**جامعة مولود معمري تيزى وزو**

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# التدخل القضائي في مجال العقد المدني

**مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون**

**تخصص: قانون خاص**

**من إعداد الطالبتين:**

أيت طيب سوهيلة

وادة ليدية

**تحت إشراف الأستاذ:**

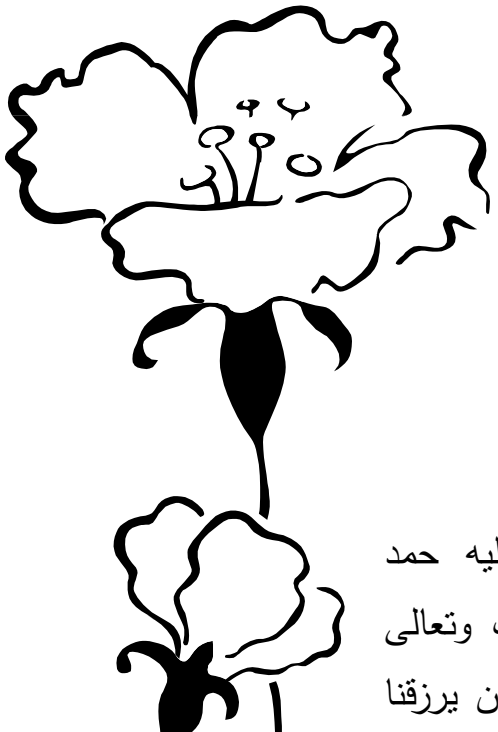
د/ لعمامري عصاد

لجنة المناقشة:

- د/ بوخرس بلعيد، أستاذ محاضر "ب"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا
- د/ لعمامري عصاد، أستاذ محاضر "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..مشرفا ومقررا
- أ/ عباشي كريمة، أستاذة مساعدة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنة

تاريخ المناقشة 2020/12/17

بسم الله الرحمن الرحيم



# شكر و عرفان

الحمد والشكر لله سبحانه وتعالى الذي لا ينتهي إليه حمد الحامدين ولديه يزيد شكر الشاكرين فقد وفقنا الحق تبارك وتعالى العليم الحكيم الذي نسأله من علمه الواسع وفضله الكريم أن يرزقنا العلم والتقوى وأن يجعل علمنا خالصا لوجهه الكريم، الذي لولاه لما وقفنا في إنجاز العمل.

والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد

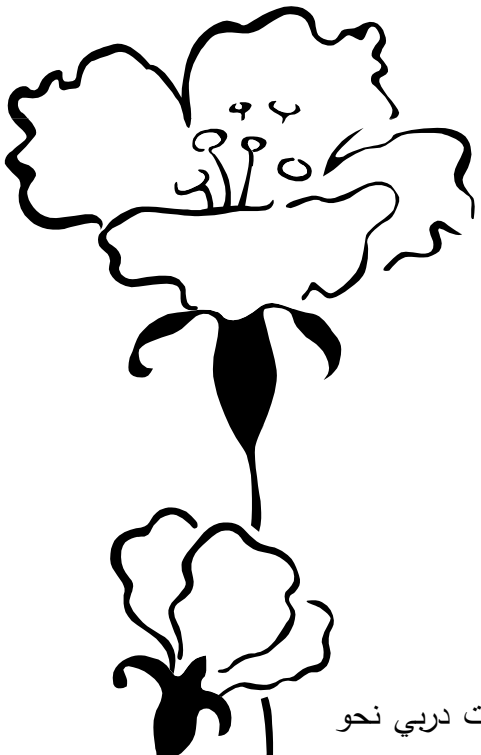
نقدم الشكر والعرفان إلى الشموع التي أضاءت لنا الطريق خلال مسيرتنا في كلية الحقوق بجامعة مولود معمري أساتذتي الأفاضل وعلى رأسهم الدكتور " **لعمامري عصاد**" لما أولاه من إهتمام وتوجيه أسأل الله العلي القدير أن يجزيه عنا وعن طلبة العلم خير جزاء.

كما نتقدم بالشكر الجزيل لكل الأساتذة الذين ساهموا في تكويننا في شهادة الليسانس والماستر.

كما نشكر أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم تقييم هذا العمل.

والشكر موصول كذلك إلى كل من مدّ يدّ العون لنا وبذل جهدا في مساعدتنا على تخطي ما وجهنا من عقبات خلال فترة إعدادنا لهذه المذكرة.

*** سوهيلة و ليدية ***



# إهداء

إلى من سعت وتعبت وأعطت و كافحت وصبرت وشقت دربي نحو النور والنجاح وحولت كل طاقتي إلى ايجابية من أجل المواصلة رغم الصعوبات التي واجهتني بحنانها وعطفها تجف الأقلام وتنتهي الأوراق وتفني الكلمات وأكون عاجزة دائما أمام تضحياتك أمي الغالية.

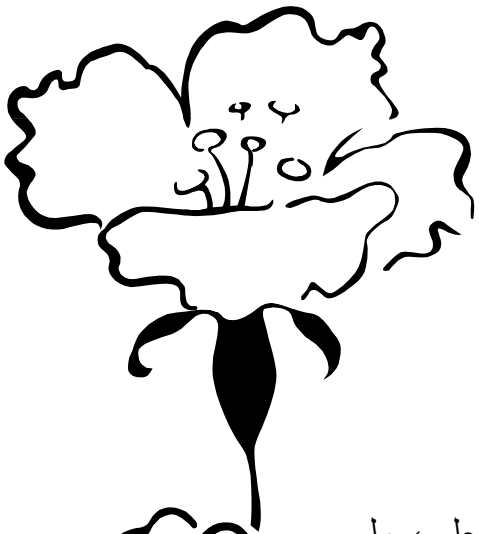
إلى من سهر لأنعم براحة والهناء وتوفير كل الظروف المناسبة من أجل دفعي إلى النجاح والدي العزيز.

إلى من دمهم يجري في عروقي وبوجودهم في الحياة أكتسب القوة والمحبة لا حدود لهما إخواني " الهاشمي"، "صارة"، "وردية"، الياس"، "نبيلة".

إلى رفيقة دربي و مشواري الدراسي تقاسمنا كل شيء جميل وكل شيء أليم أختي في الله " وادة ليدية".

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع

*** أيت طيب سوهيلة ***



# إهداء

إلى من أفضلها على نفسي ولما لا فلقد ضحت من أجلي، ولم تدخر جهدا في سبيل إسعادي على الدوام "أمي الحبيبة رحمها الله وأسكنها فسيح جنانه".

نسير في دروب الحياة، ويبقى من يسيطر على أذهاننا في كل مسلك نسلكه صاحب الوجه الطيب والأفعال الحسنة، فلم يبخل عليا طيلة حياته "والدي العزيز".

إلى من أعتمد عليهم في كل صغيرة وكبيرة "إخواتي الأحباء".

إلى كل من علمني حرفا عرفانا وتقديرا

إلى أصدقائي وجميع من وقفوا بجواري وساعدوني بكل صغيرة ما يملكون وفي أصعدة كثيرة.

ها قد وصلت رحلتي الجامعية إلى نهايتها بعد تعب ومشقة، وها أنا ذا أختم بحث تخرجي بكل همة ونشاط.

إلى رفيقة دربي في الله وفي سبيل العلم أختي " أيت طيب سوهيلة".

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

*** وادة ليدية ***

## قائمة أهم المختصرات

- ج.ر.ج.ج.د.ش: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الشعبية
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري
- ف.م.ف: القانون المدني الفرنسي
- ص: صفحة.
- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة
- د.س.ن: دون سنة النشر
- د.د.ن: دون دار النشر
- د.ب.ن: دون بلد النشر

**مقدمة:**

يتطلب العيش في المجتمع مجموعة من المعاملات وهو ما يعرف بتبادل المنافع بين طرفين أو عدة أطراف إذ أن المجتمع يجتمع على أساس واحد وهو التعاقد، ويعتبر العقد أهم مصادر الالتزام في النظرية التقليدية حيث عرفته المادة 54 ق.م.ج[1] على أنّ: "**العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما**".

يقوم العقد على مبدأ سلطان الإرادة وهو الأساس الذي يستند عليه في مرحلة إنشائه وتنفيذه حيث أن العقد شريعة المتعاقدين، التي تبناها المشرع في المادة 106 ق.م.ج بنصها: " **العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الأطراف أو لأسباب يقرها القانون**"، ومعنى ذلك أن الأطراف يلتزمان إلا بما قررته لهما إرادتهما وتنفيذ التزاماتهم وفقا لما جرى عليه الاتفاق في العقد.

ظهرت بوادر مبدأ سلطان الإرادة وتطوره في القرن السابع والثامن عشر حيث أعطي للأطراف في العقد الحرية في التعاقد.

عرف هذا المبدأ تراجعا وزالت شهرته بشكل كبير بعد التطور الحاصل في العالم إذ لم يعد مثل السابق فتغيرت الحياة في جميع الأصعدة لاسيما الظروف الاقتصادية والاجتماعية وكل ذلك في القرن العشرين من خلال ظهور الفكر الاشتراكي الذي قلص من فعالية مبدأ سلطان الإرادة عن طريق تدخل الدولة في تسيير شؤون المجتمع مما انعكس سلبا على المنظومة القانونية من خلال إصدار قوانين قلصت من حرية الإرادة بإدخال مجموعة من الإجراءات والشكليات في بعض العقود والآثار المترتبة عنها من أجل حماية المتعاقد الضعيف.

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 ديسمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

تكمن أهمية معالجة هذا الموضوع والمتمثل في:

يمكن أن يواجه العقد بعد إنشائه مجموعة من الظروف التي تحول دون استمرار العلاقة التعاقدية حسب ما تم الاتفاق عليه في بنود العقد وما اتجهت له إرادتهما من خلال هذا كله يمكن التساؤل حول مدى ملائمة مبدأ سلطان الإرادة على الروابط العقدية وإمكانية الحد من تطبيق "**القوة الملزمة للعقد**".

وباعتبار أيضا سلطة القاضي في تعديل العقد يشكل خروجا عن أهم المبادئ التي تحكم العقد والمتمثل في قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ومن هنا يظهر أيضا أهمية هذا الموضوع إذ لا يجوز المساس بقوته الملزمة بحيث يكتسب هذا الموضوع أهمية ويحتاج إلى التحليل والدراسة.

وبالنظر إلى الظروف والتغيرات الطارئة احتاجت التشريعات اللجوء إلى وسائل استثنائية عن طريق منح القاضي سلطة تعديل العقد وذلك لاعتبارات متعلقة بالعدالة التعاقدية وحسن سير المعاملات سواء في مرحلة إنشائه بسبب الغبن والاستغلال، وكذلك عقود الإذعان متى تضمن بنود تعسفية أو في مرحلة تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة والشرط الجزائي كل هذه الحالات هي حالات تستدعي التدخل القضائي لغرض فرض سلطته من أجل دفع الضرر عن المتعاقدين وحسن سيرورة العقد وتنفيذه بما يؤدي إلى توازن الالتزامات ومنافع طرفيه.

تعود أسباب اختيار الموضوع إلى الظروف المحيطة والمعاملات الناشئة عن الأفراد نلاحظ أن هذا الموضوع متصل اتصالا وثيقا بالواقع الاجتماعي حيث هناك الكثير من النزاعات المتعلقة بالمعاملات التعاقدية.

كذلك الميول النفسية والذاتية والشغف لدراسة مواضيع القانون المدني، والمساهمة في إثراء الدراسة المتعلقة بسلطات القاضي المدني من خلال تناول هذا الموضوع المتمثل في سلطة هذا الأخير في تعديل العقد المدني.

من بين الصعوبات التي واجهتنا وحاولنا تجاوزها قدر المستطاع نذكر منها:

- بعد تفشي جائحة كورونا Covid19، واجهتنا صعوبات في التنقل للجامعة والحصول على المراجع ولم يكن باستطاعتنا تزويد بحثنا بالمراجع مما أدى إلى استغراقنا وقتا طويلا لإعداد المذكرة.
- صعوبة الولوج إلى المكتبات الالكترونية لتحميل المراجع بسبب ضعف تدفق الانترنيت.
- الصعوبة التي تعتري الموضوع كونه متراضي الأطراف، فكل نقطة تثار تستدعي التفصيل والبحث فيها خاصة أمام حصر الإدارة لعدد الصفحات.

يواجه العقد في غالب الأحيان إختلالات قد تؤدي إلى عرقلة حسن سير المعاملات المتعلقة به بحيث يصبح من الصعب تنفيذه بصورة صحيحة سواء كان في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه مما يدفع بالمشرع الجزائري السماح للقاضي ببسط سلطته و دفع الضرر الحاصل على المتعاقد المتضرر وتنفيذ العقد بشكل يرضي الطرفين.

وعليه يثور التساؤل: **فيما تكمن السلطات الممنوحة للقاضي من أجل تعديل العقد في مرحلتي الإنشاء و التنفيذ؟**

للإجابة عن هذه الإشكالية إعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي كونّه المناسب لهذا النوع من الدراسة بحيث يمكننا من تحليل بعض النصوص القانونية ذات صلة بالموضوع، كما إتبعنا المنهج المقارن في بعض مراحل البحث لإنسجامه مع الموضوع ولأنه نظام جيد في كل زمان ومكان.

وعليه، سيتمّ التطرق إلى تدخل القاضي في مرحلة انعقاد العقد المدني **(الفصل الأول)**، ثم إلى تدّخله في مرحلة التنفيذ **(الفصل الثاني)**.

# الفصل الأول

# تدخل القاضي في مرحلة إنعقاد العقد المدني

يمكن أن تقوم سلطة القاضي في التدخل بتعديل العقد في مرحلة تكوينه وذلك لإعادة التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة بعد أن كان ذلك التوازن مختل وذلك عن طريق مراعاة مصلحة الأطراف.

لكن هذا لا يكون إلا في ظروف خاصة لأن الأصل في التعاقد أن إرادة الأطراف هي التي تحدد مستقبل الروابط القانونية التي تجمعهم وذلك طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما يستنتج من نص المادة 106 ق.م.ج التي تنص على أن " **العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها القانون**". يستشف من هذه المادة أنه لا يجوز للقاضي ولا لأحد الطرفين التدخل في مضمون العقد بتعديله أو إنهائه.

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة مراقبة وتعديل العقد نتيجة خلل في توازن العلاقات التعاقدية لا تتفق مع مقتضيات العقد التي توجب أن يقوم على أساس العدل والمساواة، حيث أن تدخل القاضي في مرحلة إنشاء العقد يكون وقائيا فيحرص على مراجعة العقد طبقا للسلطة الممنوحة له قانونا.

ولا يمكن الاتفاق على سلب القاضي هذه السلطة فهي من النظام العام ولعل من بين صور تدخل القاضي في مرحلة إنعقاد العقد، حالة إختلال التوازن بسبب الغبن والاستغلال **(المبحث الأول)** وحالة عقود الإذعان المتضمنة شروطًا تعسفية **(المبحث الثاني)**.

# المبحث الأول

# سلطة القاضي في تعديل العقد المعيب بالغبن والاستغلال

يعتبر الرضا ركنا جوهريا في العقد ولذلك يجب أن يقوم هذا الأخير صحيحا خاليا من عيوب الرضا وتعادل الإلتزامات التي تقع على الأطراف، لكن كثيرا ما نصادف علاقات عقدية مشوبة بعيب الغبن والاستغلال مما يؤدي إلى إختلال توازنها، وهو ما جعل التشريعات الحديثة أصدرت أحكاما تعالج مشكلة تفاوت الإلتزامات بين المتعاقدين وعلى غرارها المشرع الجزائري الذي عالج هذه المسألة في المادة 90 ق.م.ج، وتناول فيه الغبن والاستغلال كمظاهر لإختلال التوازن العقدي، ومنح السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد لحماية كل من الطرف المغبون (**المطلب الأول**)، والطرف المستغل (**المطلب الثاني**).

## المطلب الأول

## تدخل القاضي لحماية الطرف المغبون

بما أن العقد يبرم بالإرادة المنفردة للطرفين فعليه ينتج آثاره القانونية مستقبلا بين الأطراف المتعاقدة فبذلك تتحقق المساواة، ولكن يحدث وأن يختل التوازن العقدي، وذلك لأسباب عديدة، فكثيرا ما نصادف إلتزامات أحد الأطراف متفاوتة كثيرا مع إلتزامات الطرف الآخر، وهذا ما يسمى بالغبن(**الفرع الأول**)، وفي هذه الحالة جاز للقاضي التدخل في تعديل العقد وذلك بطلب من الطرف الضعيف الذي له مصلحة في ذلك، فيحكم القاضي بما يرضي الطرفين (**الفرع الثاني**).

## الفرع الأول

## مفهوم الغبن

ينشأ العقد المدني صحيحا متى تطابقت إرادتي طرفيه وهذا من أجل إحداث آثار قانونية سواء للأطراف المتعاقدة أو للغير، بحيث يعبر عن هذا بالرضا، فصحة العقد تكمن في صحة الرضا، ولكن يحدث وأن يشوب ركن الرضا بعيوب وهي خمسة حسب القانون المدني، بحيث هذه العيوب تجعل الرضا فاسد قابل للإبطال، فهي تؤثر في صحة العقد القانونية، وفي هذه الحالة العقد لا ينشأ أثاره القانونية، ولا يكتسب القوة القانونية التي تجعله ملزم لكلا الطرفين وللغير، ومن هنا نستنتج أن الرضا غير كاف لإنشاء العقد صحيح بل يجب أن يكون غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة، ومن بين هذه العيوب نجد الغبن الذي تناوله المشرع الجزائري في المادتين 90 و 91 ق.م.ج.

تتطلب دراسة الغبن الوقوف عند تعريفه(**أولا**)، وبيان خصائصه (**ثانيا**)، ثم حالاته في القانون المدني الجزائري (**ثالثا**).

### أولا: تعريف الغبن

الغبن هو المظهر المادي للإستغلال، ويمكن تعريفه بأنّه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه[1].

