

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 01

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص



50/DS/2023

02/DPR/2023

الحكم القضائي مصدر للالتزام

في القانون الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون الخاص
فرع العقود والمسؤولية

إشراف الأستاذ الدكتور:

بودليو سليم

إعداد الطالبة:

بوعروج خولة

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة العلمية	لقب واسم الأستاذ
رئيسا	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 01	أستاذ التعليم العالي	أ.د. مرمون موسى
مشرفا ومقررا	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 01	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بودليو سليم
عضوا مناقشا	جامعة باجي مختار عنابة	أستاذ التعليم العالي	أ.د. قادري عبد المجيد
عضوا مناقشا	جامعة محمد بوضياف المسيلة	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بوخرص عبد العزيز
عضوا مناقشا	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 01	أستاذ محاضر "أ"	د. بن لشهب أسماء
عضوا مناقشا	جامعة محمد لمين دباغين سطيف 02	أستاذ محاضر "أ"	د. وشتاتي عبد الحكيم

السنة الجامعية: 2023/2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

بداية أشكر الله عز وجل وأحمده أن يسر لي هذا العمل ووفقني لإتمامه حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه راجية منه أن يجعلني ممن قال فيهم نبينا الكريم عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم:

«من سلك طريقا يبتغي فيه علما سهل الله به طريقا إلى الجنة»

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير وعظيم الامتنان إلى الأستاذ الدكتور بودليو سليم المشرف على هذه الأطروحة لما قدمه لي من توجيهات سديدة ونصائح قيمة وعلى تشجيعه المتواصل الذي ازدادت به طموحا وإصرارا للخوض في غمار هذا البحث فجزاه الله عني خيرا.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور مرمون موسى الذي شرفني بترأسه لجنة المناقشة رغم انشغالاته ومسؤولياته، وأشكره على جهوده الكبيرة التي يبذلها في ترقية الجامعة والبحث العلمي. والشكر موصول أيضا إلى الأستاذة الفاضلة الدكتورة بن لشهب أسماء على تفضلها قبول قراءة ومناقشة هذه الأطروحة.

ولا يفوتني أن أوجه شكري إلى الأستاذ الدكتور قادري عبد المجيد والأستاذ الفاضل الدكتور بوخرص عبد العزيز، والأستاذ الفاضل الدكتور وشتاتي عبد الحكيم الذين تكرموا بقراءة ومناقشة هذه الأطروحة، وعلى تحملهم مشقة السفر، فلهم مني كامل الاحترام والتقدير.

كما أحيي وأشكر كل الأساتذة الذين درسوني خاصة الأستاذ الفاضل الدكتور ريكلي الصديق، والدكتور الفاضل بولحية صالح، اللذين كان لهما دور كبير في تكويني فجزاهما الله خيرا.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى من بذلوا الغالي والنفيس في سبيل وصولي لأعلى الدرجات العلمية

أمي الحبيبة سر نجاحي ونور دربي أطل الله في عمرها وجزاها عني خير الجزاء

وأبي العزيز الذي رحل قبل أن يرى ثمرة غرسه رحمه الله وجعل هذا العمل في ميزان

حسناته

إلى من كانوا لي عوناً طيلة إنجاز هذا العمل

زوجي وإخوتي الأعزاء

إلى كل الأساتذة الذين تتلمذت على أيديهم طيلة رحلتي العلمية

وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذه الأطروحة

خولة

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

- ج. ر: الجريدة الرسمية
- ط: الطبعة
- ص: الصفحة
- مج: المجلد
- دن: دون ناشر
- دس: دون سنة نشر

ثانياً: باللغة الفرنسية

- P : page
- N: numéro
- Ed : Edition
- RLDC : Revue lamy du droit des affaires
- RDT : Revue trimestrielle du droit commercial
- LGDJ : Librairie général de droit et de jurisprudence

مقدمة

تحتل نظرية الالتزام مكانة قيمة بين نظريات القانون بشكل عام، فهي من القانون بمثابة العمود الفقري من الجسم كونها أصلح النظريات القانونية ميدانا للتفكير المنطقي، وأولى النظريات قابلية للتوحيد في شرائع الأمم المختلفة¹.

فمجال تطبيق نظرية الالتزام واسع ليشمل كل جوانب الحياة المالية، سواء تعلق الأمر بعلاقات الفرد التي يرتبط بها خلال نشاطاته اليومية، أو تصرفات الأشخاص من حين لآخر كالهبات والوصايا، وكذا الأضرار التي يلحقها الفرد بالغير، بل إن صدى نظرية الالتزام يتعدى الحدود الوطنية طالما أن تبادل السلع والخدمات وتحويل الأموال لا يقتصر على إقليم الدولة، وإنما يتجاوزها ليتم بين أفراد وشركات ودول مختلفة².

ويعرف الالتزام بأنه واجب قانوني خاص، يتحمل به شخص معين يسمى المدين، ويتضمن قيامه بآدائه أو امتناعه عن عمل ذي قيمة مالية لصالح شخص آخر يسمى الدائن، تكون له سلطة إجباره على آدائه³.

ولكي ينشأ الالتزام لا بد له من سبب يؤدي إلى وجوده، ويعبر عن ذلك بمصادر الالتزام التي تعتبر الأساس الذي تقوم عليه نظرية الالتزام بوجه عام.

لقد تضمنت مدونة جستنيان الرومانية الصادرة في 22 نوفمبر سنة 533 أربع مصادر للالتزام تمثلت في العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة⁴.

ثم أضاف الفقيه الروماني مودستان مصدرا خامسا للالتزام إلى تلك المصادر

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مج 1، ط03، نهضة مصر، 2011، ص 114.

² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 06.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 19.

⁴ عبد العزيز فهمي، ترجمة مدونة جستنيان في الفقه الروماني، ط 01، دار الكتاب المصري، القاهرة، مصر، 1946، ص 245.

الأربعة وهو القانون¹.

وقد انتقل تقسيم مصادر الالتزام بهذا الشكل إلى قانون نابليون، غير أن الفكر القانوني الحديث أضاف الإرادة المنفردة كمصدر مستقل للالتزام، وأطلق إسمًا جديدًا على الجريمة وشبه الجريمة هو العمل غير المشروع، كما أطلق إسمًا جديدًا على شبه العقد هو الإثراء بلا سبب، لتصبح مصادر الالتزام في التشريعات الحديثة: القانون، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب².

وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يورد نصًا خاصًا يتضمن مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري³، إلا أنه قسم الباب الأول من الكتاب الثاني الذي خصصه لمصادر الالتزام وفق خمسة فصول تضمنت على التوالي، القانون (المادة 53)، العقد (من المادة 54 إلى 123)، الإرادة المنفردة (المادة 123 مكرر والمادة 123 مكرر 1)، ثم العمل المستحق للتعويض (من المادة 124 إلى 140 مكرر 1)، وأخيرًا شبه العقود والذي يتضمن القسم الأول منه الإثراء بلا سبب، ويتضمن القسم الثاني الدفع غير المستحق، أما القسم الثالث فيتضمن الفضالة (من المادة 141 إلى 159).

ومن الواضح أن الفكر القانوني الحديث لم يتقدم سوى خطوات محدودة للغاية منذ عصر القانون الروماني الذي عرفت خلاله كل مصادر الالتزام تقريبًا، وذلك لأن التجديد في نظرية الالتزام عموماً ليس بالأمر المرغوب فيه، فهو محفوف بالمخاطر⁴ نتيجة

¹ سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، ط01، الإسكندرية، 2009، ص 1.

² سمير عبد السيد تناعو، المرجع نفسه، ص 1.

³ الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر. عدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر. عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005 والمعدل والمتمم بموجب القانون 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007 ج.ر. عدد 31 الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

⁴ Samir Tanagho, De l'obligation judiciaire, thèse pour le doctorat en droit, université de paris, 1964, p1.

رسوخ مواضعه التي تتسم بالثبات نسبيا.

وبالرغم من كل مخاطر التجديد في موضوع مصادر الالتزام، إلا أن المجال يبقى مفتوحا لإثبات وجود مصادر جديدة تضاف إلى المصادر المعروفة، سيما وأن القانون بشكل عام يتأثر بتطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وهذا ما جاءت لتأكيد دراستنا الموسومة بالحكم القضائي مصدر للالتزام في القانون الجزائري.

ويقصد بالحكم القضائي القرار الصادر عن المحكمة في حدود ولايتها القضائية في خصومة معينة، وفقا للقانون¹.

إن اعتبار الحكم القضائي مصدرا للالتزام في القانون الجزائري أمر في غاية الأهمية، بالنظر إلى الاختلال الذي كثيرا ما يعتري العلاقة التعاقدية مما يؤدي إلى تفاوت جسيم بين التزامات أطراف العقد الأمر الذي يستدعي إيجاد حلول قانونية تعيد التوازن للعقد وبالتالي ضرورة تحديد مصدر الالتزامات محل التعديل.

