جامعة مولود معمري – تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

القاضي والعقد

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص :القانون الخاص

إعداد الطالبة :

– أسانون ليلية

إشراف الأستاذ:

د/ بوخرس بلعيد .

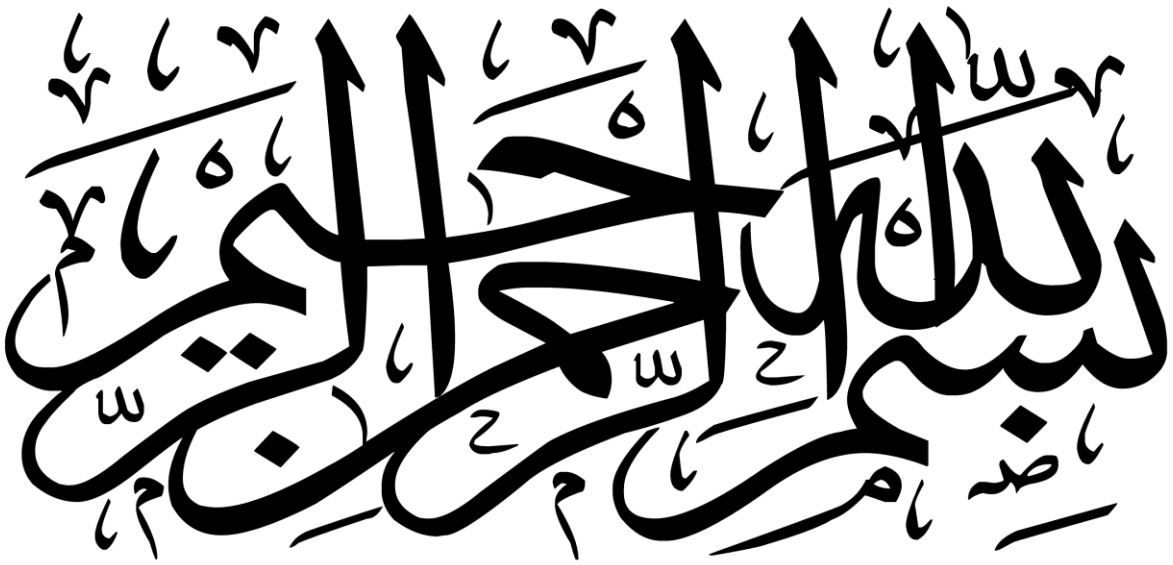
لجنة المناقشة:

د– سليماني حميدة، أستاذة محاضرة "أ"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،.....رئيسة.

د– بوخرس بلعيد، أستاذ محاضر "أ" ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري،تيزي وزو،.....مشرفاً ومقرراً.

أ– سايكي وزنة، أستاذة مساعدة "أ"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة.

تاريخ المناقشة: 2023/10/05


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الحمد لله و الشكر على توفيقه و إنعامه علي بإتمام هذا العمل المتواضع، و أفضل الصلاة و أزكى التسليم على حبيبه و خليله من خلقه محمد إبن عبد الله، ثم أما بعد.

أتقدم بكلمات الشكر و العرفان لكل من ساهم في تكويني القانوني، و صحح عثراتي في مجال دراستي، إلى أساتذتي الأفاضل، و أخص بالذكر الأستاذ المشرف الدكتور " **بوخرس بلعيد** " الذي لم يبخل علي بإرشاداته و نصائحه القيمة التي ساهمت في إثراء موضوع دراستي.

كما اتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم تقييم و مناقشة هذا العمل المتواضع و إبداء ملاحظاتهم بهدف إثراء هذا العمل .

و الشكر موصول كذلك إلى كل من مد يد العون لي، و بذل جهدا في مساعدتي على تخطي ما واجهته خلال فترة إعدادي لهذه المذكرة.

الإهداء

إلى من حقق الأمان ملاذا وأسكن الصبر على المتاعب، فيتحول إلى متعة ونصر إلى " أبي «أطال الله في عمره.

إلى من كان الجود منها ولها في حب الحياة " أمي الغالية " حفظها الله وأطال الله في عمرها.

إلى من شاركني متاعب البحث ووقف إلى جانبي في أصعب الأوقات " زوجي " أطال الله في عمره.

إلى إبنتي قرة عيني ورفيقة دربي " ليبا " أدامها الله لي.

إلى إخوتي الثلاثة حفظهم الله وأطال في عمرهم.

إلى أختي " كاميلية " أدامها الله لي نبعا صافيا أمحو به كدر الأيام.

إلى جميع الزملاء والأصدقاء وإلى كل من ساعدني خلال فترة إنجازي لهذا البحث من قريب أو من بعيد.

إلى جميع الأساتذة الكرام الذين رافقوني طوال مشواري الدراسي وقدموا لى يد المساعدة.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

قائمة أهم المختصرات

ق. م.ج	: القانون المدني الجزائري
ق. ت.ج	: القانون التجاري الجزائري
ق. إ م إ	: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
ج. ر.ج .ج	: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
ص	: صفحة
د.س.ن	: دون سنة النشر
ق.م.ف	القانون المدني الفرنسي
ص.ص	من صفحة الى صفحة

مقدمة:

تتحقق العدالة العقدية من سعي القانون لها، ولا تكون هذه الغاية إلا إذا كانت النظريات التي يستنبط منها القواعد المكونة له تساير حاجيات الأفراد الإجتماعية والإقتصادية التي تنص عليها، و لكون هذه الحاجيات تتغير عبر الزمان، هذا ما جعل القانون أن يكون مسايرته لها مواكبة في جميع تغيراتها.

إنّ الميزة الأساسية التي تتميز بها الحياة الإجتماعية والإقتصادية، هي ضرورة التعاون الذي يسلك مسلك التبادل، الذي يعتبر هذا الأخير منشأ لنظام العقد، وهو كأقدم رابطة إجتماعية تعبر عن التعاون بين الأفراد داخل المجتمع الواحد، وهذا من أعظم ما إبتدعه الفكر البشري من أدوات للتعامل، وبذلك يعتبر العقد أهم مصدر من مصادر الإلتزام كونه أداة قانونية يستحيل الإستغناء عنه، لتنظيم مختلف العلاقات العقدية بين الأطراف المنشأة له، كما إستطاع بفضله أن يهتدي إلى أنظمة متطورة في تداول السلع والخدمات وإقامة مختلف العلاقات سواء التجارية والإقتصادية والمالية منها على نطاق العالم بأسره و مصدرا لتحقيق الإلتزامات المتبادلة بين أطراف العلاقة العقدية، ووسيلة من وسائل التفاهم والتعايش السلمي تحت مظلة القانون، وحماية لهم ولحقوقهم جميعا.

من بين وسائل القانون التي يعتمد عليها الأفراد لتلبية مختلف حاجياتهم اليومية " العقد "، إذ أنه بالرغم من تعدد العقود وتنوعها، إلا أنّها تشترك في إعتبارها إتفاق بين إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وهو ما تضمنته **المادة 54، من قانون المدني الجزائري**، على: " **العقد إتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما** "[1]، فإن صحة الشروط والأركان التي يتطلبها القانون ينشأ العقد صحيحا وفقا لها، ما يجعله تترتب عليه آثار قانونية ملزمة لكلا أطراف العلاقة التعاقدية، بحيث يصبح المتعاقدين خاضعين لقوة العقد، وما يرتبه من إلتزامات تعاقدية، ما دامت الرابطة العقدية موجودة، ولا تزال قائمة بين أطراف العقد.

[1] – أمر رقم 75– 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمم.

يعتمد العقد على مبدأ سلطان الإرادة، ويعني ذلك أن للمتعاقدين الحرية المطلقة في إبرام العقود، وتحديد الإلتزامات التعاقدية، ويتم ذلك بتضمين العقد بما شاءوا من بنود وشروط، سواء تعلق الأمر بموضوع الإلتزام أو كيفيات وآجال تنفيذه، على إعتبار أنه لا أحد يراعي التوازن العقدي أكثر من المتعاقد ذاته فالقاعدة الجوهرية هي حرية التعاقد، أي لا يمكن نقض العقد أو تعديله إلا بإتفاق أطراف العلاقة العقدية، أو للأسباب التي يقررها القانون، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص **المادة 106 من ق.م.ج**، والتي تنص على ما يلي: " **العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون** "، وأكدت المادة أن تعديل العقد يعتبر وسيلة من الوسائل الممنوحة للأطراف أصلا والمشرع إستثناءا لإعادة تنظيم العقد وضمان توازنه الإقتصادي فيمكن للأطراف التدخل لحماية مصالحهم المشتركة من خلال عملية التعديل أثناء إبرام العقد في صورة إتفاق مسبق، أو في صورة بند يضمنها ذلك العقد.

إن البحث في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة أدى إلى ظهور نتائج سلبية وخطيرة على إستقرار المعاملات التي نذكر منها إستغلال القوي للضعيف، وجعل أطراف العلاقة العقدية الضعفاء منهم تحت رحمة الأقوياء، كذلك تقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة وكذلك تضارب المصالح في غالب الأحيان بين الأفراد، وذلك سعيا لتحقيق قدر أكبر من مصالحهم حتى ولو كان ذلك على حساب الطرف الأخر وعلى حساب خسارة الأخير وهذه السلبيات تؤدي إلى عدم التوازن في الأداءات التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة، مما نتج عنها عدة قيود تحد من هذا المبدأ وردت على شكل إستثناءات عن القاعدة العامة في مجال العقود المدنية خاصة، فمنها ما ورد في القانون المدني الجزائري بإعتباره الشريعة العامة لتنظيم مختلف العلاقات العقدية.

وبالنظر إلى تعدد الظروف والتغيرات الطارئة إحتاجت التشريعات اللجوء إلى وسائل إستثنائية عن طريق منح القاضي سلطة تعديل العقد، وذلك لإعتبارات متعلقة بالعدالة التعاقدية وحسن سير المعاملات سواء في مرحلة إنشائه بسبب الغبن والإستغلال، وكذلك عقود الإذعان متى تضمن بنود تعسفية، أو في حالة تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة والتعويض الإتفاقي كذلك الأجل القضائي، كل هذه الحالات تستدعي التدخل القضائي

لغرض فرض القاضي سلطته من أجل دفع الضرر عن المتعاقدين، وحسن سير العقد وتنفيذه بما يؤدي إلى توازن الإلتزامات ومنافع طرفيه.

تتعدد الإشكالات التي يواجهها العقد سواء في مرحلة تكوينه أو تنفيذه، تحول دون تنفيذه على النحو الذي تم الإتفاق عليه، مما قد يخلق نزاعا بشأنه يستدعي اللجوء إلى القضاء لإيجاد حلا له، وأمام تراجع إلزامية مبدأ سلطان الإرادة، أقر المشرع الجزائري سلطة للقاضي للتدخل في جميع مراحل العقد، وإعترف له من خلالها بعدة أدوار في نطاقه، ذلك من أجل تحقيق التوازن العقدي، وفي هذا الإطار نطرح الإشكالية التالية: " **فيما تكمن السلطات الممنوحة للقاضي من أجل تعديل العقد في مرحلتي الإنشاء والتنفيذ** ؟ ".

للإجابة عن هذه الإشكالية إعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي، كونّه المناسب لهذا النوع من الدراسة، بحيث يمكننا من تحليل بعض النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع.

وعليه، إعتمدنا التقسيم الثنائي، بالتطرق إلى سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد **(الفصل الأول)**، ثم إلى سلطته في مرحلة التنفيذ **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد

تحكم العلاقة العقدية في الأصل إرادة المتعاقدين من كل الجوانب، ولا يمكن لإرادة خارجة عن إرادة الطرفين التدخل فيها، غير أنه كإستثناء أقرّ المشرع الجزائري للقاضي التدخل في بعض المسائل التي تعجز إرادتهما إحتوائها.

يلعب القاضي دورا إيجابيا بحيث أصبح من سلطته التدخل في معاملات الأفراد ومراجعتها وتعديلها، فلم يكن دوره وليد صدفة وإنما يعود ذلك إلى الفلسفة والقانون فكان نتيجة لصراع الإنسان في بحثه عن العدالة والحرية معا.

فأصبح القاضي يتدخل كلما وجد ميزان العدالة مختلا ليعيد إلى العقود توازنها و صحتها، مما يجعل له دور وقائي في مرحلة تكوين العقد، فمنح له القانون سلطة لتعديل العقد و تحديد مضمونه والتي تجعل المتعاقدين يراعيان التوازن في عقدهما.

يتطلب تبيان دور القاضي في مرحلة تكوين العقد تحديد سلطته في مرحلة الإبرام **(المبحث الأول)**، ثم في مرحلة تحديد مضونه **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

سلطة القاضي في مرحلة إبرام العقد

يحكم العلاقة العقدية في الأصل إرادة المتعاقدين من كل الجوانب، ولا يمكن لإرادة خارجة عن إرادة الطرفين التدخل فيها، غير أنه كإستثناء أقرّ المشرع الجزائري للقاضي التدخل في بعض المسائل التي تعجز إرادتهما إحتوائها.

يعتبر العقد والقاضي عنصران متلازمان لكنهما في بعض الأحيان يتعارضان وهذا التعارض ناتج عن إمكانية تدخل القاضي في العقد ليأثر بذلك على القوة الملزمة والحرية التعاقدية.

عالج المشرع الجزائري الجزائري هذا الإختلال في المادة **90 من القانون المدني الجزائري**، وتناول فيه الغبن والإستغلال كمظاهر لإختلال التوازن العقدي، ومنح السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والإستغلال **(المطلب الأول)** وسلطة القاضي في مرحلة تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

سلطة القاضي في حالة إختلال التوازن العقدي بسبب الغبن و الإستغلال

يعتبر الرضا ركن جوهري في العقد، إذ يشترط لصحته أن يكون خاليا من عيوب الإرادة التي من شأنها التأثير في المراكز القانونية للمتعاقدين، فمن الواضح أنه لا يمكن أن تتساوي جميع إلتزامات المتعاقدين في العقد، لكن في نفس الوقت هذا لا يعني أن يكون هناك تفاوت بينهما بدرجة تؤدي إلى إختلال التوازن العقدي، ولتوقي هذا الأخير تكون للقاضي إمكانية التدخل في مرحلة إنشاء العقد ورفع الإختلال الموجود فيه مع مرعاة مصلحة الطرفين.

يعتبر الغبن والإستغلال من أكثر العيوب شيوعا في المعاملات التعاقدية وتعد ميدانا واسعا للمناقشة وإختلاف وجهات النظر، وأخذ المشرع الجزائري بالغبن والإستغلال في نص

المادتين **90**[1] **و 91**[2] **من القانون المدني الجزائري**، بالإضافة إلى بعض نصوص القوانين الخاصة.

لابد من توضيح سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن**(الفرع الأول)**، ثم بسبب الإستغلال **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

تدخل المشرع لتنظيم العلاقة التعاقدية متوخيا في ذلك إحترام حرية الأطراف من جهة، وإعادة التوازن في العقد الذي إختل نتيجة التفاوت الكبير بين إلتزامات المتعاقدين وما نتج عنه من غبن من جهة أخرى **(أولا)**، كما منح للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد رفعا لهذا الغبن **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم الغبن

1/ تعريف الغبن:

أ/ لغة:

يعد الغبن المظهر المادي للإستغلال، و يمكن تعريفه بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد و ما يأخذه[1]، والغبن لغة هو النقص[2].

---

[1]– تنص المادة 90، من القانون المدني الجزائري على 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 الأخر، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جاما، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص إلتزامات هذا المتعاقد.**

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

و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الأخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن ".

[2] – تنص المادة 90، من نفس القانون على ما يلي: " **يراعي في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود ".**

ب/ إصطلاحا:

أما إصطلاحا فعرف على أنّه عدم تساوي أحد العوضين في عقود المعاوضة بالأخر بأن يكون أقل أو أكثر قيمة، وعليه نجد أن مصلحة أحد الطرفين تطغى على مصلحة المتعاقد الأخر، بحيث ينعدم التوازن بين ما يؤخذ وما يعطى[3].

عرفت 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 الأخر، كما أطلق المشرع الجزائري على ضحية الإستغلال وصف المغبون[4]، والتي جاء محتواها كما يلي: " **إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد المغبون من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الأخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص إلتزامات هذا المتعاقد**"[5].

2/ خصائص الغبن:

و من خلال التعاريف المذكورة يتضح لنا أن للغبن خصائص والتي نقوم بذكرها كالتالي:

---

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 386.

[2] – أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، 2005، ص 73.

[3] – بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة و القانون، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011، ص 95.

[4] – عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية – أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 17.

[5] – قانون رقم 05–10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 75–58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 44، صادر في 26 جوان 2005.

أ/ لا وجود للغبن إلا في العقود المعاوضة المحدّدة:

يحصر القانون الغبن في حالات معينة ومحددة في بيع العقار، وهذا بالغبن الفاحش أو القسمة الرضائية، وينفي عقود التبرع بمفهوم المخالفة.

يرى الأستاذ " **السنهوري** " أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الإحتمالية، أما عقود المعاوضة الإحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن، لأنّ عقود المعاوضة غير الإحتمالية في طبيعتها تقضي بوقوع على أحد المتعاقدين ولا يأخذ، فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى.

ب/ الغبن يقدر بمعيار مادي:

يحدد القانون وفق للمعايير المادية والأرقام الثابتة هذا التفاوت، إذ توافرت في العقد ينتج إختلال التوازن العقدي، كحالة الغبن في بيع العقار، إذا تم بيعه بغبن يزيد عن **الخمس (1/5)**، ولإثبات الغبن يتم بإقامة الدليل على عدم التعادل المادي.

ج/ الغبن يقدر عند وقت إبرام العقد:

يقدر الغبن في حال تمام العقد، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت، ولا عبرة بتغير القيم فيما بعد.

وهذا ما تم تأكيده من طرف الأستاذ " **السنهوري** "، فإن الغبن يقدر وقت تمام العقد، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت، ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك[1].

[1] – أيت طيب سوهيلة، وادة ليدية، التدخل القضائي في مجال العقد المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2020، ص 08 و 09.

3/ شروط الغبن:

أ/ الغبن يرد على عقود المعاوضة:

لا يمكن تصور الغبن إلا في عقود المعاوضة الملزم لجانبين كعقد البيع، ولا وجود للغبن في عقود التبرع، كما يشترط أن يكون العقد محدد القيمة بحيث يجب أن تكون إلتزامات الطرفين محددة القيمة عند إبرام العقد.

ب/ لا يجب أن يكون العقد المبرم عن طريق المزايدة أو المناقصة:

كما يجب أن لا يكون العقد قد تم عن طريق المزايدة أو المناقصة وفقا لما يقضي به القانون، كحالة بيع أموال المدين جبرا للوفاء بما عليه من ديون، ويشترط أيضا أن يكون الغبن فاحشا، إذ يعتبر كذلك إذا زاد عن الخمس.

ج/ أن لا يكون الغبن فاحش:

إذا توافرت الشروط السالفة الذكر يستطيع الطرف المغبون أن يطلب تعديل العقد بما يزيح عنه الغبن[1].

4/ الحالات التي يجوز الطعن فيها بالغبن:

سلط المشرع الجزائري الضوء على الحالات التي يجوز فيها للقاضي ممارسة سلطته للتدخل وتعديل العقد لرفع الغبن في نصوص القانون المدني، ولا يمكن تصور مكان للغبن إلا في عقود المعاوضة، فطبيعتها تستدعي وقوعه على الأطراف ولا يمكن تصوره في عقود التبرع[2]، وسوف نستعرض هذه الحالات كما يلي:

[1] – سعدان كهينة، أيقي فاطمة الزهراء، دور القاضي في مجال العقد المدني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة– بجاية، 2020، ص 10.

[2] – محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة و النشر، الجزائر، 2002، ص 92 و 93.

أ/ الغبن في بيع العقار:

يحتل عقد البيع مكانة وأهمية أساسية بإعتباره من أقدم العقود المسماة، منح له المشرع الجزائري أهمية بالغة والذي نظم أحكامه في الفصل الأول من الباب السابع المعنون " **العقود المتعلقة بالملكية** " **من المادة 351** إلى نص **المادة 412 ق.م.ج.**

نصت **المادة 358 ق.م.ج** على ما يلي: " **إذا بيع عقار بغبن يزيد عن خمس (5/1) فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (5/4) ثمن المثل.**

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس (5/1) أن يقوّم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

أكدت كذلك **المادة 360 ق.م.ج** في نصها على أنّه: "**لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون** ".

بإستقراء نص المادتين السالفتي الذكر، يتضح لنا أن المشرع الجزائري وضع عدة شروط حتى يمكن أن يعتد بوجود الغبن في بيع العقار، فيجب أن يرد البيع على عقار وأن يكون العقد رسميا[1].

وكذلك ذهبت المحكمة العليا في إجتهادها إلى أنه: " **لا يعد عقد البيع المحرر أمام الموثق عقدا صوريا لمجرد حصول بيع بالغبن** "[2].