يقصد بالغبن إختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة، نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل متعاقد فيه وما يعطيه، فهو إختلال في التوازن الإقتصادي بين مساهمات الأطراف التعاقدية، يتعلق بالعقد حال قيامه وليس أثناء تنفيذه، وهو بهذا المعنى الخسارة

1- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 386.

الفادحة التي تلحق بأحد المتعاقدين في ذلك العقد، وهو بهذا يعتبر في الحقيقة المظهر المادي للإستغلال[1].

عرّفت الفقرة الأولى من المادة 90 ق.م.ج الغبن على أنه التفاوت الكثير في النسبة مع ما يحصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، كما أطلق المشرع على ضحية الإستغلال وصف المغبون[2]، والتي جاء في فحواها ما يلي:" **إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبيّن أن المتعاقد المغبون لم يُبرِم العقد إلا أنّ المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشًا بيّنا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد**"[3].

إنّ الغبن لا يُفسد رضى المغبون بل يجعل العقد قابلاً للإبطال[4].

**ثانيا: خصائص الغبن**

من خلال التعاريف السابقة الذكر يتبيّن لنا أنّ للغبن خصائص وهي كالتالي:

**1-الغُبن لا يكون إلاّ في عقود معاوضة محدّدة:**

أي بمفهوم المخالفة استبعاد عقود التبرع، ذلك أن القانون يحصر الغبن في حالات معينة والمتمثلة في بيع العقار بغبن فاحش أو القسمة الرضائية، حيث يخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع[5].

---

1- **بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2016، ص ص 465-466.

2- **عبيد نجاة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أبي بكر بلقايد، تلمسان 2016، ص 17.

3- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني. ج.ر.ج.ج عدد 44، صادر في 26 يونيو 2005.

4- **زهدى يكن**، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء الرابع، دار صادر لطباعة والنشر، 1995، بيروت، ص 23.

5- **بودواو خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018، ص 68.

وكما قال الأستاذ "السنهوري" أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الإحتمالية، أما عقود المعاوضة الإحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن، لأن الأولى طبيعتها تقضي بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين، ولأن الثانية يعطي فيها احد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى[1].

**2-الغُبن يقدر بمعيار مادي:**

بحيث ينظر إلى هذا التفاوت وفقا لمعايير مادية، وأرقام ثابتة، يحددها القانون، إذا توافرت كان العقد مختل التوازن، كحالة الغبن في بيع عقار، إذا بيع بغبن يزيد عن الخمس 1/5، وإثبات الغبن يتم بإقامة الدليل على عدم التعادل المادي[2].

**3- الغُبن يقدر عند وقت إبرام العقد:**

يتم تقدير الغبن وقت تمام العقد، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت ولا عبرة بتغيير القيم فيما بعد[3].

فحسب الأستاذ "**السنهوري**" فإنّ الغبن يقدر وقت تمام العقد، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت، ولا عبرة بتغيير القيم بعد ذلك[4].

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بقرارها بأنّ الغبن يقدر وقت البيع إذا ما كان يزيد عن خمس العقار محل البيع[5].

1- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 386.

2- **بودواو خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، 06.

3- **عواد خولة**، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، مذكرة نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2014، ص 21.

4- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 386.

5- نقلا عن: **بودواو خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، 06.

**ثالثا: حالات الغبن**

تنص المادة 91 ق.م.ج على ما يلي: " **يراعي في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود**"، يتبيّن لنا من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع حصر حالات الغبن في قوله بعض العقود، فكما قلنا سابقا في خصائص الغبن أنه لا يكون إلا في عقود معاوضة مجددة ذلك أن القانون حصر الغبن في بيع العقار بغبن فاحش والقسمة الرضائية، وهناك حالات أخرى سنتطرق إليها، حيث تخضع لتقدير قاضي الموضوع، حيث هذا الأخير ليس من حقه التوسع فيها أو القياس عليها.

وهذه الحالات في القانون المدني هي كالتالي:

1-فيما يتعلق بعقود الإذعان: فإنه يجوز للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به قواعد العدالة ، يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك المادة 110 ق.م.ج، كما أن العبارات الغامضة في عقود الإذعان تفسر لمصلحة الطرف الضعيف المادة 112 ق.م.ج[1].

2-كما أنّ المادة 415 ق.م.ج[2] تنص على أنّه: "**تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه**"، ومن هنا فإنّ دعوى الغبن مفتوحة لكل من المتقايضين باعتبار أنه طبق أحكام البيع على عقد المقايضة[3].

3-كما أنه إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس 1/5 فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير الغبن في مجال بيع العقار بإحتساب قيمته

1- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 134.

2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 ديسمبر 1975، يتضمن القانون المدني، السالف الذكر

3- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 134.

وقت البيع **المادة 358 ق.م.ج** وتسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا إنقضت 3 سنوات من يوم إنعقاد البيع **المادة 359 فقرة 1 ق.م.ج** وبالنسبة لعديمي الأهلية من يوم إنقطاع سبب العجز **المادة 359 فقرة 2 ق.م.ج** ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع **المادة 359 فقرة 3 ق.م.ج،** غير أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى **المادة 360 ق.م.ج**[1].

**مثال عن الغبن الفاحش:**

بيع مسكن بـ 150 مليون والقيمة الحقيقية أثناء البيع هو 500 مليون إذن:

الثمن الحقيقي هو 500.

الثمن المدفوع هو 150.

نعلم أن الغبن = الثمن الحقيقي – الثمن المدفوع

مقدار الغبن هو أن يتجاوز 1/5

نعلم أن 1/5 = 100 و 4/5 = 400

الغبن : 500– 150 = 350.

ما دام 350 أكبر من 1/5 الذي هو 100 إذن فيه غبن

لابد للمشتري تكملة الثمن 250 مليون[2].

**مثال 2:** بيع أرض بـ 450 مليون والقيمة الحقيقية أثناء البيع لهذه القطعة هي 500 مليون

1– **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 134.

2– نقلا عن: **حامة وسام وكروان صارة**، حماية الطرف المغبون في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015، ص ص 8–9.

100 مليون تمثل 1/5

الثمن الحقيقي 500 مليون

الثمن المدفوع 450 مليون.

الغبن= الثمن الحقيقي – الثمن المدفوع

50 =450−500

100 › 50

ما دام 50 أصغر من 1/5 والذي يقدر بـ 100 إذن لا يوجد غبن[1].

4- وفيما يخص القسمة فإن المشرع الجزائري يخول لكل من لحقه من القسمة الحاصلة بالتراضي فيما يزيد على الخمس إقامة دعوى الغبن، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة حيث تنص المادة 1/732 ق.م.ج على أنه: " **يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (1/5)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.**"، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وهذا ما نصت عليه المادة 2/732 ق.م.ج: " **ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا من حصته.**"

ولقد قضت المحكمة العليا في حكمها الصادر في 14 أفريل 1982 إلغاء القسمة بسبب الغبن، وأن العبرة في إظهار الغبن هي المقارنة بين قيمة أموال التركة وقت القسمة، وبين قيمة نصيب الوارث الذي يدعى الغبن لا بتقييم أموال التركة بصفة إجمالية مرة ثانية[2].

5- وأخيرا فيما يتعلق بحقوق المؤلف، فإن المادة 42 من الأمر رقم 73-14 الصادر بتاريخ 3 أفريل 1973، تقضي بأنه يجوز للمؤلف (ضحية غبن نتيجة عقود يتعلق

1- **حامة وسام وكروان صارة**، حماية الطرف المغبون في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 09.

2- نقلا عن: **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 135.

باستغلال مؤلفاته)، إقامة دعوى للمطالبة بإعادة التوازن بين الأرباح الناتجة عن استغلال المؤلفات والأجر المنتوج للمؤلف[1].

وبما أن نص المادة لم يوضح مدة تقادم هذه الدعوى، فإننا نرجع للمادة 90 ق.م.ج والتي تنص بأنّه يجب أن ترفع الدعوى المتعلقة بالغبن خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة[2].

## الفرع الثاني

## تدّخل القاضي لرفع الغبن

بيّنّا سابقا أنّ الغبن يكمن عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، والذي يعتبر كذلك عيب من عيوب الرضا، وهذا الأخير إذا حصل وأن توفر يخل توازن العقد ويصبح قابل للإبطال، وفي هذا السياق قد خوّل المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية لرفع الغبن وذلك حسب ما يراه ملائم للطرف المغبون بحيث يعطي لهذا الأخير (الطرف المغبون) ما كان من حقه، ولرفع دعوى الغبن يجب توافر مجموعة من الشروط(**أولا**) إذ توافرت هذه الأخيرة صار من حق الطرف المغبون رفع دعوى يطالب فيها برفع الغبن عنه(**ثانيا**).

### أولا: الشروط الواجب توافرها للطعن بالغبن في بيع العقار

هناك مجموعة من الشروط إذا توفرت صار من حق الطرف المغبون رفع دعوى الغبن وهي كالآتي:

1- راجع المادة 1/42 من أمر رقم 73-14 مؤرخ في 03 أبريل 1973، يتعلق بحق المؤلف، ج.ر.ج.ج عدد 29، صادر في 10 أبريل 1973.

2- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 135.

**1- أن يكون العقد بيعا لعقار:**

بحيث يجب أن يرد عقد البيع على العقار أو حق عيني عقاري، فلا يجوز الطعن بالغبن إذا ورد البيع على حق شخصي، كما لا يجوز الطعن بالغبن في حق عيني وارد على منقول سواءًا كان مادي أو معنوي[1].

كما يدخل ضمن مفهوم العقار في حساب الغبن، العقار بالتخصيص، رغم أن هذا الرأي غير صحيح على إطلاقه إذ يشترط أن يباع العقار مع العقار بالتخصيص بعقد واحد وثمن واحد حتى تقبل دعوى الغبن، ولا يلحق بالبيع أيضا تقديم شريك حصة في الشركة[2].

**2- أن لا يكون البيع قد تم بطريق المزاد العلني:**

تنص المادة 360 ق.م.ج على ما يلي: " **لا يجوز الطعن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون**"[3].

يشترط لقبول دعوى الغبن أن يكون العقار قد بيع بطريقة رضائية، فلا طعن في بيع يتم بالمزاد العلني بمقتضى القانون، والحكمة من ذلك أن البيع الذي يفرض أو يحتم القانون ان يتم بالمزاد العلني تتخذ فيه إجراءات رسمية كفيلة بالحصول على اكبر ثمن ممكن للعقار، فلا مبرر للطعن فيه بالغبن بعد ذلك[4].

كما أن المشرع ما يهمه من بيع العقار في المزاد العلني، هو أن يصل ثمن العقار إلى مبلغ يكفي لتسديد الديون والمصاريف المترتبة عن ذلك بغض النظر عن بيع العقار بغبن فاحش أم لا[5].

---

1- **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014، ص ص 6-7.

2- **بودواو خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، 08.

3- أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، السالف الذكر

4- **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 09.

5- **بودواو خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، 08.

قرر المشرع الجزائري حماية العقار المبيع عن طريق المزاد العلني من خلال ضبط مسألة تحديد الثمن الأساسي للبيع، وكذلك جملة الإجراءات التحفيزية لعملية البيع[1].

**3-أن يصل الغبن إلى أكثر من خمس قيمة العقار:**

إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس 1/5 فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس 4/5 ثمن المثل[2].

يعني أنّه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع العقار إلا إذا بيع العقار بأقل من أربعة أخماس 4/5 من قيمته الحقيقية، والعبرة في تقدير الثمن تكون بالنظر إلى قيمة العقار وقت البيع.

**مثال:**

إذا بيع مسكن بـ 140 مليون سنتيم وقيمة بيعه هي 200 مليون سنتيم فإن مقدار الغبن يساوي القيمة الحقيقية ناقص الثمن أي 200-140 = 60 مليون سنتيم وهو مقدار الطعن، ويتعين تكملة الثمن إلى أربعة أخماس من قيمة العقار[3].

**4- يجب أن ترفع دعوى الغبن خلال ثلاث سنوات من يوم إنعقاد البيع:**

نصت عليه المادة 359 ق.م.ج والتي جاءت كما يلي: " **تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا إنقضت ثلاث سنوات من يوم إنعقاد البيع**".

1- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص 139.

2- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 134.

3- **بودواو خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، 08.

وهي مدة تقادم لا مدة سقوط، إذ يرد عليها الوقف والإنقطاع[1]، وبالنسبة لعديمي الأهلية من يوم إنقطاع سبب العجز المادة 2/359 ق.م.ج[2] التي جاءت كما يلي: "**وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم إنقطاع سبب العجز**".

فعديم الأهلية أيّا كان سبب عدم إكتمال أهليته سواءا كان قاصرا أو محجورا عليه فتبدأ من يوم زوال سبب نقص الأهلية[3]، ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية، إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع المادة 359 فقرة 3 ق.م.ج[4].

**ثانيا: جزاء الطعن بالغبن في بيع العقار**

إذا توافرت الشروط المذكورة أعلاه يحق للبائع رفع دعوى على المشتري يطالبه فيها بتكملة الثمن إلى حد إزالة الغبن[5]، على الرغم من أن تقرير الغبن المادي في العقار من خلال تقدير ما إذا كانت قيمة العقار تفوق الثمن بأكثر من الخمس ام لا ، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وله الإستعانة في ذلك بخبير، إلا أن هذه السلطة أضيق نطاقا من حيث تعديل العقد، ذلك أن المشرع حدد حالات إستثنائية وردت في القانون المدني على سبيل الحصر، ومن بينها الغبن في بيع العقار، باعتبار سببا لتكملة الثمن إلى أربعة أخماس 4/5 من قيمة العقار[6].

وهذا ما نصت عليه المادة 358 سالفة الذكر: " **فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل**"، وإذا لم يقم المشتري بتكملة جاز للبائع طلب الفسخ وإرجاع

1- **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 09.
2- راجع المادة 2/359 من ق.م.ج
3- **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 09.
4- راجع المادة 3/359 من ق.م.ج
5- **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 10.
6- **بودواو خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، 09.

الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد[1]، كما أنه ترفع دعوى تكملة الثمن خلال ثلاث سنوات من يوم إنعقاد البيع المادة 359 ق.م.ج[2].

والملاحظ أن تكملة الثمن لا تصل إلى قيمة العقار الحقيقية بل إلى الحد الذي يرفع فيه الغبن عن البائع والمتمثل في أربعة أخماس، هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 12-05-1999 أين قضت" **أنه من المقرر قانونا انه تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا إنقضت 3 سنوات**" [3].

**مثال:**

إذا كانت القيمة الحقيقية لمسكن بمبلغ 2.5 مليون دج وبيع بمبلغ 1.97 مليون دج.

هل يحق للبائع رفع دعوى الغبن لتكملة الثمن؟

- تقدير مقدار الثمن.

**1- تقدير مقدار الخمس 1/5**

مقدار الخمس = القيمة الحقيقية × 1/5

مقدار الخمس = 2.5 × 1/5

مقدار الخمس = 0.5 مليون.

**2- تقدير مقدار الفرق:**

مقدار الغبن = القيمة الحقيقية – الثمن

مقدار الغبن = 2.5 – 1.97

1- **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 10.

2- **بودواو خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، 09.

3- نقلا عن: **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 10.

مقدار الغبن = 0.53 نقارن بين قيمة الخمس ومقدار الغبن.

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

- المبلغ الواجب تكملته من طرف المشتري:

**1- تقدير مقدار أربعة أخماس :**

قيمة أربعة أخماس = 4/5 × القيمة

قيمة أربعة أخماس = 4/5 × 2.5

قيمة أربعة أخماس = 2 مليون.

**2- تعيين الثمن الواجب تكملته من طرف المشتري:**

المبلغ الواجب تكملته = قيمة أربعة أخماس – الثمن

المبلغ الواجب تكملته= 2- 1.79

المبلغ الواجب تكملته = 0.03 مليون دج[1].

## المطلب الثاني

## تدخل القاضي لحماية الطرف المستغل

إنّ أساس العدل في العقد هو تساوي الالتزامات بين الأطراف فإذا كانت الالتزامات غير متعادلة وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد، إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ضعف نفسي جاز للقاضي أن يعدل العقد أو يبطله بناءا على طلب الطرف المستغل.

ويتضح من خلال ما تقدم أنه يجب أولا التطرف إلى مفهوم الاستغلال(**الفرع الأول**)، ثم دراسة عنصر آخر يتمثل في التدخل القضائي لرفع الاستغلال (**الفرع الثاني**).

1- نقلا عن: **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص ص 10-11.

## الفرع الأول

## مفهوم الاستغلال

قبل التطرق إلى موضوع الاستغلال يتوجب علينا أولا تحديد تعريفه **(أولا)**، ثم عناصره **(ثانيا)**، والشروط التي يجب أن تتوفر لكي نكون أمام استغلال**(ثالثا)**، وأخيرا مجال الاستغلال **(رابعا)**.

### أولا: تعريف الاستغلال

سنتناول تعريف الاستغلال لغة ثم اصطلاحا

**1-لغة:** هو أخذ منفعة من الغير دون وجه حق.

**2-اصطلاحا:** هناك من يُعرّف الاستغلال على أنّه: " **استغلال الطيش البيّن والهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه إلتزامات مع العوض (المقابل) أو من غير مقابل**"[1].

وهناك من عرّفه على أنّه: " **إستغلال شخص طيشا بيّنا وهوى جامحا في آخر لكي يبرم تصرف يؤدي إلى غبن فادح**"[2].

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

---

1- **بودواو خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، 10.

2- **محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول، دار الكتاب الحديث، 2003، ص 213.

3- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 127.

ومن هنا، فيختلف عن الغبن في أمرين أساسيين أنه يقع في جميع التصرفات في حين أن الغبن لا يكون إلا في المعاوضات ولا يكون في التبرعات ، كما أن المعيار فيه شخصي وليس معيار مادي[1].

نستخلص من التعاريف السابقة أن الإستغلال يقوم على ميزة وهي استغلال الجانب النفسي في المتعاقد الآخر رغبة منه في الحصول على منفعة معينة.