كما أن دراسة هذا الموضوع يُمكنُ من رصد تأثير القاضي على نظرية الالتزام بوجه عام ومصادر الالتزام بوجه خاص.

وقد تم اختيار موضوع الحكم القضائي مصدر للالتزام في القانون الجزائري بناءً على أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، أما الأسباب الذاتية فتعود لشغفنا في البحث عن كل ماهو جديد في الدراسات القانونية، بالإضافة إلى تخصصنا في مجال القانون الخاص، في حين تتجلى الأسباب الموضوعية في أن الحكم القضائي كمصدر للالتزام جاء لمسايرة الواقع الحالي الذي كثرت فيه النزاعات في مجال العقود، حيث أصبحت مصادر الالتزام الخمسة غير قادرة على احتواء نتائج التطور الحاصل المتسبب في ظهور بعض الحالات التي لا يمكن إرجاع الالتزامات فيها لأي مصدر من المصادر المعروفة، نظرا لتغير

¹ محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، أركانه وقواعد إصداره، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2011، ص 23، 24.

الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ما يقتضي تسليط الضوء على الحكم القضائي المنشئ للالتزام.

كما أن هناك العديد من النصوص القانونية التي تحتاج إلى تحليل وتمحيص ودراسة من أجل معرفة أي من تلك النصوص منحت للقاضي سلطة إنشاء التزام جديد.

أما بالنسبة للدراسات السابقة، فلا توجد إلا دراسة واحدة تتمثل في رسالة دكتوراه لسمير تناغو، موسومة بالالتزام القضائي، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة باريس، سنة 1964.

حيث تناول فيها الباحث منطق نظرية الالتزام القضائي مقارنا بين القانون الفرنسي والقانون المصري.

أما دراستنا فقد جاءت مختلفة اختلافا كليا ذلك أنها تعالج جزئية جوهرية جديدة ضمن مجال مصادر الالتزام باعتبارها تحدد المواطن التي يقوم فيها القاضي بتعديل العقد تعديلا ينتج عنه انقضاء الالتزامات التعاقدية وإنشاء التزامات جديدة كليا يكون مصدرها الحكم القضائي، خلافا للدراسة السابقة التي توغلت بشكل عميق في مجالات فلسفة القانون من خلال دراسة المذاهب الفلسفية التي أقامت على أساسها نظرية الالتزام القضائي.

هذا ويكمن الهدف من موضوع الدراسة في محاولة الوصول إلى اعتبار الحكم القضائي مصدرا سادسا للالتزام في القانون الجزائري، وكذا تسليط الضوء على النصوص القانونية التي تُتيح للقاضي سلطة تعديل العقد تعديلا منشئا للالتزام، سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه، إلى جانب الكشف عن الاعتبارات التي أدت بالمشعر إلى منح هذه السلطة للقاضي.

وعليه تتمحور إشكالية الدراسة حول مدى اعتبار الحكم القضائي مصدرا للالتزام في القانون الجزائري.

ويمكن حصر هذا الإشكال في:

ماهي الحالات التي يعد فيها حكم القاضي مصدرا للالتزام في القانون الجزائري؟

وقد اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع على المنهج التحليلي والمنهج الوصفي.

وبناءً على ما سبق ارتأينا الإجابة على الإشكالية المطروحة من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى بابين يتقدمهما فصل تمهيدي، يتضمن هذا الأخير السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد، بينما يتضمن الباب الأول الحكم القضائي المنشئ للالتزام أثناء تكوين العقد، أما الباب الثاني فيضم الحكم القضائي المنشئ للالتزام أثناء تنفيذ العقد، لنختتم دراستنا بتقديم النتائج والاقتراحات المتوصل إليها بعد البحث والتعمق في موضوع الدراسة.

الفصل التمهيدي:

السلطة التقريرية للقاضي في

تعديل العقد

الفصل التمهيدي:

السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد

يتمثل موضوع دراستنا في اعتبار الحكم القضائي الذي يصدره القاضي عند تعديله للعقد¹ مصدرا للالتزام في القانون الجزائري، وبالتالي فإن من الضروري قبل الخوض في الحالات التي يعدل فيها القاضي العقد تعديلا منشأ للالتزام سواء في مرحلة تكوين العقد (الباب الأول) أو في مرحلة تنفيذه (الباب الثاني)، تخصيص فصل تمهيدي للحديث عن ماهية السلطة التقديرية للقاضي المدني التي يقوم عليها التعديل القضائي للعقد، لبيان تأصيلها ووسائل النشاط التقديري وكيفية إعماله من جهة، ثم التطرق لتمييز التعديل القضائي للعقد عن غيره من المفاهيم المشابهة كقيام القاضي بتفسير العقد وتكميله أو إنقاصه وتحويله من جهة أخرى.

وقد تناولنا ذلك من خلال بحثين، يتضمن المبحث الأول السلطة التقديرية للقاضي المدني ومضمون النشاط التقديري، فيما يضم المبحث الثاني تمييز التعديل القضائي للعقد عن غيره من المفاهيم.

¹ فالعقد هو اتفاق إرادي بين شخصين أو أكثر موجه لإنتاج آثار قانونية، كما عرف بأنه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص اتجاه شخص أو عدة أشخاص آخرين بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، انظر: Jacques Mestre, La reforme projetée du droit français des contrats, RLDC, N° 132, Décembre 2015, p 06.

المبحث الأول:

السلطة التقديرية للقاضي المدني ومضمون النشاط التقديري

يهدف المشرع من وراء سن القواعد القانونية إلى تحقيق النظام والاستقرار في المعاملات، ومع ذلك قد يخلل التوازن في النظام القانوني نتيجة مخالفة الأفراد للقانون، أو بمناسبة نزاعات خاصة في مجال العقود.

وقد أوكلت الدولة أمر حل تلك النزاعات إلى مرفق القضاء الذي يعتبر مرفقا حيويا يجسد الاستقرار ويضمن تطبيق القوانين.

ولا يمكن للقاضي أن يقوم بوظيفته على أكمل وجه ويكون له دور إيجابي في حل النزاعات القائمة إلا بمنحه سلطة تقديرية.

وسنتناول في هذا المبحث السلطة التقديرية للقاضي المدني في مطلب أول، ثم نستعرض مضمون النشاط التقديري في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

السلطة التقديرية للقاضي المدني

يقوم القاضي بوظيفته التي كلفه بها المشرع، حيث يتعين عليه الفصل في كل المنازعات التي تعرض عليه وإلا عدَّ منكرا للعدالة، ويقوم عمل القاضي أساسا على السلطة التقديرية.

ومن هذا المنطلق سنتنصب الدراسة في هذا المطلب على مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني في فرع أول ثم تأصيل السلطة التقديرية في فرع ثان.

الفرع الأول:

مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني

يقصد بالسلطة التقديرية بوجه عام، القوة والصلاحيات التي تمنح لشخص معين من أجل القيام بتقدير أمر ما، بالتفكير فيه وتهيئته والتدبر فيه بحسب نظر العقل ومقايسته على أمور أخرى¹.

وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر في الأمور المعروضة عليه في جميع مراحلها، ابتداءً من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم فيها واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي². كما عرفها البعض الآخر بأنها مجموع النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي عند ممارسته لولاية القضاء، أيًا كان مجال هذا العمل القضائي ونوعه³.

وعرفت أيضا بأنها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه⁴، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يُقدَّر أنها تحكم النزاع المطروح عليه⁵.

ويستفاد من التعاريف السابقة أن السلطة التقديرية تقوم على العمل العقلي والنشاط

¹ محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط 1 دار النفائس، الأردن، 2007، ص 81.

² برنابا كورينا لوبنق أقيرا، السلطة التقديرية للقاضي المدني في نطاق الرابطة العقدية والإثبات القضائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، قسم القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، الخرطوم، السودان، 2017، ص 44.

³ أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 20.

⁴ عبد الله عويد الرشدي، نظرية السلطة التقديرية وتطبيقاتها على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 10، ملحق خاص، العدد 10، نوفمبر 2021، ص 233.

⁵ عاطف كامل مسلم الشوابكة، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2018، ص 52.

الفصل (التمهيري):.....السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد

الذهني الذي يقوم به القاضي حتى يتمكن من فهم الواقع المطروح، ويطبق عليه القواعد القانونية التي تحكمه.

ولذلك تعتبر السلطة التقديرية عنصرا جوهريا في عمل القاضي، خصوصا عندما يستخدم المشرع عبارات واسعة ويترك له المجال بمناسبة تطبيقه للنص على الواقعة المعروضة أمامه¹.

والملاحظ أن السلطة التقديرية للقاضي يجب أن تكون ضمن إطار القاعدة القانونية دون أن تتعداها، فهي لم تمنح للقاضي كي يباشرها على هواه، وإنما منحت له لباشر الوظيفة التي أُسندت إليه وفقا لضوابط قانونية محددة².

