأ سلطان الإرادة و انتهاكا للقوة الملزمة للعقد إلا أنها وجدت لحماية مصالح الأفراد و القضاء على كل أشكال الظلم التي قد تلحق بالطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، فأى امكانية تحقق التوازن العقدي ، وتحول دون هدم العقد يجب أن تكون محل اهتمام و حماية من قبل المشرع و القاضي.

قائمة المراجع

أولا : المراجع العامة

- باللغة العربية:

- 1- ابتسام القرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب البلدية ، الجزائر ، 1998.
- 2- إدريس فاضلي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، العقد ، الإرادة المنفردة ، الفعل المستحق للتعويض ، الإثراء بلا سبب ، د.م.ج ، الجزائر ، 2009.
- 3- العربي بلحاج ، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، د.ط ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013.
- 4- العربي بلحاج ، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي ، ج.1 ، ط.3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1996.
- 5- العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، المصادر الإرادية العقد و الإرادة المنفردة ، ج.1 ، المصادر الإرادية (العقد و الإرادة المنفردة) ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر ، 2015.
- 6- العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، المصادر الإرادية العقد و الإرادة المنفردة ، ج. 02 ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2015.
- 7- أجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، ط. 01 ، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2003 .
- 8- أنور سلطان ، أحكام الالتزام ، د.ط ، دار النهضة للطباعة ، بيروت ، 1980 .

- 9- أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، الطبعة 01 ، منشورات الجامعة الأردنية ، الأردن ، 1987 .
- 10- أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، النظرية العامة للالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، 2005.
- 11- أنور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، ج. 1 ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ، 2001.
- 12- جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ط. 01 ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، ترجمة منصور القاضي ، 2000.
- 13- جميل الشراوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1995.
- 14- حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، الهبة الوصية الوقف ، ط. 2 ، دار هومه ، الجزائر 2009.
- 15- حمزة محمود جلال ، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام ، دراسة مقارنة ، د.م. ج الجزائر ، 1985.
- 16- خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام ، الجزء 1 ط. 02 ، د.م. ج ، الجزائر ، 2005.
- 17- رأفت محمد حماد و محمود عبد الرحيم الديب ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، أحكام الالتزام ، الجزء 02 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 1997.
- 18- رمضان محمد أبو السعود ، شرح مقدمة القانون المدني ، عالم الكتب ، مصر ، 1980.
- 19- رمضان محمد أبو السعود ، العقود المسماة ، عقد الإيجار ، الأحكام العامة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1999.
- 20- رمضان محمد أبو السعود ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2006.
- 21- زكريا سرايش ، الوجيز في مصادر الالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، د.ط ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013 .

- 22- سليمان بوذياب ، مبادئ القانون المدني ، دراسة نظرية و تطبيقات عملية في القانون - الحق الموجب للمسؤولية ، ط. 1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع مجد ، بيروت ، لبنان 2003 .
- 23- سليمان مرقس ، الوافي شرح القانون المدني ، الالتزامات ، المجلد الأول ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة ، ط. 04 ، مطبعة السلام ، القاهرة ، د.س.ن.
- 24- سمير عبد السيد تناغو ، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1975.
- 25- عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقه و القضاء ، ط.3 ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1997 .
- 26- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام ، ج.1 ، ط.3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2000.
- 27- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام ، ج. 02 ، ط.03 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2000.
- 28- عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، موفم للنشر ، الجزائر 2009.
- 29- عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة ، موسوعة القانون المدني المصري ، ط. 01 ، دون دار نشر ، القاهرة ، 1984 .
- 30- عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، دار الثقافة ، د.م.ن ، 2006.
- 31- عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، ج.01 ، دار النهضة العربية ، ط. 1990.
- 32- علي بن هادية و بلحسن البليش ، القاموس الجديد ، ط. 07 ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ، 1991 .
- 33- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005.