كما يجب أن تزيد قيمة الغبن عن الخمس **(5/1)** وأن البيع لم يتم عن طريق المزاد العلني.

---

[1] – نصت المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج على ما يلي: " **زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية...**".

[2] – قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0771640، مؤرخ في 09 جوان 2013، **مجلة المحكمة العليا**، العدد الثاني لسنة 2013، ص 307.

ب/ عقد القسمة الرضائية:

تعتبر القسمة طريق لإنهاء حالة الشيوع، أين يقسم المال الشائع إلى عدة حصص و يستقيل كل شريك بحصة ما[1]، ولقد نصت **المادة 732 ق.م.ج** على ما يلي: " **يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس (5/1)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة**".

للقول أن هناك وجود للغبن في عقد القسمة الرضائية يجب وفقا لنص المادة أن تكون القسمة رضائية وصحيحة، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا[2]، وأن يكون الغبن الذي مس أحد المتقاسمين يزيد عن الخمس، ويخضع تقدير الغبن إلى تقدير قيمة الشيء وقت القسمة.

وهذه حالات إستثنائية حددها المشرع الجزائري في القانون المدني، لكن هذا لا يعني أن المشرع لم يذكر حالات أخرى[3]، بل نص عليها في عدة قوانين خاصة كعقد إستغلال حق المؤلف في نص **المادة 66 من الأمر رقم 03-05** على ما يلي: " **يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه**"[4]، وعقد الإنقاذ البحري.

لكن بما أن بحثنا أساسه القانون المدني الجزائري، إرتكزت دراستنا على الحالتين المذكورتين أعلاه.

ثانيا: دور القاضي في رفع الغبن

[1] – طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين و التنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه، الطور الثالث في الحقوق، قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص 146.

[2] – قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 446655، مؤرخ في 2008/12/24، **مجلة المحكمة العليا**، العدد الثاني لسنة 2009، ص 137.

[3] – علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001، ص 212.

[4] – أمر رقم 03-05، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، ج.ر عدد 14، مؤرخ في 23 يوليو 2003.

يتميز الغبن بالأمر الأكثر وقوعا أثناء إبرام العقد، ويتضح ذلك من خلال التفاوت بين قيمة الإلتزامات المتقابلة للطرفين، وهذا هو الدافع الأساسي الذي يؤدي بالطرف المغبون إلى رفع الأمر أمام القضاء حتى يزيل عنه صفة الغبن.

تتعدد الأثار التي تترتب على تحقق الغبن في العقد بتعدد حالاته[1]، لذا فإن تدخل القاضي يختلف من حالة لأخرى، فقد يتدخل لتعديل العقد بموجب دعوى تكملة الثمن أو نقض القسمة إذا تعلق الأمر بعقد قسمة.

1/ دعوى تكملة الثمن:

يرفع البائع دعوى تكملة الثمن متى توفرت الشروط خلال مدة ثلاث سنوات من يوم إنعقاد البيع، وهذا ما نصت عليه **المادة 359 من ق.م.ج** على: " **تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا إنقضت ثلاث سنوات من يوم إنعقاد البيع**".

كما أقر القانون الحق في رفع دعوى التكملة للبائع دون المشتري وفقا لنص **المادة 1/358** والتي تنص على ما يلي: " **إذا بيع عقار بغبن يزيد عن خمس (5/1) فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (5/4) ثمن المثل**"، وهو مقرر للبائع البالغ سن الرشد، أما إذا كان البائع ناقص الأهلية يكون لوليه أو الوصي الخيار بين طلب إبطال البيع أو إجازة العقد مع تكملة الثمن[2].

جاز للقاضي الحكم بفسخ العقد بطلب من البائع، يكون ذلك في حالة عدم قيام المشتري بالتكملة الثمن، لتعاد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد[3].

2/ دعوى نقض القسمة:

يكون الغبن في حالة القسمة الإتفاقية[1]، وهو حق مخول للشريك الذي لحقه غبن جراء القسمة وفقا لما جاءت به نص **المادة 1/732 من ق.م.ج**، يجب تقدير المال الشائع محل

[1] – طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 159.

[2] – طبيب فايزة، المرجع نفسه، ص 159.

[3] – خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في القانون المدني، مصادر الإلتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 168.

القسمة وتقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال لمعرفة إن وجد غبن في القسمة، ويتم هذا التقدير عن طريق خبير عند الإقتضاء ولا يعتد بالتقدير الوارد في القسمة[2]، بعد ذلك يمكن للقاضي أن يرفع قيمة الشريك المتقاسم، كما يمكن أن يخفضها وهذا بالرجوع إلى الفقرة الثانية من **المادة 732 من ق.م.ج** فإنه يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الإستغلال

يعتبر العدل الركيزة الأساسية للعقد، وهو تساوي الإلتزامات بين الأطراف المشكلة له، فإذا إختلفت أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد، إلا أن المتعاقد الأخر قد إستغل فيه ضعف معنوي، جاز للقاضي أن ينفذ سلطته بتعديله أو إبطاله للعقد بناء على طلب الطرف المستغل.

ومن أجل إيضاح ما تم تقديمه يجب التطرق إلى مفهوم الإستغلال **(أولا)**، ثم دور القاضي لرفع الإستغلال **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم الإستغلال

1/ تعريف الإستغلال:

لابد من توضيح التعريف اللغوي والإصطلاحي للإستغلال.

أ/ التعريف اللغوي:

هو أخذ منفعة من الغير دون وجه حق.

ب/ التعريف الإصطلاحي:

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن)، ص 901.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 903.

يعتبر الإستغلال الطيش البين والهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه إلتزامات مع العوض (المقابل) أو من غير مقابل[1].

كذلك من عرفه على أنه: " **إستغلال شخص طيشا بينا وهوى جامحا في آخر لكي يبرم تصرف يؤدي إلى غبن فادح**"[2].

يعتبر الغبن المظهر المادي للإستغلال، فهو عبارة عن إستغلال أحد المتعاقدين حالة الضعف المعنوي المتواجد في المتعاقد الأخر للحصول على منافع ومزايا لا تعادل منفعة المتعاقد الأخر أو تتفاوت مع منفعة تفاوتا غير معتادا[3].

أخذ المشرع الجزائري بالإستغلال في نص **المادة 1/90 من القانون المدني الجزائري** التي جاء فيها: " **إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الأخر، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص إلتزامات هذا المتعاقد**".

بعد إستقراء نص المادة السالفة الذكر نستنتج أن سلطة القاضي إتجاه العقد المشوب بالإستغلال، تكون متشابهة تماما لحالة العقود الواقعة تحت الغبن، حيث يمكن للقاضي التدخل وفرض سلطته بالتعديل لتحقيق التعادل بين الأخذ و العطاء بصورة تحقق العدل بين أطراف العقد[4].

2/ عناصر الإستغلال

ومن أجل تحقق الإستغلال، يجب أن يتوفر عنصرين و هما:

---

[1] – نقلا عن: بودواو خليفة و بوزيان السعيد، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018، ص 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، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 127.

[4] – بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 142.

أ/ العنصر المادي (الموضوعي):

وفقا لنص **المادة 90 ق.م.ج** يتجسد العنصر المادي للإستغلال في عدم تعادل في الإلتزامات والعوض، أي بمعنى آخر تكون الإلتزامات متفاوتة وغير متكافئة في العقد ويجب أن يكون عدم التعادل فادحا مع العلم أن المشرع الجزائري منح السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مقدار الجسامة[1].

ب/ العنصر المعنوي (النفسي):

إذا إستغل أحد الطرفين طيشا أو هوى جامحا في الطرف الأخر يتحقق هذا العنصر ويكون عدم توازن الإلتزامات وتكافئها وفق لما جاء به نص المادة 90 ق.م.ج، وهو عنصر مزدوج يقوم في كلا الجانبين في أحد الأطراف ضعف نفسي أما في الطرف الثاني فهو عبارة عن نية الإستغلال[2].

3/ شروط الإستغلال

يتضح من خلال إستقرائنا لنص **المادة 01/90 من ق.م.ج**، أنه حتى يتحقق وجود الإستغلال في العقد أمام تصرف قانوني، كما يجب أن يكون العقد من عقود المعاوضة والتي يعرف المتعاقد مقدار ما يعطيه وما يأخذه في العقد[3].

فلا يتصور في العقود الإحتمالية وعقود التبرع، لأن الأولى تستدعي طبيعتها بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين، أما الثانية فأحدهما يعطي ولا يأخذ، فلا مجال للحديث عن التعادل[4].

---

[1] – علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 68.

[2] – طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 183 و 184.

[3] – محمد الصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام العقد و الإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، (د.س.ن)، ص 201.

[4] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن)، ص 356.

ثانيا: دور القاضي لرفع الإستغلال

منح المشرع الجزائري السلطة التقديرية للقاضي لتقدير العناصر المكونة للإستغلال وذلك بمراعاة الظروف المحيطة بالمتعاقدين والعقد معا، وكذلك الأدلة التي يقدمها الخصوم ليلخص إذا ما كان هناك تعادل أم لا[1]، ولا يخضع القاضي في تقديره لهذه العناصر لرقابة المحكمة العليا كونها من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، لكن يخضع في تكييفه القانوني لوقائع الإستغلال لرقابتها[2].

يقع عبء إثبات الإستغلال على المدعي طبقا للقواعد العامة للإثبات، فالبينة على من إدعى[3]، وهذا ما تم توضيحه من طرف **المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2008/09/17**، على أنه: " **يشترط القانون المدني لإبطال العقد على أساس الإستغلال إثبات العنصرين المادي والمعنوي**"[4].

إذا لم يجد القاضي أي إستغلال في العقد، فإنه يرفض دعوى الإستغلال[5]، فبالرجوع إلى نص **المادة 90 من ق.م.ج**، خول المشرع الجزائري الطرف المغبون طلب إبطال العقد **(1)** أو طلب إنقاص إلتزامه **(2)**.

1/ دعوى الإبطال:

فرض القانون البطلان كجزاء على عدم توافر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته[6]، فإذا لمح القاضي أن الإستغلال عاب رضا الطرف المغبون إلى حد إفساده له

[1] – طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 194 و 195.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع نفسه، ص 368.

[3] – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 68.

[4] – قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 427599، المؤرخ في 2008/09/17، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2009، ص 123.

[5] – طيب فايزة، المرجع السابق، ص 195.

[6] – بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية للعقد و الإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار هومه للنشر و الطباعة، الجزائر، 2015، ص 604.

سلطة بإبطال العقد، لأن الطرف المغبون لم يكن ليبرم العقد لولا ذلك الإستغلال[1]، دون أن يزيد الإلتزامات لأن مبادئ التقاضي تقيد بأن لا يحكم بأكثر من طلبات الخصوم.

2/ دعوى الإنقاص:

إذا طلب المتعاقد المغبون إنقاص الإلتزامات مستبقى بذلك على العقد، فللقاضي الحكم بذلك ولا يجوز عند النظر في إنقاص الإلتزامات الباهضة أن يعدلها بزيادة إلتزامات الطرف المستفيد من الإستغلال[2].

بالرجوع إلى نص **المادة 2/90 من ق.م.ج**، نستنتج أنه ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة، كذلك ما جاءت به **المادة 3/90 من نفس القانون** التي تنص على: " **و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الأخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن**".

نستنتج أن بدلا من إبطال العقد من طرف القاضي، يمكنه الحكم بإنقاص الإلتزامات وفي نفس الوقت لا يخرج عن طلبات الخصوم، بل يتوقف عندها وفق لما أشارت إليه نص الفقرة السالفة الذكر أعلاه، فهو يأخذ بطلب الطرف الثاني العارض لإنقاص الإلتزامات والمحافظة على العقد.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في مرحلة تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان

أدت الظروف الإقتصادية والإجتماعي إلى ظهور إختلاف بين مراكز طرفي العلاقة التعاقدية، والأصل فيها هو مبدأ سلطان الإرادة المقرر في نص **المادة 106 من ق.م.ج** وبسبب هذه الظروف ظهر الإستثناء الذي يؤدي بدوره إلى تدخل القاضي من أجل تعديل الشروط التعسفية في عقود خاصة على نحو ما تقتضي به العدالة.

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام في وجه عام، المرجع السابق، ص 604.

[2] – صاغي زينة، مقري نسيمة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص 19.

أدى التطور و التغير الحاصل في حاجات الأفراد في المجتمع إلى ظهور عقود ذات طبيعة خاصة تعمل على تلبية حاجيات الأفراد المختلفة و المتنوعة أطلقت عليها عقود الإذعان **(الفرع الأول)**، و التي يحتكر فيها الموجب السلع و الخدمات إحتكارا قانونيا وفعليا، ويسيطر عليها بطريقة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، ويضمنها بشروط تكون في غالب الأحيان معجزة بالنسبة للمقابل، ولكن المشرع الجزائري عمل على معالجة هذا الخلل من خلال إعطاء ومنح القاضي سلطة تقديرية لإعادة التوازن العقدي في العلاقة التعاقدية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

ماهية عقد الإذعان

يتم إنعقاد العقد صحيحا بوجود ركن التراضي، ويتم ذلك من خلال تطابق الإرادتين وذلك لإنشاء مركز قانوني معين، لكن نلتمس في بعض العقود عدم التساوي بين الأطراف في مراكزهم، وذلك بإلتماس الطرف القوي والطرف الضعيف، وكل هذا يجعل العقد متفاوت الإلتزامات وعدم تعادلها، وهي التي تسمى بعقود الإذعان.

وعليه لا بد من تقديم تعريف لعقد الإذعان مع ذكر خصائصه وطبيعته القانونية **(أولا)**، ثم تحديد الشروط القانونية لتعديل القاضي للشروط التعسفية في عقود الإذعان **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم عقد الإذعان

1/ تعريف عقد الإذعان:

يعرف عقد الإذعان بأنّه العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد ويسلم الطرف الأخر بقبولها دون أي نقاش، كذلك يعتبر ذلك العقد الذي يسلم فيه المشتري

بشروط مقررة يضعها البائع، ولا يقبل مناقشة فيها بخصوص ما يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية تكون بدورها محل إحتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محدودة في شأنه[1].

عرفه الأستاذ "**علي فيلالي**" بأنه: " **عقد يملي فيه أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له الحق في مناقشتها، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الأخر**".[2]

كذلك تم تعريفه من طرف الأستاذ "**خليل أحمد حسن قدادة**" أنه: " **هو ذلك العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة سلفا، يضعها الطرف الأخر ولا يسمح بمناقشتها، وعلى أن يكون موضوع العقد محل إحتكار قانوني أو فعلي، وتكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه**"[3].

أما المشرع الجزائري لم يحدد تعريفا لعقد الإذعان، بل إكتفى بوصف الإذعان و على طريقة حصول القبول في هذه العقود، وهذا ما نصت عليه **المادة 70 من ق.م.ج:** " **يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها**".

تطرق المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 04- 02 الصادر في 23 جوان 2004، المحددة للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"[4]. إلى عقد الإذعان في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة بأنه: " **كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث أي تغيير حقيقي فيه**".

---

[1] – لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 25 و 26.

[2] – علي فيلالي، المرجع السابق، ص 220.

[3] – خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في القانون المدني، مصادر الإلتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 82.

[4] – قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41، صادر بتاريخ 27 جوان 2004، معدل و متمم.

بتحليلنا لنص المادة السالفة الذكر، يتضح لنا أن المشرع الجزائري إعتبر بعض عقود الإستهلاك بمثابة عقود إذعان، التي تعطي حرية الخيار والمفاوضة فيها لأحد طرفي العقد دون الطرف الأخر، مما ينتج عنه عدم قدرة المشتري رفضها، كما هي دون نقاش وإذا تم القبول يصبح متعاقدا[1].

2/ خصائص عقد الإذعان:

من خلال التعاريف السالفة الذكر لعقد الإذعان نجد أنه يتميز بعدة خصائص منها:

أ/ التعسف في إستعمال التفوق الإقتصادي:

بمعنى أن يكون لأحد الطرفين تفوق إقتصادي وإحتكار للخدمة أو السلعة، مما يجعله ينفرد بوضع شروط العقد، ويعتبر الإحتكار القدرة على فرض شروط العقد مع التيقن بعدم وجود منافس من طرف الشخص المحترف، وهو طرف في العلاقة التعاقدية[2].

ب/ أن يحتوي العقد على سلعة أو خدمة أو مرافق:

تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين بصفة عامة والمنتفعين، بحيث لا يتصور إستغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حاجتهم دون أن يلحق بهم أذى[3] ونذكر أمثلة على ذلك فيما يتعلق بالنقل والكهرباء والماء و غيرها من السلع والخدمات التي لا يمكن للفرد توفيرها من تلقاء نفسه[4].

ج/ صدور الإيجاب إلى الكافة و بشروط واحدة:

تكون هذه الشروط على نحو دائم غير محدد المدة وغير قابل للنقاش، ويكون في صورة عقود مطبوعة في غالب الأحيان، وهذا الإيجاب بات نهائي ولا يمكن لمحتكر السلعة

---

[1] – خليل أحمد، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، 2016، ص 26 و 27.

[2] – الشريف يحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، ص 98 و 112.

[3] – لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 59.

[4] – الشريف يحماوي، المرجع نفسه، ص 101.

أو الخدمة التحلل من الإيجاب عن طريق تصرف سلبي هو الإمتناع عن التعاقد، وإلا وقعت عليه مسؤولية بناءا على التعسف في إستعمال الحق إن كان محتكرا فعليا أو لتجاوزه حدود حقه، إذا كان إحتكارا قانونيا[1].

وهذا ما أكدته **المادة 63 من ق.م.ج**، على أنه: " **إذا عين أجل للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل.**

وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة ".

د/ تتميز عقود الإذعان بعقود دائمة بالإستمرارية:

وتوضع بشكل مستمر كعقود نموذجية و لمدة غير قصيرة.

هـ/عقد الإذعان عقد مركب:

في غالب الأحيان يعتمد على عناصر فنية يستخلصها الموجب من السير الوظيفي لمنشأته أو مؤسسته الذي يعود عليها بالفائدة، وعليه فإن العناصر الفنية تستوجب بالضرورة إستبعاد كل مناقشة بين المسيرين والزبائن أو الأعوان، وكل نقاش يكون غير مجدي، وذلك لتنوع هذه المنشآت من جهة، ولأن المتعاقدين لا يمكن أن يعملوا بالحاجيات الفنية الواجب توافرها لضمان سيرها.

و/ شروط عقد الإذعان 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 الأقل بالنسبة إلى كل الذين يوجدون في وضع واحد، وذلك من أجل حسن سير المنشأة ومراعاة لمصالحها[2].

نتوصل إلى القول أن عقد الإذعان يحتوي على طرف قوي يستمد قوته من طرق متعددة تتمثل في:

[1] – لعشب محفوظ بن حامد، المرجع نفسه، ص 61.

[2] – أيت طيب سوهيلة، وادة ليدية، المرجع السابق، ص 41 و 42.

أ/ الإحتكار القانوني.

ب/ الإحتكار الفعلي.

ج/ تكتل وتجمع أصحاب السلع والخدمات الضرورية والطرف الثاني، وهو الطرف الضعيف المذعن، وليس له سوى القبول أوالرفض فقط دون مناقشة[1].

3/ الطبيعة القانونية لعقد الإذعان:

إن الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود ينتج عن رضوخ الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي ومشيئة، مما يتولد جدل فقهي حول هذه الطبيعة[2]، حيث إنقسم الفقهاء في هذا الصدد إلى فريقين، الفريق الأول يقر بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان، حيث يرى أنها عقود حقيقية لا تختلف عن سائر العقود الأخرى، أما الفريق الثاني جاء عكس الأول، حيث نفى صفة التعاقدية لعقد الإذعان، ويرى أنه عبارة عن مركز قانوني منظم وليست عقود حقيقية[3].

نلتمس بشأن ذلك ذكر الطبيعة القانونية لعقد الإذعان:

أ/ الإتجاه الأول: ذهب إلى القول بأنه عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب، فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يمنع وصف العقد عنه لما يفترض في هذا الأخير من تساوي بين أطرافه وكذا حرية إبرامه، في حين أنه لا توجد فيه مساواة ولا مشاركة للطرفين في وضع الشروط و إعدادها.

ب/ الاتجاه الثاني: أكد هذا الاتجاه بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة الاقتصادية، وأنه مهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن فإنه لا يعدم الرضى أو يفسده

[1] – أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، مطابع شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2013، ص 61.

[2] – بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 170.

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

وبالتالي فالقبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد عند اقترانه بالإيجاب عقد صحيح وحقيقي استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة.

لا يشترط القانون لقيام العقد أن تجري المساومة بين طرفيه في مضمونه قبل إبرامه ولا أن تتحقق بينهما المساواة الاجتماعية والاقتصادية[1].