بالإضافة إلى أن النشاط الذهني للقاضي ينصب على كل من الواقع والقانون من حيث التفكير والتدبر والتقدير ولا يقتصر على أيٍّ منهما، فعندما يقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية فإنه يوازن جميع الملابسات والحقائق ذات الصلة بالقضية المطروحة أمامه، فيحددها ويقيمها ويصنفها ويحدد مراتبها بالحد الذي يراه مناسبا، وفي ضوء هذه الاعتبارات يقوم بتحديد كيفية البت في القضية التي ينظرها³.

وبما أن السلطة التقديرية التي يندرج ضمنها بحثنا هي سلطة القاضي في مجال العقود، فإن القاضي الذي نعنيه هو القاضي المدني، والقضاء المدني بمفهومه الواسع الذي يطبق الشريعة العامة التي تنظم المعاملات المالية للأفراد فيما بينهم.

فإن القاضي المدني مثلا هو الذي يقدر متى يخرج الإيجاب في التعاقد من مرحلة المفاوضة إلى مرحلة الإيجاب البات، وهو الذي يستخلص من ظروف الحال أو من

¹ وسن قاسم غني وجعفر صادق هاشم، سلطة القاضي التقديرية في استنباط القرينة القضائية دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بابل، السنة العشرة، العدد الرابع، ديسمبر 2018، ص 194.

² عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 52.

³ نبيل إسماعيل عمر، الطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، ص 29.

طبيعة التعامل متى يكون الموجب ملتزماً بالعقد الذي أوجب له¹.

كما أن السلطة التقديرية للقاضي المدني تمتد إلى تفسير العقد وتعديله وفقاً لما يتطلبه المشرع، فالقاضي عندما يتدخل لتفسير العقد إنما يستعمل في ذلك سلطته التقديرية وكذلك الحال إذا ما تدخل لتعديل عقد من العقود².

الفرع الثاني:

تأصيل السلطة التقديرية للقاضي المدني

لقد اختلف الفقه القانوني اختلافاً واسعاً حول منح السلطة التقديرية للقاضي، حيث يثير هذا الجدل طبيعة عمل القاضي، ومحور الخلاف أن القاضي المدني عند ممارسته لعمله القضائي هل يتمتع كمبدأ عام بسلطة تقديرية أم أن القاضي يمارس مهامه في إطار سلطة مقيدة.

أولاً: الاتجاه القائل برفض وجود سلطة تقديرية للقاضي

يذهب جانب من الفقه إلى أن القاضي ليست له أية سلطة عند القضاء، وأنه مقيد بإرادة المشرع، ذلك أن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته فيه من المشرع الذي يحدد نطاق هذه الولاية وفقاً لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في المعنى المراد منها³.

وعليه يمكن القول بأن سلطة القاضي أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية، وإنما هي سلطة مقيدة بالغاية التي وجد من أجلها العمل القضائي، فالمشرع هو

¹ عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 53.

² نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 82.

³ عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 189، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 23، وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1967، ص 352.

المصدر الرئيس للنشاط القضائي، وهو وحده الذي يحدد كيفية ممارسة القاضي لوظيفته ونطاقها¹.

ويذهب جانب من الفقه إلى حد إنكار أن يكون القاضي حراً في قضائه حتى في الحالات التي يقضي فيها وفقاً للعدالة، فإنه لا يستمد الحكم من نفسه وإنما من قاعدة موضوعية غير مكتوبة يبحث عنها القاضي في الضمير العام للجماعة²، وسيطر على أصحاب هذا المبدأ فكرة مؤداها أن القانون يتسم دائماً بالكمال، ولا يوجد به أي نقص، ومن ثم فلا مجال للسلطة التقديرية للقاضي فهي في الحقيقة تكون أقرب للتحكم منه للعدالة³.

بالإضافة إلى أن القاضي يتوجب عليه الالتزام بالحياد، حيث أن القضاء ميزان العدل وتقتضي سلامة هذا الميزان أن يكون مجرداً عن التأثير بالمصالح والعواطف الشخصية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن القيمة الموضوعية للقانون تتوقف على تطبيقه المحايد، وبناءً على ذلك فإن موانع الحياد تعتبر في الحالة الأولى موانع قانونية، وفي الحالة الثانية موانع تقديرية⁴.

والملاحظ إذن أن رأي أصحاب هذا الاتجاه الرفض لمنح السلطة التقديرية للقاضي يؤسس على أن منح القاضي سلطة تقديرية يفسح المجال لتحكم القاضي، ما يؤدي في نهاية الأمر إلى اختلال ميزان العدالة، وبالتالي ينبغي أن لا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في إطار مباشرته لعمله القضائي طالما أن المشرع قد حدد نطاق نشاطه بنصوص قاطعة.

¹ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 23.

² وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 251.

³ وجدي راغب فهمي، المرجع نفسه، ص 252.

⁴ أحمد فتحي سرور، استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد خاص، مجلد 50، 1980، ص 133، 134.

ثانيا: الاتجاه القائل بمنح سلطة تقديرية للقاضي

تبدأ وجهة نظر أصحاب هذا الاتجاه من حيث انتهى أصحاب الاتجاه السابق الرافض منح السلطة التقديرية للقاضي بسبب أن العمل القضائي وليد النظام القانوني ومقيد بقواعد النظام، وأن عمل القاضي ونشاطه للفصل في المنازعات عمل مركب من الواقع والقانون، لذلك يتعين على القاضي أن يكون استخلاصه وإثباته للواقع على ضوء قواعد القانون الموضوعية منها والإجرائية على السواء، وبالتالي يتعين على القاضي الالتزام بمبدأ الحياد¹.

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن القاضي يباشر سلطته التقديرية من خلال القانون وبالشروط التي يحددها هذا الأخير، لذلك لا يجوز للقاضي أن يباشر سلطته التقديرية في غير الحالات المنصوص عليها في القانون، وبالتالي ينبغي استبعاد مسألة تمتع القاضي بسلطة تقديرية كاملة أو مطلقة².

وعليه يمكن القول أن السلطة التقديرية للقاضي هي سلطة استثنائية، تتوقف على احترام القاضي لقواعد القانون، ورغم مباشرة القاضي لعمله مقيدا في ذلك بالقانون، إلا أنه لا يمكن وصفه بأنه مجرد آلة، حيث أنه يقوم بنشاط ذهني بالإضافة إلى جانب من السلطة التقديرية المصاحبة لهذا الأداء، ولكنها سلطة تقديرية معتدلة، فلا هي بالسلطة التقديرية المطلقة، ولا هي بالسلطة التقديرية المقيدة تقييدا كاملا³.

فيجب أن تكون السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي لممارسة عمله القضائي مرتبطة بالغايات والأهداف التي توخاها المشرع، دون وصول القاضي بممارسة هذه

¹ أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 135، 136.

² عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 195.

³ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 28، 29.

السلطة إلى سد النقص في القواعد التشريعية أو تكملتها¹.

كما يري أصحاب هذا الاتجاه أنه يجب الحد من السلطة التقديرية للقاضي وجعلها استثناء على الأصل، فنقض العقد أو تعديله بغير اتفاق طرفيه مثلاً، لا يعني منع ذلك بالنسبة لكل من هذين الطرفين وحسب، بل إنه يقتضي تحريم ذلك على القضاء، فالقاضي لا يستطيع أن يعدل من شروط العقد أو أن يعفي أي طرف من التزاماته مادام العقد صحيحاً ولو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة أو منع الظلم، فواجب القاضي هو أن يقرر الحقوق الناشئة عن العقد وأن يُعَيِّن أصحابها على الحصول عليها، وليس من سلطته أن يُجْري تعديلاً في الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد إلا في الأحوال التي يقرر له القانون فيها هذه السلطة².

ويمكن استخلاص نتيجتين بعد دراسة هذا الاتجاه³، تتمثل الأولى في إنشاء قواعد قانونية عن طريق تقليد القضاة بعضهم البعض في حكمهم على الأشياء، وتقرير أمور في أحكامهم القضائية تعتبر بطريقة غير مباشرة بمثابة قواعد أشبه بالنصوص القانونية.

وتتمثل الثانية في أن إعمال السلطة التقديرية للقاضي يؤدي حتماً إلى اختلاف في الحلول باختلاف وجهات نظر القضاة، مما يؤدي في النهاية إلى عدم وجود انسجام في الحياة القانونية⁴.

هذا ويلاحظ أن هذا الاتجاه قد خلط بين وظيفة القاضي وغاية النظام القانوني، فالقاضي عندما يحكم بالقانون لا تتعدم إرادته عند مباشرته لوظيفته القضائية، إذ أن القول بعكس ذلك معناه انعدام السلطة القضائية ذاتها، أما غاية النظام القانوني فهي

¹ مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 31.

² جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 320.

³ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 23.

⁴ حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثانية، العدد الأول، جانفي

1932، ص 268، مشار إليه عند أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 38.