- 34- علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، د.م.ج ، بن عكنون ، الجزائر ، 1994.
- 35- علي فيلاي ، الالتزامات ، العمل المستحق للتعويض ، د.ط ، موفم للنشر ، الجزائر 2002.
- 36- علي فيلاي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، ط. 2 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2005.
- 37- عمر بن سعيد ، الاجتهاد القضائي ، وفقا لأحكام القانون المدني ، دار الهدى ، عين ميله الجزائر ، 2004.
- 38 - عمر زودة ، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء ، دون طبعة ،
ENCYCLOPEDIA Edition Communication ، دون سنة نشر.
- 39- فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية ، التاجر الحرفي
الأنشطة التجارية المنظمة ، السجل التجاري ، ط. 2 ، النشر و التوزيع ابن خلدون ، الجزائر، 2003 .
- 40- لبيب محمد شنب ، مبادئ القانون ، مدخل للدراسات القانونية و النظرية العامة للالتزام ، دار
النهضة العربية ، د.م.ن ، 1970.
- 41- محفوظ لعشب بن حامد ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ط. 3 ، ديوان المطبوعات
الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 2006 .
- 42- محمد حسين منصور ، مصادر الالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، الدار الجامعية ، بيروت
2000.
- 43- محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة ،
الأردن ، 1999.
- 44- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات
مصادر الالتزام (العقد و الإرادة المنفردة) ، ج. 1 ، ط. 04 ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع عين
مليلة ، الجزائر ، 2007 - 2008.

- 45- محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري القسم الثاني ، د.ط ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2009.
- 46- مصطفى العوجي ، القانون المدني ، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، ج.1 ، ط. 04 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2007 .
- 47- مصطفى محمد الجمال ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1999.
- 48- مندر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القوانين المدنية الوضعية ، ج.2 ، أحكام الالتزام ، ط.1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 1992.
- 49- نبيل صقر و أحمد لعور ، القانون المدني نصا و تعليقا ، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، الجزائر ، 2007.

- باللغة الفرنسية :

- 50- Calais - Auoy J. et Steinmetz F. , Droit de la consommation , 5^{ème} édition, Dalloz , 2000.
- 51- FROMONT M. , droit allemand des affaires , Droit des biens et obligations , Droit commercial et du travail , MONTCHRESTIEN, paris , 2001.
- 52- Jacques Fluor, Jean-Luc Aubert , Eric Savaux , Droit civil , Les obligations 1, L'acte juridique , Dalloz ,12.édition , 2006.
- 53- MARTY et RAYNAUD : Droit civil , T. 2 ,V. 1, les obligations , édition.1962 .

ثانيا : المراجع الخاصة

- باللغة العربية:

- 1- أحمد ابراهيم حسن ، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1999.
- 2- أحمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، د. ط ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1994.
- 3- أحمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، ماهيتها و ضوابطها و تطبيقاتها ، ط. 01 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1988.
- 4- أسامة الحموي ، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و القانون ، ط. 01 ، مطبعة الزرعي ، دمشق ، 1997 .
- 5- أنور العمروسي ، عقود الغرر في القانون المدني (المقامرة ، الرهان ، المرتب لدى الحياة و عقد التأمين) معلقا على بالفقه و أحكام النقض ، ط. 1 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر 2003 ، ص. 50.
- 6- أيمن سعد سليم ، الشروط التعسفية في العقود ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2011 .
- 7- توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ، د.ط ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1966 .
- 8- حسن عبد الباسط جمعي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، د .ط ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1996 .
- 9- حمدي محمد إسماعيل سيطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، د.ط ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007.