ثانيا: الشروط القانونية لتعديل القاضي للشرو ط التعسفية في عقود الإذعان

1/ شرط وجود عقد تم بطريق الإذعان:

لتفعيل القاضي سلطته في تعديل عقد الإذعان، عليه البحث عن عناصر العقد محل النزاع المطروح أمامه، والمتمثلة في تعلق العقد بسلعة أو خدمة التي تعتبر ضرورية بالنسبة للمستهلكين، وأن يكون أحد طرفي العقد في موقع اقتصادي خوله احتكارا قانونيا أو فعليا لسلعة أو خدمة، ما تجعل المنافسة بينه وبين غيره محدودة النطاق بسبب تفوقه الاقتصادي[2]، وأن يكون الإيجاب عام موجها للجمهور وليس لشخص واحد[3].

ثم ينتقل القاضي بعد تأكده من توفرها إلى مرحلة البحث في جوهر الدعوى المتمثل في مدى تعسفية الشروط التي يتضمنها هذا العقد.[4]

2/ أن يتضمن هذا العقد شروطا مرهقة للطرف المذعن:

لم يعرف المشرع الشروط التعسفية في القانون المدني لكنه عرفها في النصوص الخاصة، فجاء في نص **المادة 5/03 من القانون رقم 04- 02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، التي تنص على ما يلي: " **كل بند أو شرط بمفرده**

[1] – سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 40 و 43.

[2] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 54.

[3] – بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا ومصر، الطبعة الثانية. دار هومه للنشر والطباعة، الجزائر، 2010، ص 57

[4] – عبيد نجاة المرجع نفسه، ص 58.

أو مشتركا مع بند واحد، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد"[1].

يعتمد القاضي على عدة معايير من أجل تقدير مدى تعسفية الشروط، وهي معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية، بحيث أن ضخامة المشروع الإقتصادي سبب يجعل المحترف يستعمل قوته الإقتصادية في مواجهة المستهلك ليفرض شروطه، وبالتالي الحصول على ميزة مفرطة[2]، ومعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وإلتزامات طرفي العقد وبالرجوع لنص **المادة 5/03 من قانون 04-02**، يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد تبنى معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وإلتزامات طرفي العقد، فيعتمد القاضي عليه في تقدير تعسفية الشروط في العلاقة التعاقدية[3].

الفرع الثاني

دور القاضي إزاء عقود الإذعان

يقتصر دور القاضي بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها، و هذا ما جاءت به القواعد العامة وخروجا عنها ولتوفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإدعان، إعترف القانون بسلطة إستثنائية للقاضي بموجب **المادة 110 من ق.م.ج**، التي تتيح له إما تعديل الشروط الواردة في العقد **(أولا)** أو إعفاء الطرف المذعن منها **(ثانيا)**.

لذلك سنتناول دور القاضي إزاء عقود الإذعان في نقطتين هما:

أولا: تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقد الإذعان

تضمنت **المادة 110 من ق.م.ج**، الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد، في نصها على: **" إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن**

[1] – قانون رقم 04-02، السالف الذكر.

[2] – عبيد نجاة، المرجع نفسه، ص 66.

[3] – قانون رقم 04-02، السالف الذكر.

يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"

فيكون للقاضي وفقا للمادة أعلاه سلطة إستثنائية لرفع الظلم عن الطرف الضعيف على خلاف القاعدة العامة وهي أن العقد شريعة المتعاقدين[1].

كذلك بعض الفقهاء حاولوا تعريف الشرط التعسفي بأنه: " **الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق وإلتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه و حالة طرفيه وفقا لما تقضي به العدالة"[2].**

نلتمس كذلك قول الأستاذ " **السنهوري**" أن: "**هذا النص في عمومه وشموله أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الإحتكار، والقاضي هو من يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا، فإذا كشف شرطا تعسفيا في عقد الإذعان فله أن يعد له بما يزيل أثر التعسف، ولم يرسم له المشرع الجزائري حدودا في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة، ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه بإتفاق خاص على ذلك، لأن هذا الإتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام"[3].**

الشرط التعسفي في عقود الإذعان لا يشترط هذا الأخير أن يكون غامضا، فوضوح العبارات في العقد لا يرفع عنها التعسف[4]، بل العكس فالوضوح من يأتي بتطبيق نص **المادة 110 ق.م.ج**، وأي تعديل يمس الشرط التعسفي المتعلق بحجم الأداءات المتبادلة

[1] – محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ص 132.

[2] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص 125.

[3] – فؤاد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 276 و 277.

[4] – طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 223.

ينتهي إلى الزيادة أو التخفيض في بعض الإلتزامات الناجمة عن العقد لصالح الطرف المذعن، وذلك للتحقيق في العلاقة التعاقدية للأعباء الملقاة عليها[1].

ثانيا: إلغاء القاضي للشرط التعسفي في عقد الإذعان

يطبق القاضي سلطته في إلغاء الشرط التعسفي حينما يرى أن تعديله ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف[2]، حيث يكون الشرط هو نفسه مظهر التعسف في العقد وهو السبب في الخلل في التوازن العقدي، فتكون إزالة الشرط نهائيا هو الحل الوحيد للمحافظة على العقد[3].

يستعمل القاضي سلطته في الحكم بإلغاء الشرط التعسفي في عقد الإذعان، لكن بالرجوع إلى بعض النصوص القانونية نجد حالات قرر فيها المشرع الجزائري بطلان الشرط التعسفي، ولا يمكن للقاضي ممارسة سلطته التقديرية وذلك في حالات خاصة نذكر منها:

1/ نص **المادة 622 من ق.م.ج**، التي جاء فيها: " **يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الأتية:**

ـ الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية،

ـ الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تاخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول،

ـ كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر و كان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط،

---

[1] – فاضل خديجة، عقد الإذعان في القانون المدني و التشريعات الخاصة، "**مجلة حوليات جامعة الجزائر 1**"، المجلد 30، العدد 03،(د.س.ن) ، الجزائر، ص 336.

[2] – طبيب فايزة، المرجع نفسه، ص 224.

[3] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 76 و 77.

ـ شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة،

ـ كل شرط تعسفي أخر يتبيّن أنّه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

2/ نص **المادة 3/52 من القانون التجاري الجزائري**[1]، التي جاء فيها: **"يكون باطلا كل إشتراط من شأنه أن يعفى الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف".**

3/ نص **المادة 137 من قانون 90-11**[2]**، المتعلق بعلاقات العمل،** التي نصت: **"يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف بإنتقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع و الإتفاقيات الجامعية".**

يتبين لنا من خلال المواد السالفة الذكر أن المشرع الجزائري قيّد سلطة القاضي في تعديله للشرط التعسفي، ولم يبين إن كان البطلان مقتصر فقط على الجزء الذي يمسه التعسف أو أن البطلان يمس العقد كاملا.

لكن بتحليل نص **المادة 104 ق.م.ج**، التي تنص على: **" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابل للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق..."**

نستنتج أن المشرع الجزائري أقرّ البطلان الجزئي مراعاة لمصلحة الطرف الضعيف ولكي يستطيع هذا الأخير الإستفادة من الخدمة أو السلعة محل العقد، يتخذ الإبطال في الشق اللامس له.

[1] – أمر رقم 75– 59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر عدد 77، صادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975، معدل و متمم.

[2] – أمر رقم 90– 11 مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العم، ج.ر عدد 17، صادر بتاريخ 25 أفريل 1990، معدل و المتمم.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تحديد مضمون العقد

أدت التطورات الاقتصادية والاجتماعية على إحداث صعوبة في إستمرار العقد في بعض الأحيان، ذلك أن اطراف العلاقة التعاقدية تصبح عاجزة أمام بعض الظروف التي تمس عقدهما، مما ولد للقاضي دورا هاما في العقد في وقتنا المعاصر، ومن أجل إحداث التوازن العقدي، منح المشرع الجزائري له سلطة التدخل لتحديد مضمون العقد.

من المهام الممنوحة للقاضي عملية التفسير والتكييف للعقد، حيث يقوم بتفسير البنود التي أدرجها الطرفين أثناء إبرامهما للعقد **(المطلب الأول)**، أما فيما يخص عملية التكييف فيكون بإعطاء الوصف القانوني السليم للعقد، والذي يسمح بإسقاط قاعدة قانونية معينة عليه، ويتم ذلك بمقارنة الوقائع بمفترض القاعدة القانونية التي يراها بدورها محتملة التطبيق على النزاع المعروض عليه، فإنه ملزم بتصحيح تكييفه رغم وجود اختلاف مع الوصف الذي أطلقه أطراف العلاقة التعاقدية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

سلطة القاضي في تفسير العقد

نظم المشرع الجزائري عن معالجة آثار العقد "تفسير العقد" في **المادتين 111 و 112** من القانون المدني الجزائري، موظفا مصطلح "**التأويل**" بدلا من "التفسير".

نظرا للأهمية التي تكتسيها عملية التفسير، نقوم بتعريفها كما يلي:" **التفسير في العلاقة التعاقدية هو عملية إعطاء معنى لبند من بنود العقد**".

وعرف أيضا: "**التفسير عملية تهدف إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين، وذلك إذ لم تكن النصوص واضحة، تكشف عن قصد المتعاقدين، حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على التزامات التي يولدها**".

على القاضي أثناء تفسير بنود العقد، البحث عن تكوين العقد وصحته إذ يكون التفسير عديم الجدوى إذا كان العقد باطلا لا يمكن تنفيذه، فالقاضي ملزم بتفسير العبارات المستعملة في العقد(**الفرع الأول)**، وذلك باعتماد على مجموعة من العوامل التي يعتمد عليها في عملية التفسير **(الفرع الثاني)**.

الفرع الاول

سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد

في إطار تفسير القاضي لبنود العقد في العلاقة التعاقدية، يقف على معاني الألفاظ التي صيغا بها العقد، وذلك للكشف على الإرادة الحقيقية للطرفين، عليه يكون ملزما بالرجوع لمرحلة تكوين العقد بحثا عن ما قصده المتعاقدين في بنود العقد، فعند عرض العقد على القضاء بسبب قيام حالة نزاع حوله، يجب أن لا ينظر إليه لأول مرة بأنه عمل خارج عن القانون، بل يجب النظر إليه مبدئيا على أنه ثمرة علاقة حدثت في إطار العلاقة التعاقدية[1].

فعلى القاضي المعروض عليه النزاع، بشأن تفسير العقد، التأكد من مدى وضوح عباراته وجواز تفسيرها**(أولا)** أويرفع الغموض والإبهام عن العبارات الغامضة فيه **(ثانيا)**.

أولا: حالة العبارات الواضحة

لإمكانية قاضي الموضوع من تفسير عبارات العقد الواضحة، إنقسم الفقهاء إلى قسمين، حيث يرى الفريق الأول أنه لا يجوز لقاضي الموضوع الانحراف عن المعنى

[1]– دعاء موسى عبد الرحمن برهم، دور القاضي في العقود المدنية و التجارية، دراسة مقارنة، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، 2019، ص 63.

الظاهر للعبارات على معنى آخر، إذ يعد ذلك تشويها وتحريفا لها مما يوجب نقض الحكم[1] إذ أنه في هذه الحالة تقوم القاعدة " **لا إجتهاد بالتفسير في حالة وضوح العبارة**" التي تعتبر القاعدة المستقرة وواضحة في التشريع والقضاء[2].

ويرى الفريق الثاني أنه يمكن للقاضي تفسير العبارات الواضحة، إذا كانت وظهرها واضحة ومحددة، لكنها لا تعكس النية الحقيقية للأطراف، وتكون أمام هذه الوضعية عندما يسيء المتعاقدان فهم عبارات العقد بالرغم من وضوحها، فلا تدل عباراتهما المستخدمة مع وضوحها عن قصدهما، بل تدل على معنى آخر، في هذه الحالة يمكن لقاضي الموضوع أن يتصدى للتفسير دون أن ينحرف عن المعنى الوارد في عبارات العقد، سعيا منه لتوجهيها إلى ما قصدته إرادتهما المشتركة تحقيقا لمبدأ العدل والإنصاف في العلاقة التعاقدية.

غير أن المحكمة العليا لا تقر بذلك، إلا إذا أعطى القاضي الأسباب المعقولة والمقبولة لقيامه بهذا الإجراء، لأنه يمكن أن يؤثر عند قيامه بذلك على الإرادة الحقيقية للأطراف العقد[3].

كذلك يعتبر وضوح الألفاظ أنه لا يعني بالقطع وضوح الإرادة، لكن ليس للقاضي أن يبادر بالتفسير الواضح إلا إذا ظهرت امامه دلالات قوية تقيد وجود نية مغايرة واضحة، ولا يمكن له أن يترك المعنى الحر في الواضح بسبب أوهام نية لا دليل عليه[4].

وبالرجوع لنص **المادة 01/111 ق.م.ج** التي نصت على: "**إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها لتعرف على إرادة المتعاقدين**".

---

[1]– بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية للعقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 406.

[2]– دعاء موسى عبد الرحمن برهم، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 69.

[3]– دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، دراسة مقارنة، من تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص30.

[4]– عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص17.

نستخلص من خلالها أن المشرع الجزائري منع للقاضي الإنحراف عن العبارات الواضحة في العقد، بحجة تفسير، وتحليل مضمونها طالما كانت هذه العبارة واضحة ودالة على ما قصده أطراف العلاقة التعاقدية.

كما قضت المحكمة العليا وفقا للقرار الصادر بتاريخ 03 أفريل1985[1] على أنه: " **لا يجوز قانونا لقضاة الموضوع أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها، وذلك أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون**".

أيضا جاء في القرار الصادر في **1997/07/23** في تفسير عقد الإيجار، بأنه إذا كانت عبارات العقد واضحة، فلا يجوز الخروج عن معناها وشرحها.

ثانيا: حالة العبارات الغامضة

تعرف العبارة الغامضة تلك العبارة التي تحمل أكثر من دلالة، فهي عبارة غير دقيقة تجعلنا نتسأل عن المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين[2].

كما عرفت أيضا على أنها: "**حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلا تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين لترد العقد بين عدة وجوه للتفسير كل منها محتمل، ويعتذر ترجيح وجه على آخر، الأمر الذي يدع على الشك المبرر للتفسير**"[3].

لم يبيّن المشرع الجزائري المعيار الذي يعتمد عليه القاضي للفصل ما بين العبارة الواضحة والعبارة الغامضة، لكن في حالة ما إن وجد العبارة غامضة أو التباس وظهرت الحاجة إلى تفسير عبارات العقد، جاز له القيام يذلك، وهذا جاءت به **المادة 2/111**

[1]– قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 33528، مؤرخ في 1985/04/03، **مجلة المحكمة العليا**، العدد الرابع، 1989، ص48.

[2]– علي فلالي، المرجع السابق،ص212.

[3]– عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص261 و 262.

ق.م.ج في نصها على أنه: " **أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عن المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء بذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات**".

يجوز للقاضي من خلال نص **المادة 111 الفقرة 2 من ق.م.ج** تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين مع ضرورة الكشف عن الإرادة المشتركة دون الوقوف عن الإرادة الفردية لكل واحد من أطراف العقد، وذلك إذ كانت عبارات العقد غير واضحة يكتنفها الغموض، وفي حالة عدم تمكن القاضي من التوصل إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين نطبق نص **المادة 2/112 ق.م.ج**، هذا ما ورد في نص المادة السالفة الذكر على: "**يؤول الشك في مصلحة المدين**".

يفهم من خلال نص **المادة 112 الفقرة 2 ق.م.ج** أن القاضي ملزم في النزاع المعروض عليه بافتراض ما أراده المتعاقدين، مفضلا في ذلك مصلحة المدين على مصلحة الدائن،عملا بقاعدة "**تفسير الشك لمصلحة المدين**"، تبرر هذه القاعدة عدة إعتبارات، فالأصل هو براءة الذمة والإستثناء أن يكون الشخص ملتزما ولا يجب ان يتوسع في الإستثناء ومنه أيضا أن الدائن هو المكلف بإثبات الإلتزام، فإذا كان هناك شك في مدى الالتزام، وأورد الدائن الأخذ بالمدى الواسع فيه ولم يتمكن من الإثبات، فلا يبقى إلا المدى الضيق في الالتزام لأن الدليل قد قام عليه[1].

حيث يمكن أن لا يصل القاضي من خلال بحثه في العبارات الواردة في العقد إلى الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، ليضل هناك شك حول حقيقي هذه النية، فمجرد الشك بأن يتراوح تفسير العقد بين عبارات متعددة، يجعل القاضي حائرا لترجيح عبارة على

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 286.

أخرى، بمعنى ان الأطراف المتعاقدة كلا منهما أراد شيأ لم يرده الطرف الأخر، وفي حال لم تتمكن الوسائل التي اعتمدها القاضي في تحديد العنصر المشترك لمتعاقدين، وكانت العبارة تحمل معنيين أو كانت عبارات العقد مبهمة إلى درجة تمنع الاختيار، في هذه الحالة يجب على القاضي الأخذ بالمعنى الذي يكون فيه صالح للمدين[1].

كأصل تفسير الشك في العقد بصفة عامة لمصلحة المدين، إلا أن المشرع الجزائري أورد استثناء عن هذه القاعدة فيما يتعلق بعقود الإذعان، ذلك لما لها من خصوصية تميزها عن العقود الأخرى وهذا ما أقرته **المادة 112 الفقرة 2 من ق.م.ج** التي نصت على ما يلي: "**غير أنه لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدين**".

وعليه فإن تفسير الشك في عقد الإذعان يكون لمصلحة الطرف المذعن، سواء كان مدينا أو دائنا، ويتحمل الطرف القوي في عقد الإذعان مسؤولية العبارات محل الشك، لأنه هو الذي وضع تللك البنود في العلاقة وهو الطرف المسيطر عليها[2].

الفرع الثاني

العوامل التي يعتمد عليها القاضي في تفسير العقد

تنص **المادة 02/111 ق.م.ج** التي نصت على ما يلي: " **أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات**".

[1]– سعدان كهينة، إيقي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص35.

[2]– علي فلالي، المرجع السابق، ص394.

يفهم من نص هذه المادة أن القاضي يستهدي بمجموعة من العوامل حتى يقف ويتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، حيث يستعين في ذلك بطبيعة التعامل **(أولا)**، أو الأمانة والثقة بين المتعاقدين **(ثانيا)**، أو يستهدي بالعرف الجاري في المعاملات **(ثالثا)**.

أولا: طبيعة التعامل:

يقصد بها طبيعة التصرف المتفق عليه أي طبيعة العقد وموضوعه، أو التنظيم القانوني للعقد المبرم بين الطرفين، بحيث يخضع العقد لقواعد التي تقتضيها طبيعته،أما لم يصرح المتعاقدان بخلاف ذلك، وبناء عليه بحيث على القاضي أن يأخذ بالمعنى الذي يتفق مع هذه الطبيعة[1].

يجوز للقاضي اكتشاف النية المشتركة في ضوء طبيعة التعامل، بالرجوع إلى العقد، فإذا كانت عباراته تحمل أكثر من دلالة، فهناك احتمال كبير أن نية المتعاقدين قد انصرفت على الدلالة التي تتفق مع طبيعة التعامل أو حسب طبيعة النية المشتركة فعلا[2].

إذا كان المبيع أرضا عليها بناء إتفق مع البائع بهدمه بحيث يكون محل التسليم أرض فضاء ، فإذا أثار خلاف حول موعد التسليم، فإن طبيعة التعامل تفرض عدم إمكانية التسليم بمجرد التعاقد، وإنما لابد أن يتراخى إلى الفترة اللازمة للهدم، أيضا كما لو استدان شخص مبلغا من المال لمدة سنة، وبعد استحقاقه استدان مبلغا آخر إضافة للأول و أشار في السند أن المدين يدفع مجموع الدينين بالاستحقاق، وعلى شروط الدين الأول ذاتها، فإنه يجب أن يفهم من هذا الاتفاق أن الدين تأجل لمدة مماثلة لأجل الدين الأول، أي سنة من تاريخ العرض الثاني[3].

---

[1]– مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، جامعة السانيا، وهران، 2008–2009، ص195.

[2]– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص196.

[3]– مقني بن عمار، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص391.

ثانيا: الأمانة والثقة:

يتميز سلوك المتعاقدين بالأمر الهام في البحث عما ذهبت إليه إرادتهما، إذ من خلال نص **المادة 111من ق.م.ج**، نجد المشرع الجزائري افترض أن يتحلى المتعاقدين بالأمانة والثقة المتبادلة، وهذان عنصران ضروريان حتى يطمئن كل متعاقد للطرف الاخر، إذ بمفهوم المخالفة يمنع المتعاقد عن الغش والحيل والهزل في المعاملات[1].

توجب الأمانة في التعامل على من وجه إليه الإيجاب يفهم عباراته، فإذا حدث خطأ في التعبير، واستطاع أن يبينه، عليه ألا يستغل الإبهام الذي وقع في التعبير، طالما أنه فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه[2].