الاستقرار العادل، فإذا كان دور العمل القضائي هو كشف المراكز الموضوعية المجهولة، فإنه يرمي بذلك إلى تحقيق غاية النظام القانوني في حد ذاته، وحينما يحكم القاضي وفقا لمقتضيات القانون الطبيعي وفكرة العدالة، فإنه يرمي إلى الكشف عن المراكز الموضوعية، ومعنى ذلك أن القاضي يمارس سلطته التقديرية لتحديد مضمون نشاطه على النحو الذي يراه أكثر ملاءمة للغاية النهائية لهذا النشاط¹.

بالإضافة إلى أن القانون بصفة عامة ليس مجرد شكل يصاغ، وإنما هو تعبير عن الواقع الإنساني والاجتماعي، وهذا الواقع هو الذي يشكل مضمون القاعدة القانونية، وعليه فإن الشرعية الشكلية فقدت مقومات وجودها وأصبحت تشكل عبئا على العدالة الاجتماعية التي يجب أن تؤسس على مشروعية موضوعية مناطها الضرورات الاجتماعية، حتى يكون القانون تعبيراً عن عدالة حقيقية وليس مجرد عدالة شكلية².

إن أصحاب هذا الرأي إذن، يهدمون منطقهم بأيديهم عندما يذهبون إلى القول بأن سلطة القاضي المقيدة توجد في الحالات التي تقرها القاعدة القانونية وتلزم القاضي بإصدار الحكم متوخياً أهداف القاعدة القانونية، في حين أن السلطة التقديرية على النقيض من ذلك، فهي غير خاضعة لأي قيد قانوني، وتعد بذلك اعترافاً للقاضي بإخضاعها لرغباته، وهكذا نجد أن العدالة بعد إلbasها ثوب السلطة التقديرية تصبح بغير ضابط ولا ضامن من حيث تتوع الحلول وفقاً لأمزجة القضاة³.

¹ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، ص 47، 48.

² أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 40.

³ عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1990، ص 131.

ثالثاً: الاتجاه القائل بوجود سلطة تقديرية للقاضي

من المسلمات في فن القضاء أن القاضي ملزم بإصدار الحكم حينما يلجأ إليه الأفراد عند نشوء تنازع بينهم، حيث يتعين على القاضي أن يصل إلى الحل المفروض في القاعدة القانونية، ومن ثم الوصول إلى النص السليم المنطبق على تفاصيل ووقائع النزاع المعروض أمامه، وهذه هي الغاية من النظام القضائي¹.

وهذا لن يتأتى إلا إذا كانت للقاضي سلطة تقديرية، ولكن القول بسلطة تقديرية مطلقة يدل على أن الدولة غير قانونية، حيث يسود فيها التحكم ليصبح سبيل كل شيء، فلا مجال للتقدير بل إن إطلاق السلطة التقديرية يعني الخضوع لرغبات القاضي².

غير أن هذا القول لا يمكن التسليم به في الواقع، حيث يشترط فيمن يتولى العمل القضائي العديد من الشروط، من بينها أن يكون صادقاً ونزيهاً وأميناً وعادلاً، علاوة على الخبرة والدراية التي يتمتع بها، فكيف لمن وصل لهذه الدرجة والمكانة العظيمة أن يحكم بهواه في ظل سلطة تقديرية مطلقة وبلا قيود، ولهذا يجب استبعاد السلطة التقديرية المطلقة أو ما يسمى بالتحكم، وليس معنى ذلك استبعاد السلطة التقديرية³.

فالسلطة التقديرية إذن لا يمكن أن تمارس إلا في نظام الدولة القانوني، الذي يحدد ضوابط معينة لا تسمح بتحكم القضاة، فالقاعدة القانونية ليست موضوع السلطة التقديرية للقاضي، وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها وعلى الأثر القانوني الذي تنظمه، ومعنى ذلك أن القاضي حينما يُعْمَل تقديره إنما يطبق في الوقت ذاته القاعدة القانونية في مضمونها وما ترمي إليه من أهداف⁴.

¹ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 502.

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 49.

³ عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي، المرجع السابق، ص 131.

⁴ عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي، المرجع نفسه، ص 132.

ولهذا كان لا بد من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في ممارسة نشاطه القضائي، سواء تعلق الأمر بفهم الواقع أو في إعمال القانون، حيث لا يمكن أن يقوم القاضي بعمله دون تقدير مسبق للواقع والقانون، وهذا ما يقتضيه المنطق الصحيح، فولاية القضاء تتضمن ولاية التقدير، ويمكن القول بأن هناك تعاصر زمني في إعمال السلطتين¹.

لذلك نجد معظم التشريعات تتجه إلى إعطاء القاضي السلطة التقديرية التي تخوله أن يفسر النص القانوني طبقاً لضرورات وحاجات المجتمع²، فوقوف القاضي مكتوف اليدين أمام الوقائع الجديدة والتغيرات الحاصلة في المجتمع واكتفاؤه بتطبيق النصوص القديمة المقررة لقواعد دقيقة فيه ضرر كبير، بالإضافة إلى أن الوسائل القديمة وحدها لم تعد كافية للتوفيق بين القانون والواقع، وعلى سبيل المثال نجد في المجال العقدي أن المتعاقدان قد يعجزان عن التعبير بشكل قانوني دقيق عن بنود التصرف محل اتفاقهما، فيخونهما التوفيق في صدق دلالاته عن الفكرة التي يهدفان إليها في سبيل تحقيق مصالحهما المتعارضة، وهذا ما يحتم الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي حتى يتمكن من ملاءمة الواقع مع القانون³.

فإذا ترك القاضي أمر تحديد طبيعة العقد لإرادة المتعاقدين، فسينتج عن ذلك في كثير من الأحوال تعسف صارخ في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، وهذا يقتضي أنه إذا ما تعارضت بعض الوسائل التشريعية مع مبادئ العدالة، فيجب التخلي عن الأولى والتمسك بالثانية حتى تستقيم الحياة القانونية ويعم الشعور بالعدالة، فالنصوص التشريعية وحدها لا يمكن أن تعطي الحلول المناسبة لمختلف النزاعات والوقائع، ولهذا كان لا بد من الإعتماد

¹ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 36.

² حسين رجب محمد خلف، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية والإثبات، مجلة التقني، الجامعة التقنية الوسطى، العراق، العدد 06، مج 26، سنة 2013، ص 89.

³ إبراهيم بن جديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1994-1995، ص 11، 12.

على مصدر جديد أكثر غزارة وأقدر على تحصيل التوفيق المرغوب فيه¹.

وعلى ضوء ما سبق، نؤيد بدورنا منح القاضي سلطة تقديرية يوفق من خلالها بين الوقائع المعروضة عليه والقواعد القانونية المطلوب تطبيقها، على أن لا تكون هذه السلطة مطلقة بشكل يضر باستقرار المعاملات ويفتح المجال واسعا لتحكم القضاة لما في ذلك من تهديد لأمن النظام القانوني في المجتمعات، حيث لا بد من ضبطها بضوابط معينة تصب في مصلحة العمل القضائي والمجتمع بشكل عام، وهذا ما يسمح بتحقيق توازن إيجابي ومقاربة بين السلطة القضائية من جهة وحقيقة الواقع من جهة أخرى، مع منح القاضي مساحة لممارسة سلطته التقديرية وفقا للأحوال والظروف التي يتطلبها القانون.

المطلب الثاني:

مضمون النشاط التقديري ووسائله

من المقرر بداهة أن معاملات الأفراد من التنوع والاختلاف بحيث يستحيل وضع قاعدة قانونية عامة تهدي القاضي إلى معرفة الحق من الباطل، لأن ذلك يتجافى مع طبيعة الأمور، ولذلك لا مناص من أن يترك المشرع للقاضي حرية التبصر فيما يُعْرَضُ عليه من النزاعات التي تثار بين الأفراد، فذلك أقرب للعدالة.

وسنتناول في هذا المطلب مضمون النشاط التقديري في فرع أول، ووسائل النشاط التقديري في فرع ثان، ثم كيفية ممارسة القاضي لنشاطه التقديري في فرع ثالث.

¹ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 41.

الفرع الأول:

مضمون النشاط التقديري

إن القضاء المدني كما هو معلوم قضاء مطلوب وليس تلقائي التحرك، ومفاد ذلك أن القاضي لا يباشر نشاطه القضائي إلا بسبق دعوى تقدم من الخصوم إلى القاضي ليتمكن من توفير الحماية القضائية لمن يطلبها من الخصوم، وإذا مارفت الدعوى التي تتضمن النزاع أمام القاضي فإنه يطرح في صورة مركز قانوني متنازع عليه ويطلب أصحابه حسمه، وذلك بتطبيق الحكم القانوني وفق نص قانوني معين، يرى أطراف النزاع أنه يحتوي على أحكام تتلاءم مع واقع النزاع المطروح¹.