**ثانيا: عناصر الاستغلال**

نصّ المشرع الجزائري في المادة 90 ق.م.ج: " **إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بيّنا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد**"[2].

ومن خلال هذه المادة يمكن حصر عناصر الاستغلال في عنصرين أساسيين هما العنصر المادي (أ) والعنصر المعنوي(**ب**).

**أ- العنصر المادي للإستغلال:**

يظهر هذا التفاوت إذا كان هناك عدم تناسب واضح بين الالتزامات المتقابلة لأطراف العقد.

التفاوت الذي يقصده المشرع هو تفاوت بين قيمة الأداء الذي يأخذه المتعاقد المغبون تنفيذا لإلتزامه، ويتم إكتشاف هذا التفاوت عند مقارنة قيمة الأداء للمتعاقد المغبون وقيمة

1- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 127.

2- قانون رقم 05-10، المتضمن القانون المدني، سالف الذكر

المقابل الذي حصل عليه ويعتد المشرع الجزائري بالتفاوت الكثير في النسبة حيث أنه لا يكفي للطعن في العقد بالاستغلال مجرد التعادل اليسير بين إلتزامات الطرفين[1].

**ب- العنصر المعنوي للإستغلال:**

التفاوت الموجود بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذا لإلتزامه والفائدة التي يتحصل عليها ناتجا عن ضعف نفسي للمتعاقد المغبون واستغلال المتعاقد الآخر له من جهة أخرى[2].

للعنصر النفسي مظهران في هذه الحالة استغلال الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون والثاني استغلال المتعاقد معه لهذا الضعف[3].

وذلك ما يجعل الاستغلال من عيوب الإرادة عن طريق طيش بيّن وهوى جامح موجود في المتعاقد.

والطيش البيّن هو عدم الخبرة بالأمور والاستهانة الشديدة بعواقبها أمّا الهوى الجامح فهو الشعور الملح العنيف أو شيء بتملك الإنسان فيجعله غير قادر على الحكم في تصرفات معينة[4].

فالطيش البيّن مثلا: كأن يرث الشخص مالا كثيرا وأخذ ينفق منه بسفه، فيستغل أحد المتعاقدين معه هذا الطيش ويبيعه شيئا بأضعاف ثمنه، أو يشتري منه شيئا أقل بكثير من ثمنه، أو يقرضه بفائدة ربوية كبرى[5].

---

1- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مرجع سابق، ص 179.

2-**علي فيلالي**، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعة، وحدة الرغاية، الجزائر، 2014، ص 214.

3- **خليل أحمد**، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة ، الجزائر، 2016، ص 12.

4- **محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول، مرجع سابق، ص 216.

5- **علي علي سليمان**، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، ص 68.

**ثالثا: شروط الاستغلال**

حتى يصيب الاستغلال الإرادة يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط:

**1-عدم تعادل الأداءات:**

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

**2- قصد الطرف الآخر استغلال الطيش البيّن والهوى الجامح:**

إن توافر شرط وجود الطيش البيّن والهوى الجامح لدى المتعاقد الآخر للإستفادة من هذا الضعف النفسي، وهنا يقضي أن يكون المتعاقد الذي إستغل طيش بيّن وهوى جامح المتعاقد الآخر على علم بوجود هذا الضعف النفسي فيه وهذا يظهر في مصطلح " طيش بيّن" و" هوى جامح".

وفي حالة عدم العلم أو عدم القصد فلا يرتب هذا الشرط أي أثر كما أنه لا يشترط أن يكون صاحب النية أو القصد هو نفسه المستفيد من التصرف[2].

**3- أن يقع الإختلال في الأداءات وقت إبرام العقد:**

وهذا الشرط واضح على اعتبارات الإختلال الذي يقع بعد إبرام العقد إنما يجد حله في نظرية الظروف الطارئة وليس في نظرية الاستغلال[3].

---

1- **دربال عبد الرزاق**، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 29.

2- **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 16.

3- **دربال عبد الرزاق**، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 30.

**4- كون الاستغلال هو الدافع للتعاقد:**

تكمن العبرة في تحقّق الاستغلال في إرادة المتعاقد الغابن فيما إذا إتجهت إلى استغلال حالة ضعف موجودة في المتعاقد المغبون أم لا ، ويرجع تقدير ذلك إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ويقع عبئ إثبات توافر شروط الاستغلال على الطرف المغبون[1].

**رابعا: مجال الاستغلال**

يقع الاستغلال فقط على عقود المعاوضة **(1)** والعقود الاحتمالية (الغرر) **(2)**، وعقود التبرع **(3)**

**1-عقود المعاوضة:**

يفرض أن يكون العقد من عقود المعاوضة لعدم التعادل بين أداءات الطرفين[2].

وللتفاوت صورتين قد يكون ما بين إلتزامات وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد وقد يكون التفاوت ما بين إلتزامات المغبون وإلتزامات المستغل (الغابن)[3].

**2-العقود الإحتمالية:**

تقوم هذه العقود إما على الربح أو الخسارة، ويرى بعض الفقهاء أنّه لا مجال لتطبيق الاستغلال على هذه العقود ذلك أن إحتمال الربح أو الخسارة الذي يقوم عليه العقد الإحتمالي شيء واستغلال ضعف المتعاقد شيء آخر، لذا يجب أن يكون إحتمال الربح أو الخسارة الذي يتحمله المتعاقد متكافئا مع حظ الربح أو الخسارة الذي يتحمله المتعاقد الثاني[4].

1-**صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 17.

2-**محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول، مرجع سابق، ص 217.

3- **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 12.

4- **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع نفسه، ص ص 12-13.

ويجب أن تكون الخسارة وقت إبرام العقد محققة الحدوث مستقبلا لأحد الطرفين، ومثال ذلك أن يبيع شخص مسن منزلا له في مقابل إيراد مرتب لمدى حياته لا يتناسب مع غلة المبيع (أجرة المنزل)[1].

**3-عقود التبرع:**

يلتزم أحد الطرفين في هذا النوع من العقود بإعطاء دون أن يأخذ مقابل، بل إن عقود التبرع هو المجال أكثر إعمالا لنظام الاستغلال[2].

ومثال ذلك حين تدرك الزوجة الشابة بمدى هيام زوجها الكهل بها فتطلب منه أن يهب أخاها مالا معينا فإن العنصر النفسي يتوفر بشقيه وإنطلاقا من هذه المفاهيم خلق القضاء الفرنسي فكرة الاستهزاء والاستغراء وهي مقصورة على عقود التبرع دون عقود المعاوضة[3].

لم يستبعد المشرع الجزائري تطبيق نظرية الاستغلال على العقود المتعلقة بالتبرع من خلال نص المادة 3/90 ق.م.ج: " **ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن**".

بحيث يفيد هذا الحكم الاستثنائي والخاص بعقود المعاوضة أن عقود التبرع تخضع لنظرية الاستغلال والجزاء المترتب عليها هو إبطال العقد أو إنقاص إلتزامات المغبون وينسجم هذا الحل تماما مع نظرية الاستغلال إذ العبرة بالدرجة الأولى هي الضعف النفسي للمغبون[4].

1- **محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول، مرجع سابق، ص 217.

2- **محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول، مرجع نفسه، ص 217.

3- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 131.

4- **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 13.

## الفرع الثاني

## تدخل القاضي لرفع الاستغلال

في حالة تحقق الاستغلال يمكن للمتعاقد المغبون طبقا للمادة 90 ق.م.ج أن يطالب بإبطال العقد أو إنقاص إلتزاماته إلى الحد الذي يرفع عليه الاستغلال. وهو ما يبرر تدخل القاضي لرفع الغبن الاتغلالي **(أولا)**، طبقا لمعايير معينة**(ثانيا)**.

### أولا: حالات تدخل القاضي لرفع الغبن الاستغلالي

يتبين مما سبق أن القانون يرتب على الاستغلال إحدى الدعويين دعوى إبطال العقد **(1)**، أو دعوى إنقاص الإلتزام**(2)**، وسنتناول الدعويين كما يلي[1]:

#### 1- دعوى إبطال العقد:

قد يختار المتعاقد المغبون رفع دعوى إبطال، ويقتصر الحق في رفع دعوى الإبطال على المتعاقد الذي قرر لمصلحته، أي من وقع عليه الاستغلال دون غيره.

لا يجوز للمتعاقد الآخر أن يتمسك بالإبطال، كما لا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، بل لابد أن يتمسك به صاحب المصلحة فيه[2]، "**وإذا إختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يجيبه على طلبه ويبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضا المتعاقد المغبون إلى حد أفسد هذا الرضا، وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلا لولا هذا الاستغلال**"[3].

---

1- **بوداود خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، 13.

2- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مرجع سابق، ص 195.

3- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 404.

أما إذا رأى القاضي وفقا لسلطته التقديرية أن الاستغلال، لم يفسد الرضا إلى هذا الحد وأن المتعاقد المغبون كان ليبرم العقد من دون الاستغلال فالقاضي يرفض إبطال العقد، ويقتصر على إنقاص الإلتزامات الباهضة[1].

يجب أن ترفع دعوى طلب إبطال العقد أو تعديل الإلتزامات إلى الحد المعقول خلال سنة واحدة، تحسب من تاريخ إبرام العقد وهي مدة وعلى ما يبدوا قصيرة جدًا فقد لا يستطيع الطرف المغبون التنبه للغبن خلال تلك المدة القصيرة التي تخرج من المادة المقررة لعيوب الإرادة الأخرى[2].

يجوز للطرف الآخر أن يتوقى الحكم بالإبطال في حالة ما إذا كان العقد من عقود المعاوضة وعرض هذا الطرف ما يؤدي إلى رفع الغبن، كأن يكون مشتريا ويعرض زيادة الثمن[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 3/90 ق.م.ج.

**2-دعوى إنقاص الإلتزامات:**

إلى جانب إبطال العقد أقر المشرع لرفع الغبن ويتمثل في إنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون، ويلتزم القاضي بدعوى الإنقاص التي يتقدم بها المغبون، حيث لا يمكن أن يحكم بإبطال العقد لأن في ذلك مخالفة لمبدأ التقاضي، و لا يسع للقاضي في هذه الحالة إلا أن ينقض إلتزامات المغبون في حالة تحقق الاستغلال أو يرفض الدعوى إذا لم يتحقق الاستغلال[4].

1- **تواتي محمد**، سلطة القاضي في العقد الذي يتضمن حالة الاستغلال، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 214.

2- نقلا عن: **بن شيوخ الرشيد**، دروس في النظرية العامة للإلتزام، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص 91.

3- **زكريا سيرايش**، الوجيز في مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 87.

4- **خليل أحمد**، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مرجع سابق، ص 19.

إن دعوى الإنقاص تضمن إستقرار المعاملات، ولكنها لا تتحقق توازنا كليا بين إلتزامات المتعاقدين، لأنها تقلل من فداحة الغبن فقط، وعملية إنقاص الإلتزامات لا تفيد الزيادة في إلتزامات المستغل، فهناك فرق كبير بين هذين الأمرين، حيث يكون إنقاص الإلتزامات بمقتضى القانون، بينما ترجع زيادة إلتزامات المستغل إلى إرادة المعني فقط[1].

إذا رأى القاضي أن الزيادة التي عرضها تكفي لرفع الاستغلال إكتفى بها وإمتنع عن إبطال العقد[2]، فهنا بخصوص المقدار الذي يجب إنقاصه من الإلتزامات فللقاضي سلطة تقديرية واسعة، معتدا فقط بالعدالة العقدية[3].

فللقاضي سلطة تقديرية في الحكم بإنقاص إلتزامات الطرف الذي وقع عليه الاستغلال حتى ولو كانت الدعوى التي رفعها قد طلب فيها إبطال العقد وذلك إذا قدر القاضي أن الحكم بإنقاص إلتزاماته يرفع به أثر الاستغلال[4].

**ثانيا: معايير ممارسة القاضي سلطته التقديرية**

يمارس القاضي سلطته التقديرية إزاء عيب الغبن والاستغلال وذلك وفق معايير ثلاثة المتمثلة في معيار الملائمة في إعمال الجزاء **(1)**، معيار التقيد بالطلب القضائي **(2)**، ومعيار توقي البطلان وإعادة توازن الأداءات المختلفة **(3)**[5].

**1- معيار الملائمة في إعمال الجزاء:**

يجب على القاضي، خلال ممارسته السلطة التقديرية في مجال الغبن الاستغلالي وبعد أن يتبيّن له أن شروط الاستغلال متوفرة والتي سبق وأن تطرقنا إليها، عليه إحترام فكرة

1- **علي فيلالي**، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 216.
2- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 406.
3- **علي فيلالي**، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 216.
4- **بودواو خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، 14.
5- **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 20.

الملائمة في إعمال الجزاء، وأن يصل إلى تلبية طلب الطرف المغبون بإبطال العقد، وذلك طبعا في حالة إختيار هذا الأخير دعوى الإبطال ويصل إلى تلبية طلبه وذلك عن طريق إنقاص إلتزامات الطرف المغبون إلى الحد المعقول وذلك حسب ملابسات القضية وظروفها[1].

**2-معيار التقيّد بالطلب القضائي:**

ومعنى ذلك أنه لا يجوز للقاضي وقت النظر في الدعوى إنقاص إلتزامات الطرف المغبون (الذي وقع عليه الاستغلال)، أن يعدل عن ذلك إلى زيادة إلتزامات الطرف المستفيد من الاستغلال فلا يجب عليه أن يتعدى الطلب القضائي[2].

**3- معيار توقي البطلان بإعادة توازن الأداءات المختلة:**

نشاط القاضي التقديري يكون واسعا في حالة ما إذا عرض المستغل أن يتوقى طلب الإبطال إلى المتعاقد المغبون في عقود المعاوضات، فيقوم القاضي بعرض ما يراه كافيا لرفع الغبن على المتعاقد المغبون، وهو يقدر حجم الزيادة في الأداءات، ويعود بالإختلال الفادح بينهما إلى التوازن بقدر الإمكان ولا يشترط أن تكون الأداءات متساوية تماما وهذا لا يعني تجاوز القاضي نطاق الخصومة[3].

وأخيرا سواءا قضى القاضي بإنقاص الإلتزامات أو إبطال العقد فإن النتيجة المنتظرة ليست التعادل الحسابي بين إلتزامات المتعاقدين وإنما رفع التفاوت الفاحش فقط[4].

1- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 406.

2- **بودواو خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، 15.

3- **صاغي زينة، مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 21.

4- **علي فيلالي**، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 216.

# المبحث الثاني

# سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

بعد التطورات التي عرفها العالم في جميع المجالات سواء الصناعية أو الإقتصادية وخاصة بعد توسع إنتشار النشاط الاقتصادي، وظهور شركات إحتكارية، ومشاريع كبرى التي أدت إلى ظهور طرف قوي وآخر ضعيف في العقد، حيث أنّ الطرف الضعيف يفقد حقه في مناقشة بنود العقد، وهذا ما يؤدي إلى ظهور عدة مشاكل دون تحقيق الغرض من إنشاء العلاقة العقدية، ومن أجل ذلك ألحت التشريعات على توفير حماية فعالة للطرف الضعيف.

تعتبر عقود الإذعان من بين العقود التي تضمنت في غالب الأحيان شروط تعسفية، حيث يقوم صاحب المركز القوي بإدراج بنود مجحفة في حق الطرف الضعيف دون أن تكون له فرصة تعديلها حيث يمكن له قبولها جملة أو رفضها كلها، وفي الكثير من الأحيان يخضع المتعاقد الضعيف لتلك الشروط لسد حاجاته.

وبناءا على ما تقدم يجب تحديد مفهوم الشرط التعسفي **(المطلب الأول)**، وفيما يكمن دور القاضي في مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان**( المطلب الثاني)**.

## المطلب الأول

## مفهوم الشرط التعسفي

من المعروف أن مسألة العقود تقوم على أساس التفاوض وذلك بمناقشة شروط العقد على قدم المساواة، لكنه عرف مبدأ المساواة في العلاقات التعاقدية نوعا من التراجع بسبب سيطرة الطرف القوي على العقد، وذلك بإدراجه شروط تعسفية في حق المتعاقد الآخر مما

يؤدي إلى إختلال المراكز القانونية وكل ذلك بسبب خضوعها لإحتكار قانوني أو فعلي من الجانب القوي.

ومن أجل ذلك يجب تحديد تعريف الشروط التعسفية **(الفرع الأول)**، وموقف المشرع الجزائري من الشروط التعسفية **(الفرع الثاني)**.

## الفرع الأول

## مضمون الشرط التعسفي

يجب تعريف الشروط التعسفية وفقا للمشرع الفرنسي والتوجيه الأوروبي وتعريفه وفقا لجانب من الفقه، ثم تعريف المشرع الجزائري**(أولا)**، والبحث في عناصر الشرط التعسفي**(ثانيا)** وأخيرا التطرق إلى معايير تقدير الشروط التعسفية**(ثالثا)**.

### أولا: تعريف الشرط التعسفي.

سنتناول تعريف الشرط التعسفي لدى المشرع الفرنسي**(1)**، تعريف الشرط التعسفي في التوجيه الأوروبي**(2)**، والتعريف الفقهي للشرط التعسفي**(3)** وفي الأخير تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي **(4)**.

### 1-تعريف الشرط التعسفي لدى المشرع الفرنسي:

تناول المشرع الفرنسي تعريف الشرط التعسفي من خلال تناوله نظرية العقود الإستهلاكية حيث إتبع أسلوبين في تعريفه، أحدهما غير مباشر وهو ما يعرف بأسلوب القائمة، ويهدف المشرع من خلاله إلى تحقيق الإستقرار والأمن القانوني، حيث أنّ القائمة تمد القاضي بعلامات إرشادية تساعده في تقدير وجود تعسف من عدمه وإيضاح الطريق أمام المتعاقدين، وإعلامهم بالشروط التي يجب عليهم أن يتجنبوها عند إبرام العقد[1].