أما الثقة فهي عبارة عن حق للمتعاقد، وتقضي بالرجوع إلى التعبير الذي وجه إليه بحسب معناه الظاهر، وهذه هي الثقة المشروعة التي تلي معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد[3].

نستنتج في الأخير أن القاضي يفسر العقد على أساس الثقة والأمانة المفترض وجودهما بين المتعاقدين، وفي جميع الحالات لا يعتد بالإرادة التي تقوم على الغش والخداع، فقد نكون هذه الإرادة هي نية المتعاقد الحقيقية في إنشاء العلاقة التعاقدية.

ثالثا: العرف الجاري في المعاملات

العرف الجاري في المعاملات عبارة عن تلك العادات الخارجية في المعاملات والتي يسير عليها الناس في حياتهم لما يجدونه من تحقيق لمصالحهم[4]، والعرف أكثر

---

[1]- علي فلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص391.

[2]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص284.

[3]- مقني بن عمار، مرجع نفسه، ص197.

[4]- عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص289.

تواجد وإتباعا في المعاملات التجارية والبحرية وعقود التأمين، كما قد يكون العرف محليا أو وطنيا، وحتى دوليا، وهو ملزم مثل القانون تماما[1].

نشير أن إذا وجد القاضي تنازع بين عرف عام و عرف خاص فإنه وجب عليه تفضيل العرف الخاص، كما يجب أن يمون العرف غير معارض لنظام العام[2]، إلا أن تطبيق العرف لا يكون إلا في حالة عدم وجود نصوص قانونية أو سكوت المتعاقدين عن تنظيم معين فيما تعاقد عليه أو يكون تنظيما غامضا[3].

وفي الأخير يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا، إذا كان الطعن بالنقض في الحكام الصادرة في تفسير العقود بسبب خرق القانون، وهذا ما أكدته **المادة 12/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية**[4]، إذا تبينت الحالة من شأنها تتعرض لرقابة المحكمة العليا، وهي حالة التحريف كالعيب في الحكام والقرارات القضائية، بالتالي إذا أن تفسير القاضي لعبارات العقد مما تحمله هذه العبارات وليس فيها خروج عن مدلولها الظاهر، فإنه يخرج عن رقابة المحكمة العليا.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تكييف العقد

تعتبر عملية التفسير والتكييف عمليتان متكاملتان، لأن عملية التكييف تأتي بعد عملية التفسير، فلا يمكن للقاضي أن يتطرق إلى تكييف العقد إلا بعد تفسيره، وعليه أن يتأكد من أن تكييفه صحيح، وتتعدد التعريفات الممنوحة لهذه العملية، نذكر منه:

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص267.

[2]- زكرياء سيراش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي في بعض المسائل، الطبعة الثانية، دار هومة لطباعة والنشر، الجزائر، 2014، ص125.

[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 284.

[4]- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008، معدّل و متمم.

فيعرف على أنه: " إعطاء العقد الوصف القانوني، أي إدخاله في نوع معين من العقود (هل هو عقد بيع أو إيجار، أو مقاولة...) ".

– كذلك من جهة أخرى عرّف تكييف العقد على أنه: " تعيين نوع العقد من بين العقود المسماة، والتي خصها المشرع بتنظيم معين وتحت تسمية معينة، إذ كان عقد بيع أو عقد إيجار أو عقد مقايضة ".

– كما عرّف على أنه: " العملية القانونية التي ترمي لتحديد الطبيعة القانونية للعقد ".

بالرجوع إلى المشرع الجزائري، نجد أنه لم يقدم أي تعريف لتكييف العقد، إلا أنه خول في **المادة 29 من ق.إ.م.إ** سلطة للقاضي حتى يكيف العقد، و يقرر بموجبها الدور الذي يكون للقاضي أثناء إعمال سلطته في التكييف **(الفرع الأول)**، كما أنه يجب على القاضي أثناء أداء مهمته مراعاة عدة عناصر حتى يكون التكييف صحيحا **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

دور القاضي في تكييف العقد

أورد المشرع الجزائري في الفصل السادس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تحت عنوان " **في سلطات القاضي**"، سلطة القاضي في تكييف العقد في **المادة 29 ق.إ.م.إ**، التي نص فيها: " **يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم.**

يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه".

بمقتضى نص المادة المذكورة أعلاه، فإن القاضي يستأثر بسلطة تكييف العقد، دون أن تكون لغيره فرصة مزاحمته في ذلك، و هو يمارس دوره في تكييف العقد بصفة إلزامية

(أولا)، كما أنه غير ملزم بالتكييف الذي أراده المتعاقدين **(ثانيا)**، فالعبرة بما يستخلصه القاضي من القواعد القانونية **(ثالثا)**.

أولا: القاضي ملزم بتكييف العقد

من صميم عمل القاضي عملية تكييف العقد، يقوم بها على ضوء تفسير مقاصد المتعاقدين، دون أن يلتزم برغبتها، إذا كانت تتعارض مع صورة الآثار المقصودة، ففي حال ما إذا أطلق الطرفان تسمية للعقد لا تتفق مع حقيقته، سواء عن جهل أو عمد، فإن القاضي ملزم بتصحيح تلك التسمية من تلقاء نفسه دون حاجة إلى موافقتهما على هذا التصحيح[1].

بعدما يكشف القاضي عن إرادة المتعاقدين ملتزما في ذلك بالقواعد القانونية، يقوم بتكييف العقد تكييفا صحيحا، كما يقوم به إستثناء من اجل الوصول إلى حقيقة ما قصده المتعاقدان بعد إستخلاصه من واقع شروط العقد المعروض عليه، و ما إتجهت إليه الإرادة المشتركة للطرفين[2].

وفقا للعرائض المكتوبة المستوفية للشروط المطلوبة قانونا، يتم طرح النزاع على قاضي الموضوع، وتكون مرفقة بمجموعة من الوثائق القانونية والإدارية التي تخدم الموضوع، وذلك حتى يتسنى قبولها من الناحية الشكلية مما يؤدي إلى الخوض في موضوع الدعوى، تتضمن هذه الوقائع مجموعة من الوقائع التي من شأنها أن تكون موصوفة أولا من جانب أطرافه، فيقوم القاضي بالبحث عن الوصف القانوني المناسب ومنه تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق، ذلك عن طريق إسقاطها على الوقائع المعروضة عليه مع قيامه بعدة مقارنات ما بين العرائض ومذكرة الرد ومع القاعدة القانونية المفترضة، مع ضرورة تقديره للأدلة والقرائن المقدمة في الدعوى تقديرا صحيحا، فبعد ذلك تصبح وقائع النزاع موصوفة بوصف قانوني صحيح.

[1] – دالي بشير، المرجع السابق، ص 107.

[2] – دالي بشير، المرجع السابق، ص 107 و 108.

بجميع هذه الأعمال المذكورة التي يقوم بها القاضي، فإنه لا يخضع لرقابة المحكمة العليا على إعتبارها محكمة قانون، وليست محكمة موضوع، فهي لا تعيد فحص وقائع النزاع، وإنما ينعقد إختصاصها بدءا بالتسليم بما خلص إليه قاضي الموضوع من وقائع سلم بها هو الأخر[1].

يعتمد القاضي في تكييفه للعقد على الإلتزامات الرئيسية في العقد، فمثلا إذا تعلق الأمر بعقود البيع فإن الإلتزام بدفع الثمن وتسليم المبيع يغيران من الإلتزامات الرئيسية التي تبين حقيقة قصد المتعاقدين من العقد، فالعبرة بالغرض العملي الذي قصد إليه الطرفان من تعاقدهان والذي تكشف عنه طبيعة الإلتزامات التي يتحمل بها كل منهم[2].

ثانيا: القاضي غير ملزم بتكييف الخصوم

وفقا لنص **المادة 29 من ق.إ.م.إ**، فإن القاضي غير ملزم بالتقيد بتكييف الخصوم عند مباشرته لعملية التكييف القانوني للعقد، ولا يتقيد مطلقا بما يضفيه المتعاقدين من تسمية للعقد الذي أبرماه، فقد يكونان مخطئين أو يعمدان إلى ستر عقد آخر إذ عليه أن يتمسك بالوصف القانوني لكل صنف فالتكييف ما هو إلا تطبيق للقانون، وبالتالي يعتبر التكييف السيء أو الخاطئ بمثابة التطبيق السيء للقانون[3].

فمثلا إذا أعطى شخص شيئا يملكه لشخص آخر لينتفع به لمدة معينة بدون مقابل، فإن هذا العقد يعتبر عارية ولو سماه المتعاقدان إيجارا، كما لو أن شخص نقل ملكية شيء إلى شخص آخر دون مقابل، فإن ذلك العقد يعتبر هبة ولو سماه المتعاقدان بيعا.

---

[1] – زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، مذكرة لنيل درجة الماجستر في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص 26.

[2]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات– مصادر الإلتزام العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 290.

[3] – علي فيلالي، المرجع السابق، ص 369.

فالقاضي ملزم بتصحيح هذا التكييف إذا تبين أنه غير صحيحن و ذلك من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى موافقتهما على هذا التصحيح، بل ودون أن يطلب أي منهما إجراء هذا التصحيح، كما أنه يقوم بهذه العملية وإن لم يحصل نزاع بين ذوي العلاقة حول الوصف القانوني الصحيح للعقد، فالقاضي غير ملزم بدعوة الخصوم إلى مناقشة الوصف الذي يريد أن يعطيه للعقد، فهذا لا يدخل ضمن مبدأ الوجاهية، الذي تضمنته **المادة 03 من ق.إ.م.إ،** أو حتى للإبداء ملاحظاتهم حول الوصف طالما أن هذا التكييف مستمد من وقائع القضية إعمالا بالقانون، كما أن الخصوم غير ملزمين بإعطاء العناصر الواقعية التي يطرحونه على القضاء تكييفا قانونيا معينا[1].

ثالثا: القاضي مقيد بالتكييف وفقا للقانون

يملك قاضي الموضوع في سبيل الفصل في الدعوى المعروضة عليه سلطة إختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، وذلك من خلال منحه من المشرع الجزائري سلطة تقديرية واسعة في تطبيق أحكام القانون، بحيث يعمل على جعلها تتماشى مع مقتضيات الظروف، فالقاضي عند قيامه بإجراء التكييف على العقد المعروض عليه، فإنه لا يقوم بذلك بطريقة فجائية بل لا بد أن يضع في إعتباره قاعدة قانونية محتملة التطبيق على النزاع.

ما دام أن القاضي ملزم بضمان تطبيق وإحترام القانون، فلا يمكن له التخلص من التكييف القانوني المعطى من طرف المشرع لعقد بحجة إرجاع الطبيعة الحقيقية له، لأن القول بذلك يؤدي إلى هدم القوة الإلزامية للقانون[2].

يتمكن القاضي بواسطة التكييف من تحديد القواعد القانونية الأمرة والمكملة الواجبة التطبيق، فإذا كان العقد الذي أبرمه المتعاقدين من العقود المسماة، تسري عليه القواعد

[1] – بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 39.

[2] – المرجع نفسه، ص 40.

العامة للعقود بدءا من **المادة 54 إلى المادة 123 من ق.م.ج**،إضافة إلى القواعد الخاصة المنظمة للعقد المسمى المعني.

فإذا كان مثلا عقد بيع طبقت بشأنه المواد المتعلقة بعقد البيع، و هي **المواد من 351 إلى 412 من ق.م.ج**، أما إذا كان ما تعاقد بشانه المتعاقدان ليس من العقود المسماة فتتضمنه الأحكام العامة المطبقة على العقود، و تجدر الإشارة على أنه وفي جميع الحالات العقد الأصلي يكون قائما لا يتغير في مضمونه، وإنما يطرأ التغيير على الوصف الذي أعطاه المتعاقدين[1].

الفرع الثاني

العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تكييفه للعقد

لإعطاء الوصف القانوني الصحيح للعقد من طرف القاضي، على القاضي مراعاة توفر بعض العناصر والتي تتحدد بحسب العقد المعروض أمامه، وبصفة عامة يمكن الأخذ بعناصر ضرورية يجب أن تتوفر أثناء عملية التكييف والمتمثلة في صفة المتعاقدين **(أولا)**، شكل العقد **(ثانيا)**، وتحديد الإلتزام **(ثالثا)**.

أولا: صفة المتعاقدين

صفة التعاقد أحيانا تلعب دورا مصيريا في عملية تكييف العقد، إذ يتعذر في بعض الأحيان فهم بعض العقود إلا بالإستناد إلى صفة المتعاقدين، ومثال ذلك عقد النقل الذي يلتزم بمقتضاه شخص مقابل أجر معين بأن ينقل بنفسه شخصا أو شيئا من مكان لأخر، عليه فإن الناقل أثناء عملية النقل يمارس مهمته التي يحترفها والتي بسببها يتقاضى أجرا، إذ

[1] – جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقد و رقابة المحكمة العليا عليه، **مجلة قانون العمل و التشغيل**، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 03، العدد 01، 2018، ص 419.

أن غياب العنصر الذي يساهم في تعريف عقد النقل يؤدي إلى تكييف آخر، ويخضع الناقل لنظام المسؤولية مختلف أيضا[1].

وبذلك يلعب هذا العنصر أحيانا دور مهما في حسم التكييف، ذلك لأنه يتعذر فهم بعض العقود إلا بالإستناد إلى صفة الأطراف المتعاقدة، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، كما أنه في بعض الأحيان لا يكون لها دور في تكييف العقد، وإنما تعزز مضمون هذا العقد على حسب ما تتطلبه كل حالة، و ما يحيط بها من ظروف[2].

لكن في بعض الأحيان صفة المتعاقدين لا تكون معيارا لتحديد نوع العقد وطبيعته القانونية، كما هو الحال بالنسبة للعقود التي تأخذ بعين الإعتبار الصفة المهنية لأحد المتعاقدين، إلا أن وجودها يعزز محتوى العقد بدون أن يكون لذلك تأثير على تكييفه[3].

ثانيا: شكل العقد

شكل العقد يعتبر عنصرا مساعدا للقاضي في إعطاء وصف قانوني سليم للعقد إلى جانب صفة المتعاقدين، إلا أن الشكلية ملزمة لإنعقاد بعض العقود، حيث أن الرضاء فيها يرد في شكل خاص و محدد، و هذا ما جاء في نص **المادة 59 من ق.م.ج**، مثل عقد بيع العقار، أو الحقوق العينيةالعقارية، وذلك وفقا لنص **المادة 324 مكرر**، أو أشياء يمكن رهنها رهنا رسميا أو حيازيا، أو بيع بعض المنقولات التي تأخذ حكم بيع العقارات كبيع السفن أو جزء منها[4].

كما أن عدم إتمام الشكل المطلوب في العقد يؤدي إلى بطلانه، إلا أنه نادرا ما يكون شكل العقد عنصرا في تكييفه و وصفه، فمثلا عدم تسجيل البيع الوارد على عقار مسجل في

[1] – دعاء موسى عبد الرحمن برهم، المرجع السابق، ص 86 و 87.

[2] – بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 89.

[3] – بلبشير هجيرة، المرجع نفسه، ص 89–93.

[4] – دعاء موسى عبد الرحمن برهم، المرجع السابق، ص 87.

السجل العقاري لا يؤدي إلى إقصاء وصف العقد بأنه عقد بيع، لأن التسجيل ليس لازما لتكوين العقد، بل لنقل الملكية لأن البيع العقاري ينشأ صحيحا وتترتب عليه إلتزامات وحقوق لكل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية[1].

ثالثا: تحديد الإلتزام

إن أساس عملية تكييف العقد هو العنصر المرتبط بالعقد بصفة وثيقة تسمح بتحديد نوع العقد وصنفه المتمثل في الإلتزامات التي يقوم عليها العقد، إذ تعتبر الإلتزامات العقدية من العناصر الأساسية في عملية التكييف، فيتولى كل من القانون والإجتهاد القضائي تحديدها بدقة وإلا كان التكييف مستحيلا، فيمكن أن يكون تحديدها من قبل المشرع أو عن طريق تدخل القضاء، وذلك لتصدي لمختلف المستجدات كونه الأقرب إلى الواقع من خلال الإحتكاك الأولي بالنزاعات المثارة[2].

يجب التأكد من وجود إلتزامات أصلية ورئيسية من الوصول للتكييف الصحيح، لما لها من دور جوهري وأساسي في عملية تكييف العقد، ففي عقد البيع مثلا يكفي التأكد من وجود إلتزام بدفع الثمن نقديا وإلتزام بنقل الشيء المبيع حتى يكيف العقد بأنه عقد بيع، إذ يتأثر وصف العقد على أنه بيع يتغير في أحد الإلتزامين، سواء في الإلتزام الواقع على عاتق المشتري أو في الإلتزام الواقع على عاتق البائع[3].

كما أنه إلى جانب الإلتزامات الأصلية يمكن أن يتضمن العقد إلتزامات تبعية، إذ يفهم من خلال تسمية أن الإلتزام التابع لا وجود له إلا بوجود عقد أصلي، عكس الإلتزام الأصلي

[1] – دعاء موسى عبد الرحمن برهم، المرجع نفسه، ص 87.

[2] – بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 69.

[3] – بلبشير هجيرة، المرجع نفسه، ص 71.

الذي يكون بدون الإلتزام التابع، ولا يترتب على عدم وجودها تعديل من طبيعة العقد، وقد تكون هذه الإلتزامات التابعة طبيعية وقد تكون طارئة[1].

وعليه فإن صفة المتعاقدين وشكل العقد عناصر يمكن أن تساهم بطريقة غير مباشرة وعرضية في تكييف العقد محل النزاع، أما عنصر تحديد الإلتزام يعتبر عنصر ضروري ودائم، ولا يقوم القاضي بعملية التكييف إلا بعد تحديد إلتزامات كل طرف الذي من شأنه أن يبين المركز القانوني لكل متعاقد[2].

[1] – دعاء موسى عبد الرحمن برهم، المرجع السابق، ص 88.

[2] – سعدان كهينة، إيقي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 46.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

لإعادة التوازن العقدي يتدخل القاضي لإعادة التساوي بين أطرف العلاقة العقدية، الذي كان قائما وقت تكوين العقد، ولكنه إختل بعد ذلك في مرحلة تنفيذه، وقد نص المشرع الجزائري على حالات محددة حصرا تسمح للقاضي أن يتدخل بموجبها وفي حدود السلطات الممنوحة له، دون الخروج عن أحكام القانون في أن يحقق العدالة العقدية قدر الإمكان.

فالمشرع الجزائري سمح للقاضي بتعديل العقد الذي تم إبرامه في ظل ظروف عادية، إلا أن حوادث طرأت بعد إبرامه وقبل تمام تنفيذه لم تكن في الحسبان توقعها، بحيث أدت هذه الحوادث إلى جعل تنفيذ الإلتزام على الوجه الذي تم التعاقد عليه، مرهقا لكلا طرفي العلاقة العقدية **(المبحث الأول)**.

منح المشرع كذلك للعقد تعويضا إتفاقيا يبدوا للوهلة الأولى أثناء إبرام العقد عادلا غير أنه، أثناء تنفيذ العقد يتضح أن التعويض الإتفاقي لا يتوافق مع الضرر الحقيقي الحال بأحد أطراف العقد، بأن يكون التفاوت مفرطا بين التعويض المتفق عليه والضرر الحاصل فسمح للقاضي بالتدخل لتعديل مضمون التعويض الإتفاقي، كذلك منح له سلطة تقديرية واسعة في شأن تعديل الأجل المتفق عليه لتنفيذ العقد، وذلك بتمكينه من سلطة منح الأجل القضائي، وذلك بمناسبتي رفع الدائن لدعوى الفسخ القضائي أو رفعه لدعوى التنفيذ العيني **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

سلطة القاضي في ظل الظروف الطارئة

أساس العلاقة العقدية هو المساواة بين أطرافها عند إبرام العقد، لكنها قد تختفي في مرحلة تنفيذه عندما تحدث تغيرات بسبب حادث طارئ وغير متوقع، مما يجعل تنفيذ الإلتزام على النحو المتفق عليه مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة **(المطلب الأول)**، فأحكام نص **المادة 106 ق.م.ج**، التي تجسد قاعدة: " **العقد شريعة المتعاقدين** " لا تمنع من ممارسة القاضي لسلطته في تعديل العقد ومراجعته، حتى يكون مطابقا لمقتضيات العدالة العقدية وهذا ما جسده المشرع الجزائري في نص **المادة 3/107 ق.م.ج** التي تؤكد على أنه: " **غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على 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** " **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مفهوم نظرية الظروف الطارئة

عند حلول أجل تنفيذ العقد، قد تحل وتحدث ظروف إقتصادية بسبب حادث غير متوقع، فيصبح تنفيذ الإلتزام على النحو المتفق عليه شاقا ومرهقا إلى حد يهدد المدين بخسارة فادحة دون أن يكون لإرادته دخل في ذلك.