- 10- خالد عبد حسين الحديثي ، تكميل العقد (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، د.س.ن.
- 11- رشوان حسن رشوان أحمد ، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة ، ط.1، دار النهضة العربية ، مصر ، 1994.
- 12- ريماء فرج مكّي ، تصحيح العقد ، دراسة مقارنة ، ط. 01 ، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، 2011.
- 13- سعيد السيد علي ، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، دار الكتاب الحديث ، مصر ، 2006.
- 14- شارف يحيى ، ضرورة إسقاط الشروط ، عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية ، ع.4 ، 2010.
- 15- عبد الحكم فوده ، إنهاء القوة الملزمة للعقد ، د.م.ج ، الاسكندرية ، د.س.ن.
- 16- عبد الحكم فوده ، آثار الظروف الطارئة و القوة القاهرة على الأعمال القانونية ، ط.1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1999.
- 17- عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، د.ط ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 2002.
- 18- عبد الرزاق أيوب ، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي ، دراسة مقارنة ، ط.01 مطبعة النجاح الجديدة ، المغرب ، 2003.
- 19- عبد السلام الترماني ، نظرية الظروف الطارئة ، دراسة تاريخية و مقارنة للنظرية في الشريعة الاسلامية و الشرائع الأوربية و تطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية ، د.ط ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1971.
- 20- عبد الناصر توفيق العطار ، نظرية الأجل في الالتزام ، دراسة لأحكام الالتزامات المؤجلة في الشريعة الاسلامية و القوانين العربية و القوانين الأخرى ، د.ط ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1978.

- 21- عزت صلاح عبد العزيز محمد ، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون الوضعي ، د.ط ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2013 .
- 22- فارس علي عمر الجرجري ، مبدأ حياد القاضي المدني ، دراسة مقارنة ، د.ط ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2012 .
- 23- فؤاد محمود معوض ، دور القاضي في تعديل العقد ، دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2008.
- 24- محفوظ لعشب بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1990.
- 25- محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن ، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي ، ط . 01 ، دار الكتاب الحديث ، سيدي بلعباس ، الجزائر ، 2006.
- 26- محمد بودالي ، مكافحة الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة ، ط. 01 ، دار الفجر للنشر و التوزيع ، القاهرة ، 2007 .
- 27- محمد سعيد جعفرور ، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، د.ط دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2014.
- 28- محمد شتا أبو سعد ، التعويض القانوني و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية ، د.ط ، الدار الجامعية الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2001.
- 29- محمد محي الدين ابراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2007.
- 30- محمود عبد الرحمان محمد ، الاستغلال و الغبن في العقود و دورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية ، دراسة مقارنة في القانون الوضعي المصري و السوداني و الشريعة الإسلامية ، د.ط، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995.

31- هائل حزام ميهوب العامري ، النظرية العامة للاستغلال ، الغبن الناتج عن الاستغلال ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الاسلامي ، د.ط ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2009 .

- باللغة الفرنسية :

32- Mazeaud .D , le juge aux clause abusive, Paris, 1993.

33- Stoffel-Munck (ph) , L'abus dans le contrat ,Essai d'une théorie LGDJ 2000.

ثالثا : أطروحات الدكتوراه و المذكرات

- أطروحات الدكتوراه :

1- بن عزوز درماش ، التوازن العقدي ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2014/2013.

2- عبد الحميد بن شنيقي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة دكتوراه في القانون ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 1996 .

3- عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان في القانون المصري ، دراسة فقهية و قضائية مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة فؤاد الأول ، مصر ، 1946.

4- محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي ، رسالة دكتوراه في الشريعة و القانون ، كلية العلوم الانسانية و الاجتماعية و العلوم الاسلامية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2012/2011.

5- محمد علي الخطيب ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني و المصري و الفقه الاسلامي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، مصر ، 1992.