إن تكييف التصرفات القانونية والوقائع يعد جوهر العمل القضائي، ويأتي في مقدمة الصعوبات القانونية والإجرائية التي يواجهها القاضي، كما أنه من الضروريات التي لا يمكن إهمالها لتوقف فكرتي العدالة والمساواة على هذا التكييف من جهة، ومن جهة أخرى فإن القاضي لا يستطيع أن يحدد النص واجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه مالم يتم بتكييف كل ما يكون مشمولاً بالتصرفات القانونية والوقائع، لتطويعه وإخضاعه لنص قانوني معين شرع لأجل تطبيقه عليها².

وأساس ذلك أن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين، يتمثل العنصر الأول في الفرض الذي يمثل مجموعة من الوقائع الأساسية التي يتصورها المشرع بشكل عام لما يمكن أن تفرزه الحياة العملية من وقائع، ويتمثل العنصر الثاني في الحكم الذي يمثل حكم القانون في الواقعة الأصلية، فالقاعدة القانونية إذاً هي العلاقة المطردة بين الفرض

¹ آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، الدار العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 29، 30.

² حلمي محمد الحجار، القانون القضائي الخاص طبقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد، الجزء الثاني، د ن، بيروت، 1996، ص 09.

والحكم، لذلك فعند توافر الفرض في واقعة معينة، يطبق الحكم عليها¹، وهذا ما يجعل نشاط القاضي التقديري يكون من خلال ثلاث مراحل:

تتمثل المرحلة الأولى في التحقق من وجود الوقائع المدّعاة، حيث يقوم الخصوم بعرض الوقائع محل النزاع على القاضي، وتتمثل المرحلة الثانية في البحث عن الوصف القانوني للوقائع التي انتهى القاضي إلى ثبوتها بعد التأكد من تأثيرها في الدعوى، أما في المرحلة الثالثة فيستخلص القاضي من ذلك التكييف، النتائج القانونية التي يربتها القانون والتي ينتج عنها حل النزاع، أي إعمال حكم القاعدة القانونية المنتجة بعد ثبوت الوقائع وإنزال الأثر القانوني².

وقد يساهم المشرع في قيام القاضي بنشاطه التقديري، وذلك عندما يترك له تحديد الأثر القانوني وإسقاطه على وقائع النزاع المطروح وفقا لمعيار مجرد هو العدالة³، حيث أعطى المشرع للقاضي حرية التقدير لإعمال الأثر المترتب على العقد الذي تم بطريق الإذعان مثلا، فله أن يحكم بتعديل الشروط التعسفية الواردة في هذا العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي العدالة، وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

فالمشرع في هذه الحالة قد أعطى للقاضي حرية تقدير اختيار الأثر القانوني من ضمن الأثرين الواردين في النص، بينما نلاحظ في نظرية الظروف الطارئة، والتي تجيز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول طبقا للمادة 107 من القانون المدني وبالتالي ينحصر نشاط القاضي في إعمال هذا الأثر⁴.

¹ مصطفى عليوة فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الجزء الأول، مج 1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2012، ص 52.

² أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 238، 239.

³ أحمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص 247.

⁴ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 53.

نستخلص من خلال ما تقدم أن المشرع يساهم بقدر كبير في أداء القاضي لنشاطه التقديري في هذا الموضوع، فنشاط القاضي الذهني الذي يمارسه على الأثر القانوني يتم من خلال الحدود التي رسمها له المشرع، وعلى هديها يكون تقدير القاضي¹.

هذا ويتحدد نشاط القاضي الذهني في تقديره للأثر القانوني على ضوء ما يحدده له المشرع، بما أورده من آثار في القاعدة القانونية وذلك في الحالات التي يمنح فيها المشرع للقاضي سلطة جوازية في إعمال أو عدم إعمال الأثر القانوني للقاعدة القانونية، وفي هذه الحالة تثبت له بشكل قاطع سلطة في إعمال حكم هذه القاعدة القانونية، حيث يبدو مظهر هذه السلطة في تقدير القاضي لملاءمة إعمال أو عدم إعمال هذا الأثر².

كما يمكن القول أن وعاء النشاط التقديري للقاضي هو الواقع والقانون، وعندما يمنح المشرع القاضي سلطة تطبيق الأثر القانوني على النزاع المعروض، عليه أن يراعي في ذلك ملاءمة هذا الأثر وشعوره بالعدل في ضمير الجماعة³.

وفي حالة ذكر المشرع لأثر قانوني واحد في نص تشريعي، فيتمثل نشاط القاضي الذهني في هذه الحالة في حرية إعمال هذا الأثر، حيث يُقدّر ذلك في كل حالة على حدة، وفقا لملاساتها الخاصة بما يتلاءم مع أهداف وظيفته، حيث أنه وهو يطبق حكم هذا الأثر على الواقع المطروح، إنما مارس عملا إراديا يصدر عنه بمناسبة مباشرته لولاية القضاء⁴.

¹ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 186.

² عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 65.

³ إبراهيم بن جديد، المرجع السابق، ص 20.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 119.

الفرع الثاني:

وسائل النشاط التقديري

لا شك أن الأسس والبناءات القانونية تعد وسائل هامة يستند إليها القاضي في ممارسة نشاطه التقديري، حيث يتوصل القاضي بفضل تلك الوسائل القانونية إلى فهم وإدراك وقائع المنازعة المعروضة بين يديه وبالتالي التوصل إلى حل المنازعة، وقد درج الفقه على اعتبار الأسس والبناءات تكمن في أربع مصطلحات:

أولاً: المبادئ

ويقصد بها مجموعة الوقائع العامة التي تتغير ببطء في مجموعها، ويكون لها جمود نسبي عند تطورها مع بقية الوقائع، وتعتبر لغة المنطق والعدل سواء كانت مطلقة أو نسبية، وتقف المبادئ على حدود القانون، حيث ترشد القاضي إلى حلول مناسبة من خلال مساهمتها في تكوين فهم وإدراك القاضي لطبيعة المنازعة¹.

ثانياً: النظريات

تساهم النظريات في تكوين فهم وإدراك القاضي حيث تقدم له مجموعة من الأفكار العلمية التي يحتاجها، فينظر القاضي إلى الوقائع التي تثيرها المنازعة، ويستلهم النظرية التي تتعلق بها والتي يدرك مضمونها في محاولة منه للبحث عن حل لها في ضوء حقيقتها الواقعية وظروفها وملابساتها².

ثالثاً: الفكرة

يتعمق القاضي في الفكرة كأساس في بحثه لتكوين إدراكه وتصوره، وكثيراً ما يكتشف القاضي الفكرة بحدسه، واستخدام القاضي للفكرة يكون بيقظة مستمرة في تقديره

¹ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 266، 267.

² عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 68.

بواسطة وسيلة فكرية أو ذهنية كي يتحاشى التجريد، وعندما يثير القاضي الفكرة يكون قد اقترب من الحل الذي يسعى إليه، بعد أن يكون قد انتهى من استلهامه واختياره للمبادئ والنظريات¹، وهذا ما يساعده في الوصول إلى الحل الذي سيتبناه، ومهما كان الحل الذي انتهى إليه لابد أن يتضمن فكرة أو أكثر، أو يكون قد وصل إلى ذلك بفضل الرجوع إلى إحدى تلك الأفكار باعتبارها وسيلة مساعدة له².

رابعا: المجموعات

إن القاضي هو الذي يساهم في خلق هذه المجموعات وهو الذي يستخدمها، وفي لحظة استخدامه لها يكون قد انتهى من عملية البحث حول المبادئ والنظريات، ووضع يده على الفكرة التي تثيرها المنازعة، وقد يكون اقترب من الحل الذي يهدف إلى الوصول إليه، ثم يبحث داخل الفكرة فيما قد تتضمنه من مجموعات وتقسيمات مختلفة وذلك من أجل تكوين فهم وتصور وإدراك للمنازعة في محاولة الوصول إلى حلها³.

وبعد أن يُكوّن القاضي فهمه وتصوره لموضوع المنازعة يبدأ في استخدام الوسائل الفنية القانونية، ويساعده في ذلك تكوينه القانوني وخبرته في ممارسة العمل القضائي، ونذكر من بعض تلك الوسائل مايلي⁴:

1- الحيلة

ويقصد بالحيلة افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير في حكم القانون دون تعديل في النص القانوني⁵.

¹ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 57.

² عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 68.

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 57.

⁴ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 272، 273.

⁵ عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 69.

2-القرائن

لا تختلف القرينة عن الحيلة من حيث الطبيعة، وإنما تختلفان في الدرجة، ويلجأ القاضي عادة إلى القرينة عندما تكون الرؤيا والنظريات والمستخلصات في القضية وما صاحبها من شروط غير متماسكة وليست مجتمعة ولا موصولة، وذلك للعمل على تماسكها واجتماعها واتصالها، وللقاضي حرية استنباط الوقائع التي تعتبر قرائن من بين ما يعرض عليه ¹.