ففي هذه الحالة يبرز دور القضاء في إعادة التوازن العقدي، بحيث يعتبر القاضي هو المنوط بإقامة العدل وصيانة الحقوق تحت ما يسمى " **بنظرية الظروف الطارئة** " **(الفرع الأول)**، ولإعمال هذه النظرية يجب توافر مجموعة من الشروط، كذلك هذه النظرية تنطبق على مجموعة من العقود **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

المقصود بنظرية الظروف الطارئة

لا بد من تقديم تعريف للظرف الطارئ **(أولا)**، ثم التطرق إلى الأساس القانوني لهذه النظرية **(ثانيا)**، ومقارنة نظرية الظروف الطارئة مع الأنظمة المشابهة لها **(ثانيا)**.

أولا: تعريف الظرف الطارئ

عرف الأستاذ " **عبد الرزاق أحمد السنهوري** "، الظرف الطارئ على أنه:" **عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال، كعقد توريد ويحل أجل التنفيذ، فإذا بظروف إقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه، قد تغيرت تغيرا فجائيا لحادث لم يكن في الحسبان، فيختل التوازن الإقتصادي للعقد إختلالا خطيرا** "[1].

كذلك عرف على أنه:" **كل حالة إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان و غير متوقعة، و تطرأ أثناء الفترة الممتدة ما بين إبرام العقد و تنفيذه**"[2].

عرف أيضا الظرف الطارئ من طرف " **عبد الحميد عثمان محمد** " بأنه: " **حوادث طارئة عامة، لم تكن متوقعة التحمل بالإلتزام العقدي المتراخى التنفيذ فتجعله مرهقا** "[3].

نتوصل من خلال هذه التعاريف السابقة للظرف الطارئ، أنها حوادث إستثنائية عامة لم تنشأ عن فعل المدين أو خطئه وغير متوقعة وقت إبرام العقد وتطرأ بعد تكوينه، تجعل التوازن الإقتصادي للعقد مختلا، و يصبح إلتزام المدين مرهقا بما يهدده من خسارة فادحة[4].

ثانيا: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة

نصّ القانون المدني الجزائري صراحة على الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة في الفقرة الأخيرة من **المادة 107** منه سالفة الذكر.

---

[1] – عبد الرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 705

[2] – نقلا عن: سعدان كهينة، إيقي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 65.

[3] – أيت طيب سوهيلة، وادة ليدية، التدخل القضائي في مجال العقد المدني، المرجع السابق، ص 50.

[4] – أيت طبيب سوهيلة، المرجع نفسه، ص 51.

ثالثا: مقارنة نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة و الحادث المفاجئ

1/ أوجه الإختلاف:

أ/ من خلال تأثير الحادث على تنفيذ الإلتزام:

تكتفي نظرية الظروف الطارئة بالإرهاق بتنفيذ الإلتزام، في حين تتطلب نظرية القوة القاهرة أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا إستحالة مطلقة، فالحرب مثلا إذا نتج عن قيامها أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا، كما في حالة التعهد بتوريد إحدى المواد أو السلع المستوردة من الخارج، بقيام الحرب إنقطعت المواصلات، بحيث توقف إستيراد هذه المادة توقفا كاملا، وبذلك إنعدم وجود محل الإلتزام وأصبح من المستحيل تنفيذه، فإن الحرب في هذه الحالة تكون قوة قاهرة، وأما إذا إقتصر أثر الحرب على إضطراب المواصلات، وكان من الممكن أن توجد المادة و لكن بشكل نادر، مما أدى إلى إرتفاع سعرها، كانت الحرب في هذه الحالة ظرفا طارئا[1].

ب/ من حيث الحكم الذي يقرره القاضي

يتم توزيع عبء الطرف الطارئ بين الدائن والمدين في نظرية الظروف الطارئة، حيث يرد الالتزام عند الحد المعقول، أما بخصوص نظرية القوة القاهرة يتحمل الدائن كل العبئ، إذ تؤدي إلى انقضاء التزام المدين وعدم تحمله العبئ لعدم إلتزامه، بحيث يكون الفسخ للعقد لإستحالة تنفيذ الإلتزام العقدي[2].

ج/ من خلال مدى ارتباطهما بالنظام العام

تعد نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، على عكس القوة القاهرة التي يمكن لأطراف العلاقة التعاقدية فيها أن يتفقوا مسبقا على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة.

---

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، العمل الضار و الإثراء بلا سبب، 1981، ص 706.

[2]– بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص6.

2/أوجه التشابه:

ـ تتفق نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة في أن الحادث الذي يمكن وصفه بالظرف الطارئ هو ذاته ما يمكن تسميته بالقوة القاهرة لكل حادث، يمكن أن يكون قوة قاهرة إذا نتج عنها إستحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام هو ظرف طارئ.

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

ـ وتشترك نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة في عنصر المفاجأة، فلا يعتد بأثر القوة القاهرة ولا بالظرف الطارئ، إلا إذا كان كل منهما غير متوقع وقت إبرام العقد[1].

الفرع الثاني

شروط و مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تتسم نظرية الظروف الطارئة بجملة من الشروط التي تميزها عن غيرها من النظريات والأنظمة القانونية، بحيث تتمثل هذه الشروط في الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ و المتعلقة بالمتعاقد**(أولا)**، وتعدد مجالات تطبيق هذه النظرية **(ثانيا)**.

أولا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

1/ الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ

يتميز الظرف الطارئ بثلاثة شروط أساسية يجب توافرها من أجل تطبيق النظرية، بحيث أنه لا يمكن فصل أي شرط من هذه الشروط عن الأخر، وتتمثل هذه الشروط في كل من شرط الاستثنائية، العمومية و الفجائية، التي سنتطرق إليها كما يلي:

[1]– دحمون آنسة و بوزيد لويزة، حدود القوة الملزمة للعقد (الظرف الطارئ، الشرط التعسفي)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.س. ن، ص27 و28.

أ/ أن يكون الظرف الطارئ عاما:

يقصد بعمومية الظرف الطارئ أن يكون خاصا بالمدين، بل يشمل طائفة من الناس[1]، وكذلك يشمل أثره رقعة جغرافية معينة أي لا تمس هذه الظروف المدين لوحده، كالوباء المنتشر على مجموعة من الناس، أما الظروف المتعلقة بالمدين بحد ذاته ولو كانت إستثنائية، مثل حريق شب في محصوله أو إفلاسه أو موته أو فساد أعماله، كل هذه ليست بظروف عامة[2].

فعمومية الظرف الطارئ قد تتصرف إلى الناحية الشخصية، فيتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف، وقد ينصرف إلى الإقليمية، فيتحدد بمقدار المساحة أو عدد الأقاليم التي تأثرت به، وقد يندمج العنصران معا في تحديد العمومية[3].

لا شك أنه من خلال إشتراط المشرع الجزائري أن يكون الحادث عاما بتطبيق **المادة 03/107 من ق.م.ج**، أراد أن يحصر اللجوء إلى نظرية الظروف الطارئة، فليس كل حادث استثنائي وغير كتوقع يفتح المجال لتعديل العقد على أساس هذه النظرية، بل ينبغي أن يكون ذلك الحادث مس جماعة من المتعاقدين أو كل المجتمع.

ب/ أن يكون الظرف الطارئ إستثنائيا:

ومفاد هذا الشرط أن يكون الظرف غير متوقع حدوثه بالنسبة للمتعاقدين، خاصة المدين أثناء تنفيذ العقد، كما أنه يمكن أن يكون الظرف الإستثنائي من قبل الأعمال

[1]– محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة، مطبعة الزهران، القاهرة، 1987، ص 243.

[2]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص99.

[3]– بن يحي شارف، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية، المجلد 02، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2010، (ص.ص 46– 56).

القانونية، وذلك كصدور قرار إداري مثلا أو نص تشريعي يفرض أو يلغى تنفيذ ذلك العقد المبرم بين أطراف العلاقة التعاقدية[1].

يجب أن يكون الظرف الطارئ إستثنائيا، بمعنى أنه غير مألوف ونادر الوقوع، بحيث يبدو شاذا بحسب المألوف من شؤون الحياة، فلا يعول عليه الرجل العادي، ولا يدخل في حسبانه[2].

كما يجب أن يراعي في تحديد الحادث الإستثنائي معياري المكان والزمان، فما يكون إستثنائيا في بلد قد يكون عاديا في بلد آخر، وما يكون إستثنائيا في زمن يبدو مألوفا في زمن آخر، عليه إذا كان الحادث مألوفا فلا يعتد به ولا تطبق النظرية عليه، لأنه من عادة المألوف أن يكون محتملا بحكم العادة أو التعامل[3].

وخير مثال يذكر في الوقت الراهن، أنه بعد تفشي وباء فيروس كورونا وما يسمى بكوفيد 19، وإعلان منظمة الصحة العالمية أنه جائحة عالمية عابرة للحدود، أخذت الدول تبعا لذلك فرض حالة الطوارئ مما أدى إلى تعطيل الحياة العملية في مختلف دول العالم، فترتب عليه عدم القدرة على الوفاء بالالتزامات التعاقدية، التي دخلت إجباريا تحت بندي القوة القاهرة والظروف الطارئة، على إعتبار أن جائحة كورونا حالة إستثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين، بحيث لا يمكن لا توقعها ولا دفعها بالنسبة للأطراف المتعاقدة، ونظرا للأضرار التي خلفتها هذه الجائحة كان من الأجدر أن يقوم المشرع الجزائري بإصدار قانون يتعلق بها ويقوم بتنظيمها.

ج/ أن يكون الظرف الطارئ فجائي (غير متوقع):

مفاد هذا الشرط أن لا يكون في وسع المتعاقد توقع الظرف الطارئ حين إبرام العقد، لأنه إذا كان في وسعه توقعه فليس له الحق في أن يطالب بتطبيق النظرية، ويعتبر هذا

---

[1]– سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، مصر، 2007، ص 102–104.

[2]– نقلا عن: سعدان كهينة، إيقي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 68.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 643.

الشرط من أهم الشروط التي تقوم عليها هذه النظرية، أن المتعاقد لا يمكن أن يوقف الحادث الطارئ[1].

غير أن توقع الحادث أو عدم توقعه من الأمور النسبية التي تختلف بين الشخاص، المهنة والمناطق، مما يثير صعوبة في تحديد المعيار الذي يمكن إستخدامه في قياس هذا التوقع، لكن المعيار المتفق عليه فقهيا هو المعيار الموضوعي، ووفقا لهذا المعيار تتحدد درية التوقع لا بالنظر إلى الظروف الخاصة بالمتعاقد، وإنما بالنظر إلى الظروف والأحوال الموضوعية التي أحاطت بالعملية العقدية، فلكي تطبق نظرية الظروف الطارئة، يجب أن يكون الحادث مما لا يمكن توقعه وقت إبرام العقد[2].

2/ الشروط المتعلقة بالمتعاقد:

فضلا عن الشروط الخاصة بالظرف الطارئ، هناك شروط أخرى يجب توافرها بحيث لا يمكن تطبيق النظرية بدونها، والتي هي متصلة بالمتعاقد.

فيجب أن يوصف الظرف الطارئ بأنه لم يكن بمقدور المدين دفعه، ولم يحدث بسبب إرادي من جانبه، فضلا عن كونه مرهقا للمدين.

أ/ عدم القدرة على دفع الظرف الطارئ:

يتميز هذا الشرط أنه ذلك الظرف الذي لم يكن بوسع المدين دفعه أو التقليل من آثاره، بحيث إذا وقع الظرف الطارئ لا يستطيع المدين دفعه، فإذا تمكن من دفعه فلا يكون هذا الظرف طارئا ولا تطبق عليه النظرية، ذلك لأن المدين في هذه الحالة يكون مقصرا ولا يستطيع أن يحمل دائنه نتائج تقصيره، إذ حينما يلجأ المدين لإحتكام نظرية الظروف الطارئة، يكون ذلك مؤسسا على أنه لا يستطيع توقي أو دفع حدوث الظرف الطارئ

[1]– فداق عبد الله، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص 35.

[2] – فداق عبد الله، المرجع نفسه، ص 35 و 36.

أو التقليل من آثاره، لأنه لو كان له ذلك ولم يفعل لوصف مسلكه بسوء النية والذي يفسد كل شيء[1].

وسوف نقدم مثال على ذلك، كأن يتعهد شخص بنقل بضائع كان ينوي نقلها عبر النهر، وفجأة جاء فيضان مما يستحيل عليه المرور بتلك البضائع عبر ذلك النهر، ولكن يستطيع نقلها عبر سكة حديدية، أي طريق أخر، فهنا في هذه الحالة الفيضان الذي مس النهر لا يعتبر ظرفا طارئا، أو قوة قاهرة، ما دام المدين لم يشترط النقل عن طريق النهر أثناء إبرام العقد[2].

ب/ عدم الإرادية:

ينشأ معنى عدم الإرادية بمدى مساهمة المدين في إحداث الظرف الطارئ، لأن من المفروض أن لا يصدر في الحادث الطارئ واقعة من أحد طرفي العلاقة العقدية، بقصد الحصول على تعديل العقد لصالح أحد الطرفين[3].

من اللازم أن يكون الحادث خارجا عن إرادة أطراف العلاقة العقدية، فإذا كان لأحد الطرفين السبب في الحادث الطارئ مما أدى إلى الإرهاق عند تنفيذ الإلتزام، فإن ذلك يترتب عليه تغييرا في العلاقات التي كانت قائمة بين أطراف العقد، وبالتالي لا يجوز له طلب تخفيف ذلك الإرهاق، بل عليه تنفيذ الإلتزام كاملا وكأن الظرف لم يقع في حقه، إذ أن خطأ المدين لا يمكن أن يكون محلا للتمسك، مما تخوله له نظرية الظروف الطارئة[4].

3/ الإرهاق:

يعتبر الإرهاق الوصف الذي يلحق بإلتزام أحد المتعاقدين، و الذي يجعل تنفيذه لإلتزامه مهددا إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر بظروف طرأت بعد إبرام العقد.

---

[1] – محمد محي الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص 254.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 92.

[3] – فداق عبد الله، المرجع السابق، ص 37.

[4] – محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص 385.

والإرهاق يختلف من مدين لأخر وبحسب ظروف كل متعاقد، فما يعد مرهقا للمتعاقد قد لا يعد كذلك بالنسبة للمتعاقد الأخر، وما يعد مرهقا في زمن قد لا يعد مرهقا كذلك في زمن آخر، وكل ذلك مرتبط بإختلاف التوازن الإقتصادي بين إلتزامات أطراف العلاقة العقدية[1].

ولقد نصت **المادة 3/107 من ق.م.ج**، على الإرهاق، على أنّه: " **... صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة...** ".

من خلال المادة السالفة الذكر، أن على أساسها لا بد من تحديد درجة الحادث لنستطيع التمييز بين ما يعتبر خسارة فادحة وما لا يعتبر كذلك، فإذا كانت هذه الحوادث تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا، فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة، لأننا سنكون أمام قوة قاهرة، ذلك لأن الحادث الطارئ يكون فيه تنفيذ الإلتزام مرهقا على عكس القوة القاهرة التي يكون فيها تنفيذ الإلتزام مستحيلا، إذ يجب أن يؤدي الحادث الطارئ إلى جعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين، و أن يهدده بخسارة فادحة[2].

ثانيا: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة

بإستقراء نص **المادة 107 من ق.م.ج**، نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد مجالات تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وعلى هذا الأساس فإن الفكرة التي تقوم عليها هذه النظرية تفترض وجود عقد يتراخى تنفيذه، أي أن الإلتزام الأصلي يكون مؤجلا إلى وقت غير محدد ولكن عند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف قد تغيرت وظهرت ظروف جديدة تغير من الإلتزام الأصلي، لذلك نظرية الظروف الطارئة يجب تحديد نوع العقود التي تخضع لها والعقود التي لا يمكن إخضاعها لتطبيق هذه النظرية.

1/ العقود الخاضعة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة

تتمثل هذه العقود في عقود طويلة المدى، وهي عقود المدة والعقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل، وتعتبر هذه العقود الأكثر إمكانية لتطبيق هذه النظرية عليها.

[1] – فداق عبد الله، المرجع السابق، ص 38.

[2] – فداق عبد الله، المرجع نفسه، ص 38 و 39.

أ/ عقود المدة:

تصنف عقود المدة من العقود التي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها، حيث يمتاز نوع هذه العقود على خاصيتي التعاقب والتقابل، فتتمثل الأولى في كونها أن العقد يحتوي فيها على مجموعة من الأداءات التي يعقب بعضها البعض، وأما الثانية فتنصب حول إحداث نوع من التوازن بين هذه الأداءات التي يحتويها العقد منذ نشأته حتى تمام تنفيذه، كما تنصب عقود المدة على نوعين من العقود، العقود المستمرة و كذا العقود الدورية[1].

أ.1/ العقود المستمرة:

هذا النوع من العقود يقوم على الإنتفاع بالشيء كعقد الإيجار مثلا، مهما كان محل هذا الإيجار للعقارات أو النقولات، فيستوجب على المستأجر تقديم الأجرة مقابل الإنتفاع بالعين المؤجرة لمدة زمنية معينة، وعلى المؤجر تسليم العين المؤجرة له وعدم الإعتراض له بأي شكل كان، إذ يعتبر عامل المدة في مثل هذه العقود يعتبر عنصرا جوهريا وهام في تحديد ذلك، لأنه تقاس مقدار المنفعة بالمدة[2].

أ.2/ العقود الدورية:

يتمثل أساس هذه العقود أنها تأتي نتيجة لإتفاق الطرفين، ولا تحدد وفقا لمدة زمنية وهذا من أجل إشباع حاجة متكررة لمدة زمنية معينة، وبالتالي تصبح هذه الأداءات دورية كذلك تتم هذه العقود بصفة فورية، ولكن ذلك التكرار هو الذي يضفي عليها الطابع الدوري الذي يقلبها من عقود فورية إلى عقود دورية، وخير مثال نجد عقد التوريد[3].

[1] – نقلا عن: فداق عبد الله، المرجع السابق، ص 39 و 40.

[2] – محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة الزهران، القاهرة، 1987، ص 73.

[3] – محمد محي الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص 150 و 151.

ب/ العقود المحددة:

تعرف العقود المحددة على أنها تلك العقود التي يعلم فيها كل متعاقد وقت التعاقد مقدار ما سيأخذ وما سيعطيه، كما أنها تلك العقود التي يتحدد فيها المركز المالي للمتعاقدين أثناء إبرام العقد، ومن أمثلة ذلك: عقد البيع أو عقد الإيجار، ففي عقد البيع مثلا يستطيع البائع وقت التعاقد أن يبين قدر المبيع الذي يلتزم بنقل ملكيته، والثمن الذي يجب دفعه مقابل ذلك، كما هو الحال بالنسبة للمشتري[1].

من خلال نص **المادة 57 من ق.م.ج**، نجد أن المشرع الجزائري نص على العقد المحدد و وضع له تعريف، والذي عرفه كالتالي: " **يكون العقد محددا إذا إلتزم كل من المتعاقدين إعطاء شيء أو عمل شيء يعتبر معادلا للشيء الذي أعطاه أو لما يعمل لأجله.**

ج/ العقود الفورية مؤجلة التنفيذ:

تتميز هذه العقود بكونها تقوم بصفة فورية بعد إبرامها، ولكن السبب الذي يكون في تراخي التنفيذ، هو إتفاق أطراف العلاقة العقدية، ومن أهم هذه العقود لدينا عقد البيع الذي يتراخى تنفيذه بإرادة المتعاقدين، فيتفقان على تأجيل تسليم الشيء المبيع لفترة زمنية لاحقة لإبرام العقد، بحيث أن هذا النوع من العقود يتدخل فيه عنصر الزمن بإرادة الأطراف المتعاقدة[2].

2/ العقود غير الخاضعة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة:

هناك مجموعة من العقود لا يمكن تطبيق عليها أحكام نظرية الظروف الطارئة، وهذا راجع إلى أن هذا النوع من العقود لا يتوافق مع الشروط المتعلقة بهذه النظرية.

وكما سبق وأشرنا أنه يجب أن يكون التنفيذ فيها مرهقا على المدين، بحيث أن هذا الإرهاق يهدده بخسارة فادحة من أجل إمكانية تمسكه ودفعه بها، وهذا ما يدل على أن

[1] – نقلا عن: محمد محي الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص 186.

[2] – فداق عبد الله، المرجع السابق، ص 42.

التراخي في تنفيذ العقد هو الذي يؤدي إلى تزامن تلك الحوادث الإستثنائية مع مرحلة تنفيذ الإلتزام الأصلي، ولهذا هناك مجموعة آخرى من العقود مستبعدة على أساس التراخي في التنفيذ في نظرية الظروف الطارئة، ومن بين هذه العقود: العقود الإحتمالية والعقود الفورية ذات التنفيذ الفوري[1].

أ/ العقود الفورية:

تعرّف العقود الفورية على أنها:" **تلك العقود التي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها في تعيين محله** "، ومن أمثلة العقود الفورية عقد البيع بإعتباره أصلا ينفذ فورا لأن محله المبيع والثمن، ولا دخل للزمن في تعيينهما، وإنما يعين المبيع بأوصافه الذاتية، كما يعين الثمن بمقدار من العقود، ويظل عقد البيع فوريا ولو قسم الثمن على فترات معينة[2].