- مذكرات الماجستير :

- 1- ابراهيم بن حديد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دراسة تحليلية نقدية ، مذكرة ماجستير في القانون ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر، 1995/1994 .
- 2- أحمد حدي لالة ، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية و تطويع العقد ، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2012 - 2013 .
- 3 - بلال نزهة ، الطابع الوقائي و الجماعي لقانون الاستهلاك - دراسة مقارنة - مذكرة ماجستير في قانون الأعمال المقارن ، كلية الحقوق جامعة وهران ، 2013/2012.
- 4- جميلة بولحية ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير في قانون العقود و المسؤولية ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1983.
- 5- حفيظ دحمون ، التوازن في العقد ، مذكرة ماجستير ، فرع في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01 ، 2011 / 2012.
- 6- خديجة فاضل ، تعديل العقد أثناء التنفيذ ، مذكرة ماجستير في القانون ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2002/2001.
- 7- عبد الكريم بلعور ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1983.
- 8- عسالي عرعارة ، نظرية الاستغلال ، مذكرة ماجستير ، فرع العقود و المسؤولية ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1997.

9- محمد أمين سي الطيب ، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك - دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2007 - 2008.

10- محمود عزلي ، نظرية الظروف الطارئة في العقود الدولية ، مذكرة ماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة تيزي وزو ، د.س.ن.
11- نورية طرطاق ، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2014 - 2015.

مذكرات إجازة القضاء:

1 - الحاج عقون ، الشرط الجزائري في القانون المدني الجزائري ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر، 2004-2007.
2 - توفيق سلطاني ، آليات تفسير العقود المدنية ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر، 2005 - 2008 .

رابعاً : المقالات

1- أسعد الكوراني ، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية ، مجلة المحاماة المصرية ، السنة 40 ، العدد 01 ، سبتمبر 1959.
2- قادة شهيدة ، الرقابة على الشروط التعسفية كآلية فعالة لحماية رضا المستهلك ، مجلة المحامي منظمة المحامين لناحية سيدي بلعباس ، العدد 04 ، بدون سنة.
3- قادة شهيدة ، حماية المستهلك في الجزائر بين طموح و تطور النصوص و افتقاد آليات تطبيقها، دراسات قانونية ، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، ع. 10 2013 .

4- محمد كحلولة و الغوتي مكاشة ، حماية المستهلك في القانون الجزائري ، ج. 02 ، مجلة الإدارة رقم 01 ، 1996 .

5- مقني بن عمار ، قاعدة "تفسير الشك لمصلحة المدعى" مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة ، المجلة الجزائرية للقانون المقارن ، مجلة مخبر القانون المقارن ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، ع. 01 ، 2014.

– مقالات من مواقع الأنترنت:

– اختصاصات رئيس المحكمة ، مقال منشور بموقع وزارة العدل الجزائرية:
www.arabic.justice.dz/cult_justice

– الأعمال القضائية ، مقال منشور بموقع وزارة العدل الجزائرية:
www.arabic.justice.dz/cult_justice

– نزيه كمال حماد ، عقود الإذعان في الفقه الاسلامي ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي الدولي ، العدد 14 لسنة 2004 .

[/shamela.ws](http://shamela.ws)

خامسا: النصوص القانونية

– النصوص القانونية الجزائرية :

– الدستور الجزائري ، المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق ل 7 ديسمبر 1996 المتعلق بتعديل الدستور ، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، ج.ر. ، ع.76 ، المعدل بالقانون رقم 02 – 03 المؤرخ في 10 أفريل 2002 ، و القانون رقم 09 – 18 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 .

– الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 ، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج.ر. ، ع. 78 ، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم بـ :

- القانون رقم 80 - 07 المؤرخ في 09 أوت 1980 ، القانون رقم 83 - 01 المؤرخ في 29 يناير 1983 القانون رقم 87 - 19 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987 .
- القانون 88 - 14 المؤرخ في 03 مايو 1988 ، القانون رقم 89 - 01 المؤرخ في 07 فبراير 1989 ، القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 07 فبراير 1989 .
- القانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 07 - 05 ، المؤرخ في 13 مايو 2007.
- الأمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ، ج.ر ، ع. 78 ، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05 - 02 المؤرخ في ، الموافق لـ 06 فبراير 2005 .
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، ج.ر ، ع.24 ، الصادر في 12 يونيو 1984 ، المعدل و المتمم.
- القانون رقم 89 - 02 المؤرخ في 01 رجب 1409 الموافق لـ 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ، ج.ر ، ع. 06 ، الصادرة في 08 فبراير 1989.
- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ، ج.ر ، ع.17 ، الصادر في 25 أبريل 1990.
- الأمر رقم 03 - 05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق لـ 19/07/2003 المتضمن حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة ، ج.ر ، ع. 44 ، الصادرة في 23 جويلية 2003.
- القانون رقم 04 - 02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج.ر ، ع. 41 ، الصادرة في 27 جوان 2004 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10 - 06 المؤرخ في 05 رمضان 1431 الموافق لـ 15 أوت 2010 ، ج.ر ، ع. 46 ، الصادرة في 18 أوت 2010.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر ، ع.21 ، لسنة 2008.