1- **أنس محمد عبد الغفار**، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، مطابع شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2013، ص 81 و82.

يتمثل الأسلوب الثاني في تعريف مباشر للشرط التعسفي، وهو تعريف عام حيث يعتمد على تحديد عناصر ومعايير موضوعية، وقد نص المشرع على معيارين هما: النفوذ الإقتصادي، ومعيار الميزة المفرطة وبعد ذلك تم إختزالها في معيار واحد، وهو عدم التوازن الظاهر في الحقوق والإلتزامات التي يرتبها العقد في مواجهة الطرفين[1].

**2-تعريف الشرط التعسفي في التوجيه الأوروبي:**

عرّف التوجيه الأوربي رقم 93-13 الشروط التعسفية في مذكرة التوجيه الصادرة عنه في أفريل 1993، وذلك في الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه والتي نصت على أنّ: "**الشرط في العقد الذي لم يكن محلا للمناقشة الفردية يعتبر تعسفا عندما يخالف مقتضيات حسن النية ويرتب ضررا بالمستهلك يتمثل في عدم توازن ظاهر بين الحقوق والإلتزمات الناجمة عن العقد بين أطرافه**"[2].

**3-التعريف الفقهي للشرط التعسفي:**

قام جانب من الفقه بتعريف الشرط التعسفي، وذلك من خلال العديد من الزوايا، فمن حيث المصدر فإن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوع هذا التعسف، ومن حيث الطبيعة فهو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من الشرف والنزاهة وحسن النية والذي يتنافى أيضا مع روح الحق والعدالة، ومن حيث الآثار فهو التصرف الذي يرتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من وجود إختلال في توازنه[3].

1- **آنس محمد عبد الغفار**، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 85 و86.

2- نقلا عن :**طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مرجع سابق، ص212.

3- **نور الهدى كرميش**،"**الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري**"، مجلة الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة بن يوسف بن خدة، المجلد17، العدد1، 2020، ص155.

**4: تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي:**

أشار المشرع الجزائري إلى فكرة الشرط التعسفي وذلك من خلال المادة 110 ق.م.ج وربطه بنوع محدد من العقود وهي عقود الإذعان غير أنه لم يعرفه، مكتفيا بتبيان الجزاء المترتب على إدراجه ضمن عقد الإذعان[1].

تدارك المشرع الجزائري ذلك من خلال القانون رقم 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2]، فقدم تعريفا للشرط التعسفي وذلك بموجب المادة 3 الفقرة 05 من القانون بأنّه "**شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده، أو مشتركا مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد**".

ومن خلال هذا التعريف ولو ركزنا على عبارة أطراف العقد نجد أن المشرع لم يقم بتحديد من هؤلاء في العلاقة العقدية ما يجعل هذا التعريف واسع حيث يمكن أن يكون العقد بين المهني والمستهلك، أو غير المهني،وحتى بين المهني والمهني[3].

**ثانيا:عناصر الشرط التعسفي**

يستخلص من التعريف السابق للشرط التعسفي والذي أورده المشرع الجزائري في المادة 3 من القانون رقم 04-02 العناصر التي يتضمنها الشرط التعسفي، وهي إدراج الشرط التعسفي ضمن عقد الإذعان(**1**)، أن يكون مكتوبا(**2**)، أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أو عونا إقتصاديا (عنصر شخصي)(**3**).

1- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مرجع سابق، ص 212.

2- قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارة، ج.ر.ج.ج عدد41، الصادر في 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم

3-**سعيدي عبد القادر**، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2016، ص47.

**1-إدراج الشرط التعسفي ضمن عقد الإذعان:**

سعى المشرع إلى محاربة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ولقد خولت المادة 110 ق.م.ج، القاضي إمكانية إعادة التوازن لعقود الإذعان متى تضمنت شروط تعسفية[1].

قصّر المشرع الجزائري تطبيق نصوص القانون رقم04-02 سالف الذكر على عقود الإذعان فقط ممّا يؤدي إلى توسع نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية، مع الملاحظ أن عقد الإذعان فعلا مجالاّ خصبا للشروط التعسفية[2].

**2-أن يكون مكتوبا:**

يُفهم من خلال نص المادة 03 الحالة 04 الفقرة 01 من القانون رقم 04-02 التي تضمنت عبارة محرر مسبقا بأن عقود الإذعان عقود متنوعة الأشكال منها عقود مبرمة أو تم إبرامها شفاهة، أو منها ما يكون مكتوبا والعقد المقصود والذي تشمله الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري هو الذي تكون شروطه مكتوبة في مجموعها أو جزء منها مما يجعلها تتعلق بعملية مستمرة وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة[3].

**3-أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أو عونا إقتصاديا:**

أورد المشرع مفهومًا ضيقًا في المادة 02/03 من القانون رقم 04-02 سالف الذكر، ومفهومًا واسعًا، لم يستثن المستعمل الوسيط أوردته الفقرة الثامنة من المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش[4] بأنّه: "**كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للإستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجته الشخصية أو حاجة شخص أخر أو حيوان يتكفل به** ".

---

1- **نور الهدى كرميش**،"**الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري**"، مرجع سابق، ص 156.

2- **سعيدي عبد القادر**، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 57.

3- **سعيدي عبد القادر**، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع نفسه، ص57.

4- مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 30 يناير 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر.ج.ج عدد 5، الصادر في 31 يناير 1990، معدل ومتمم، بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315 مؤرخ في 16 أكتوبر 2001، ج.ر.ج.ج، عدد 61، صادر بتاريخ 21 أكتوبر 2001

وهذا المحتوى يتوافق مع المادة الثالثة من القانون رقم 09-03 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش فقط تم حذف كلمة " **للإستعمال الوسيط**" **لتصبح صياغة المادة كما يلي: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجه للإستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"**[1]

**ثالثا: معايير تقدير الشروط التعسفية.**

يتوقف تقدير الشروط التعسفية على معيارين وهما: معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية(**1**)، ومعيار الميزة الفاحشة أو المفرطة(**2**).

**1-معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية:**

تقاس القوة الاقتصادية حسب بعض الفقه على ضوء حجم المشروع الذي يستغله المهني وبالنظر إلى الوسائل التي يمتلكها في ممارسة نشاطه وكذلك حصة هذا المشروع في السوق[2].

تعتبر القوة الإقتصادية ظاهرة سابقة على نشوء العلاقات العقدية بين الأفراد بدليل أن التعسف في وضعية الهيمنة في السوق وإستغلالها بما يؤدي إلى الإضرار بالمنافسين والمستهلكين، وبالإقتصاد بشكل عام هو محل خطر بموجب أحكام قانون المنافسة، فوضعية التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية معروفة إذن في ظل قانون المنافسة قبل أن تلقى بظلالها إلى العقود الخاصة التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم[3].

1- قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج عدد 15، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009.

2- **عبد الرحمان الشرقاوي**، دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي، المغرب، 2002، ص79.

3- **معوش رضا**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص25.

**2-معيار الميزة الفاحشة (المفرطة):**

لا يمكن إعتبار أي شرط تعسفي بمجرد إيراده في العقد المبرم، بل لابد أن يكون الشرط قد فرض من المتدخل من خلال إستخدامه لنفوذه الإقتصادي، وأن يحقّق هذا الشرط ميزة فاحشة للمتدخل على حساب المستهلك، ويتضح من هذا المعيار أن معيار الميزة الفاحشة هو نتيجة لإستخدام المتدخل لسلطة إقتصادية بشكل تعسفي.

تؤدي الميزة الفاحشة التي تكون نتيجة أعمال الشروط التعسفية إلى الإخلال بالتوازن العقدي في مجال حقوق وإلتزامات طرفي العقد[1].

## الفرع الثاني

## موقف المشرع الجزائري من الشرط التعسفي.

غالبا ما يؤدي العقد المبرم بين الأعوان الإقتصاديون والمستهلكين إلى غياب توازن العقد فقد تعدّدت آليات الرقابة على شروط العقد، وذلك بتجسيد وسائل جديدة تتمثل في لجنة الشروط التعسفية، حيث جسد المشرع الجزائري توجهه في إعتناق الأسلوب الإداري في محاربة الشروط التعسفية فلابد من تعريف اللّجنة(**أوّلا**) ومعرفة تشكيلتها(**ثانيا**) وإختصاصاتها (**ثالثا**).

**أوّلا: تعريف لجنة الشروط التعسفية**

أنشئت لجنة مكافحة الشروط التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة وهذا بمقتضى نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 مما يعني أن هذه اللّجنة تابعة لوزارة التجارة وتعمل تحت وصايتها.

وفي ظل غياب تعريف لهذه اللّجنة ضمن جميع النصوص القانونية يمكن القول أنها عبارة عن تنظيم قانوني أوجده المشرع لدعم حماية مصالح المستهلكين من إعتداء المهنيين والذين يرتبطون مع بعضهم البعض بواسطة عقود الإستهلاك يغلب عليها الطابع الإذعاني[2].

---

1- **لعوامري وليد**، الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري، الجزائر، ص ص 272-273.

2- **معوش رضا**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص80.

**ثانيا: تشكيلة لجنة البنود التعسفية**

تتشكل لجنة البنود التعسفية وفقا لنص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44 من خمسة أعضاء دائمون وخمسة أعضاء مستخلفون يتوزعون كما يلي[1]:

- ممثلان (02) عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية،
- ممثلان (02) عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود،
- ممثلان عن مجلس المحاسبة،
- متعاملان إقتصاديان (02) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود،
- ممثلان (02) عن جمعيات حماية المستهلك، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود،

ويمكن للجنة الإستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها[2].

وتنص المادة 09 من نفس المرسوم أنه "**تحدد القائمة الإسمية لأعضاء اللّجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة بإقتراح من الوزراء و المؤسسات المعنية**".

**يعيّن أعضاء اللجنة لمدة (03) سنوات قابلة للتجديد.**

**تنتهي عهدتهم حسب الأشكال نفسها**"[3].

**ثالثا: إختصاصات لجنة الشروط التعسفية.**

أمّا بالنسبة لإختصاصات لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري فإنها جاءت شبيهة لحد كبير بإختصاصات نظيرتها في القانون الفرنسي حيث تبحث في كل العقود

1- **محمد الأمين نويري، لخذاري عبد الحق،"النظام القانوني للجنة البنود التعسفية في ظل المرسوم التنفيذي 06-306"**، مجلة الإجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 12، عدد خاص، 2020، ص611.

2- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مرجع سابق، ص ص 218-219.

3- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مرجع نفسه، ص 219

المطبقة من طرف الأعوان الإقتصاديين على المستهلكين وبنود ذات طابع تعسفي كما تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية ويمكنها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين[1].

ولقد تضمنت المادة 07 من المرسوم رقم 06-306، المتضمن تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[2] على أنه: " **تكلف اللجنة، لاسيما بالمهام الآتية:**

- **تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية،**
- **يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين،**
- **يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها.**"

وما يمكن ملاحظته من خلال ما ورد في المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والتي تنص عل أنّه: " **يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلك أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك**".

وبالخصوص عبارة " **كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك**"، أن المشرع الجزائري يهدف إلى إحاطة المستهلك بأكبر قدر من الحماية من الشروط التعسفية التي يمكن أن يكون ضحية لها[3].

---

1- **سعيدي عبد القادر**، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق ص78.

2- مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ج.ج عدد 56، صادر في 11 سبتمبر 2006.

3- **معوش رضا**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 82 و83..

## المطلب الثاني

## دور القاضي في مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان

الأصل أنّه عند إبرام عقد لابد من تساوي الإلتزامات بين الطرفين، وذلك لكي يتحقق التوازن العقدي، ونلاحظ أن أغلب التشريعات تحرص على المساواة وذلك لكي لا يكون هناك نزاع بين الطرفين ويصل بهما إلى القضاء، ولكن بسبب تغيير الظروف الإقتصادية والإجتماعية ظهر طرف قوي وطرف ضعيف في العلاقة العقدية.

لم تقف مختلف التشريعات مكتوفة الأيدي بل سعت إلى حماية الطرف الضعيف من سيطرة الطرف القوي، كما هو الحال في عقود الإذعان، حيث نجد أن المشرع الجزائري سعى إلى معالجة هذا الخلل من خلال إعطاء لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في التدخل لإعادة التوازن العقدي.

وعليه لا بد من البحث عن مفهوم عقد الإذعان(**الفرع الأول**) ثم كيفية تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقد الإذعان(**الفرع الثاني**).

### الفرع الأول

### مفهوم عقد الإذعان

ينعقد العقد بوجود ركن التراضي، وذلك من خلال تطابق الإرادتين لإنشاء مركز قانوني معين، لكن في بعض العقود نجد الأطراف غير متساوية في المراكز (طرف قوي، طرف ضعيف). فالطرف القوي يتعسف في إستعمال سلطته، فيضع بنود تعسفية وفي بعض الأحيان عبارات غامضة تؤدي إلى تغليط الطرف الضعيف، حيث كل هذا يجعل العقد غير متساوي من حيث الإلتزامات وهذه العقود تسمى بعقود الإذعان.

لذلك، فلا بد من تقديم تعريف عقد الإذعان(**أولا**)، وذكر خصائصه (**ثانيا**)، ثم تحديد طبيعته (**ثالثا**).

**أولا: تعريف عقد الإذعان**

يقصد بعقد الإذعان العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد ويسلم الطرف الآخر بقبولها دون أي نقاش، أو هو العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، أو هو العقد الذي يسلم فيه المشتري بشروط مقررة يضعها البائع ولا يقبل مناقشة فيها فيما يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية، تكون محل إحتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محدودة في شأنه[1].

أما الأستاذ الدكتور **السنهوري** فلم يتطرق إلاّ للقبول في عقد الإذعان فيقول: " **قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلاّ أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان**"[2].

ويلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يحدد تعريفا لعقد الإذعان مكتفيا بوصف الإذعان، وعلى كيفية حصول القبول في هذا النوع من العقود على غرار التشريعات العربية، وهذا بالنص عليه في المادة 70ق.م.ج." **يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها**".

عرف كذلك المشرع عقد الإذعان من خلال القانون رقم 04-02 الصادر في 23 جوان 2004، والمحدد للقواعد المطبقة على النشاطات التجارية ليضع تعريف لهذا العقد في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة 03 بأنه: " **كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو**

1- **لعشب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص25 و26.

2- **الشريف بحماوي**، "**سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية-دراسة مقارنة**"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، جوان 2014، ص 100.

**تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث أي تغيير حقيقي فيه**".

وعلى هذا الأساس إعتبر المشرع الجزائري بعض عقود الإستهلاك بمثابة عقود إذعان، وهذه العقود تعطي لأحد طرفيها فقط حرية الخيار والمفاوضة للقبول بها، مما يترتب عليها إحتكار بعض المرافق الهامة إحتكارا قانونيا أو فعليا، لا يمكن للمشتري سوى أن يقبلها كما هي دون نقاش وإذا قبلها كان متعاقدا[1].

**ثانيا: خصائص عقد الإذعان**

لعقود الإذعان خصائص عديدة منها:

1- **التعسف في إستعمال التفوق الإقتصادي:** يكون لأحد الطرفين تفوق إقتصادي وإحتكار للخدمة أو السلعة، مما يجعله ينفرد بوضع شروط العقد، فالإحتكار معناه قدرة الشخص المحترف على فرض شروط العقد مع التيقن بعدم وجود منافس[2].

2- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين بصفة عامة أو المنتفعين، بحيث لا يتصوّر، إستغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حاجتهم دون أن يلحقهم أذى أو مشقة[3].

كما هو بالنسبة للماء والكهرباء والنقل وغيرها من السلع والخدمات التي لا يمكن لكل شخص توفيرها بنفسه[4].

3- أن يصدر الإيجاب إلى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة، وغير قابل للنقاش، والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة، فهذا الإيجاب بات نهائي ولا يمكن لمحتكر السلعة أو الخدمة التحلل من الإيجاب عن طريق تصرف سلبي هو

---

1- **خليل أحمد**، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مرجع سابق، ص26 و 27.

2- **الشريف بحماوي**، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص101.

3- **لعشب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص59.

4- **الشريف بحماوي**، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص101.

الإمتناع عن التعاقد. وإلاّ وقعت عليه مسؤولية بناءا على التعسف في إستعمال الحق إن كان محتكرا فعليا، أو لتجاوزه حدود حقه إذا كان إحتكارا قانونيا[1]، وهو ما نصت عليه المادة **63 ق.م.ج** على أنه: " **إذا عيّن أجل للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة**".

**4**- هي عقود دائمة وتوضع بشكل مستمر كعقود نموذجية ولمدة غير قصيرة[2].

فكونها عقود نموذجية تقرر شروطها مقدما لا يمكن تغييرها أو تعديلها تبعا لشخص القابل، فهي عقود تفسر تفسيرا ضيقا[3].

**5-عقد الإذعان عقد مركب:**

غالبا ما يعتمد هذا العقد على عناصر فنية يستخلصها الموجب من السير الوظيفي لمنشأته أو مؤسسته، بحيث يعود عليه بالفائدة، وعليه فإن العناصر الفنية تستوجب بالضرورة إستبعاد كل مناقشة بين المسيرين والزبائن أو الأعوان، فأي مفاوضة تكون غير مجدية، وذلك لتنوع هذه المنشآت من جهة ولأن المتعاقدين لا يمكن أن يملوا بالحاجيات الفنية الواجب توافرها لضمان سيرها[4].

**6-شروط عقد الإذعان نتاج محض لإرادة واحدة:**

تعتبر شروط العقد نتاج محض لإرادة واحدة، وهي إرادة المسير للمنشأة أو الشركة إذ ينفرد بوضع تلك الشروط. وهذه الأخيرة يجب أن تكون متماثلة بالنسبة إلى كافة أو على

1- **لعشب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص 61.

2-**لعشب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع نفسه، ص 62.