وبالتالي فإن العقد الفوري بطبيعته بحتم تنفيذ الإلتزامات بصفة فورية، فلا يتراخى تنفيذها إلى أجل أو آجال قد تتزامن مع حدوث الظروف الإستثنائية، فتطبق نظرية الظروف الطارئة يستدعي تزامنها مع تنفيذ العقد وليس مع وقت إبرامه، فالفاصل الزمني بين إبرام العقد وتنفيذه هو الأساس الذي يجعل بعض العقود تدخل ضمن دائرة تطبيقها عن نظرية الظروف الطارئة دون غيرها.

وعليه فإن العقد الفوري لا يصلح لإعمال عليه نظرية الظروف الطارئة، وهذا نظرا لطبيعته التي تحتم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية بصفة فورية، والذي يخالف أسس النظرية وركائزها[3].

ب/ العقود الإحتمالية:

تتميز العقود الإحتمالية بكونها العقود التي لا يعلم كلا طرفي العقد وقت التعاقد مقدار ما سيعطي أو سيأخذ من مال، بحيث أنها تصنف ضمن عقود المخاطرة، والتي تكون

[1] – محمد محي الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص 152.

[2] – فداق عبد الله، المرجع السابق، ص 44.

[3] – نقلا عن: فداق عبد الله، المرجع نفسه، ص 45.

محتملة لكل أنواع الخسارة أو الربح عند إبرام العقد[1]، ومثال على ذلك عقد التأمين على منزل من العدم وقامت حرب.

إلا أن في بعض الأحيان يختل التوازن في الإحتمالات في مثل هذه العقود، وتغلب عليه مصلحة أحد الطرفين على الأخر، فالمؤمن له تضررت مصالحه بسبب نشوب حرب وتزايد الإحتمالات تحقق الخطر المؤمن منه، وهذا ما يستدعي إلى قيام إعتبارات لازمة لإعمال نظرية الظروف الطارئة[2].

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

يتميز عمل القاضي بإعادة التوازن بين إلتزامات المتعاقدين وفقا للسلطة الممنوحة له من طرف المشرع الجزائري، وذلك عندما تؤثر الظروف الطارئة على تنفيذ الإلتزامات العقدية بين أطراف العلاقة العقدية، وجعله مرهقا ويهدد تنفيذ الإلتزام على الشكل المتفق عليه في العقد بخسارة فادحة.

وعلينا بتحديد الوسائل التي يستعملها القاضي لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول **(الفرع الأول)**، والتطرق إلى القيود الواردة على سلطته في تعديل العقد **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الوسائل التي يستعملها القاضي لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول

للقاضي سلطة تقديرية ممنوحة له في إنقاص الإلتزامات المرهقة **(أولا)**، وفي زيادة الإلتزام المقابل **(ثانيا)**، كذلك إيقاف تنفيذ الإلتزام **(ثالثا)**.

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 730.

[2] – محمد محي الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص 187 و 188.

أولا: إنقاص الإلتزامات المرهقة

جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق يخالف ذلك، إذ يمكن للقاضي إنقاص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول[1] الذي يراه متماشيا مع العدالة وحسن النية، مثال ذلك: يقصد شركة سكر توريد كمية منه لمصنع الحلوى، وحدوث ظرف طارئ يكون توريد هذه الكمية مرهقا، فينقص القاضي من هذه الكمية المقدار الذي يرد إلتزام الشركة إلى الحد المعقول وفي هذه الحالة تلتزم الشركة بتوريد الكمية التي حددها القاضي فقط[2]، ولا تقصر سلطة القاضي في الإنقاص على تقليل الكمية الملتزم بها من المدين فحسب، بل للقاضي إضافة على إنقاص الثمن الذي يدفعه المدين أو يسقطه أو ينقص فوائده أو يسقطها كلها[3].

كذلك يجوز للقاضي أيضا إنقاص الإلتزام من حيث الكيف، يتمثل في نوعية ومواصفات الشيء المتفق عليه، مثل تعهد شخص بتوريد كمية من سلعة معينة بمواصفات محددة متفق عليها أثناء إبرام العقد، ثم يطرأ حادث إستثنائي يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين ، في هذه الحالة يجوز للقاضي تعديل الإلتزام بالترخيص للمدين بالوفاء بنفس الكمية المتفق عليها، ولكن من سلعة أقل جودة منها، حيث يمكن الحصول عليها دون إرهاق[4].

ثانيا: زيادة الإلتزام المقابل

تؤدي زيادة القاضي في إلتزام الدائن يؤدي إلى توزيع الخسارة غير المألوفة بين أطراف العلاقة، للموازنة بين مصلحة كل منهما[5]، وتعتبر الزيادة في الإلتزامات إستثناء وارد عن عدم الزيادة في الإلتزامات، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص **المادة 561 من ق.م.ج**، المتعلق بعقد المقاولة، ومثال على ذلك، إذا أدى الظرف الطارئ إلى إرتفاع فاحش

[1] – طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 268.

[2] – محمد سعيد صبري ، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزامات، المرجع السابق، ص 204.

[3] – طبيب فايزة، المرجع نفسه، ص 252.

[4] – بلعجات قوقو، بكرار نجمة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص 44.

[5] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 807.

في الأسعار، كأن يتعهد تاجر بأن يورد كمية كبيرة من السكر بسعر مئة دينار للكيلوغرام الواحد، فيرتفع السعر إلى المئتي 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[1].

جدير بالذكر إلى أن القاضي إذا قام برفع السعر في العقد لا يلزم الطرف الأخر أن يشتري بذلك السعر، بل لديه الحق في الشراء أو الفسخ إذا أراد ذلك، كما يمكنه أيضا أن يجمع بين الوسيلتين السابقتين أي زيادة الإلتزام وإنقاصه، بمعنى يمكن له أن يقوم بإنقاص إلتزام المدين ويزيد من إلتزام الدائن[2].

ثالثا: إيقاف تنفيذ الإلتزام

يعمل القاضي للحد من إرهاق المدين في تنفيذ إلتزامه بوقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الحادث[3]، وذلك من أجل وفاء المدين بإلتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقت ضرر جسيم يلحق الدائن، وهذا ما نصت عليه **المادة 2/281 من ق.م.ج**، على أنه: " **غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين و مراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز المدة سنة أو يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها** ".

بوقف حكم القاضي بوقف تنفيذ العقد ولا يمس في الواقع بمضمون هذا العقد، لأن الإلتزامات القديمة تظل محتفظة بقيمتها ومقاديرها، كما كانت لحظة إبرام العقد، ذلك أنه بمجرد إنتهاء أثر الظروف الطارئة تعود إلى العقد قوته الملزمة، ويتم تنفيذ العقد وفقا لما تم الإتفاق عليه[4].

---

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

[2] – فداق عبد الله، المرجع السابق، ص 52.

[3] – جيلالي بن عيسى، نظرية الظروف الطارئة في ظل إختلال الإلتزامات التعاقدية، **مجلة المعيار**، جامعة عبد الحميد بن باديس، المجلد 09، العدد 02، 2018، (ص.ص 129– 144).

[4] – بودواو خليفة، بوزيان السعيد، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، المرجع السابق، ص 33.

وهذا أيضا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها القاضي بتأييد الحكم بمنح المطعون ضدها أجلا لتنفيذ إلتزاماتها إستنادا لظروف أمنية إستثنائية سائدة في المنطقة[1].

كما 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 الظروف الحاضرة يمكن أن يكون لديه فكرة تقريبية عن المستقبل، أو تكون غير محدد من الوقت حتى تزول آثار الظرف الطارئ، بشرط أن يراعي القاضي في المهلة أن تكون من شأنها السماح للمدين بتدبير أمره من جهة، كما يراعي في ذلك عدم الإضرار بمصلحة الدائن من جهة أخرى[2].

الفرع الثاني

القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل العقد

تقيد سلطة القاضي أثناء قيامه بتعديل العقد مجموعة من القيود، وذلك لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول التي تعتبر هذه القيود من النظام العام ولا يمكن تجاوزها.

تتمثل هذه القيود في مراعاة القاضي للظروف المحيطة **(أولا)**، والموازنة بين مصلحة الطرفين **(ثانيا)**.

أولا: مراعاة الظروف المحيطة.

إن سلطة القاضي في هذا المجال محدودة، ذلك بمراعاة ظروف المتعاقدين أثناء إبرام وتنفيذ العلاقة العقدية، وله الحرية في تقدير هذه الظروف المحيطة، ومن خلال نص **المادة 3/107** وبالتحديد عبارة " **تبعا للظروف** "، يتبين لنا أن سلطة القاضي في تعديل العقد ليست مطلقة، بل يجب عليه مراعاة الظروف عند تعديل العقد ورد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

---

[1] – قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 212782، المجلة القضائية، الصادرة بتاريخ 2000/01/12، العدد الأول، 2001، ص 114.

[2] – طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 258.

ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين

يقوم القاضي في هذا المبدأ بتوزيع الظرف الطارئ، وذلك بعد مراعاة مصلحة الطرفين والموازنة بين مصلحتهم، بحيث تقوم نظرية الظروف الطارئة على معيار العدالة، والذي يقضي بإعادة التوازن إلى العقد الذي إختل بسبب الظرف الطارئ.

وتتمثل مصلحة الدائن في تنفيذ الإلتزام في موعد محدد، أما مصلحة المدين تتمثل في تنفيذ الإلتزام دون أن تلحق به أي خسارة مالية جراء تلك الظروف الطارئة، وعلى القاضي الوصول إلى حل يمنع ظلم أي طرف وتحميله تبعة الهلاك دون الطرف الآخر.

لذا حرص المشرع الجزائري على أن يقوم القاضي بتعديل العقد بالموازنة بين مصلحة المتعاقدين، وهو ما عبر عنه بقوله بعد مراعاة مصلحة الطرفين في نص **المادة 3/107 ق.م.ج**[1].

ثالثا: رد الإلتزام إلى الحد المعقول

يقصد برد الإلتزام إلى الحد المعقول إشتراك طرفي العقد معا (الدائن والمدين) في الخسارة الناجمة عن الظروف الطارئة وغير المتوقعة، فلا يتحملها الطرف المدين وحده وذلك تجنبا لفسخ العقد الذي لم ينص عليه القانون المدني الجزائري.

وحسب ظروف وملامسات القضية، يختلف الأمر في رد الإلتزام إلى الحد المعقول فيها[2]، وهذا ما نصت عليه **المادة 3/107 ق.م.ج**، بنصها: " **... رد الإلتزام إلى الحد المعقول ...**"

[1] – فداق عبد الله، المرجع السابق، ص 57.

[2] – صاغي زينة، مقري نسيمة، المرجع السابق، ص 53.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في ظل التعويض الإتفاقي و منح الأجل القضائي

أجاز المشرع الجزائري أطراف العلاقة العقدية التحكم في الآثار المترتبة على المسؤولية العقدية، والتي تتمثل في تحديد قيمة التعويض المستحق، وذلك إحتراما منه لإرادتيهما، إلا أنه قيد حريتهم في تحديد تلك القيمة بسلطة الرقابة القضائية التي يمارس القاضي عليها.

فقد يتفق أطراف العلاقة العقدية أثناء إبرامهما للعقد على تحديد قيمة التعويض الإتفاقي، على أنه في حالة عدم قيام أحدهما بتنفيذ إلتزامه أو تأخر فيه أو تم تنفيذه على النحو الغير متفق عليه، بحيث يسبب ضررا للمتعاقد الأخر، إستحق المتضرر التعويض الذي سبق الإتفاق عليه.

كما قد يلجأ الأفراد إلى إبرام العقود التي تتضمن إلتزامات مؤجلة يتراخى تنفيذها إلى حلول الأجل المتفق عليه، حيث من المفروض أن توفى هذه الإلتزامات طواعية ضمن هذا الإطار الزماني المحدد في العقد، لكن قد يحدث وأن يختلف المدين في أداء ما عليه ضمن الأجل المتفق عليه لظرف خاص به، يقدر القاضي أنه مبرر فيمنحه أجلا للوفاء، وهو ما يعرف بالأجل القضائي.

منح المشرع للقاضي سلطة في تعديل مبلغ التعويض إذا كان تقديره مفرطا ووفقا لأحكام **المادة 2/184 من ق.م.ج (المطلب الأول)**، كما أجاز وسمح له بالتدخل ومنح أجل للمدين حتى ينفذ إلتزامه وفقا لنص **المادة 2/119 من ق.م.ج**، ونص **المادة 2/281 من ق.م ج (المطاب الثاني)**.

المطلب الأول

سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي

يحكم القاضي بالتعويض بإعتباره ضمانة لحماية حقوق الأفراد وعدم المساس بها وضياعها، نظرا لما تملكه من آليات وإمتيازات تجعلها أقدر على تحديد تعويض عادل للضرر، غير أن مبدأ الحرية التعاقدية يعطي لأطراف العلاقة العقدية إمكانية تقدير التعويض قبل وقوع الضرر، وذلك يتم أثناء إبرام العقد وقبل التنفيذ لتفادي أية مخاطر لتنفيذ الإلتزام، وهو ما يعرف بالتعويض الإتفاقي أو كما هو شائع " الشرط الجزائي ".

وعلى ضوء ما سبق ذكره، لابد من تبيان مفهوم التعويض الإتفاقي **(الفرع الأول)**، ثم التطرق إلى نطاق سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي **(الفرع الأول)**.

الفرع الأول

مفهوم التعويض الإتفاقي

يتطلب تحديد مفهوم التعويض الإتفاقي، تعريفه **(أولا)**، ثم تبيان خصائصه **(ثانيا)** وتحديد شروط إستحقاقه **(ثالثا)**.

أولا: تعريف التعويض الإتفاقي

1/ التعريف التشريعي:

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للتعويض الإتفاقي، تاركا ذلك للفقه القانوني، وإكتفى بتأكيد مشروعيته في نص **المادة 183 من ق.م.ج**[1]، وتنظيم أحكامه في **المواد 184، 185، 186 و 187 من ق.م.ج**، مسايرا في ذلك معظم التشريعات، مثل التشريع المصري[2].

---

[1] – تنص المادة 183، من القانون المدني على أنه: " **يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في إتفاق لاحق، و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181** ".

[2] – بوبكر فارس، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستر، تخصص عقود و مسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، ص 10.

إلا أن ذلك لم يمنع المشرع الفرنسي من التعرض للتعويض الإتفاقي بالتعريف، و ذلك في **المادتين 1226 و 1229 ق.م.ف**، حيث تنص **المادة 1226** على أنه: " **التعويض الإتفاقي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ إتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ** ".

وأما نص **المادة 1229**، فقد عرفت التعويض الإتفاقي بأنه: " **تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي، ولا يمكنه ان يطالب في نفس الوقت بالأصل والجزاء ما لم يكن الشرك مقررا لمجرد التأخير** "[1].

2/ التعريف الفقهي:

يعرف التعويض الإتفاقي على أنه: " **إتفاق تبعي قد يرد في ذات العقد، أو في عقد لاحق، يلتزم بمقتضاه المدين بدفع مبلغ من المال أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل في حالة إخلاله بإلتزام ترتب في ذمته، سواء ظهر هذا الخلل في شكل عدم تنفيذ كلي أو جزئي أو تأخر في التنفيذ تنفيذا معينا** "[2].

كذلك يمكن القول في ما يخص بتعريف التعويض الإتفاقي انه 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 التعويض الإتفاقي بالصلح أو التجديد، ومثال عن ذلك: عقد المقاولة قد يتضمن تعويضا إتفاقيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين من المال إذا تأخر عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه في المدة المحددة له[3].

[1] – نقلا عن: بودواو خليفة، بوزيان السعيد، المرجع السابق، ص 35.

[2] – نقلا عن: بودواو خليفة، بوزيان السعيد، المرجع نفسه، ص 35.

[3] – أيت طبيب سوهيلة، وادة ليدية، المرجع السابق، ص 64 و 65.

ثانيا: خصائص التعويض الاتفاقي

يمتاز التعويض الإتفاقي بثلاث خصائص، والتي جاءت وفقا لنص **المادة 183 ق.م.ج** على النحو التالي:

1/ التعويض الإتفاقي إلتزام تابع للإلتزام الأصلي:

لا يقصد التعويض الاتفاقي لذاته، ولا يستقل بوجوده، وإنما يقع بمناسبة إنشاء عقد بمعنى أنه يتبع إلتزام أصلي آخر، ومن ثمة فإن جميع أوصاف الإلتزام الأصلي من شرط وأجل وتضامن، وما شابه ذلك تلحق بالتعويض الإتفاقي، وبالتالي يصبح التعويض الإتفاقي موصوفا بوصف الإتزام الأصلي.

كذلك ينعدم موضوع التعويض الاتفاقي ويزول مفعوله القانوني، إذا لم ينشأ العقد الأصلي أو لحقه البطلان، أما إذا كان الالتزام الأصلي صحيحا والتعويض الاتفاقي غير مشروع، فإن الالتزام الأصلي يبقى صحيحا، ويبطل التعويض وهذا ما يسمى بالبطلان الجزئي، ما لم يكن هذا التعويض هو الباعث على التعاقد، حينها يبطل الالتزام الأصلي وما يتبعه من تعويض إتفاقي[1].

2/ الإلتزام بالتعويض الإتفاقي هو إلتزام إحتياطي.

يتميز التعويض الاتفاقي بأنه وسيلة تعويضية إحتياطية، لا يلجأ إليها الدائن إلا في حالة عدم تنفيذ المدين للإلتزام الأصلي عينا، والدائن في هذه الحالة عليه أن يقوم بالمطالبة بالتنفيذ العيني للإلتزام الأصلي إذا كان ممكنا، أما إذا إستحال التنفيذ على المدين كان للدائن المطالبة بالإلتزام الإحتياطي المتمثل في التعويض الاتفاقي[2].

كما أن التعويض الاتفاقي ليس التزاما بدليا، بمعنى إن كان الالتزام الأصلي ممكنا لا يستطيع المدين اللجوء على التعويض الاتفاقي كبديل، كما يعتبر أيضا أنه ليس تخييريا لأن

[1]– بودواو خليفة، بوزيان السعيد، دور القاضي في إعادة التوازن المدني للعقد، المرجع السابق، ص 38.

[2]– عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 121.

الدائن لا يحق له الاختيار بين الالتزام الأصلي والتعويض الاتفاقي، فيطلب تنفيذ أيهما يحقق مصلحته[1].

3/التعويض الاتفاقي تقدير جزافي للتعويض:

تعتبر الصفة التعويضية للتعويض الإتفاقي الناشئة عن كون هذا التعويض إتفاقي قد تم تقديره مقدما من طرف أطراف العلاقة التعاقدية، أي قبل وقوع إخلال المدين بالتزامه ولا يستطيع المتعاقدان التنبؤ مسبقا بمقدار الضرر المادي الفعلي أو الحقيقي الذي يصيب أحدهما من جزاء إخلال الطرف الآخر بتنفيذ إلتزامه أو الامتناع عنه، ومن ثم فإنه يشترط لتطبيق التعويض الاتفاقي المحدد مقدما حصول الضرر ممن أخطأ، فأخل بشرط العقد المتفق عليه[2].

ثالثا: شروط استحقاق التعويض الاتفاقي

إن شروط إستحقاق التعويض الاتفاقي هي نفسها شروط إستحقاق التعويض طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وهي: الخطأ **(أ)**، الضرر **(ب)**، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر **(ج)**، ذلك ما نصت عليه **المادتين 182و183** من ق.م.ج، بالإضافة إلى شرط إعذار المدين **(د)** حتى يكون التعويض الإتفاقي مستحقا هذا ما نصت عليه **المادة 179**ق.م.ج.

1/ الخطأ:

هو خطأ عقدي من جانب المدين يتمثل في عدم تنفيذ لالتزامه، أو التأخر فيه أو التنفيذ المعيب له، ويقع على الدائن بإثبات هذا الخطأ، هذا الخير الذي يعتبر أساس التعويض الاتفاقي[3].

---

[1]– العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 225 و 226.

[2]– أيت طبيب سوهيلة، وادة ليدية، المرجع السابق، ص 66 و 67.

[3]– نقلا عن: بودواو خليفة، بوزيان سعيد، المرجع السابق، ص 39.

إذا كان المدين ملتزما لتحقيق نتيجة فيكفي لإثبات الخطأ أن يقيم الدائن الدليل على عدم تحقيق هذه النتيجة، فيفترض الخطأ من جانب المدين، ويكون على هذا الخير إذا اراد نفي المسؤولية عن نفسه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي[1].

فالخطأ ركن من أركان قيام المسؤولية المدنية يؤثر في حجم التعويض، فإذا كان الخطأ مشتركا بين طرفي العلاقة العقدية، وجب توزيع المسؤولية بنسبة خطأ كل منهما ويؤشر على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن[2].