3-المعايير القضائية

تعتبر المعايير القضائية محاور للمراجعة ولرد الوقائع عليها، وتنشأ بواسطة القاضي الذي يستعملها وفقاً لتقديره وحسن تسييره للأدلة والوقائع بغية الوصول إلى حل النزاع، وتُعد إحدى أهم الأدوات التي توضع تحت تصرف القاضي، ويقصد بها النمط النموذجي وهو معيار متوسط للسلوك الاجتماعي الصحيح، يهدف إلى إرشاد القاضي أثناء تطبيقه للقانون، حيث يتضمن تقديراً معنوياً للسلوك الذي يجب أن يكون أخلاقياً وفقاً للظروف الزمانية والمكانية، ولا شك أن القاضي يتمتع بقسط وافر من حرية التقدير في نطاق هذه الوسيلة الفنية القانونية².

الفرع الثالث:

كيفية ممارسة القاضي لنشاطه التقديري

إن معرفة كيفية ممارسة القاضي لهذا النشاط التقديري يتضح من خلال دراسة وتوضيح كيفية أعمال القاضي للمعيار الوارد في القاعدة القانونية ومن ثم كيفية تطبيق ذلك على النزاع المطروح.

¹ مفلح عواد القضاء، البيانات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2006، ص274، 275.

² نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 148، 149.

أولاً: كيفية إعمال القاضي المعيار الوارد في القاعدة القانونية

يعد التجريد والعمومية جوهر القاعدة القانونية، ويعني تجريد القاعدة القانونية جعلها تتعلق بالمركز القانوني للفرد وليس بشخصه، أما عمومية القاعدة القانونية فتفيد إمكانية تطبيقها على الأفراد المتساوين في الصفات وعلى الوقائع المتساوية من حيث الشروط¹.

ويعتمد القاضي في تحديده لنطاق ومضمون الأفكار القانونية الواردة في القاعدة القانونية على تقديره للمعيار الوارد بها، فيما إذا كان معياراً موضوعياً مجرداً أو معياراً شخصياً ذاتياً، ونورد مثلاً على ذلك أن الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة فكرة موضوعية، يُنظر في تقديره إلى ظروف العقد ذاته وليس إلى ظروف التعاقد الشخصية².

وتعتبر المفاضلة بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي في حقيقة الأمر مفاضلة بين مبدأ سلطان الإرادة واحترام دورها في التعاقد، وبين مبدأ استقرار المعاملات، فالاعتداد بالمعيار الذاتي هو صيانة للإرادة وتأكيد على دورها الفردي على حساب الظاهر واستقرار المعاملات، بينما يتحقق العكس بواسطة المعيار الموضوعي الذي يضمن تأكيد سلامة واستقرار المعاملات مضحياً بدور الإرادة الفردية³.

ثانياً: تطبيق المعيار الوارد في القاعدة القانونية على النزاع المطروح

لاشك أن تقدير القاضي يواجه مصлحتين يجب عليه تغليب حماية إحداها، فمن جهة توجد المصلحة العامة التي تقتضي حماية الثقة المشروعة في سلوك الأشخاص، ومن جهة ثانية هناك مصالح الخصوم أنفسهم⁴.

¹ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 10، الجزائر، 2008، ص 32، 33.

² أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 246.

³ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 321، 322.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 157.

ويستتبع ذلك أن لا يقف القاضي عند هذا الحد، بل يترتب عليه أن يقوم بتوسيع مضمون النص القانوني استنادا إلى فهمه وتقديره وإدراكه لإرادة المشرع، وذلك ابتغاء الوقوف على المصلحة التي تحميها تلك القاعدة القانونية حيث أن فهم وتحديد هذه المصلحة سيقود القاضي إلى اختيار المعيار الذي سيتخذه كمنهج لمطابقة واقع النزاع المطروح أمامه مع الواقعة النموذجية التي تتضمنها القاعدة القانونية، سواء كان معيارا موضوعيا أو معيارا ذاتيا شخصيا، واختيار أيٍّ من المعيارين يحقق ذات الهدف¹.

وبعد ذلك يقوم القاضي بنشاط تقييمي يوازن فيه بين المصالح التي نجمت عنها القاعدة القانونية في الحالة النموذجية الواردة في التشريع والتأكد من أن الحالة الواقعية المعروضة في النزاع تتضمن وضعاً مماثلاً لنوع المصالح التي عالجها المشرع².

وخلاصة ماسبق أن علاقة المعيار واجب التطبيق على واقع النزاع المعروض، يجب أن يطرح في إطار المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية، وأن تطبيق المعيار يتطلب من القاضي أن يُقدَّر أيّ المصلحتين شملتها القاعدة القانونية التي قُدِّرَ أنها محتملة التطبيق على النزاع المطروح³.

ويتضح لنا من العرض سالف الذكر أنه في إطار وجود نص تشريعي يحكم النزاع فإن السلطة التقديرية للقاضي تنبثق من خلال إعماله الأثر القانوني الذي أورده المشرع في النص، سواء كان هذا الأثر ضمن العديد من الآثار التي أوردها المشرع، أو كان الأثر الوحيد الوارد في النص.

وبالتالي فإن سلطة القاضي تتمثل في حرية اختياره بين إعمال أو عدم إعمال ذلك الأثر وفقا لظروف النزاع المعروض أمامه، ويتعين عليه أن يأخذ بعين الاعتبار ملاءمة

¹ عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 71.

² أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 324، 325.

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 60.

مضمون نشاطه مع أهداف وظيفته محاولاً أن يكون حكمه عادلاً بقدر موافقته لقواعد القانون، وهذا ما جعل من وظيفة القاضي تتحول من مجرد الكشف عن الالتزامات إلى إنشاء التزامات جديدة في بعض الحالات.

المبحث الثاني:

تميز التعديل القضائي المنشئ للالتزام عن غيره من المفاهيم

إن موضوع دراستنا ينصب على الحكم القضائي الذي ينتج عن تعديل القاضي للعقد ويكون مصدراً للالتزام.

وتعديل العقد هو إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عناصر من العقد وذلك بالإنقاص أو بالإضافة أو بالحذف، وينصب على كم الالتزام أو كيفية تنفيذه أو زمان تنفيذه، بغرض مواجهة الصعوبات التي قد تعترض أطراف العقد بغية تحقيق الهدف من التعاقد ومع مراعاة مصالح الأطراف¹.

ومن المعلوم أن سلطة القاضي في مجال العقد لا تقتصر على تعديل العقد وحسب، بل تمتد إلى ممارسته لأنظمة أخرى مشابهة قد تختلط مع مفهوم نظام التعديل، ولذلك كان لزاماً علينا التمييز بين التعديل القضائي-الذي ينتج عنه في حالات معينة التزام جديد- وغيره من الأنظمة المشابهة، نتناول في المطلب الأول تمييز التعديل القضائي للعقد عن تفسير العقد وتحوله، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى تمييز التعديل القضائي للعقد عن تكميل العقد وإنقاظه.

¹ أسامة الحموي، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون، مطبعة الزرعي، دمشق، 1997، ص 345.

المطلب الأول:

تمييز التعديل القضائي للعقد عن تفسير العقد وتحوله

قد يختلط نظام تعديل القاضي للعقد مع تفسير القاضي للعقد أو تحوله، ولذلك سنتناول تمييز التعديل القضائي عن تفسير العقد في فرع أول، ثم تمييز التعديل القضائي عن تحول العقد.

الفرع الأول:

تمييز التعديل القضائي للعقد عن تفسير العقد

يُعد تفسير العقد من أهم الأنظمة القانونية التي يستعين بها القاضي في أداء مهمته القضائية، بهدف الوصول إلى حقيقة ما قصدته الإرادة المشتركة للمتعاقدين¹.

ويلاحظ في مسألة تفسير العقد أن هناك اختلافاً وتتنوع في تعريف التفسير ويعود السبب إلى اختلاف توجهات رجال الفقه ومرجعياتهم²، حيث عرفه البعض بأنه تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين³.

وهناك من عرفه استناداً إلى هدفه بأنه البحث عن مقصد كل من طرفي العقد من إبرامه، أي أن الغاية من التفسير هي الكشف عن قصد المتعاقد وذلك من تعبير الشخص عن هذا القصد⁴. أو هو تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين، وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين، حتى يمكن تحديد مضمون العقد

¹ محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1992، ص 23.

² عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 87.

³ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1966، ص 304.

⁴ حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، د ن، 2000، ص 303.

والوقوف على الالتزامات التي يولدها¹.

وقد عرف في الفقه الفرنسي بأنه تحديد لمعنى الشرط التعاقدي والغرض منه²، غير أن أشمل تعريف للتفسير، أنه العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي، بسبب ما اعتري العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد والظروف المرتبطة به³.