3- **لعشب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع نفسه، ص 64.

4- **لعشب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع نفسه، ص64 و65.

الأقل بالنسبة إلى كل الذين يوجدون في وضع واحد. وذلك من أجل حسن سير المنشأة ومراعاتا لمصالحها. بحيث تعتبر أهم خصية لعقد الإذعان[1].

نستنتج أن في عقد الإذعان هناك طرف قوي يستمد قوته من طرق متعددة تتمثل في:

أ- الإحتكار القانوني.

ب- الإحتكار الفعلي.

ج- تكتل أصحاب السلع والخدمات الضرورية أو الحاجبة.

وهناك طرف ثاني وهو الطرف الضعيف المذعن، وليس لهذا الطرف سوى القبول أو الرفض فقط دون مساومة[2].

بعد تطرقنا لتعريف عقد الإذعان وبيان خصائصه، سنبحث عن الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.

**ثالثا: طبيعة عقود الإذعان**

إنقسم الفقهاء في تحديد طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين، فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقود حقيقية، ويذهب فريق آخر إلى أنهّا لا تختلف عن سائر العقود[3].

-**الفريق الأول:** وعلى رأسهم الأستاذ سالي، وتابعه في ذلك فقهاء القانون العام مثل **ديجيه وهوريو**، فيذكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية[4]، إعتبروا هذه العلاقة مركزا قانونيا منظما، فقرروا أنه ليس عقد وإنّما لا يعدوا أن يكون إلاّ تصرفا قانونيا من جانب واحد[5]، إذ

1- **لعشب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص64.

2- **آنس محمد عبد الغفار**، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 61.

3- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 246.

4- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع نفسه، ص247.

5- **آنس محمد عبد الغفار**، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 57.

أن العقد توافق إرادتين عن حرية وإختيار، أمّا هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، فعقد الإذعان أقرب إلى القانون فيجب تفسيره كما يفسر القانون، ويراعي في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية[1].

-**الفريق الثاني:** وهم غالبية فقهاء القانون المدني، أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود[2].

ليس من الضروري أن تسبق القبول في العقود مفاوضات ومناقشات، ولا أن يكون نصيب الطرفين في إنشاء العقد متساويا، حيث أن كل ما يتطلبه القانون هو إتفاق الطرفين في إحداث أثر قانوني معين[3]، كما أن عدم المساواة الفعلية بين المتعاقدين أمر يمكن تلاقيه وذلك بتدخل المشرع حماية للطرف الضعيف[4].

## الفرع الثاني

## تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقد الإذعان

يقتصر دور القاضي في تفسير القاعدة العامة، إذ عليه إحترام العقد بما أنه نتاج الأطراف المتعاقدة بمحض إرادتهم، فالقاعدة العامة تقضي بأنّ " **العقد شريعة المتعاقدين**" فلا يمكن للقاضي الخروج عن هذه القاعدة، حيث نلاحظ في المادة **110ق.م.ج** أن المشرع جاز للقاضي بتعديل عقد الإذعان وذلك إن توافرت الشروط التعسفية في بنود العقد، وذلك حماية للطرف الضعيف للعلاقة التعاقدية.

وعليه، يجب البحث في معيار التعسف في عقد الإذعان(**أولا**)، وصور تدخل القاضي في عقد الإذعان(**ثانيا**).

---

1- **فهد مبارك الهاجري**، العقود الإدارية عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص94.

2- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص247.

3- **أنس محمد عبد الغفار**، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 58.

4- **فهد مبارك الهاجري**، العقود الإدارية عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 94.

**أولا: معيار التعسف في عقد الإذعان.**

نصت المادة **110** ق.م.ج على أنّه: " **إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل إتفاق يقع خلاف ذلك**".

وعلى هذا الأساس يكون المشرع قد منح ضمنيا للقاضي سلطة تكييف طبيعة العقد فيما إذا كان من قبيل عقود الإذعان، وذلك من خلال الإعتراف له بسلطة تعديل أو إبطال الشرط التعسفي الذي يتخلل هذا النوع من العقود، فضلا عن غياب نص صريح خاص بتعريف عقد الإذعان[1].

وتسمى أيضا بشرط "**الأسد**" القاضي هنا يتدخل قصد التوفيق بين مصالح الأطراف المعنية، ورفع الشدة عن الطرف المذعن أو الضعيف في العلاقة العقدية[2]، و سلطة القاضي هي مسألة واقع لا رقابة للمحكمة العليا عليه، ويرى بعض الفقه أن عدم تحديد المعايير التي تحكم الشرط التعسفي من شأنه أن يؤدي إلى صعوبة في توحيد الشروط ولا شيء يضمن عدم إنزلاق القضاء في تفسير الشروط التعسفية.

إنّ المعيار الذي يسترشد به القاضي مراعاة مقتضيات العدالة معيار غامض، يختلف تقديره من قاض إلى آخر بل قد يتغير بتغيير المكان والزمان، لذلك عادة ما يبحث القاضي في عقود الإذعان عن كون الشرط تعسفيا أم لا، ويمكن للقاضي الإستعانة بالمادة 124 مكرر ق.م. للكشف عن الشروط التعسفية[3]، والتي تنص : " **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:**

1- **أمال بوهنتالة، سلوى قداش**،"سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن لعقود الإستهلاك"، مجلة الإجتهاد القضائي، جامعة الحاج لخضر، العدد الرابع عشر، أفريل 2017، ص249.

2- **بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 344.

3-**الشريف بحماوي**، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مرجع سابق،ص 106و 107.

- **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".**

ومن جهة أخرى، وللتخفيف من صرامة القوة الملزمة للعقد ولإنصاف الطرف المذعن، فإن تفسير العبارات الغامضة أو المبهمة في عقود الإذعان يجب أن يكون لمصلحة الطرف الضعيف مطلقا، وهذا وفقا لنص المادة 2/112 ق.م.ج التي تنص على أنّه: " **غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن**".

يفسر الشك في عقود الإذعان لمصلحة العاقد المذعن، سواء كان دائنا أو مدينا، على إعتبار أن المتعاقد الآخر هو الأقوى، له من الوسائل والإمكانيات ما يمكنه أن يفرض على المذعن وقت التعاقد من الشروط الواضحة البينة لا غموض فيها، ومن ثم، يجوز الأخذ بخطئه أو تقصيره أو إهماله، وتحمل تبعته لأنه يعتبر متسببا بل هو المسؤول عن هذا الغموض[1].

**ثانيا: صور تدخل القاضي في عقد الإذعان.**

يتدخل القاضي في مجال عقد الإذعان في حالتين: حالة تعديل الشروط التعسفية**(1)** وحالة الإعفاء من الشروط التعسفية**(2)**.

**1-حالة تعديل الشروط التعسفية:**

توجد بعض الشروط التي لا يمكن للقاضي إعفاء الطرف المذعن منها بسبب طبيعتها، لأن إلغائها من شأنه أن يؤدي إلى القضاء على العقد برمته، كالأجرة في عقد الإيجار أو الثمن في عقد البيع، لا يمكن إلغائها بل يمكن للقاضي إذا رأى أنها تشكل شرطا

1- **بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري. مرجع سابق، ص 345 و346.

تعسفيا أن يعدلها طبقا لمقتضيات العدالة، والواقع أن القضاء قد أخذ بعدة تطبيقات لتعديل الشروط التعسفية، نذكر منها على سبيل المثال:

1-1-**في عقد العمل:** إذا كانت شروط عقد العمل تفرض على العامل غرامات كبيرة جزاء على أخطاء بسيطة، كان على القاضي إذا رأى أنه يشكل شرطا تعسفيا أن يخفض هذه الغرامة وفقا للعدالة، أي بشكل الذي لا يضر العامل و لا رب العمل.

1-2-**في عقد البيع:** إذا كان الشرط يتمثل في تحديد موعد التسليم، جاز للقاضي تحديده، أو كما إذا كان الثمن مبالغ فيه جاز للقاضي تخفيضه تبعا للظروف. فقد تكون هذه الشروط متعلقة بالتنفيذ، فيكون التعديل إمّا بالزيادة وإمّا بالتعديل بالشكل الذي يجعل فيه الإلتزامات متوازنة.

ومثال ذلك: في عقد شراء الكهرباء والغاز، قد يكون الشرط هو قطع الكهرباء بعد يوم من أجل الوفاء، فيجوز للقاضي تعديل الشرط بجعله أسبوع أو أسبوعين[1].

1-3-**في عقد التأمين:** إستخدم القضاء في صالح الطرف المذعن، ففسر غموض الشرط في صالح الطرف المذعن، لأن تبعة الغموض ترجع للموجب الذي إنفرد بوضع شروط العقد، ولم يعتد بالشرط الذي تضعه إرادة واحدة لاحقا، كما إذا إشترط في عقد التأمين أن تدفع الأقساط في محل الشركة، ثم تعتاد الشركة بتحصيلها في محل المؤمن له، حيث يعتبر هذا التصرف بمثابة عدول عن الشرط.

وقد يكون الشرط التعسفي في شكل شرط جزائي، كأن يصل التعويض الإتفاقي لدرجة من الغلو لا تتناسب مع الضرر الذي لحق بالطرف المشترط، ويتدخل القاضي لإعادة التوازن بين المتعاقدين بتخفيف هذا الشرط[2].

1- **الشريف بحماوي**، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص ص 107-108.

2- **الشريف بحماوي**، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مرجع نفسه، ص 108.

**2- حالة الإعفاء من الشروط التعسفية:**

في هذه الحالة إذا رأى القاضي بأن تعديل الشرط التعسفي لا يفي بالغرض أي لا يضمن الحماية الكافية للطرف المذعن، جاز له أن يعفيه منه بإلغاء هذا الشرط التعسفي، كما لو كان الشرط متمثلا في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية.

فمثلا: إذا تضمن عقد الكهرباء شرطا بقطع التيار نهائيا على الرغم من إلتزام الطرف المذعن بدفع الفاتورات دوريا، فإن للقاضي التدخل ورفع الشرط التعسفي.

والواقع أن أهم الشروط التي يمكن إعتبارها شروطا تعسفية في عقد البيع وبالتالي وجب إستبعادها هي:

- شرط إستبعاد المسؤولية بالضمان.
- شرط تعديل العقد بالإرادة المنفردة للمحتكر.
- الشرط الجزائي في حالة المبالغة في التعويض.

وبإستقراء نص المادة 110ق.م. السالفة الذكر، يتبين أن سلطة المحكمة في التدخل جوازية، فلها أن تعدل أو تلغي الشرط التعسفي ولها ألا تفعل ذلك، ولا رقابة للمحكمة العليا عليها، غير أن بعض الفقه يرى بأنه إذا طلب الأطراف، فيجب عليها أن ترد عليه بالإيجاب أو السلب، وإذا رفضت ذلك فعليها توضيح أسباب الرفض[1].

1- **الشريف بحماوي**، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مرجع سابق، مرجع سابق، ص109.

# الفصل الثاني

# تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد المدني

يمكن أن يحدث اختلال التوازن العقدي في مرحلة تنفيذ العقد، ومن أجل ذلك منح المشرع سلطة للقاضي بالتدخل في حالات محددة في حدود السلطات الممنوحة له دون انحراف عن أحكام القانون.

تطرأ بعد إبرام العقد وقبل استكمال تنفيذه حوادث لم يكن متوقع حدوثها مما يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام المتفق عليه مرهقا وهذا ما يعرف بالظروف الطارئة، وقد يتضمن العقد على تعويض اتفاقي يبدو في مرحلة انعقاد العقد منصفا ولكن بعد حدوث الضرر والذي لحق أحد أطراف العقد يتضح أن التعويض المتفق عليه لا يتوافق مع الضرر الحاصل ومن أجل ذلك سمح المشرع للقاضي بالتدخل لتعديل الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي.

تتطلب دراسة سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه التطرق إلى سلطة القاضي في ظل نظرية الظروف الطارئة **(المبحث الأول)** ثم إلى سلطته في تعديل تقدير التعويض الإتفاقي **(المبحث الثاني)**.

# المبحث الأول

# سلطة القاضي في ظل نظرية الظروف الطارئة.

يعتبر العقد شريعة المتعاقدين إذ لا يجوز للقاضي تعديل أحكامه، إلا أنّ القانون أورد استثناءا لهذه القاعدة حيث أجاز للقاضي تعديل العقد من أجل ضمان إستمرارية تنفيذ العقود وذلك حسب نص المادة 03/107 ق.م.ج وذلك من أجل ضمان استمرارية تنفيذ العقود والتي تنص على: " **غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن أصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**".

تتطلب دراسة تدخل القاضي في ظل نظرية الظروف الطارئة التطرق إلى سلطة القاضي في تطبيق هذه النظرية (**المطلب الأول**)، وسلطته التقديرية في هذه الحالة (**المطلب الثاني**).

## المطلب الأول

## سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة

عند تنفيذ العقد أو تطبيق بنود العقد خاصة في العقود المتراخية والطويلة الأمد، يحدث وأن تطرأ حوادث إستثنائية لم تكن متوقعة تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا ولكن ليس مستحيلا بحيث يلحق بالمدين خسائر فادحة.

أورد المشرع الجزائري استثناءً على مبدأ " **العقد شريعة المتعاقدين**"، في نطاق نظرية الظروف الطارئة، التي عالجها المشرع في المادة 107 ق.م.ج، ويكون بذلك قد حذا حذو المشرع المصري الذي عالجها في المادة 147 تقنين مصري " **العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه وتعديله إلا بإتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون ومع ذلك إذا**

**طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يحدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"[1].**

خوّل المشرع الجزائري طبقا للمادة سالفة الذكر أعلاه للقاضي سلطة تقديرية لتطبيق هذه النظرية وبتوافر شروطها.

وعليه، لا بد من البحث عن المقصود بالظرف الطارئ **(الفرع الأول)** وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة **(الفرع الثاني)** وفي الأخير مجال تطبيقها **(الفرع الثالث)**.

## الفرع الأول

## المقصود بنظرية الظروف الطارئة

لابد من تعريف الظرف الطارئ **(أولا)**، وتمييزه عن القوة القاهرة والحادث المفاجئ**(ثانيا)**، ثم البحث عن الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة **(ثالثا)**.

**أولا: تعريف الظرف الطارئ**

عرّفه الأستاذ **عبد الرزاق أحمد السنهوري** الظرف الطارئ بأنّه: " **عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال، كعقد توريد ويحل أجل التنفيذ فإذا بالظروف الإقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيرا فجائيا لحادث لم يكن في الحسبان ، فيختل التوازن الإقتصادي للعقد إختلال خطيرا"[2].**

عرّفه أيضا "**عبد الحميد عثمان محمد**" بأنّها: " **حوادث طارئة عامة، لم تكن متوقعة التحمل بالإلتزام العقدي المتراخي التنفيذ فتجعله مرهقا**".

---

1-**أسامة أنوار**، القانون المدني رقم 131 لسنة 1948 وفقا لآخر تعديلات معلقا على مواده لأحكام محكمة النقض، دار العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2019.

2-**عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 705.

من خلال هذه التعاريف يمكن التوصل إلى أنّ جميعها تتفق في أن الظروف الطارئة هي حوادث إستثنائية عامة لم تنشأ عن فعل المدين أو خطئه وغير متوقعة وقت إبرام العقد وتطرأ بعد تكوينه، تجعل التوازن الإقتصادي للعقد مختلا، ويصبح إلتزام المدين مرهقا، بما يهدده بخسارة فادحة[1].

ومن أمثلة هذه العقود عقود التوريد، إذا ما إرتفع سعر السلعة التي تعهد المدين بتوريدها إرتفاعا فاحشا، أو إذا حدث إنخفاض قيمة المبيع إنخفاضا كبيرا يؤدي إلى خسارة المدين خسارة فادحة إذا قام بتنفيذ العقد[2].

**ثانيا: تمييز الظرف الطارئ عن القوة القاهرة والحادث المفاجئ.**

لاشك في أن هناك إختلاف واضح بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة لاسيما إذا تعلق الأمر بشروط وأحكام كل منهما فبالنسبة للظرف الطارئ يشترط فيه أن يكون إستثنائي وعام ومن شأنه أن يجعل تنفيذ الإلتزام ممكن، أي أن تنفيذ الإلتزام في إطار نظرية الظروف الطارئة لا يكون مستحيلا وإنما مرهقا للمدين، وتبعا لذلك لا ينقضي الإلتزام ولا تبرأ ذمة المدين إذا حدث ظرف طارئ غير متوقع وغير راجع إلى تقصير المدين أو إهماله، وهذا بخلاف القوة القاهرة التي تؤدي بالضرورة إلى إنقضاء الإلتزام لإستحالة التنفيذ وعلى ذلك تبرأ ذمة المدين لأن تنفيذ الإلتزام أصبح مستحيلا بسبب خارج عن إرادته.

وبالرجوع إلى نص المادة 307 من ق.م.ج نستخلص أنه يجب أن يتوافر شرطان في إستحالة التنفيذ التي تؤدي إلى إنقضاء الإلتزام، أولهما يجب أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا والثاني أن تكون الإستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، معنى ذلك أن يكون الإلتزام مستحيلا وليس مرهقا، فالاستحالة التي تؤدي إلى إنقضاء الإلتزام هي التي يترتب

1- **دحمون أنسية وبوزيد لويزة**، حدود القوة الملزمة للعقد (الظرف الطارئ، الشرط التعسفي)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.س.ن، ص 17.

2- **محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص 327 و328.

عليها تعذر الوفاء كليا، أما إذا ظل الوفاء ممكنا، وإن أصبح مرهقا فإنه لا ينقضي وفي هذه الحالة يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها طبقا للفقرة الثالثة من المادة 107 من ق.م.ج[1].