2/ **الضرر**:

لا يستحق التعويض الإستحقاقي إذا لم يترتب على عدم التنفيذ أو التأخير ضررا بالدائن، و ذلك أن الضرر هو أساس تقدير التعويض الواجب أداءه وهو يخضع للتقدير القاضي، فإذا يوجد الضرر لم يكن التعويض مستحقا، ولا مجال لإعمال التعويض الاتفاقي.

وهذا ما أكدته **المادة 184**ق.م.ج في فقرتها الأولى بنصها: " **لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر**".

من خلال تحليلنا لنص المادة السالفة الذكر، يتضح لنا أن الضرر مفترض فلا يكلف الدائن بإثباته، وإنما على المدين ان يثبت عدم إصابة الدائن بأي ضرر حتى يتخلص من التعويض الاتفاقي، ومفاد ذلك أن هذا الأخير وإن لم يستبعد ركن الضرر للأنه ينقل عبء الإثبات في خصوص هذا الركن من الدائن على المدين خلافا للقواعد العامة.

ويعتبر شرط وقوع الضرر من النظام العام، لا يمكن للأطراف استبعاد تطبيقه بشرط اتفاقي آخر يجعل التعويض الاتفاقي مستحقا حتى في غياب الضرر، وهذا ما جاءت به **المادة 3/184 ق**.م.ج على أنه: "**يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه**"[3].

---

[1]– محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص 79.

[2]– بوداود خليفة، بوزيان سعيد، المرجع السابق، ص 40.

[3]– عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 123.

3/ علاقة السببية بين الخطأ و الضرر:

حتى تقوم المسؤولية العقدية لا يكفي أن يقع خطا من المدين وان يلحق ضرر بالدائن بل لا بد ان يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر، وهذا ما نقصده بالعلاقة السببية فلا يجوز تعويض إذا انتفت العلاقة 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 المضرور، في هذه الحالة يعفى المدين من التعويض المتفق عليه، وكذلك يمكن اتفاق على تشييد 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 من عدم الوفاء.

أما بالنسبة للدائن، فيكفي إثبات عدم الوفاء ليصبح التعويض الاتفاقي واجب التطبيق[1].

4/ الإعذار:

للاستحقاق قيمة التعويض الاتفاقي المتفق عليه، ألزم القانون الدائن بالضرورة اتخاذ إجراء معين يتمثل في إعذاره للمدين من اجل مطالبته بالتنفيذ العيني للالتزام الأصلي باعتبار الإعذار ركنا من أركان المسؤولية العقدية إضافة إلى الخطأ والضرر والعلاقة السببية[2].

يقصد بالإعذار وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه، لأنه بمجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي لجعل المدين في هذا الوضع القانوني[3].

والإعذار في القانون المدني الجزائري شرط لا غنى عنه للاستحقاق التعويض وهو ما تقضى به **المادة 179** ق.م.ج[4]، وتثبت كذلك **المادة 180** ق.م.ج[1] على كيفية الإعذار

---

[1]– صاغي زينة، مقري نسيمة، المرجع السابق، ص 63.

[2]– بوبكر فارس، المرجع السابق، ص 58.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المني الجديد، المرجع السابق، ص 830.

[4]–تنص **المادة 179**، ق.م.ج على أنه: " **لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم يوجد نص مخالف لذلك** ".

فذكرت عدة وسائل على سبيل المثال لا الحصر والمتمثلة في الإنذار، أو ما يقوم مقامه بإضافة على البريد على الوجه المبين في القانون.

إلا أن المشرع الجزائري لم يجعل الإعذار من النظام العام حينما أعفى الدائن منه في حالات معينة، وأجازته في المادة 180 ق.م.ج، للأطراف الإتفاق على أن يعتبر المدين معذرا بمجرد حلول الجل ونصت على حالات أخرى في ق.م.ج يعفى بموجبها الدائن من أعذار مدينه وهذه الحالات هي الآتي[2]:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو إذا صار غير مجدي بفعل المدين.
- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل غير مشروع.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد تنفيذ التزامه.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق وشيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

الفرع الثاني

نطاق سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي

لتحديد نطاق سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، علينا بدراسة السلطة التقديرية للقاضي من خلال تعديل قيمة التعويض الاتفاقي **(أولا)**، والقيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي **(ثانيا)**.

أولا: سلطة القاضي في زيادة و تخفيض التعويض الإتفاقي

أجاز المشرع الجزائري للقاضي التدخل لإحداث التوازن بين الضرر والتعويض في نص **المادة 02/184** من ق.م.ج، وذلك من خلال تعديل قيمة التعويض الإتفاقي إما زيادته **(1)**، أو بتخفيضه **(2)**.

1/ سلطة القاضي في زيادة قيمة التعويض الاتفاقي

[1]- راجع نص**المادة 180** من الأمر 75-58.

[2]- تنص **المادة 181**ق.م.ج على أنه: **"لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية..."**.

يتحدد التعويض الاتفاقي بمبلغ قليل إلى درجة كبيرة، بحيث لا يتناسب مع الضرر الذي قد يصيب الدائن إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، والأصل أن القاضي لا يزيده ليكون مساويا للضرر، بل يحكم به كما هو وإلا فقد التعويض الاتفاقي معناه، وبالتالي فإن الدائن ليس له أن يطالب المدين إلا بالقيمة المتفق عليها في العقد الأصلي، ولكن أورد المشرع الجزائري استثناء في نص **المادة 185** ق.م.ج التي جاء فيها: "**إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة،إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما**"، وعليه فإنه يجوز للدائن أن يطالب بزيادة قيمة التعويض الاتفاقي إذا أثبت أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما[1].

كذلك وإن تجاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، يشير إلى أن هناك ضرر غير متوقع وقت تحديد التعويض الاتفاقي، وهو يفترض على أنه نتج بفعل المدين لسوء نيته في تنفيذ التزامه، وبالتالي يسأل عن الضرر المتوقع والغير المتوقع.

ألا بتنفيذ التعويض الاتفاقي، فله أن يحكم بتعويض إضافي لتغطية الضرر كاملا وعليه إذا عمل القاضي بالتعويض الاتفاقي المتفق عليه في العقد، فمعناه أعفى المدين من المسؤولية التقصيرية وهذا لا يجوز لمخالفة النظام العام، وهذا طبقا للفقرة الخيرة من **المادة 178** من ق.م.ج التي تنص: "**... و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي**"[2].

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

2/ سلطة القاضي في تخفيف التعويض الاتفاقي

[1]– سعدان كهينة، إيقي فاطمة الزهراء، المرجع السابق،ص 80

[2]– سي يوسف زاهية، "سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي"، **المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية**، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 10، العدد 01، (د. س. ن)، (ص،ص7–19).

[3]– صاغي زينة، مقري نسيمة، المرجع السابق، ص 68.

يتضح لنا من خلال نص**المادة 02/184** ق.م.ج التي تنص على ما يلي: "**ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض و إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه**"، إن المشرع الجزائري حدد حالتين فيهما للمدين اللجوء إلى القضاء لأجل طلب تعديل العقد بخصوص التعويض المتفق عليه مسبقا وهما:

أ/ حالة الإفراط في تقدير قيمة التعويض

يجوز للقاضي في هذه الحالة تخفيف ما هو متفق عليه، إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبلغ فيه على الدرجة كبيرة تلحق ضررا بالدائن، وهذا ما أكدته **المادة 02/184** السالفة الذكر، ويستخلص من هذه المادة أن القاضي السلطة التقديرية في ان يتدخل في تخفيض التعويض الاتفاقي، إذا كان مبالغا فيه وهي مسألة جوازيه له أن يتقبل أو يرفض بصريح العبارة لكن لم يحدد معيار المبالغة و لا طريقة تخفيضها[1].

كذلك في غياب أي ضوابط يسترشد إليها القاضي لإجراء التخفيض يدفعنا إلى القول أن القاضي حر في تقدير كيفية التخفيض، وباستقراء نص **المادة 189** ق. م. ج تكون طريقة التخفيض بناءا على معيار موضوعي و هو يجب التساوي بين المبلغ المحكوم به وقدر الضرر الذي وقع فعلا[2].

أما بالنسبة لتقدير المبالغة يمكن تقديره من وقت أن يصبح التعويض الاتفاقي مستحقا لأن في هذه الحالة يمكن معرفة الضرر وتقديره[3].

ب/ حالة التنفيذ الجزائي للالتزام

يجوز للقاضي التدخل لتخفيض التعويض الاتفاقي، إذا أثبت المدين أنه جزء من الإلتزام، رغم أن التنفيذ الجزئي لا يؤدي إلى تحقيق أهداف المتعاقدين من العقد، إلا أنه من التعسف إهدار التنفيذ الجزئي والتمسك بالتزام المدين بالوفاء بالمبلغ المتفق عليه كاملا، ولا

[1]– سي يوسف زاهية، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، المرجع السابق، ص 12.

[2]– طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 295.

[3]– سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 12.

يلزم القاضي بالحكم تخفيض مقدار التعويض، لأن المشرع الجزائري جعله جوازيا يقدره في ضوء الظروف المحيطة ما تم تنفيذه من الالتزام كان تافها[1].

كذلك تعتبر سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي بضوابط محددة أو شروط يلزم توفرها حتى ينفتح المجال أمام القاضي لتخفيض أو زيادة التعويض الاتفاقي، بحيث يجب أن يكون الالتزام قابل للتجزئة، فهناك التزامات لا تقبل التجزئة، لذلك على القاضي تأكد من قابلية الالتزام للتجزئة[2].

كما يجب أن لا يقبل الدائن التنفيذ الجزئي، ففي حال ما إذا اتفق أطراف العلاقة العقدية عند إبرامهم للعقد الأصلي أو التكميلي، على إمكانية وكيفية تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي، أو قبل الدائن ذلك التنفيذ الجزئي بعد حدوثه، فلا دخل للقاضي في ذلك، ويجب عليه أن يسعى على إفراغ إرادتهما حسب ما اتفق عليه وفي حدود ما يراه عادلا[3]، كما يجب أيضا أن يحقق التنفيذ الجزئي مصلحة الدائن، إذا يتعين على القاضي أن يبحث في مسألة أولية قبل تخفيض التعويض الاتفاقي هي إلى أي حد إستفاد الدائن من التنفيذ الجزئي ومدى الضرر الذي يحل به من جراء عدم قيام المدين بإكمال العقد[4].

ثانيا: القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي

إن القاضي من غير الممكن أن يمارس سلطته في تعديل التعويض الاتفاقي سواء بتخفيضه أو بالزيادة فيه من تلقاء نفسه، دون طلب من المتعاقد المتضرر وإلا يكون قد تجاوز حدود سلطته، فتدخله يكون إما بطلب المدين التخفيض من قيمة التعويض المدرج في التعويض الاتفاقي بعد ان يقيم الدليل علة أنه مفرط أو أنه قام بتنفيذ جزء من الالتزام

[1]– سعدان كهينة، إيقي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 79.

[2]– عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 131.

[3]– بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 345.

[4]– عبيد نجاة، ، المرجع السابق، ص 131 و 132.

الأصلي، أو بناء على طلب الدائن الزيادة في قيمة التعويض بعد أن يثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما تسبب في عدم تنفيذ الالتزام[1].

لقد قصر المشرع في سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي على حالة غش المدين أو خطئه الجسيم، وذلك يكون قد قصر الحماية على المدين دون الدائن، وهذا مناف للعدالة، وكان ينبغي على المشرع أن يساوي بين الدائن والمدين، ذلك على غرار المشرع الفرنسي الذي يجيز للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي وزيادة على حد سواء وذلك خلال نص **المادة 1152** منه.

يجب على القاضي أن يسبب حكمه حتى قرر تعديل التعويض الاتفاقي كان ذلك بتخفيضه أو بزيادته، وأن المعيار الذي اعتمده في تقدير إفراط التعويض الاتفاقي أو تفاهته مقارنة بالضرر الاحق بالدائن، إلا أن القاضي غير ملزم بتسبيب حكمه عندما يرفض تعديل التعويض الاتفاقي، لأنه ببساطة يطبق في هذه الحالة اتفاق أطراف العقد ويكرس قاعدة ثبات التعويض الاتفاقي[2].

المطلب الثاني

سلطة القاضي في منح الأجل القضائي

من الممكن أن تواجه أحد أطراف العلاقة العقدية عقبات مادية تجعله غير قادر على الوفاء بإلتزاماته في الوقت المحدد في العقد أثناء إبرامه، مما يجعل هذا العقد مهددا بالفسخ وما يترتب عليه من آثار قانونية، ففي هذه الحالة يمكن للمدين اللجوء إلى القضاء لطلب منحه أجلا للوفاء بإلتزاماته **(الفرع الأول)**، فيتدخل القاضي إذا وافق على طلبه لتعديل أحد عناصر العقد وهو عنصر الأجل، وهذا ما يسمى بتدخل القاضي لمنح المدين الأجل القضائي **(الفرع الثاني)**.

---

[1]– عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 136.

[2]–نقلا عن: عبيد نجاة، المرجع نفسه، ص 137.

الفرع الأول

مفهوم الأجل القضائي

يتطلب تحديد مفهوم الأجل القضائي، التطرق إلى تعريفه **(أولا)**، وبيان خصائصه **(ثانيا)**، ثم ذكر شروطه القانونية في منحه من طرف القاضي **(ثالثا)**.

أولا: تعريف الأجل القضائي

1/ التعريف الفقهي للأجل القضائي:

هناك عدة تعاريف فقهية للأجل القضائي، و من بين التعاريف نذكر بعضها:

هناك من عرف الأجل القضائي على أنه: " **أجل يجوز منحه للمدين بشروط معينة** "[1].

عرفه الدكتور عبد الحكم فودة بأنه: " **مهلة تنفيذ يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ، حسن النية، إذا إستدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم، وذلك حتى ينفذ إلتزامه** "[2].

عرفه كذلك الأستاذ " **عبد الرزاق السنهوري** " بأنه: " **مهلة قضائية يراد بها التخفيف عن عبئ إلتزام المدين الجدير بالرأفة، وهي تخفف العبئ من حيث الإفساح في أجل الوفاء** "[3].

2/ التعريف القانوني للأجل القضائي:

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للأجل القضائي، وإنما إكتفى بتنظيم أحكامه في **المواد 119، 210، 2/281 من ق.م.ج.**

---

[1] – نقلا عن: بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 376.

[2] – نقلا عن: عبد الحكم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، منشأ المعارف، مصر، 1993، ص 454.

[3] – عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام– الأوصاف– الحوالة– الإنقضاء، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.س.ن)، ص 78.

نصت **المادة 119 ق.م.ج**، على أنه: " **في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يفوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد او فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك.**

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

كما نصت **المادة 210 ق.م.ج**، على ما يلي: " **إذا تبين من الإلتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة مع إشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بإلتزامه** ".

في حين نصت **المادة 2/281 ق.م.ج**، على أنه: **غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، و مراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها** ".

من خلال إستقراء **المادتين 119 و 2/281** المشار إليهما أعلاه، فإنه ومراعاة لظروف المدين، جاز للقاضي أن يمنحه أجلا للوفاء بإلتزامه ورفض الفسخ المطالب به من الدائن دون الإخلال بحقوق هذا الأخير، بحيث يترتب على منح هذا الأجل وقف التنفيذ إلى غاية إنقضائه على أن لا تتجاوز المدة سنة واحدة.

وكذلك من خلال تحليلنا نص **المادة 210 ق.م.ج** السالفة الذكر، أنه في حالة وجود إتفاق بين الطراف على تحديد أجل للوفاء، وتعليقه على ميسرة المدين، أي أن الوفاء يتم إذا تبين يسار المدين، هنا جاز للقاضي أن يحدد أجلا معينا مراعيا في ذلك جملة من العناصر التقديرية، والمتمثلة أساسا في موارد المدين الحالية والمستقبلية، على أن تتوفر فيه عناية الرجل الحريص[1].

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام– الأوصاف– الحوالة– الإنقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 84 و 88.

ثانيا: خصائص الأجل القضائي

يتميز الأجل القضائي بعدة خصائص تتمثل فيما يلي:

1/ الأجل القضائي إستثنائي على القاعدة العامة في الوفاء:

تنص **المادة 1/281 من ق.م.ج**، على أنه: " **يجب ان يتم الوفاء فور ترتيب الإلتزام نهائيا في ذمة المدين، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك** "، في حين أن السلطة الممنوحة للقاضي ميعاد الوفاء المتفق عليه بين المتعاقدين، رغم إرادة الدائن، يعد من صميم الإستثناء على القاعدة العامة في الوفاء[1].

2/ الأجل القضائي من النظام العام:

ذلك أن إمهال المدين مهلة قضائية، ومنحه أجل قضائي يتعلق بالمصلحة العامة، مما يجعلها من النظام العام، فلا يجوز لطرفي العلاقة العقدية الإتفاق على إستبعاد إمكانية تطبيق القاضي للأجل القضائي[2].

3/ جواز الحكم بالأجل القضائي دون طلب المدين:

لا يشترط أن يطلب المدين صراحة أو ضمنيا الأجل القضائي، فالمشرع أجاز للقاضي منحه دون طلب منه أو موافقة الدائن عليها.

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

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

---

[1] – بودواو خليفة، بوزيان السعيد، المرجع السابق، ص 44.

[2] – بودواو خليفة، بوزيان السعد، المرجع نفسه، ص 44.

[3] – عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 456 و 457.

ثالثا: شروط منح القاضي الأجل القضائي

حتى يتمكن القاضي منح الأجل القضائي لابد من توفر جملة من الشروط، والتي سندرسها في ما يلي:

1/ عدم وجود نص قانوني يمنع منح الأجل القضائي:

تعتبر سلطة القاضي في منح الأجل القضائي سلطة مستمدة من القانون، وتعد تطبيقا للنصوص القانونية في إطار ما خوله القانون، وبالتالي إذا وجد نص قانوني يمنع القاضي من منح هذه المهلة، فلا يكون أمام القاضي في هذه الحالة سوى إحترام ذلك، وإلا أعتبر مخالفا للقانون ويترتب على هذا أن يتعرض حكمه للنقض[1].

ومن النصوص القانونية التي تحول دون منح القاضي للأجل القضائي، نذكر على سبيل المثال:

المادة 120 من ق.م.ج، التي تنص على انه: " **يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي** "، فوفقا لنص هذه المادة فإنه يستبعد ويمنع القاضي من منح الأجل القضائي في حالة الفسخ الإتفاقي.

كذلك نص **المادة 392**، التي تنص على أنه: " **في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن و تسلم المبيع يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع و دون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل وهذا ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك** "، يتضح من خلال هذه المادة أنه في حالة تأخر المشتري عن دفع الثمن عند حلول الميعاد، فإنه يمنع القاضي من منح الأجل القضائي للمشتري[2]، وإلا أنه في حالة السكوت وعدم وجود إتفاق، فإنه يجوز للقاضي إعطاء المشتري مهلة للوفاء بالثمن.

---

[1] – بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 374.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام– الأوصاف– الحوالة– الإنقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 871.

كذلك أيضا ما جاءت به نص **المادة 2/464 من القانون التجاري الجزائري** على أنه: **" لا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و 438 من هذا القانون ".**

2/ أن تكون حالة المدين متعثرة تستدعي منحه هذا الأجل:

يستدعي لمنح القاضي للمدين مهلة للتنفيذ أن تتوفر فيه الشروط التالية:

أ/أن يكون المدين حسن النية:

يعتبر حسن النية مبدأ من المبادئ العامة التي تحكم تنفيذ العقد، وقد أخذ المشرع الجزائري في **المادة 107 من ق.م.ج**، حيث تنص **الفقرة الأولى منها** على: **" يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه و بحسن النية ".**

وحسن النية حسب الفقيه **" عبد الحكم فوده ": " هي تلك النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع أو القصد السيء، فهي النية الصادقة الصريحة الحسنة المضادة لسوء النية أو الغش أو الرغبة في الأضرار بالغير، وبصفة عامة فإن المبدأ يعبر عن كل إحساس بالأمانة وإستقامة الضمير "**[1].

فحسن النية قرينة بسيطة ومفترضة في كل متعاقد، بحيث يجوز إثبات عكسها ممن له مصلحة في ذلك، فإذا ما ثبت أن المدين سيء النية وتعمد عدم التنفيذ، فإنه لا يستفيد من هذه المهلة[2].

ب/ أن يكون المدين سيء الحظ:

معناه أن يكون المدين عاثر الحظ لا متعمدا عدم الوفاء ولا مقصرا فيه، وإنما تمر به أزمة طارئة ومؤقتة خارجة عن إرادته، وبمنحه هذه المهلة يمكن أن يوفي بدينه.

[1] – عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 152.

[2] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 142.

وللقاضي إذا رأى من الأسباب ما يستدعي تطبيقه لنظرية الظروف الطارئة، فإنه يتدخل لتعديل الإلتزامات الناشئة عن العقد، وما يتناسب مع الحادث الطارئ، ويكون ذلك إما بتأخير الأجل عن غير الأجل المتفق عليه، أو وقف العقد إلى حين زوال الظرف الطارئ[1].