- القانون رقم 09 - 03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج.ر ، ع. 15 ، 2009 .
- المرسوم التنفيذي رقم 90 - 266 المؤرخ في 25 صفر 1411 الموافق ل 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات ، ج . ر ، ع. 40 ، الصادرة بتاريخ 19 سبتمبر 1990.
- المرسوم التنفيذي رقم 06 - 306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق ل 10/09/2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ج . ر ، ع. 56 ، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08 - 44 المؤرخ في 26 محرم 1429 الموافق ل 03 فبراير 2008 ، ج . ر ، ع. 07 ، الصادرة في 10 فبراير 2008.
- المرسوم التنفيذي رقم 13 - 327 المؤرخ في 20 ذي القعدة 1434 الموافق ل 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط و كفاءات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ ، ج . ر ، ع. 49 الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2013.

- النصوص القانونية الأجنبية : ([http:// www.justice-lawhome.com](http://www.justice-lawhome.com))

- القانون المدني الألماني الصادر في : 18/08/1896.
- القانون المدني السويسري الصادر في : 10/12/1907.
- قانون الموجبات و العقود اللبناني الصادر في : 09/03/1932.
- القانون المدني المصري القانون رقم 131 الصادر في : 16/07/1948.
- القانون المدني العراقي الصادر سنة 1951.

- Code civil français , 113 .édition , Dalloz , Paris , 2014.

- Code de la consommation français , modifié par :

-- Loi n 93-349 du 26/07/1993.

-- Loi n 95-96 du 01/02/1995.

- Directive Européenne n 93-13 CEE du 05 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrat conclus avec les consommateurs.

الفهرس

1	مقدمة
12	الفصل الأول : سلطة القاضي في التعديل في مرحلة تكوين العقد
14	المبحث الأول : سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال
16	المطلب الأول : شروط تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال
17	الفرع الأول : إصابة أحد المتعاقدين بغبن
17	أولا : تعريف الغبن و تحديد أنواعه
17	أ- تعريف الغبن
19	ب- أنواع الغبن
19	1/ الغبن المجرد
23	2/ الغبن الناتج عن الاستغلال (الغبن الاستغلالي)
26	ثانيا : معيار تقدير التفاوت بين أداءات المتعاقدين
26	أ - موقف الفقه من مسألة تقدير التفاوت بين الأداءات
27	ب - موقف المشرع الجزائري من مسألة تقدير التفاوت بين الأداءات
28	الفرع الثاني : استغلال الضعف النفسي للمتعاقد المغبون
29	أولا : الضعف النفسي للمتعاقد المغبون
29	أ - الطيش البين
30	ب - الهوى الجامح
31	ثانيا : استغلال حالة من حالات الضعف النفسي للمتعاقد