تختلف كلا النظريتين من حيث نطاق التطبيق، فنظرية الظروف الطارئة تطبق إذا كان هناك عقد بين الطرفين، وبالتالي لا مجال لتطبيق النظرية إذا لم يكن هناك عقد، أما نظرية القوة القاهرة ففضلا عن تطبيقها في مجال المسؤولية العقدية فإنها تطبق كذلك في مجال المسؤولية التقصيرية ففي مجال المسؤولية العقدية ورد في نص المادة 121 في التقنين المدني المعدل والمتمم عبارتين هما: "**في العقود الملزمة للجانبين**" و"**إستحالة تنفيذه**" وإستحالة التنفيذ المقصودة من السياق في هذه الحالة هي التي تكون بسبب أجنبي لا يد للمدين ولاشك أن القوة القاهرة هي أهم مظاهر السبب الأجنبي، أما في مجال المسؤولية التقصيرية فتوجد تطبيقات لها مثلا في المادة 127 ق.م، حيث لا يلتزم الشخص بالتعويض إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه.

تختلف النظريتين من حيث تحمل تبعة الهلاك، فبالنسبة للقوة القاهرة فإن تبعة الحادث في العقد الملزم لجانبين يتحملها المتعاقد الذي إستحال تنفيذ إلتزامه، فيتحمل المدين تبعة ما إستحال تنفيذه، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فالدائن هو الذي يتحمل تبعة الهلاك.

وتختلف كذلك من حيث الإرتباط بفكرة النظام العام ، فترتبط نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام إذ لا يجوز للمتعاقدين الإتفاق مقدما على استبعاد أحكامها وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 107 من التقنين المدني المعدّل والمتّمم بأنه: " **يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك**".

1- **دالي بشير**، دور القاضي في حماية الظرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 118 و 119.

تعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام لأنّ الجزاء في حالة السماح للمتعاقدين بمخالفته لن تكون له قيمة، فيتحمل المدين أثر الظرف الطارئ وحده وهذا ضرب من الشروط التعسفية في عقد الإذعان تفاداه المشرع، أما القوة القاهرة فقد أجاز المشرع الاتفاق المسبق على أن يتحمل المدين أثر القوة القاهرة[1].

تتفق كلا النظريتين في أن الحادث الذي يمكن وصفه بالظرف الطارئ هو ذاته ما يمكن تسميته بالقوة القاهرة، فالحرب مثلا يمكن أن تكون قوة قاهرة إذا نتج عنها إستحالة مطلقة في تنفيذ الإلتزام، أما إذا إقتصر أثرها في إمكان تنفيذ الإلتزام لكن إلى حد الإرهاق .

وتتفق أيضا في أوصاف كل منهما فيشترط في الحادث أن يكون غير متوقع وأن يكون أجنبيا أي لا ينسب إلى المدين وأن يستحيل دفعه.

ويشتركان أيضا في عنصر المفاجأة، فلا يعتد بأثر القوة القاهرة ولا بالظرف الطارئ إلا إذا كان كل منهما غير متوقع وقت إبرام العقد[2].

**ثالثا: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة.**

تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في قواعد القانون المدني حيث نص عليها المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 107 من ق.م.ج: "....**غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب عن حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك**"وتقابلها نص المادة 1134 من ق.م.ف.

1- **دحمون أنسية وبوزيد لويزة**، حدود القوة الملزمة للعقد، الظرف الطارئ، شرط التعسفي، مرجع سابق، ص 28-31.

2- **دحمون أنسية وبوزيد لويزة**، حدود القوة الملزمة للعقد، الظرف الطارئ، شرط التعسفي، مرجع نفسه، ص 27 و28.

وعلى أساس هذا القول نفهم أن القاضي بإمكانه أن يتدخل ويعدل العقد أو الإلتزام الوارد فيه متى طرأ ظرف طارئ لم يتوقعه أحد المتعاقدين بحكم أن الظرف الطارئ يعتبر بحسب القانون سببا قانونيا يستدعى تدخل القاضي لتعديل العقد بجعل الإلتزام محتملا، بحيث يستطيع المدين تنفيذه بسهولة وبساطة وفي هذه الحالة يجب على القاضي أثناء ممارسته لسلطته في التعديل أن يأخذ بعين الاعتبار طبيعة الظروف من جهة ومصلحة الطرفين من جهة أخرى.

وبالتالي يمكن القول بأن سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة يعد من النظام العام وعلى ذلك لا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها وهذا ما أكد عليه المشرع صراحة في نص المادة 107 الفقرة الأخيرة[1].

## الفرع الثاني

## شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يتطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر مجموعة من الشروط تتمثل في: أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه**(أولا)** أن يطرأ حادث إستثنائي عقب إبرام العقد **(ثانيا)** أن يكون الحادث غير ممكن توقعه**(ثالثا)** أن يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا لا مستحيلا **(رابعا)**.

**أولا: أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه:**

يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يتم العقد فعلا، لأن يكون صحيحا مستمر التنفيذ أي أن يكون من العقود المتراخية التنفيذ، سواء كان العقد من أصل طبيعته من عقود المدة (كعقد الإيجار)، أو من العقود المستمرة أو من العقود الفورية ذات التنفيذ الدوري أو المؤجل (كعقد التوريد) والعلة في هذا الشرط ضرورة وجود فترة زمنية بين إبرام العقد واكتمال تنفيذه، سواء كانت طويلة أو قصيرة، يتصور خلالها وقوع الحادث الاستثنائي[2].

1- **دالي بشير**، دور القاضي في حماية الطرف الضعيف، مرجع سابق، ص 117 و118.

2- **بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 796.

معنى ذلك أن يكون هناك فترة هذا الزمن تفصل ما بين إبرام العقد وتنفيذه، على أن العقد إذا كان غير متراخ، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الإستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادرا فلا يوجد ما يمنع هذه النظرية[1].

**ثانيا: أن يطرأ حادث إستثنائي عقب إبرام العقد:**

يجب أن يكون الحادث إستثنائيا أي نادر الوقوع وغير مألوف كالحرب أو الزلزال أو الوباء أو الحصار، وأن يكون عاما أي لا يكون خاصا بالمدين أو مقصورا عليه، وإنما مجردا وشاملا لطائفة من الناس لذلك لا تطبق النظرية في حالة إفلاس المدين أو مرضه أو هلاك بضاعته[2].

**ثالثا: أن يكون الحادث غير ممكن توقعه:**

يكون الحادث مفاجئا أي خارجا عن المألوف ونادر الوقوع أي ليس في وسع الرجل العادي في ذات الظروف السائدة أن يتوقعه، أو يعمل حسابه وقت إبرام العقد، وليس من الممكن دفعه[3].

**رابعا: أن يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا لا مستحيلا:**

معنى ذلك أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل الإلتزام مرهقا للمدين، دون أن يصل الأمر إلى حد إستحالة تنفيذه، وفي هذا يختلف الظرف الطارئ من القوة القاهرة لأنه إذا كان الجامع بينهما صفة المفاجأة، غلا أن الفرق بينهما هو أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا وهذه الإستحالة تؤدي إلى إنقضاء الإلتزام[4].

1- **خليل أحمد**، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مرجع سابق، ص 56.
2- **خليل أحمد**، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مرجع نفسه، ص 57.
3- **بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 800.
4- **خليل أحمد**، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مرجع سابق، ص 57 و58..

## الفرع الثالث

## مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة

من الواضح أن نظرية الحوادث الطارئة تطبق عادة في مجال العقود المستمرة التنفيذ كعقد الإيجاز وكذلك العقود الفورية المؤجلة بإستثناء العقود الإحتمالية كون أنّ هذه الأخيرة تقوم على عنصر الربح أو الخسارة، بمعنى أن نظرية الظروف الطارئة تطبق على العقود التي يكون فيها تنفيذ الإلتزام مؤجلا إلى مدة معينة مثلما هو الحال بالنسبة لعقد البيع.

نتحدث هنا عن مسألة تأجيل دفع الثمن أو دفع الثمن لأجل مسمى، مع العلم أن الإلتزام بدفع الثمن يعتبر من أهم الإلتزامات التي رتبها المشرع على عاتق المشتري وطبقا لنص المادة 388 ق.م.ج فإذ دفع الثمن قد يكون وقت تسليم الشيء المبيع غير أنّه قد يتفق البائع مع المشتري على أن يكون دفع الثمن مؤجلا لا معجلا، في هذه الحالة نلمس أن هناك تراخي في تنفيذ الإلتزام لذا فإنه إذا وقع ظرف طارئ قبل دفع الثمن، هنا نكون بصدد تطبيق أحكام المادة 3/107[1].

1- **دالي بشير**، دور القاضي في حماية الطرف الضعيف، مرجع سابق، ص 121.

## المطلب الثاني

## السلطة التقديرية للقاضي في حالة الظروف الطارئة

عندما تؤثر الظروف الطارئة على تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين وجعله مرهقا ويهدد تنفيذ الالتزام على الشكل المتفق عليه في العقد بخسارة فادحة، في هذه الحالة ينبغي على القاضي التدخل بإعادة التوازن بين إلتزامات المتعاقدين وفقا للسلطة الممنوحة له.

ومن أجل ذلك لابد من تحديد الضوابط التي يستند عليها القاضي لرد الالتزام المرهق **(الفرع الأول)**، وصور تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول **(الفرع الثاني)**.

### الفرع الأول

### الضوابط التي يستند عليها القاضي لرد الالتزام المرهق

يجب على القاضي أثناء قيامه بتعديل العقد التنفيذ بمجموعة من الضوابط لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وهذه الضوابط من النظام العام ولا يجوز عدم العمل بها.

تتمثل هذه الضوابط في مراعاة القاضي للظروف المحيطة **(أولا)**، الموازنة بين مصلحة الطرفين **(ثانيا)**، مدى إمكانية الحكم بالفسخ **(ثالثا)**، مدى جواز استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة **(رابعا)**.

**أولا: مراعاة القاضي للظروف المحيطة:**

تكون سلطة القاضي في هذا المجال محدودة ذلك بمراعاة ظروف المتعاقدين أثناء التعاقد وأثناء تنفيذ العقد وله الحرية في تقدير هذه الظروف المحيطة ومن خلال نص المادة 107 الفقرة 03 وبتحديد عبارة **تبعا للظروف** يتبيّن لنا أن سلطة القاضي في تعديل العقد

ليست مطلقة بل يجب عليه مراعاة الظروف عند تعديل العقد ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[1].

**ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين:**

يلتزم القاضي بإجراء المقارنة بين مصلحة كل من المتعاقدين وعلى ضوء ما ينتج عن هذه المقارنة يتم اختيار الحل الأنسب.

والقاضي حينما يقوم بالبحث عن مصلحة الطرفين لتحقيق التوازن بينهما، يجد أن مصلحة كل طرف تختلف تماما عن مصلحة الطرف الآخر فمصلحة المدين تتطلب الوقوف بجانبه ومساعدته في الأضرار الفادحة التي لحقت به من جراء الظروف التي طرأت بعد إبرام العقد أما مصلحة الدائن تتمثل في رغبته في قيام المدين بتنفيذ التزاماته الواردة بالعقد في الميعاد المحدد و هذا ما دفع المشرع إلى التزام القاضي بالقيام بالموازنة لأن ظروف انعقاد العقد وظروف تنفيذه قد اختلفت بعد الحادث الذي نتج عنه تضارب مصالح الأطراف[2].

**ثالثا: مدى إمكانية الحكم بالفسخ:**

إن غالبية التقنينات العربية اتفقت على عدم جواز فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة إلا أن الفقهاء قد انقسموا بين مؤيد ومعارض حيث يقول الدكتور **عبد الرزاق السنهوري** "**لا يجوز فسخ العقد فالالتزام المرهق يبقي ولا ينقضي ولكن يرد إلى الحد المعقول فنوزع بذلك تبعة الحادث بين الدائن والمدين**".

لم يمنح القانون المدني الجزائري للقاضي سلطة فسخ العقد وهذا حسب نص المادة 03/107 "**أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول**" فإذا كان القاضي أن يعدل العقد

1-**فنداق عبد الله**، نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص ص 56-57.

2- **خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري**، نظرية الظروف الطارئة و أثارها في التوازن الاقتصادي للعقد، أطروحة لنيل درجة الماجستير، كلية القانون، قسم القانون الخاص، الإمارات، 2017، ص ص 136-137.

بسبب الظروف الطارئة فليس له أن يقضي بفسخ العقد فالمشرع أعطاه سلطة تعديل العقد ولم يعطيه سلطة الفسخ فغاية النظرية ليس في إزالة العقد وإنما في إزالة الإرهاق[1].

ورد استثناء الحكم بفسخ العقد بالنسبة لعقد المقاولة، حيث منحت المادة 561 من القانون المدني للقاضي سلطة استثنائية لم تجيزها له المادة 03/107 من القانون نفسه والمتضمنة المبدأ العام حيث يمكن له توقيع جزاء فسخ العقد على عقد المقاولة وهو جزاء لا يلجأ له إلا إذا رأى مبررا لذلك ويكون ذلك عند زيادة القاضي الأجر ومع ذلك بقي التزام المقاول مرهقا وفي الوقت نفسه ترهق زيادة الأجر رب العمل فيفضل بفسخ العقد ويضع حدّا للإرهاق للطرفين[2].

**رابعا: مدى جواز استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة:**

اعتبر المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة من النظام العام ويظهر ذلك من خلال الفقرة الأخيرة من نص المادة 107 من القانون المدني السالفة الذكر " **ويعتبر باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**".

فإذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة كان المتعاقد المرهق أن يلجأ للقضاء ويطلب تعديل العقد بما يزيل الإرهاق عنه تبعا للظروف وعلى ذلك لا يجوز للمدين تعديل العقد بإرادته المنفردة، كما لا يمكن للقاضي أن يقوم بتطبيق النظرية من تلقاء نفسه إذ لابد لتدخل القاضي أن يتمسك المدين بتطبيق النظرية ذلك أن إعمال النظرية رخصة منحها المشرع للمدين إن شاء استفاد منها وإن شاء أحجم عنها.

ويجوز للمدين أن يتمسك بتطبيق أحكام هذه النظرية في أية حالة تكون عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع ويستطيع أن يتمسك بها ولو لأول مرة أمام المجلس القضائي

1- **بلعجات فوقو، بكرار نجمة**، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص ص 47-48.

2- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مرجع سابق، ص ص 263-264.

أثناء استئناف حكم الفصل في الدعوى في حين ليس له أن يتمسك بها لأول مرة أمام المحكمة العليا[1].

## الفرع الثاني

## صور تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق.

يملك القاضي المدني سلطة تقديرية في إنقاص الالتزامات المرهقة **(أولا)**، أو في زيادة الالتزام المقابل **(ثانيا)**، أو إيقاف تنفيذ الالتزام **(ثالثا)**.

**أولا: إنقاص الالتزامات المرهقة.**

إذا توافرت الشروط السالفة الذكر جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك، إذ يمكن للقاضي إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[2] الذي يراه متماشيا مع العدالة وحسن النية مثال ذلك " تقصد شركة سكر توريد كمية منه لمصنع الحلوى و لحدوث ظرف طارئ يكون توريد هذه الكمية مرهقا فينقص القاضي من هذه الكمية المقدار الذي يرد التزام الشركة إلى الحد المعقول وفي هذه الحالة تلتزم الشركة بتوريد الكمية التي حددها القاضي فقط[3] ولا تقتصر سلطة القاضي في الإنقاص على تقليل الكمية الملتزم بها من المدين فحسب بل للقاضي إضافة على إنقاص الكمية، إنقاص الثمن الذي يدفعه المدين أو يسقطه أو ينقص فوائده، أو يسقطها كلها[4].

ويجوز أيضا للقاضي إنقاص الالتزام من حيث الكيف يتمثل في نوعية و مواصفات الشيء المتفق عليه مثل: تعمد شخص بتوريد كمية من سلعة معينة مواصفات محددة متفق عليها أثناء إبرام العقد ثم يطرأ حادث استثنائي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين في هذه

1- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مرجع سابق، ص 265-266.

2- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، المرجع نفسه، ص 268.

3- **محمد سعيد صبري**، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 204.

4- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مرجع سابق، ص 252.

الحالة يجوز للقاضي تعديل الالتزام بالترخيص للمدين بالوفاء بنفس الكمية المتفق عليها ولكن من سلعة أقل جودة منها حيث يمكن الحصول عليها دون إرهاق[1].

**ثانيا: زيادة الالتزام المقابل.**

يمكن للقاضي أن يزيد من التزام الدائن مما يؤدي إلى توزيع الخسارة غير المألوفة بين المتعاقدين مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما[2].

يعتبر الزيادة في الالتزامات المتقابلة استثناء وارد عن عدم جواز الزيادة في الالتزامات وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 561 ق.م.ج المتعلق بعقد المقاولة.

مثلا إذا أدى الظرف الطارئ إلى ارتفاع فاحش في الأسعار كأن يتعهد تاجر بأن يورد كمية كبيرة من البن بسعر مئة دينار للكيلوغرام الواحد فيرتفع السعر إلى مائتين دينار للكيلوغرام الواحد فإن القاضي يرفع السعر في العقد إلى أكثر من مائة دينار وأقل من مائتين دينار والنتيجة كلما حدثت زيادة فاحشة في السعر يتدخل القاضي لزيادة السعر المتفق عليه في العقد[3].

ويجب الإشارة إلى أنّ القاضي إذا قام برفع السعر في العقد لا يلزم الطرف الآخر أن يشتري بذلك السعر بل لديه الحق في الشراء أو الفسخ إذا أراد ذلك، كما يمكن للقاضي أن يجمع بين الوسيلتين السابقتين أي زيادة الالتزام وإنقاصه بمعنى يمكن له أن يقوم بإنقاص التزام المدين ويزيد من التزام الدائن[4].

1- **بلعجات قوفو، بكرار نجمة**، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 44.
2- **بلحاج العربي**، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 807.
3- **صاغي زينة، مقرى نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 54.
4- **فنداق عبد الله**، نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 52.