وهذا التعريف يصور ماهية التفسير ووسائله فضلا عن الغرض منه، حيث ينظر إلى التفسير على أنه عملية ذهنية ذات شقين: شق مادي ينظر فيه إلى الألفاظ الواردة في العقد والعرف الجاري في المعاملات وقرائن الحال، وشق معنوي يمثل ثمرة البحث في الشق المادي من خلال مجموعة المعايير التي تحصلت لدى القاضي المفسر، ومحصلة ذلك تشكل الإرادة المشتركة للمتعاقدين⁴.

فالقاضي إذا يلجأ للتفسير في حالة غموض العبارة في دلالتها على المعنى المقصود أو التباسها دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ والعبارات، وهو في هذا الصدد مخول قانونا في بحثه عن النية المشتركة للمتعاقدين أن يستهدي بطبيعة التعامل ومقتضيات الأمانة والثقة والعرف الجاري في المعاملات⁵.

إضافة إلى أن القاضي عندما يقوم بتفسير العقد لا ينبغي أن يحل محل الإرادة الصحيحة للأطراف إرادة أخرى هي إرادته⁶.

¹ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1969، ص 260.

² Louis Josserand, cours du droit civil français T 11, paris, p 125.

³ عبد الحكم فوذة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، 2002، ص 16، 17.

⁴ عامر رحمون، تفسير العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مج 09، العدد 01، ص 157.

⁵ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، د ن، القاهرة، مصر، ص 524.

⁶ سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 417.

وقد أورد المشرع الجزائري نظرية تفسير العقد عند معالجته لآثار العقد من خلال المادة 111 من القانون المدني والتي نص فيها على مايلي:

«إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

يمكن القول إذا أن نظام التعديل القضائي يتفق مع نظام التفسير في أن كلا منهما يرد على عقد صحيح مكتمل الأركان¹، وفي أن المهمة في كل منهما موكلة إلى القاضي يمارسها بمناسبة نزاع معروض عليه بحسب اختصاصه²، ومع ذلك فإن جوانب الاختلاف بين هذين النظامين عديدة وجوهرية، فبينما يهدف تفسير العقد إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وكشف ما يعتري العقد من غموض وإبهام، فإن تعديل العقد يستهدف تحقيق التوازن بين الالتزامات المتقابلة في العلاقة العقدية، ومنع الإضرار بأي طرف من أطراف هذه العلاقة تحقيقا للعدالة³.

كما أن مراجعة العقد أو تعديله لا يقوم به القاضي إلا بموجب نص قانوني صريح، في حين أن سلطته في تفسير العقد لا تتوقف على وجود نص قانوني صريح يقرها، بل يمكن للقاضي القيام بمهمة التفسير كلما استلزم الأمر ذلك ودون حاجة إلى نص، وذلك هو الأصل كون النصوص المتعلقة بالتفسير في التشريعات المدنية إنما يوردها المشرع عادة لكي يضمنها قواعد إرشادية يستهدي بها القاضي عند قيامه بمهمة التفسير⁴.

¹ عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 146.

² محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 25.

³ عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 146.

⁴ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 25، 26.

كما نجد أن القاضي في نظام التفسير يستند إلى إرادة المتعاقدين لأن الهدف من ذلك دائما البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين دون الحاجة إلى نص قانوني صريح يقرر سلطة التفسير، في حين أن تعديل القاضي للعقد غالبا ما يتم خارج إرادة المتعاقدين ورغمهما لأنها لأن أساس التعديل هو مقتضيات العدالة التي تُعَدُّ مقصد المشرع من تقرير السلطة التقديرية للقاضي في مجال العقد¹.

ومن أهم أوجه الاختلاف بين هاذين النظامين، أن التعديل يتم من قبل القاضي بموجب سلطة تقديرية لا يخضع إزاء ممارسته لها إلى رقابة المحكمة العليا في حين أن قضاة الموضوع وإن كانوا يتمتعون بسلطة في مجال تفسير العقد فإن المحكمة العليا تمارس سلطة الرقابة عليهم².

كما يبرز الاختلاف بين سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في تفسيره في أن سلطة التفسير ترتبط غالبا بمسألة تكوين العقد باعتبار أنها تستند إلى إرادة المتعاقدين وتدور حولها، بينما لا تقتصر سلطة التعديل على مرحلة التكوين أو الإنشاء، بل تتعدى ذلك لتشمل مرحلة تنفيذ العقد.

ومن خلال ما سبق نستنتج أن نظام تعديل العقد يختلف عن تفسيره، وأهم ما يميزه هو احترام وتقديم إرادة المتعاقدين إذا كنا بصدد التفسير وإنكارها بمناسبة التعديل³.

الفرع الثاني:

تمييز التعديل القضائي للعقد عن تحول العقد

تقوم فكرة تحول العقد على أساس أن العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر صحيح، فيتحول العقد الباطل إلى العقد الصحيح الذي توافرت أركانه متى كان

¹ عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 146.

² رشيد بردان، نجية بوراس، القاضي وتفسير العقد، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، مج 07، عدد 01، 2018، ص 17.

³ Samir Tanagho, op cit, p 131.

ظاهرا من ظروف العقد أن المتعاقدين لو علما ببطلان تصرفهما لَقَبَلَا أن يعقدا ذلك عقد الآخر بدلا من العقد الباطل، وهنا يتحول العقد الباطل إلى العقد الصحيح الذي توافرت عناصره وشروطه في هذا العقد الباطل إعمالا للنية المفترضة للمتعاقدين¹، فهو من أهم الآليات التي تسعى إلى عدم إهدار العقود وإبطالها طالما أن لها مخرج قانوني من شأنه تحويلها إلى عقود صحيحة².

ومن أمثلة تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، عقد البيع الذي لا يكون فيه الثمن حقيقيا، فهنا يكون العقد باطلا باعتباره عقد بيع، وصحيحا باعتباره عقد هبة، بمعنى أن عقد البيع الباطل يتحول إلى عقد هبة صحيح باعتباره العقد التي توفرت أركانه³.

ومثال ذلك أيضا ما تقضي به قوانين التجارة من كون السفتجة التي لا تتوفر فيها الشروط التي يتطلبها القانون تتحول من سفتجة باطلة إلى سند عادي صحيح إذا كانت مستوفية الشروط اللازمة لهذه السندات⁴.

وقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية تحول العقد من خلال نصه في المادة 105 من القانون المدني علي مايلي:

« إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد».

¹ مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، د ن، ص 256.

² ناريمان خمار، حورية لشهب، آثار نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 25، جامعة بسكرة، ص 206.

³ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، 1998، ص 308، 309.

⁴ مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، 1987، ص 271.

ويتضح من هذا النص أن العقد الباطل يتحول إلى عقد آخر صحيح بتوافر ثلاثة شروط وهي أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال كلاً لا جزءاً¹، وأن يتضمن العقد الباطل عناصر عقد آخر صحيح²، بالإضافة إلى انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الآخر الذي تحول إليه العقد الباطل الأصلي³.

ولا بد من أن تتصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح لو أنهما تبينا مافي العقد الأصلي من أسباب البطلان، وعلى هذا فإن تحول العقد لا يتم بناء على إرادة المتعاقدين الحقيقية لأن هذه الإرادة قد انصرفت إلى العقد الأصلي الباطل، وإنما إلى إرادتهما المحتملة التي يُفترض أنها كانت تتجه إلى الارتباط بالعقد الجديد الصحيح لو أنهما علما ببطلان العقد الأصلي⁴.

ويرى جانب من الفقه أن نظرية تحول العقد لا تعدو أن تكون تطبيقاً خاصاً من تطبيقات نظرية تكييف العقد، إذ يرون أن تكييف العقد يعني إعطاءه الاسم الصحيح الذي ينطبق عليه بحسب القانون، وهو من صميم عمل القاضي الذي لا يعتد فيه هذا الأخير بالإسم الذي يطلقه المتعاقدان على العقد، لأن التكييف مسألة عملية وقانونية، فإذا أعطى شخص بيتاً يملكه إلى شخص آخر ينتفع به لمدة معينة دون مقابل فإن هذا العقد يعتبر عارية ولو أسماه المتعاقدان إيجاراً، وإذا نقل شخص ملكية شيء إلى شخص آخر دون مقابل فإن هذا العقد يعتبر هبة ولو أسماه المتعاقدان بيعاً⁵.

¹ صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، بغداد، 1950، ص 160.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 124.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 502.

⁴ غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1971، ص 296.

⁵ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص 336، 337.

غير أن تكييف العقد يختلف عن تحول العقد في أن عملية تغيير وصف العقد التي يقوم بها القاضي عند تحويله للعقد لا يستطيع أن يقوم بها ما لم يتبين بطلان العقد أولاً، ثم يتبين توافر العناصر المكونة للوصف الجديد في التصرف الأصلي الباطل، أما في التكييف فإن العقد الأصلي صحيح بأصله، إلا أن القاضي يبدل تسميته فقط¹.