33	ثالثا : كون الاستغلال هو الدافع الى التعاقد
35	المطلب الثاني : مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال
35	الفرع الأول : نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال
36	أولا : سلطة القاضي في دعوى إبطال العقد
38	ثانيا : سلطة القاضي في تقدير العرض الكافي لتوقي دعوى الإبطال
41	ثالثا : سلطة القاضي في دعوى إنقاص الالتزامات
43	الفرع الثاني : القيود الواردة عن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال
43	أولا : صاحب الحق في رفع الدعوى
44	ثانيا : نواحي الضعف النفسي
45	ثالثا : ميعاد رفع الدعوى
48	رابعا : طبيعة السلطة الممنوحة للقاضي
50	المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان
51	المطلب الأول : شروط تدخل القاضي لتعديل عقد الإذعان
52	الفرع الأول : وجود عقد الإذعان
52	أولا : مفهوم عقد الإذعان
52	أ- تعريف عقد الإذعان
54	ب- خصائص عقد الإذعان
56	ثانيا : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان
56	أ- موقف الفقه من طبيعة عقد الإذعان
57	ب- موقف المشرع الجزائري من طبيعة عقد الإذعان
58	الفرع الثاني : أن يتضمن العقد شروطا تعسفية
59	أولا : تعريف الشرط التعسفي
64	ثانيا : معايير و طريقة تقدير الشرط التعسفي
65	أ- معايير تقدير الشرط التعسفي
65	1/ معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية
67	2/ معيار الميزة المفرطة
68	3/ معيار الإخلال الظاهر بين حقوق و إلتزامات طرفي العقد
70	ب- طريقة تقدير الطابع التعسفي للشرط
75	المطلب الثاني : نطاق و خصائص سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان
75	الفرع الأول : نطاق سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان
75	أولا : وسائل تدخل القاضي لتعديل عقد الإذعان

76	أ- تعديل الشرط التعسفي
76	ب- إلغاء الشرط التعسفي
80	ثانيا : موقف الفقه من السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل عقد الإذعان
80	أ- الموقف المعارض
81	ب- الموقف المؤيد
82	ثالثا: سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان
84	الفرع الثاني : خصائص سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان
84	أولا : سلطة القاضي غير محددة
85	ثانيا : سلطة القاضي من النظام العام
86	ثالثا : سلطة القاضي جوازية
90	الفصل الثاني : سلطة القاضي في التعديل في مرحلة تنفيذ العقد
91	المبحث الأول : سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة
93	المطلب الأول : ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة
94	الفرع الأول : مراعاة القاضي لشروط نظرية الظروف الطارئة
94	أولا : أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ
97	ثانيا : أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ
97	أ- أن يكون الحادث استثنائيا
99	ب- أن يكون الحادث الاستثنائي عاما
101	ج- أن لا يكون الحادث الاستثنائي متوقع
103	ثالثا : أن يجعل الحادث الاستثنائي تنفيذ الإلتزام مرهقا
104	الفرع الثاني : مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية
106	الفرع الثالث : قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة طرفي العقد
108	المطلب الثاني : وسائل تدخّل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة
109	الفرع الأول : سلطة القاضي في تعديل الإلتزام
109	أولا : سلطة القاضي في إنقاص الإلتزام المرهق
109	أ - التعديل في صورة الإنقاص من ناحية الكم
110	ب- التعديل في صورة الإنقاص من ناحية الكيف
110	ثانيا : سلطة القاضي في زيادة الإلتزام المقابل
112	الفرع الثاني : سلطة القاضي في وقف تنفيذ الإلتزام

113	الفرع الثالث : سلطة القاضي في فسخ العقد
117	المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و منح الأجل القضائي
118	المطلب الأول : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
119	الفرع الأول : تقدير القاضي لوجود الشرط الجزائي
119	أولا : خصائص الشرط الجزائي
119	أ- الشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقرير التعويض
120	ب- الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي
121	ج- الشرط الجزائي التزام احتياطي
122	ثانيا : شروط استحقاق الشرط الجزائي
122	أ- شرط الخطأ
123	ب- شرط الضرر
124	ج- علاقة السببية بين الخطأ و الضرر
125	د- شرط الإعذار
127	الفرع الثاني : نطاق سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
127	أولا : سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي
127	أ- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي المفرط
127	1/ المقصود بالإفراط
129	2/ تقدير القاضي للإفراط
130	ب- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بسبب عدم التنفيذ الجزئي للالتزام
131	1/ مبررات التخفيض
131	2/ ضوابط التخفيض
133	3/ أساس التخفيض
133	4/ كيفية التخفيض
136	ثانيا : سلطة القاضي في الزيادة في الشرط الجزائي
137	ثالثا : القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
139	المطلب الثاني : سلطة القاضي في منح الأجل القضائي
140	الفرع الأول : شروط تدخل القاضي لمنح الأجل القضائي
140	أولا : عدم وجود مانع قانوني لمنح الأجل القضائي
142	ثانيا : أن تكون حالة المدين تستدعي منحه الأجل القضائي
143	ثالثا : عدم تضرر الدائن من جراء منح الأجل القضائي
145	رابعا : أن يكون الأجل الممنوح للمدين أجلا معقولا