**ثالثا: ايقاف تنفيذ الالتزام.**

من بين السبل والخيرات التي يلجأ إليها القاضي للحد من إرهاق المدين في تنفيذ التزامه وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الحادث المفاجئ[1] وذلك من أجل وفاء المدين بالتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق الدائن وفي هذا الصدد نصت المادة 02/281 ق.م.ج على أنّه: " **غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز المدة سنة أو أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها**".

يوقف حكم القاضي تنفيذ العقد لا يمس في الواقع مضمون العقد لأن الالتزامات القديمة تظل محتفظة بقيمتها ومقاديرها كما كانت لحظة إبرام العقد ذلك أنه بمجرد انتهاء أثر الظروف الطارئة تعود إلى العقد قوته الملزمة ويتم تنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه[2].

يأمر القاضي بوقف تنفيذ العقد لمدة محددة ويكون التحديد تقريبا بقدر الإمكان إذ ليس في مقدور القاضي أن يتنبأ مقدما بالوقت الذي سيزول فيه أثر الظرف الطارئ لكن بدراسة ظروف الحاضر يمكن أن يكون له فكرة تقريبية عن المستقبل، أو تكون غير محدد من الوقت حتى تزول آثار الظرف الطارئ بشرط أن يراعي القاضي في هذه المهلة أن تكون من شأنها السماح للمدين بتدبير أمره من جهة كما يراعى في ذلك عدم الإضرار بمصلحة الدائن من جهة ثانية[3].

1- **جيلالي بن عيسى، ( نظرية الظروف الطارئة في ظل اختلال الالتزامات التعاقدية)**، مجلة المعيار، المجلد التاسع، العدد الثاني، 2018، ص138.

2- **بوداود خليفة، بوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، ص ص 32-33.

3- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مرجع سابق، ص 258.

# المبحث الثاني

# سلطة القاضي في تعديل تقدير التعويض الاتفاقي

الأصل أن التعويض من إختصاص القضاء عن طريق تقدير الضرر أو الخسارة التي تلحق الدائن ذلك لعدم تنفيذ إلتزامه أو التأخر في تنفيذه غير أن المشرع أجاز للأطراف المتعاقدة التحكم في أثار المسؤولية العقدية من خلال قيمة التعويض المستحق وذلك بصفة مسبقة قبل وقوع الضرر وذلك إعمالا بمبدأ سلطان الإرادة وما يمكن ملاحظته أن المشرع لم يترك حرية الإرادة مطلقة في هذا المجال بل قيّدها تقييدا صارما المتمثل في الرقابة الممارسة على الشرط الجزائي.

سنتناول في هذا المبحث مفهوم الشرط الجزائي **(المطلب الأول)**، ثم كيفية تعديله من طرف القاضي **(المطلب الثاني)**.

## المطلب الأول

## مفهوم الشرط الجزائي

يستوجب الوصول إلى مفهوم واضح للتعويض الإتفاقي أو " **الشرط الجزائي**" البحث عن تعريفه **(الفرع الأول)** وتبيان خصائصه **(الفرع الثاني)** وشروط إستحقاقه **(الفرع الثالث)**.

### الفرع الأول

### تعريف الشرط الجزائي

لابد من البحث عن التعريف التشريعي للشرط الجزائي **(أولا)** والتعريف الفقهي **(ثانيا)**.

**أولا: التعريف التشريعي**

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا صريحا للشرط الجزائي تاركا ذلك للفقه القانوني وإكتفى بتأكيد مشروعيته في المادة 183 ق.م التي تنص على أنّه: " **يجوز للمتعاقدين أن يحددا**

**مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في إتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181**". وقام بتنظيم أحكامه في المواد 184، 185، 186، 187 ق.م.ج مسايرا في ذلك معظم التشريعات مثل التشريع المصري[1].

في حين عرّفه المشرع الفرنسي وذلك في المادتين 1226 و 1229 ق.م.ف حيث تنص المادة 1226 على: " **الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يعهد أحد الأشخاص ضحايا لتنفيذ إتفاق بتقديم شيء في حالة عدم تنفيذه**".

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

**ثانيا: التعريف الفقهي:**

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

يمكن القول أن الشرط الجزائي هو إتفاق بين الدائن والمدين مقدما على مقدار التعويض في حالة عدم رغبة المدين بتنفيذ الإلتزام أو التأخر عن تنفيذه حيث يوضع هذا الشرط ضمن شروط العقد الأصلي، كما يمكن أن يكون في إتفاق لاحق للعقد الأصلي، شرط أن يكون ذلك قبل وقوع الضرر الذي يقدر على أساسه التعويض حتى لا يلتبس الشرط الجزائي بالصلح أو التجديد.

---

1- **بوداود خليفة، بوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، ص 35.

2- نقلا عن: **بوداود خليفة، بوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع نفسه، ص 35.

3- **بوداود خليفة، بوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع نفسه، ص 35.

مثال: في عقد المقاولة قد يتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين من المال إذا تأخر عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه في المدة المحددة له[1].

## الفرع الثاني

## خصائص الشرط الجزائي

يتميز الشرط الجزائي ثلاث خصائص جاءت وفقا للمادة 183 ق.م.ج وهي كالتالي:

**أولا: الشرط الجزائي إلتزام تبعي:**

ليس الشرط الجزائي مقصودا لذاته، ولكنه وسيلة لغاية مقصودة وهي حمل المتعاقد على تنفيذ التزامه، وعدم الإخلال بالالتزام العقدي فهو إلتزام تبعي يتبع الإلتزام الأصلي وجودا وعدما يستهدف مجرد تقدير التعويض الذي سوف يكون مستحقا عند الإخلال بالالتزام العقدي أو التأخر في تنفيذه، وهو لا يمكن أن يكون مستقلا بذاته وأي بطلان في الالتزام الأصلي يؤدي لا محالة إلى بطلان الإلتزام التبعي (وهو الشرط الجزائي بإعتباره جزءا لا يتجزأ من العقد الأصلي).

إنّ سقوط الإلتزام الأصلي لإستحالة تنفيذه مثلا، يترتب على ذلك سقوط الشرط الجزائي بالتبعية، وفي حالة فسخ العقد الذي أنشأ الإلتزام الأصلي وإنقضاء إلتزام المدين، فإن الشرط الجزائي ينقضي بدوره، وكذلك إذا كان الإلتزام الأصلي موصوفا، كما لو كان معلقا على شرط أو مضاف إلى اجل، فإن هذه الوصاف تلحق الشرط الجزائي بالتبعية، وهذا إعمالا لفكرة التابع يتبع الأصل[2].

1- **جمال خليل النشار**، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 47.

2- **بلحاج العربي**، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 224 و225.

**ثانيا: الشرط الجزائي إلتزام إحتياطي:**

بمعنى أنه تنفيذ بمقابل أي تعويض قدره الطرفان إحتياطيا فهو لا يستحق إلا بعد أن يصبح التنفيذ العيني غير ممكنا، وبعد إعذار المدين لأن الإعذار شرط أساسي لإستحقاق التعويض، ما لم يوجد نص مخالف لذلك (المادة 179 ق.م.ج).

لا ينشأ الشرط الجزائي إلتزاما جديدا بين الطرفين، فهو مجرد إتفاق تعويضي يقع على عاتق المدين في حالة عدم تنفيذه للإلتزام الأصلي أو الإخلال به فالطرفان لا يتقيدان بالشرط الجزائي طالما التنفيذ ممكن لأنه هو الأصل المادة 183 ق.م.ج.

كذلك، فالشرط الجزائي ليس إلتزامًا بدليا بمعنى إذا كان الإلتزام الأصلي ممكنا لا يستطيع المدين اللجوء إلى الشرط الجزائي كبديل.

كما انّ الشرط الجزائي ليبس تخييريا لأن الدائن لا يحق له الإختيار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما يحقق مصلحته.

لا يمكن أن يجتمع الشرط الجزائي قانونا مع التعويض لأنه بمثابة التعويض، إلا إذا قصد به التعويض عن التأخر في التنفيذ، كما انه لا يجتمع الشرط الجزائي مع التنفيذ العيني إلا إذا كان مشروطا كتعويض عن التأخر في التنفيذ[1].

**ثالثا: الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض:**

وهذه هي الصفة التعويضية للشرط الجزائي الناشئة من كون هذا التعويض إتفاقي قد تم تقديره مقدما، من طرف المتعاقدين أي قبل وقوع إخلال المدين بإلتزامه ولا يستطيع المتعاقدان التنبؤ مسبقا بمقدار الضرر المادي الفعلي أو الحقيقي الذي يصيب احدهما من جراء إخلال الطرف الآخر بتنفيذ إلتزامه أو الامتناع عنه، ومن ثم فإنه يشترط لتطبيق

1- **بلحاج العربي**، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 225و226.

الشرط الجزائي المحدد مقدما حصول الضرر ممن أخطأ، فأخل بشرط العقد المتفق عليه وحصل إعذار المقصر[1].

## الفرع الثالث

## شروط إستحقاق الشرط الجزائي

يتطلب إستحقاق الشرط الجزائي توافر مجموعة من الشروط وهي: الخطأ **(أولا)**، والضرر **(ثانيا)**، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر **(ثالثا)** وأخيرا الإعذار **(رابعا)**.

**أولا: الخطأ**

يعتبر الخطأ العقدي من جانب المدين والمتمثل في عدم تنفيده لإلتزامه، أو التأخر فيه، أحد أهم شروط استحقاق مبلغ الشرط الجزائي، ويقع على الدائن إثبات هذا الخطأ، فإذا كان المدين ملتزما بتحقيق نتيجة، فيكفي لإثبات الخطأ أن يقيم الدائن الدليل على عدم تحقيق هذه النتيجة، فيفترض الخطأ من جانب المدين، ويكون على هذا الأخير إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي.

يؤثر الخطأ، كركن من أركان المسؤولية المدنية، في حجم التعويض، فإذا كان الخطأ مشتركا بين طرفي العقد، وجب توزيع المسؤولية بنسبة خطأ كل منهما، ويؤثر على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن[2].

**ثانيا: الضرر**

إستحقاق الشرط الجزائي لابد من توافر الضرر فيعتبر كأساس الاستحقاق حيث نصت المادة 184 من ق.م.ج على ما يلي : " **لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا ثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر**".

يتمثل الضرر في الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المّساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه، فلا يكفي خطأ المدين بل لابد من وقوع ضرر للدائن وعليه إثباته،

1- **بلحاج العربي**، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 225و226.

2- **بوداود خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، ص 39 و40.

خلافا عن القواعد العامة فإن عبء الإثبات يقع على المدين لإثبات الضرر بدلا من الدائن[1].

وعليه، فالضرر هو أساس تقدير التعويض الواجب أداءه وهو يخضع لتقدير القاضي ويعتبر شرط وقوع الضرر من النظام العام لا يمكن للأطراف إستبعاد تطبيقه بشرط إتفاقي آخر يجعل الشرط الجزائي مستحقا حتى في غياب الضرر، هذا ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 184 ق.م : " **ويكون باطلا كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه**"[2].

**ثالثا: علاقة السببية بين الخطأ والضرر**

لا يكفي أن يقع خطأ من المدين وأن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر، وهذا ما نقصده بعلاقة السببية، فلا يوجد تعويض إذا إنتفت علاقة السببية بين الخطأ المرتكب من المدين والضرر الذي أصاب الدائن، كما يمكن قطع هذه العلاقة وذلك بثبوت السبب الأجنبي سواء كان قوة قاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور، في هذه الحالة يعفى المدين من التعويض المتفق عليه. وكذلك يمكن الاتفاق على تشديد المسؤولية وتحميل المدين تبعة الحادث الفجائي فيقع عبء نفي الرابطة السببية على عاتق المدين وذلك بأن الدائن لم يصبه ضرر أو أن الضرر الذي أصابه ليس ناشئا عن عدم الوفاء.

أما بالنسبة للدائن فيكفي إثبات عدم الوفاء ليصبح الشرط الجزائي واجب التطبيق[3].

**رابعا: الإعذار:**

لإستحقاق قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه، ألزم القانون الدائن بضررة إتخاذ إجراء معيّن، يتمثل في إعذار المدين من أجل مطالبته بالتنفيذ العيني للإلتزام الأصلي والإعذار في القانون المدني الجزائري شرط لا غنى عنه لإستحقاق التعويض وهو ما تقضي به المادة

1- **صاغي زينة ومقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 62 و 63.

2- **عبيد نجاة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 123.

3- **صاغي زينة ومقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 63.

179 ق.م.ج [1] وبينت المادة 180 من ق.م.ج[2] كيفية الإعذار، فالإعذار هو وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ إلتزامه، لأنه مجرد حلول أجل الإلتزام لا يكفي لجعل المدين في هذا الوضع القانوني.

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

- إذا تعذر تنفيذ الإلتزام أو إذا صار غير مجدي بفعل المدين.
- إذا كان محل الإلتزام تعويض ترتب عن عمل غير مشروع.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد تنفيذ إلتزامه.
- إذا كان محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك[3].

## المطلب الثاني

## مظاهر تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي.

المبدأ هو أن القاضي يحكم بالشرط الجزائي المتفق بين الأطراف المتعاقدة دون زيادة ولا نقصان في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزامه ولحق الدائن أضرار نتيجة ذلك ولكن يمكن مراقبة وتعديل الشرط الجزائي إما بالزيادة أو التخفيض بموجب سلطة ممنوحة للقاضي

1- تنص المادة 179 من ق.م.ج على أنّه: " **لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك**".

2- تنص المادة 180 من ق.م.ج على أنّه: " **يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الانذار و يجوز أن يتم الاعذار 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**"

3- **بوداود خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع سابق، ص 40 و 41.

وتجدر الإشارة أن هذه السلطة مقيدة وغير مطلقة ولا يستطيع القاضي التدخل لإعادة التوازن المالي للأطراف الأبناء على طلب أحد أطراف العقد مع إثبات توافر الشروط التي يتوجب أن تكون لإجراء التعديل ولقد أحيطت سلطة القاضي في التعديل بمجموعة من الضمانات تكفل لها السيادة و الأثر.

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

## الفرع الأول

## سلطة القاضي في زيادة وتخفيض الشرط الجزائي.

يمكن أن يتدخل القاضي في مجال التعويض الاتفاقي إما عن طريق زيادته **(أولا)** أو تخفيضه **(ثانيا)**.

**أولا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:**

الأصل هو عدم جواز زيادة الشرط الجزائي[1] و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 185 من القانون المدني التي تنص على أنّه: " **إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحددة في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غش أو خطأ جسيم**".

يفهم من نص هذه المادة أنه خروجا عن الأصل العام " العقد شريعة المتعاقدين"، فإنه استثناءا توجد حالتين يمكن للقاضي أن يتدخل لزيادة الشرط الجزائي وهي ارتكاب غش من طرف المدين أو خطأ جسيم يلحق بالدائن ضررا كثيرا من التعويض المتفق عليه[2].

1- **خليل أحمد**، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مرجع سابق، ص 71.

2- **صاغي زينة، مقرى نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 68.

وعليه، فإن القاضي يزيد من مقدار التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذي وقع ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدرا في العقد ذلك أن الدائن عند اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطئه الجسيم ولا ينبغي أن يحسب هذا الحساب.

وإذا كان في الأصل أن الدائن لا يكلف بإثبات الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي ففي هذه الحالة يتعين عليه أن يثبت وقوع الضرر ومقداره حتى يتبين للقاضي أن الضرر كبير ويجاوز مقدار التعويض الاتفاقي وأن يثبت كذلك الغش أو الخطأ الجسيم[1] وتجاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي يشير إلى أن هناك ضرر غير متوقع وقت تحديد الشرط الجزائي وهذا يفترض على أنه نتج بفعل المدين لسوء نيته في تنفيذ التزامه وبالتالي يسأل عن الضرر المتوقع والغير المتوقع.

يعد تنفيذ الالتزام بسوء نية خطأ تقصيريا فللقاضي ألا يتقيد بالشرط الجزائي فله أن يحكم بتعويض إضافي لتغطية الضرر كاملا وعليه إذا عمل القاضي بالشرط الجزائي المتفق عليه في العقد فمعناه أعفى المدين من المسؤولية التقصيرية وهذا لا يجوز لمخالفة النظام العام وهذا طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 178 من ق.م.ج التي تنص "....**و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي**"[2].

يجوز التخفيف من المسؤولية قانونا لكن في حالة الخطأ العادي إلا أن القاضي لا يستطيع التخفيف من المسؤولية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم[3].

**ثانيا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:**

تتقرر سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي في حالتين:

1-أن يكون تقدير الشرط الجزائي مفرطا و مبالغا فيه.

---

1- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين و التنفيذ، مرجع سابق، ص ص 298-299.

2- **سي يوسف زاهية حورية**، "سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 10، العدد 1، د.س.ن، ص 18.

3- **صاغي زينة، مقرى نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 68.

2-التنفيذ الجزئي للالتزام.

**1-أن يكون تقدير الشرط الجزائي مفرطا ومبالغا فيه:**

إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، بحيث أن قصد المتعاقدين هو تحديد تعويض عن الضرر يصيب الدائن، فإن الشرط الجزائي يخرج عن مفهومه المقصود إذا تبين أن الضرر الذي أصابه لا يتناسب مع التقدير المرتفع المحدد في الاتفاق[1] وقد نصت على هذا المادة 02/184 من ق.م.ج كما يلي: " **يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا**".

يستخلص من هذه المادة أن للقاضي السلطة التقديرية في أن يتدخل في تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه وهي مسألة جوازية له أن يقبل أو أن يرفض بصريح العبارة ( يجوز) لكن لم يحدد معيار المبالغة و لا طريقة تخفيضها[2].

إنّ عدم وجود أي ضوابط يسترشد إليها القاضي لإجراء التخفيض يدفعنا إلى القول أن القاضي حر في تقرير كيفية التخفيض، وباستقراء نص المادة 184 ق.م.ج تكون طريقة التخفيض بناءا على معيار موضوعي وهو يجب التساوي بين المبلغ المحكوم به وقدر الضرر الذي وقع فعلا[3].