ج/ أن لا يكون المدين معسرا:

لا يجوز للمدين المعسر أن يطلب إمهاله أجل، بل يجب أن يكون لديه من المال والضمانات ما يخوله إمكانية الوفاء، كأن يكون له نصيب من المال سواء كان في شكل عقار أو منقول، لكن تعذر عليه بيعه، فيطلب منحه أجلا للقيام بذلك، أو أن تكون له أموال عند الغير مستحقة الدفع في مواعيد متعاقبة، كبيع ملكه، أو أجر عمله، بحيث تكون تلك الأموال كفيلة بتسديد دينه ولو قسط عليه القاضي الدين[2].

3/ أن لا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم:

لو كان في منح القاضي للمدين لمهلة قضائية إضرار بليغ بالدائن، فإن القاضي يمتنع عن ذلك، فمن غير الجائز التخفيف على المدين في مقابل الإضرار البليغ بالدائن، ومثال ذلك أن يكون الدائن معولا على مال يستوفيه لأداء دين عليه، أو يرغب في إبرام صفقة مالية مربحة له بتلك النقود التي له في ذمة المدين، بحيث لو ضيع تلك الفرصة يخسر خسارة فادحة[3].

فالقاضي ملزم بمنح الأجل القضائي للموازنة بين مصلحة الطرفين، وتغليب مصلحة الدائن في الغالب، والملاحظ على أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط على عكس المشرع المصري الذي أورده في نص **المادة 346 من ق.م.ج**[4].

---

[1] – طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 142.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام– الأوصاف– الحوالة– الإنقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 781.

[3] – بسام أحمد حمدان، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين– دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2018، ص 276.

[4] – بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 378.

4/أن لا يتجاوز الأجل الممنوح للمدين مدة سنة:

وهذا ما أكدته **المادة 2/281 ق.م.ج**، بنصها: " **غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الإقتصادية ان يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها** "، فلا يستطيع القاضي أن يمنح المدين أجلا يتجاوز هذه المدة، مما قد يؤدي إلى تعطيل الدائن من الحصول على حقه[1].

الفرع الثاني

نطاق سلطة القاضي في منح الأجل القضائي

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة التدخل لتعديل أجل تنفيذ العقد ومنح الأجل القضائي، ويكون ذلك بعد رفع دعوى قضائية من طرف الدائن للمطالبة بتنفيذ العقد **(أولا)**، أو المطالبة بفسخ العقد **(ثانيا)**.

أولا: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ

يتدخل القاضي لمنح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ، إذ يحق للدائن عند حلول أجل تنفيذ العقد، رفع دعوى قضائية يطالب فيها االمدين بتنفيذ إلتزامه، وذلك أثناء الدعوى التي يقيمها الدائن أو عندما يقوم الدائن بمباشرة إجراءات التنفيذ بسند رسمي[2].

وإذا لم يستطع المدين أن يطلب الأجل القضائي في الدعوى المقامة ضده، لا يكون أمامه سوى اللجوء لرفع دعوى إشكال في التنفيذ، يطلب فيها من القاضي المطروح أمامه الإشكال أن يمنحه أجلا لتنفيذ إلتزامه، لكن في حال إذا ما كان الدائن يباشر حكمه بموجب

[1] – بودواو خليفة، بوزيان السعيد، المرجع السابق، ص 45.

[2] – طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 21.

حكم قابل للتنفيذ فإنه لا يجوز له ذلك، لأن الحكم واجب التنفيذ كما هو وهذا لأنه لا يجوز للمدين أن يدخر طلب منحه أجلا قضائيا إلى مرحلة تنفيذ الحكم[1].

وقد جاء في نص **المادة 2/281 من ق.م.ج: " غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين و مراعاة للحالة الإقتصادية، أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز المدة سنة، وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها ".**

نستخلص من هذه المادة، أنه يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا أو عدة آجال للوفاء بالدين على أقساط، شريطة أن لا تتجاوز المدة الإجمالية سنة واحدة، كما أن المدين في حالة إستفادته من المهلة القضائية، فإن جميع إجراءات التنفيذ تتوقف إلى حين إنقضاء المهلة الممنوحة من طرف القاضي، بحيث لو كان يقوم بإجراءات التنفيذ على المدين بموجب سند رسمي، ثم منح للمدين في هذا الوقت مهلة للوفاء، ويجب وقف إجراءات التنفيذ إلى حين إنقضاء الأجل الممنوح له.

وتجدر الإشارة إلى أنه ما تم من إجراءات قبل منح الأجل القضائي، يبقى قائما وصحيحا ومرتبا لآثاره وبإنقضاء الأجل دون الوفاء، يكون للدائن الحق في مواصلة إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفة، دون الحاجة إلى إعادة الإجراءات من جديد[2].

ثانيا: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ

قد يتدخل القاضي لمنح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ، و هذا وفقا لما نصت عليه **المادة 119 ق.م.ج**، التي جاء فيها: **" في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات ".**

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام– الأوصاف– الحوالة– الإنقضاء، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 784.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 785.

يفهم من خلال نص **المادة 119 من ق.م.ج**، أنه في العقود الملزمة لجانبين إذا إمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزامه، يجوز للمتعاقد الأخر إما المطالبة بالتنفيذ أو طلب فسخ العقد، والذي يعتبر كجزاء يقرر على المتعاقد المخل بإلتزامه، والقاضي في المقابل ليس مجبرا على الحكم بالفسخ، بل له السلطة التقديرية في ذلك، بالتالي يمكن للقاضي في حال رفع دعوى الفسخ من طرف الدائن أن يمنح للمدين أجلا للوفاء بإلتزامه، ذلك بعد تأكد من صحة الإجراءات المطلوبة قانونا وتواجد الشروط اللازمة لرفع دعوى الفسخ، دون أن يتقيد القاضي بآجال محددة يتعين عليه أن يتجاوزها، ولا يجوز الفسخ إذا قام المدين بالوفاء في غضون الأجل الممنوح له، كما يمكن للمدين أن ينفذ إلتزامه قبل صدور الحكم النهائي، وللقاضي تقديرا هذا التأخير وفي ما إذا كان هناك محل للحكم بالتعويض عنه[1].

ويعتبر تقدير الظروف التي تستدعي منح المدين أجلا مسألة موضوعية تدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية، ولا يخضع في شأن ذلك لرقابة المحكمة العليا، طالما أعطى حكمه سببا كافيا لذلك[2].

[1] – سعدان كهينة، إيقي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 85.

[2] – طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 21.

خاتمة

تعتبرا الإرادة جوهر قيام العقد، إذ تلعب دورا مهما في إبرامه وتحديد أثاره، هذا ما جسده المشرع الجزائري في **المادة 106 من القانون المدني**، فالأصل أن المتعاقد لا يلتزم إلا بما ورد في العقد وفي حدود ما أفصحت عنه إرادتهم و نيتهم الحقيقية حتى ولو كان أحد في مركز ضعيف أثناء التعاقد، غير أن هذه الوضعية الأخيرة قد تثير بعض الإشكالات أثناء إبرام العقد أو تنفيذه، الأمر الذي يتطلب تدخل القاضي لإعادة النظر فيما تم الإتفاق عليه بين الطرفين لتحقيق التوازن بينهما.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها خلال هذه الدراسة نذكر منها:

- ✓ أن تدخل القاضي في مجال العقد لا يمس بإرادة المتعاقدين، إنما يسعى من خلاله إلى تحقيق التوازن العقدي.
- ✓ أن سلطة القاضي في تعديل العقد ليست مطلقة، بل مقيدة بمجموعة من الضوابط والمعايير التي يتعين عليه مراعاتها في إعمال سلطته.
- ✓ إن تدخل القاضي في مرحلة تكوين العقد له طابع وقائي وذلك حماية لإستمرارية العلاقة التعاقدية، أما في مرحلة التنفيذ فله طابع علاجي وذلك حتى يحقق العقد هدفه.
- ✓ يتبين من خلال النصوص القانونية التي إعتمدنا عليها في هذه الدراسة أن سلطة القاضي في العقود المدنية سلطة جوازية.

وفيما يلي نقدم بعض الإقتراحات:

- ✓ إدراج المشرع الجزائري في نص المادة 111 من القانون المدني المعايير التي يعتمدها القاضي للتمييز ما بين العبارات الواضحة عن العبارات الغامضة.

- ✓ إضافة مادة قانونية متعلقة بسلطة القاضي في تكييف العقد، على إعتبار أن قواعد القانون المدني جاءت خالية من ذلك، وأن المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تفي بالغرض المطلوب.
- ✓ ضررة مراجعة وتعديل شروط العمومية الوارد في نص المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري، ذلك حتى يتسنى للقاضي إعمال سلطته التقديرية بتكييف كل حالة على حدى فينقص الإلتزام أو يزيد فيه أو يوقف التنفيذ إلى حين زوال الظرف الطارئ.
- ✓ تبيان الحالات التي تدخل ضمن الظروف الطارئة ضمن المادة 107 أو في نص قانوني منفصل عنه.
- ✓ إعادة النظر في نص المادة 185 من القانون المدني الجزائري والنص على حكم إرتكاب المدين لخطأ يسير يسبب ضررا فادحا للدائن، مع ضرورة تحديد المعايير التي يعتمد عليها القاضي لإعتبار الخطأ جسيما أو يسيرا.

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1. **أنس محمد عبد العقار**، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، مطابع شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2013.
2. **أنور سلطان**، مصادر الإلتزام في القانون الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2005.
3. **بسام أحمد حمدان**، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2018.
4. **بلحاج العربي**، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2013.
5. **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
6. **بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية للعقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار هومه للنشر والطباعة، الجزائر، 2015.
7. **بودالي محمد**، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، الطبعة الثانية، دار هومه للنشر و الطباعة، الجزائر، 2010.
8. **توفيق حسن فرج**، النظرية العامة للإلتزام، في مصادر الإلتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، (د.س.ن).
9. **قدادة خليل أحمد حسن**، الوجيز في القانون المدني، مصادر الإلتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

10. **زكرياء سيراش**، الوجيز في مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي في بعض المسائل، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2014.
11. **سعيد السيد علي**، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، مصر، 2007.
12. **سعيد سعد عبد إسلام**، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، مصر، 1998.
13. **عبد الحكم فودة**، إنهاء القوة الملزمة للعقد، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993.
14. **عبد الحكم فوده**، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
15. **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
16. **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام ـ الأوصاف ـ الحوالة ـ الإنقضاء، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، لبنان، (د.س.ن).
17. **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، العمل الضار والإثراء بلا سبب، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981.
18. **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن).
19. **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن).
20. **علي علي سليمان**، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

21. **علي فيلالي**، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
22. **علي كحلون**، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، أحكام الإلتزام، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
23. **فؤاد معوض**، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
24. **لعشب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
25. **محمد حسين منصور**، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002.
26. **محمد سعيد جعفور**، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة و النشر، الجزائر، 2002.
27. **محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول، دار الكتاب الحديث، 2003.
28. **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، دار الهدى عين مليلة، الجزائر،
29. **محمد الصبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام للعقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، (د.س.ن).
30. **محمد عبد الرحيم عنبر**، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة الزهران، مصر، 1987.
31. **محمد محي الدين إبراهيم**، نظرية الظروف الطارئة، مطبعة الزهران، مصر، 1987.

ثانيا: الرسائل و المذكرات الجامعية:

1/ رسائل الدكتوراه:

1. **بوكماش محمد**، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و القانون، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011.
2. **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، رسالة لنيل درجة دكتوراه، الطور الثالث في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان بن باديس، مستغانم، 2019.
3. **مقني بن عمار**، القواعد العامة للتفسير و تطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الإجتماعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الإجتماعي، جامعة السانيا، وهران، 2009.

2/ المذكرات الجامعية:

أ/مذكرات الماجستر:

1. **بلبشير هجيرة**، تكييف العقد في ظل الإجتهاد القضائي في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستر في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013.
2. **بوبكر فارس**، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستر، تخصص عقود و مسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014.
3. **بولحية جميلة**، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.

4. **دالي بشير**، مبدأ تأويل العقد، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
5. **دعاء موسى عبد الرحمن برهم**، دور القاضي في العقود المدنية و التجارية، دراسة مقارنة، رسالة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستر في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، 2019.
6. **زيتوني فاطمة الزهراء**، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، مذكرة لنيل درجة الماجستر في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.
7. **طرطاق نورية**، نظرية الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015.
8. **عبيد نجاة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017.

ب / مذكرات الماستر:

1. **أيت طبيب سوهيلة، وادة ليدية**، التدخل القضائي في مجال العقد المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، قسم، تيزي وزو، الجزائر، 2020.
2. **بلعجات قوقو، بكرار نجمة**، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.
3. **بودواو خليفة، بوزيان السعيد**، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018.

4. **خليل أحمد،** دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2016.
5. **دحمون آنسة، 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 وزو، (د.س.ن).
6. **سعدان كهينة، إيقي فاطمة الزهراء،** دور القاضي في مجال العقد المدني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020.
7. **صاغي زينة، مقري نسيمة،** سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014.
8. **فداق عبد الله،** نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017.

ثالثا: المقالات

1. **بردان رشيد، بوراس نجيبة،** " القاضي و تفسير العقد،" **مجلة القانون و المجتمع والسلطة،** جامعة سيدي بلعباس، المجلد 07، العدد 01، 2018، (ص ص 07- 25).
2. **بن يحي شارف،** ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، **مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية،** جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف المجلد 02، العدد 02، 2010، (ص ص 46- 56).

3. **جيلالي بن عيسى**، سلطة القاضي في تكييف العقد و رقابة المحكمة العليا عليه، **مجلة قانون العمل و التشغيل**، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 03، العدد01، 2018، (ص ص 416- 427).
4. **جيلالي بن عيسى**، نظرية الظروف الطارئة في ظل إختلال الإلتزامات التعاقدية، **مجلة المعيار**، المجلد 09، العدد 02، 2018، (ص ص 129- 144).
5. **سي يوسف زاهية**، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، **المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية**، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 10، العدد 01، (د.س.ن)، (ص ص 07- 19).
6. **الشريف يحماوي**، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، **مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية**، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد 02، 2014، (ص ص 98- 112).
7. **فاضل خديجة**، عقد الإذعان في القانون المدني و التشريعات الخاصة، **مجلة حوليات جامعة الجزائر 1**، المجلد 30، العدد03، الجزائر، (د.س.ن)، (ص ص 305- 337).

رابعا: النصوص القانونية:

1. أمر رقم 03- 05 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، ج. ر. ج. ج عدد 14، صادر بتاريخ 23 جويلية 2003.
2. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر. ج. ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، (المعدل و المتمم).
3. أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج. ر. ج. ج عدد77 ، صادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975، (معدل و متمم).
4. أمر رقم 90- 11 مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج. ر. ج. ج عدد 17، صادر بتاريخ 25 أفريل 1990، (المعدل و المتمم).

5. قانون رقم 04- 02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. ج. ج عدد 41، صادر بتاريخ 27 جوان 2004، (المعدل و المتمم).

6. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ج. ج عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008، (المعدل والمتمم).

خامسا: قرارات المحكمة العليا

1. قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0771640، مؤرخ في 09 جوان 2013، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2013.

2. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 427509، مؤرخ في 2008/09/17، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2009.

3. قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 149300، مؤرخ في 1997/07/23، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 1997.

4. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 212782، المجلة القضائية، الصادرة بتاريخ 2000/01/12، العدد الأول، 2001.

5. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 446655، مؤرخ في 2008/12/24، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2009.

6. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 33528، مؤرخ في 1985/04/03، مجلة المحكمة العليا، العدد الرابع لسنة 1989.

فهرس الموضوعات

قائمة المحتويات الصفحة

مقدمة 04

الفصل الأول: سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد..... 04

المبحث الأول: سلطة القاضي في مرحلة ابرام العقد 05

المطلب الأول سلطة القاضي في حالة اختلال التوازن العقدي بسبب الغبن والاستغلال.....05

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن 06

أولا: مفهوم الغبن 06

ثانيا: دور القاضي في رفع الغبن 11

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الإستغلال 13

أولا: مفهوم الإستغلال 13

ثانيا: دور القاضي لرفع الإستغلال 15

المطلب الثاني: سلطة القاضي في مرحلة تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان.....17

الفرع الأول: ماهية عقد الإذعان 18

أولا: مفهوم عقد الإذعان 18

ثانيا: الشروط القانونية لتعديل القاضي للشروط التعسفية في عقود الإذعان 23

الفرع الثاني: دور القاضي إزاء عقود الإذعان 24

أولا: تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقد الإذعان 24

ثانيا: إلغاء القاضي للشرط التعسفي في عقد الإذعان 26

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تحديد مضمون العقد 28

المطلب الأول: سلطة القاضي في تفسير العقد 28

الفرع الأول: سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد 29

أولا: حالة العبارات الواضحة 29

ثانيا: حالة العبارات الغامضة 31
الفرع الثاني: العوامل التي يعتمد عليها القاضي في تفسير العقد 33
أولا: طبيعة التعامل 34
ثانيا: الأمانة و الثقة 35
ثالثا: العرف الجاري في المعاملات..... 35
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تكييف العقد 36
الفرع الأول: دور القاضي في تكييف العقد 37
أولا: القاضي ملزم بتكييف العقد 38
ثانيا: القاضي غير ملزم بالتقيد بتكييف الخصوم 39
ثالثا: القاضي مقيد بالتكييف وفقا للقانون 40
الفرع الثاني: العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تكييفه للعقد 41
أولا: صفة المتعاقدين 41
ثانيا: شكل العقد 42
ثالثا: تحديد الإلتزام 43
الفصل الثاني: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد..... 45
المبحث الأول: سلطة القاضي في ظل الظروف الطارئة 46
المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة 46
الفرع الأول: المقصود بنظرية الظروف الطارئة 47
أولا: تعريف الظروف الطارئة 47
ثانيا: مقارنة نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة و الحادث المفاجئ..... 47
ثالثا: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة 48
الفرع الثاني: شروط ومجال نظرية الظروف الطارئة 49
أولا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 49

ثانيا: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة 54

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة..... 58

الفرع الأول: وسائل رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول 58

أولا: إنقاص الإلتزامات المرهقة 59

ثانيا: زيادة الإلتزام المقابل 59

ثالثا: إيقاف تنفيذ الإلتزام 60

الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل العقد 61

أولا: مراعاة الظروف المحيطة 61

ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين 62

ثالثا: رد الإلتزام إلى الحد المعقول 62

المبحث الثاني: سلطة القاضي في ظل التعويض الإتفاقي و منح الأجل القضائي 63

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي 64

الفرع الأول: مفهوم التعويض الإتفاقي 64

أولا: تعريف التعويض الإتفاقي 64

ثانيا: خصائص التعويض الإتفاقي 66

ثالثا: شروط إستحقاق التعويض الإتفاقي 67

الفرع الثاني: نطاق سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي 70

أولا: سلطة القاضي في زيادة و تخفيض التعويض الإتفاقي 70

ثانيا: القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي 73

المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي 74

الفرع الأول: مفهوم الأجل القضائي 75

أولا: تعريف الأجل القضائي 75

ثانيا: خصائص الأجل القضائي 77

ثالثا: شروط منح القاضي للأجل القضائي 78

الفرع الثاني: نطاق سلطة القاضي في منح الأجل القضائي 81

أولا: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ 81

ثانيا: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ 82

خاتمة 85

قائمة المراجع 87

فهرس المحتويات 95

الملخص:

إحترام القاضي للعقد هو الأصل تطبيقا للقاعدة العامة " **العقد شريعة المتعاقدين** " التي جاء بها المشرع الجزائري في نص **المادة 106ق.م.ج**، فلا يمكن الحلول محل إرادة أطراف العلاقة التعاقدية في تعديل العقد، إلا أنه في بعض الحالات المحددة على سبيل الحصر في القانون المدني سمح المشرع الجزائري للقاضي بالتدخل بموجب نصوص صريحة لإعادة التوازن في العلاقة العقدية التي إختلت توازنها حماية للطرف المغبون، ورفع الضرر عنه وكذلك حفاظا على إستمرارية هذه العلاقة.

ويتدخل القاضي لتعديل العقد دائما في مرحلة تكوينه، و يكون ذلك في حالة العند والإستغلال، وأيضا عندما يتضمن العقد شرطا تعسفيا، أو في مرحلة تحديدي مضمون العقد بتفسير عباراته أو تكييفها، كذلك يتدخل في مرحلة تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة أو بالتعديل التعويض الإتفاقي ومنح الأجل القضائي لأطراف العلاقة العقدية، كل هذا من اجل تعديل ورفع الضرر عن الطرف الضعيف في هذه العلاقة، وتنفيذ العقد تنفيذا صحيحا.

الكلمات المفتاحية:

العقد، الغبن، الإستغلال، عقد الإذعان، نظرية الظروف الطارئة، التعويض الإتفاقي، الأجل القضائي.