146	الفرع الثاني : نطاق سلطة القاضي في منح الأجل القضائي
146	أولا : سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ
148	ثانيا : سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ
149	أ- سلطة القاضي في منح الأجل القضائي قبل الحكم بالفسخ
150	ب- سلطة القاضي في رفض طلب الفسخ
154	الخاتمة
161	قائمة المراجع
176	فهرس المحتويات



ملخص

الأصل هو احترام القاضي للعقد تطبيقاً للقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين"، فلا يمكنه الحلول محل إرادة أطرافه في تعديله، إلا أنه و في بعض الحالات المحددة على سبيل الحصر في القانون المدني، سمح المشرع للقاضي بالتدخل بموجب نصوص صريحة لإعادة التوازن إلى العقد الذي احتل توازنه حماية للطرف المغبون و رفع الضرر عنه، وكذا حفاظاً على استمرارية العلاقة التعاقدية .

و يتدخل القاضي لتعديل العقد إما في مرحلة تكوينه في حالة الغبن الناتج عن الاستغلال أو وجود شروط تعسفية في عقد من عقود الإذعان ، وإما في مرحلة تنفيذه في حالة الظروف الطارئة ، أو تضمين العقد شرطاً جزائياً مفرطاً و أخيراً لمنح الأجل القضائي .

الكلمات المفتاحية : الإرادة – العقد – التعديل – القانون – القاضي – الوسائل – التوازن العقدي – العدالة.

Résumé

Le juge est tenu de respecter le contrat conclu entre les parties en cause , se référant à la règle générale édictant que le contrat constitue le « Dispositif législatif liant les parties contractantes ». Aussi doit-il s'interdire à subroger à la volonté de ces dernières dans tout ce qui a trait à une quelque modification sauf à intervenir expressément – à titre tout à fait exceptionnel et conformément aux prescriptions du Code civil – aux fins de remédier au contrat entâché d'un quelconque déséquilibre, mû par souci de protéger la partie lésée , la prémunir de tout préjudice et sauvegarder les relations contractuelles existantes.

Dans le cas où des parties contractantes usent d'une exploitation abusive des conditions régissant le contrat, soit lors de l'étape préliminaire du contrat ou lors de son exécution effective, le juge intervient aux fins de modification du contrat ou de fixer les délais légaux.

Mots clés : Volonté – Contrat – Modification – Loi – Juge – Moyens – Equilibre du contrat Justice.

Abstract

In principle, the judge respects the contract pursuant to the general rule "Pacta sunt servanda". He cannot replace the will of the parties in amending it. However, in some specific cases limited in the Civil Code, the legislator allowed the judge to intervene under explicit provisions to restore balance to an unbalanced contract in order to protect the aggrieved party and lift the damage, as well as to preserve the continuity of the contractual relationship.

The judge also intervenes to modify the contract either during its formation phase in case of injustice resulting from the exploitation or if abusive conditions exist in an adhesion contract, or during its implementation phase in case of emergency circumstances or the existence of an excessive penalty clause in the contract, and finally in order to grant a judicial term.

Keywords : Will – Contract – Amendment – Law – Judge – Means – Contractual balance Justice.