أما بالنسبة لتقدير المبالغة يمكن تقديره من وقت أن أصبح الشرط الجزائي مستحقا لأنه في هذه الحالة يمكن معرفة الضرر وتقديره[4].

**2- التنفيذ الجزئي للإلتزام:**

يجوز للقاضي أن يخفض التعويض الاتفاقي، إذا أثبت المدين أن الالتزام في الأصل قد نفذ في جزء منه و يتماشى هذا الحكم مع النية المشتركة للمتعاقدين حيث تتجه إلى تحديد

1- **خليل أحمد**، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مرجع سابق، ص 71.

2- **سي يوسف زاهية حورية**، "سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي"، مرجع سابق، ص12.

3- **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مرجع سابق، ص 295.

4- **سي يوسف زاهية حورية**، "سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي"، مرجع سابق، ص 12.

التعويض عن الاخلال بالالتزام برمته وعلى ذلك إذا أثبت للمدين أن الالتزام قد نفذ في جزء منه فإن للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي بقدر أهمية الأداء الذي نفذه المدين، والتخفيض في هذه الحالة جوازي للقاضي فقد لا يحكم به إذا تبين له أن ما نفذه المدين لا يلبي حاجيات الدائن[1].

## الفرع الثاني

## ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

أحيطت سلطة القاضي بمجموعة من الضمانات تتمثل في أنّ سلطة القاضي من النظام العام **(أولا)**، وعدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني **(ثانيا)**، وخضوعه لرقابة المحكمة العليا **(ثالثا)**.

**أولا: سلطة القاضي من النظام العام:**

باستقراء المادة 184 ق.م.ج نجد أن المشرع قد وضع أحكاما لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و جعلها من النظام العام[2] فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويقع باطلا كل اتفاق مخالف لهذه الأحكام، ذلك أن تقدير التعويض من اختصاص قضاة الموضوع إلا أنه يتعين عليهم ذكر مختلف العناصر القانونية التي تشكل أساس تقديرهم، لإتاحة الفرصة للمحكمة العليا لممارسة الرقابة المعهودة لها في هذا المجال[3].

**ثانيا: قاعدة عدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني:**

إذا قام المدين بتنفيذ التزامه الأصلي يكون قد حقق للدائن الغرض من التعاقد أما إذا لم ينفذ الالتزام فإن الدائن سيحصل على مبلغ الشرط الجزائي جبرا للضرر الذي لحقه من جراء عدم التنفيذ و بالتالي فإن الجمع بينهما يجعل من الشرط الجزائي عقوبة خاصة فرضها الدائن على المدين وكما أن ذلك يرتب إثراء بلا سبب لمصلحة الدائن على حساب المدين،

1- **خليل أحمد**، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مرجع سابق، ص 70.

2- **قارص بوبكر**، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2014، ص 76.

3- **بلحاج لعربي**، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 232.

ولكن ورد على هذه القاعدة[1] استثناءات فهي ليست مطلقة وهذه الاستثناءات تتمثل غالبا في حالتين هما الحالة التي يكون فيها الشرط الجزائي مقررا للتأخير في تنفيذ الإلتزام، والحالة التي يوضع فيها الشرط الجزائي لإكراه المدين على التنفيذ.

**ثالثا: رقابة المحكمة العليا:**

يتعيّن على القاضي بتسبيب قراره لأن السلطة التقديرية في اختيار الحل القانوني ليست سلطة تحكمية بل هي سلطة تمارس في إطار قانوني بالتالي إذا خرج القاضي من ممارسته لهذه السلطة عن هذا الإطار فإنه يعد مخالفا للقانون، وهنا يتعين على المحكمة العليا إعمال رقابتها، حيث من خلال رقابة التسبيب يمكن لها أن تقف على حدود ممارسة قاضي الموضوع لسلطته التقديرية، فهنا يبين القاضي أسباب حكمه وكيفية ممارسته لسلطته التقديرية وكانت هذه الأسباب شائعة فإنّه يكون قد طبق القانون[2].

1- **قارص بوبكر**، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص ص 78-80.

2- **قارص بوبكر**، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع نفسه، ص 85.

**خاتمة:**

من خلال هذه الدراسة يتضح لنا أن الأساس أو الأصل في العقود هو " مبدأ سلطان الإرادة" بحيث يبرم المتعاقدان العقد الذي يريدانه ويحددان كل تفاصيله تجسيدا لمبدأ الحرية في التعاقد.

إلا أنه ولاعتبارات العدالة ومن أجل تحقيق التوازن في هذا النوع من المعاملات رخص المشرع الجزائري للقاضي التدخل في العقود بالتعديل وذلك في حالات استثنائية نصّ عليها في القانون المدني، بحيث نجد الكثير من الأشخاص يلجأون إلى إبرام العقود وغالبا ما تكون بشروط تعسفية ممّا يجعل هذا الموضوع يكتسي أهمية بالغة في وقتنا الحالي بحيث نجد العديد من الدراسات التي تتمحور حول سلطة القاضي في تعديل العقد بما فيها مصر، فرنسا...الخ.

إنّ المشرع الجزائري رغم اعترافه "بالقوة الملزمة للعقد" من خلال المادة 106 ق.م.ج بما يوحى في ذلك حرية الطرفين المتعاقدين في إبرام العقود إلا أنّه قيّد ذلك من خلال منح القاضي السلطة التقديرية في تعديل العقد متى كانت الشروط متاحة.

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

يكمن الهدف من السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه وذلك في حالة الظروف الطارئة والشرط الجزائي في تخفيف التوازن المالي للعقد من خلال تساوي التزامات الأطراف و بالتالي منع تحمل الضرر من طرف على حساب طرف آخر.

من خلال النتائج السالفة الذكر وما ورد من خلال الدراسة يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

- الهدف من تدخل القاضي في مرحلة انعقاد العقد وتنفيذه هو إعادة التوازن المالي له وبالتالي لابد من تجاوز الحالات الاستثنائية المفروضة لتدخله لتشمل جميع العقود والتوسيع من سلطاته ذلك أن عدم السماح للقاضي في التدخل في العقد خارج الحالات المذكورة في القانون لا يعني ذلك غياب التعسف وعدم اختلال الالتزامات التعاقدية.
- معالجة المنظومة القانونية و ذلك بوضع قوانين تحارب العمل وتمنعه في العقود التي تحتوي شروط تعسفية سواء كان هذا العمل فرديا أو جماعيا.
- إمكانية اللجوء للقضاء ضد أي شخص طبيعي أو معنوي الذي تتضمن عقوده شروط تعسفية وضد كل متعاقد أو عامل يقبل العمل في ظل تلك الشروط التعسفية.
- توسيع سلطات القاضي في الاجتهاد والبحث على الحلول عادلة ومنصفة التي يراها مناسبة بعيدا عن القيود التي تفرضها المواد ولكن تحت رقابة المحكمة العليا ضد أي حكم يخالف القانون.
- اعتبار إلزامية تعديل العقد من النظام العام وإلغاء حرية القاضي في قبول أو رفض الحكم بالتعديل.
- تطبيق مبدأ الشفافية في إبرام العقود و تنفيذها بحسن النية.
- الطيش البيّن والهوى الجامع كحالات الطرف المغبون في العقد غير كافية مما يستلزم البحث عن حالات أخرى.

ونخلص إلى أنّ القاضي وراء فرض سلطته في تعديل العقد سعيا منه على إبقائه، ولكي تستقر المعاملات وحماية العقد من الفسخ أو الإبطال ويكون العقد جدير بالاحترام عندما يكون خاليا من التعسف.

## قائمة المراجع

**باللغة العربية:**

**أولا: الكتب:**


1- **أسامة أنوار**، القانون المدني رقم 131 لسنة 1948 وفقا لآخر تعديلات معلقا على مواده لأحكام محكمة النقض، دار العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2019.

2-**آنس محمد عبد الغفار**، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان دار الكتب القانونية، مطابع شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2013.

3- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

4- ـــــــــــــ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2015.

5- ـــــــــــــ، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015.

6-**بن شيوخ الرشيد**، دروس في النظرية العامة للإلتزام، دار الخلدونية، الجزائر، 2012.

7-**جمال خليل النشار**، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

8- **دربال عبد الرزاق**، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

9- **زكريا سيرايش**، الوجيز في مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2014.

10- **زهدي يكن**، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء الرابع، (د.د.ن)، بيروت، (د.س.ن)

11- **عبد الرحمان الشرقاوي**، دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي، د.د.ن، المغرب، 2002.

12- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

13- **علي علي سليمان، النظرية** العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د.س.ن.

14- **علي فيلالي**، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعة، الجزائر، 2014.

15- **فهد مبارك الهاجري**، العقود الإدارية عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.

16- **لعشب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

17- **محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول، دار الكتاب الحديث، 2003.

**ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية**

**أ- رسائل الدكتوراه:**

1-**دالي بشير**، دور القاضي في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

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

**ب- مذكرات الماجستير:**

1. **تواتي محمد**، سلطة القاضي في العقد الذي يتضمن حالة الاستغلال، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
2. **صالح نصار عبد الله منصوري**، نظرية الظروف الطارئة وأثرها لتوازن الاقتصادي للعقد، أطروحة لنيل درجة الماجستير، كلية القانون، قسم القانون الخاص، الإمارات، 2017
3. **عبيد نجاة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أبي بكر بلقايد، تلمسان 2016.
4. **قارص بوبكر**، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2014.
5. **معوش رضا**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

**ج- مذكرات الماستر:**

1-**بلعجات قوقو، بكرار نجمة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015.

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

3-**حامة وسام، كروان صارة،** حماية الطرف المغبون في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015.

4-**خليل أحمد،** دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2016.

5- **دحمون أنسية، بوزيد لويزة،** حدود القوة الملزمة للعقد (الظرف الطارئ، الشرط التعسفي)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وز، د.س.ن.

6- **سعيدي عبد القادر**، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2016.

7- **صاري زينة، مقري نسيمة،** سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014.

8-**عواد خولة،** حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2014.

9-**فندق عبد الله،** نظرية الظروف الطارئة في قانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018.

**ثالثا: المقالات**


1-**أمال بوهنتالة، سلوى قداش،** "سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن لعقود الإستهلاك"، مجلة الإجتهاد القضائي، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد الرابع عشر، أفريل 2017، (ص ص 248-260).

2-**الشريف بحماوي، "سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية-دراسة مقارنة"**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد الثاني، جوان 2014، (ص ص 98-112)

3-**جيلالي بن عيسي،** " نظرية الظروف الطارئة في ظل إختلال الالتزامات التعاقدية، مجلد المعيار، مجلد التاسع، العدد 02، 2018، (ص ص 129-144).

4-**سي يوسف زاهية حورية،** سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 10، العدد 1، (ص ص 7-19)

5-**محمد الأمين نويري، لخضاري عبد الحق، "النظام القانوني للجنة البنود التعسفية في ظل المرسوم التنفيذي 06- 306"**، مجلة الإجتهاد القضائي، ( العدد التسلسلي22)، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 12،عدد خاص، 2020، (ص ص 610-620)

6-**نور الهدى كرميش، "الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري"**، مجلة الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 17، العدد1، 2020، (ص ص 153-165)

7- **لعوامري وليد،** الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري، الجزائر، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 3، العدد 5، 2014، (ص ص 255-288)

**رابعا: النصوص القانونية:**

**أ- النصوص التشريعية:**

1-أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتّمم.

2-قانون رقم 88-14 مؤرخ في 3 مايو 1988، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 18، الصادر في 04 مايو 1988، معدل ومتمم.

3-قانون رقم 04- 02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على ممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج عدد 41، صادر في 27 يونيو 2004، معدل ومتمم.

4-قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني. ج.ر.ج.ج عدد 44، صادر في 26 يونيو 2005.

5-قانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج عدد 15، صادر بتاريخ 08 مارس 2009.

**ب- النصوص التنظيمية:**

1-مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 30 يناير 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر.ج.ج عدد 05، صادر في 31 يناير 1990، معدّل ومتمّم

2- مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد عناصر الأساسية للعقود المبرمة بين أعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ج.ج عدد 56، صادر في 11 سبتمبر 2006.

3-مرسوم تنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 03 فبراير 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ج.ج عدد 07، صادر في 10 فبراير 2008.

الفهرس

مقدمة.....02

**الفصل الأول: تدخل القاضي في مرحلة إنعقاد العقد المدني**.....05

**المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد المعيب بالغبن والاستغلال**.....06

المطلب الأول: تدخل القاضي لحماية الطرف المغبون.....06

الفرع الأول: مفهوم الغبن.....07

أولا: تعريف الغبن.....07

ثانيا: خصائص الغبن.....08

ثالثا: حالات الغبن.....10

الفرع الثاني: تدّخل القاضي لرفع الغبن.....13

أولا: الشروط الواجب توافرها للطعن بالغبن في بيع العقار.....13

ثانيا: جزاء الطعن بالغبن في بيع العقار.....16

المطلب الثاني: تدخل القاضي لحماية الطرف المستغل.....18

الفرع الأول: مفهوم الاستغلال.....19

أولا: تعريف الاستغلال.....19

ثانيا: عناصر الاستغلال.....20

ثالثا: شروط الاستغلال.....22

رابعا: مجال الاستغلال.....23

الفرع الثاني: تدخل القاضي لرفع الاستغلال.....25
أولا: حالات تدخل القاضي لرفع الغبن الاستغلالي.....25
ثانيا: معايير ممارسة القاضي سلطته التقديرية.....27
**المبحث الثاني: سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية**.....29
المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي.....29
الفرع الأول: مضمون الشرط التعسفي.....30
أولا: تعريف الشرط التعسفي.....30
ثانيا:عناصر الشرط التعسفي.....32
ثالثا: معايير تقدير الشروط التعسفية.....34
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الشرط التعسفي.....35
أوّلا: تعريف لجنة الشروط التعسفية.....35
ثانيا: تشكيلة لجنة البنود التعسفية.....36
ثالثا: إختصاصات لجنة الشروط التعسفية.....36
المطلب الثاني: دور القاضي في مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان.....38
الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان.....38
أولا: تعريف عقد الإذعان.....39
ثانيا: خصائص عقد الإذعان.....40
ثالثا: طبيعة عقود الإذعان.....42

الفرع الثاني: تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقد الإذعان.....43

أولا: معيار التعسف في عقد الإذعان.....44

ثانيا: صور تدخل القاضي في عقد الإذعان.....45

**الفصل الثاني: تدخل القضاء في مرحلة تنفيذ العقد المدني**.....48

**المبحث الأول: سلطة القاضي في ظل نظرية الظروف الطارئة**.....49

المطلب الأول: سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....49

الفرع الأول: المقصود بنظرية الظروف الطارئة.....50

أولا: تعريف الظرف الطارئ.....50

ثانيا: تمييز الظرف الطارئ عن القوة القاهرة والحادث المفاجئ.....51

ثالثا: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة.....53

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....54

أولا: أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه.....54

ثانيا: أن يطرأ حادث إستثنائي عقب إبرام العقد.....55

ثالثا: أن يكون الحادث غير ممكن توقعه.....55

رابعا: أن يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا لا مستحيلا.....55

الفرع الثالث: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....56

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في حالة الظروف الطارئة.....57

الفرع الأول: الضوابط التي يستند عليها القاضي لرد الالتزام المرهق.....57

أولا: مراعاة القاضي للظروف المحيطة.....57

ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين.....58

ثالثا: مدى إمكانية الحكم بالفسخ.....58

رابعا: مدى جواز استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....59

الفرع الثاني: صور تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق.....60

أولا: إنقاص الالتزامات المرهقة.....60

ثانيا: زيادة الالتزام المقابل.....61

ثالثا: إيقاف تنفيذ الالتزام.....62

**المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل تقدير التعويض الاتفاقي**.....63

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي.....63

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي.....63

أولا: التعريف التشريعي.....63

ثانيا: التعريف الفقهي.....64

الفرع الثاني: خصائص الشرط الجزائي.....65

أولا: الشرط الجزائي إلتزام تبعي.....65

ثانيا: الشرط الجزائي إلتزام إحتياطي.....66

ثالثا: الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض.....66

الفرع الثالث: شروط إستحقاق الشرط الجزائي.....67

أولا: الخطأ.....67

ثانيا: الضرر.....67

ثالثا: علاقة السببية بين الخطأ والضرر.....68

رابعا: الإعذار.....68

المطلب الثاني: مظاهر تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي.....69

الفرع الأول: سلطة القاضي في زيادة وتخفيض الشرط الجزائي.....70

أولا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.....70

ثانيا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي.....71

الفرع الثاني: ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.....73

أولا: سلطة القاضي من النظام العام.....73

ثانيا: قاعدة عدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني.....73

ثالثا: رقابة المحكمة العليا.....74

خاتمة.....75

قائمة المراجع.....77

الفهرس.....83

## ملخص

حسب القاعدة المعروفة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تبناها المشرع الجزائري في نص المادة 106 من القانون المدني "**العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الأطراف أو لأسباب يقررها القانون**"، غير أن هذا المبدأ ما لبث وأن إنتكس وتراجع تأثيره بشكل لافت بعد تغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية في القرن العشرين مما أدى إلى تقليص حرية الإرادة وتكمن أهمية تقليص مبدأ حرية الإرادة من حيث أن العقد يمكن أن تطرأ عليه ظروف مغايرة تحول دون إستمراره حسب ما إتفق عليه سابق، مما يستلزم تدخل القاضي سواء في مرحلة إنعقاد العقد بسبب الغبن أو الاستغلال، وأيضا عندما يتضمن العقد شرطا تعسفيا أو في مرحلة تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة أو تعديلا للشرط الجزائي كل هذا من أجل تعديل العقد ورفع الضرر عن الطرف الضعيف وتنفيذ العقد على أكمل وجه.



**الكلمات الدالة:**

**سلطة القاضي، الغبن، الاستغلال، الشرط التعسفي، عقد الاذعان، الظرف الطارء، الشرط الجزائي،**