ومن جهة أخرى فإن الفارق بينهما يتجلى أيضاً من حيث الآثار، فالآثار التي يرتبها تحول العقد هي آثار عرضية لا يرتبها العقد الأصلي على اعتبار أنه باطل وأنه لم يبق شكله الأصلي ولا بمضمونه لأن القاضي قد حوله إلى عقد آخر جديد هو الذي أنتج هذه الآثار، أما في تكييف العقد فإن الآثار التي ينتجها العقد بتسميته الجديدة هي آثار أصلية لأن العقد باق على أصله، والذي تغير هو وصفه وليس مضمونه².

كما أن عملية تكييف العقد هي مرحلة من مراحل عملية تحويل العقد، فالقاضي أثناء عملية التحويل يستعرض الوقائع والألفاظ المستخدمة، وإرادة المتعاقدين ليرى إمكانية تكييف العقد تكييفاً جديداً يصبح بموجبه العقد الباطل عقداً آخر صحيحاً دون إضافة أي عنصر من عناصر العقد القديم³.

وبالرغم من أن كلا من نظام تعديل العقد وتحول العقد يرد على عقد ويقوم به القاضي، إلا أنهما يختلفان اختلافاً كبيراً، فعملية تحويل العقد متوقفة على إرادة المتعاقدين فالقاضي حينما يحول العقد الباطل إلى عقد صحيح منتج لآثاره فإن ذلك لا يحدث ما لم يقف القاضي على إرادة المتعاقدين الحقيقية، فهو لا يستطيع إجبارهما على هذا التحول رغماً عن إرادتهما وهذا مانستنتجه من خلال ما نصت عليه المادة 105 من القانون المدني:

¹ سفيان سوالم، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 31، المجلد 09، جوان 2018، ص 287.

² محمد عمار تراكمية غزال، الإشكالات التطبيقية لنظرية التحول دراسة مقارنة، مجلة كلية أحمد بن حمد العسكرية للعلوم الإدارية والقانونية، قطر، ص 72.

³ سفيان سوالم، المرجع السابق، ص 288.

«...إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد...».

في حين أن سلطة القاضي في تعديل العقد هي أن يجري فيه تعديلات معينة تتمثل في التغيير في بنود العقد رغما عن إرادة المتعاقدين¹، فضلا عن أن تحول العقد يرد على عقد باطل في حين يتدخل القاضي لتعديل عقد صحيح.

المطلب الثاني:

تميز التعديل القضائي للعقد عن تكميل العقد وإنقاصه

قد يختلط نظام تعديل القاضي للعقد مع مفهوم تكميل العقد أو إنقاصه، ولذلك سنتناول في هذا المطلب تمييز التعديل القضائي للعقد عن تكميل العقد في فرع أول، ثم نتناول تمييز التعديل القضائي للعقد عن إنقاص العقد في فرع ثان.

الفرع الأول:

تمييز التعديل القضائي للعقد عن تكميل العقد

يقوم مفهوم تكميل العقد على فكرة أساسها أن الالتزامات التي أنتجها العقد غير كاملة، لذلك فهي بحاجة إلى سد هذا النقص وإكماله، فهو يمثل العملية التي يحدد بها القاضي نقطة أو أكثر من نقاط العقد التي لم يتم التوصل إلى اتفاق بشأنها مع أن مشكلة النزاع تجعل من الضروري التطرق إليها².

وقد عرف بعض الفقه استكمال العقد بأنه قيام القاضي بإضافة ما نقص من بنود العقد التفصيلية الناقصة إلى العقد مسترشدا بعدة عوامل حددها المشرع المدني، وهي

¹ راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2017، ص 58.

² Adrien Vion, L'entendue minimal, de l'accord en droit suisse des contrats entre points essentiels du contrat, liberté contractuelle et complètement judiciaire, Edition juridiques livres, Lausanne, p73.

القواعد القانونية والعرف والقواعد المستمدة من مبادئ العدالة بحسب طبيعة الالتزام¹.

كما عرفه جانب آخر بأنه الدور الذي يقوم به القاضي استجابة لطلب أطراف العقد باستكمال ما نقص من بنود تفصيلية حددها المتعاقدان واختلفا حولها في وقت لاحق لانعقاد العقد مستعينا في ذلك بمصادر حددها المشرع، وذلك بعد التحقق من انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية فيه².

وقد نص المشرع الجزائري على مسألة تكميل العقد في المادة 65 من القانون المدني بقولها:

«إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة».

ويفهم من هاته المادة أن القاضي يستعين في تكميله للعقد بمجموعة من المراجع أو الوسائل نوردها فيما يلي:

أولاً: القانون

يعتبر القانون بالنسبة للعقود المسماة المرجع الأول والرئيس لاستكمال العقد الذي أغفل بعض التفاصيل، ويكون دور القواعد القانونية في هذا الإطار دورا تكميليا لإرادة المتعاقدين³، ونعني بالقانون النصوص الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، وكل اتفاق يخالفها يُعدُّ باطلا لتعلقها بالنظام العام والآداب العامة، بالإضافة إلى

¹ سحر البكاشي، دور القاضي في تكميل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 104.

² عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 29.

³ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 389.

النصوص المكملة التي يلجأ إليها القاضي في الغالب كي يكمل العقد، وهي نصوص يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها¹، ولا تطبق إلا إذا لم يتناول العقد المسائل التي عالجتها القواعد المكملة، فتحل محل إرادة المتعاقدين على افتراض أن إرادتهما انصرفت عند سكوتها إلى تطبيق هذه القواعد القانونية².

ثانياً: العرف

ويلجأ إليه القاضي لتكملة العقد في حالة تعذر إيجاد حل للنزاع المتعلق بالعقد والذي تم بحد ما يكمله من نصوص قانونية³، والعرف هو سنة وسلوك متبع في مسائل معينة بصفة دائمة ومتكررة من قبل أفراد المجتمع أو بعض فئاته، اعتقاداً منهم أن ذلك السلوك إجباري⁴، وإضافة إلى أنه مصدر احتياطي للقانون، فإن القاضي يعتد به لاستكمال مضمون العقد، ومن أمثلة القواعد العرفية تخفيض الثمن عوض الفسخ في حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع⁵.

ويلحق بعض الفقه الشروط المألوفة للعقد بالعرف، وهي تلك الشروط التي جرت العادة على إدراجها فيه⁶، كبذل الخدمات الذي يضاف إلى فاتورة المطعم، وإضافة أجره نقل المواد إلى السطح، لصاحب العمل.

وبالتالي فإن من واجب القاضي مراعاة المتعاقد وظروف العقد للوقوف على القصد الحقيقي للمتعاقدين عند استكمال العقد واعتبار العرف كمصدر لاستكمال⁷.

¹ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 47.

² علي فيلالي، المرجع السابق، ص 389.

³ عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المطبعة العالمي، القاهرة، 1955، ص 181.

⁴ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 390.

⁵ علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 390.

⁶ سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، د ن، د س، ص 324.

⁷ عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني دراسة مقارنة، ص 118، 119.

ثالثا: العدالة

وهي الوسيلة الأخيرة التي يلجأ إليها القاضي في حالة تعذر إكمال العقد بقواعد القانون والعرف¹.

والمقصود بالعدالة هو الإنصاف والعدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي²، فالعدالة تهتم بالظروف الخاصة لكل حالة ولذلك فإنها تختلف حسب كل حالة، وتستجيب لشتى الدوافع الأخلاقية، لذا فإنها تعني الشعور بالإنصاف وهو شعور كامن في النفس يوحي به الضمير النقي ويكشف عنه العقل السليم، تتضمن حولا تسري على الأفراد والحالات مراعية دقائق الظروف والجزئيات³.

فقواعد العدالة إذن تعني مجموعة من القواعد التي تصدر عن مثل أعلى تستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفة⁴.

وطبقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، يجب على القاضي الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في حالة عدم وجود نص تشريعي، أو مبادئ الشريعة الإسلامية، أو العرف⁵، أي أنها مصدر لاستكمال العقد.

إن مفهوم استكمال العقد من أكثر المفاهيم التي قد تختلط بالتعديل القضائي للالتزام، ذلك أن المفهومين يشتركان في أن القاضي يعمل في كل منهما على الإضافة إلى اتفاق المتعاقدين، وذلك بإحلال إرادته وسلطانه ودمجها مع إرادتهما سواء

¹ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 182.

² حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 158.

³ عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1982، ص 81.

⁴ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 49.

⁵ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 391.

بالاستكمال أو التعديل¹.

بالإضافة إلى أن اعتماد القاضي على القواعد المستمدة من العدالة في كل حالات التعديل القضائي للالتزام هو الهدف من تدخله للقيام بتعديل العقد أساساً، وفي بعض حالات استكمال العقد، بالإضافة إلى اعتماده على القواعد المكملّة والعرف وطبيعة التعامل².

غير أن التعديل القضائي للالتزام يختلف عن استكمال العقد في عدة أمور، وأولها محل التعديل أو التكميل، حيث نجد أن محل التعديل القضائي للالتزام هو التزام جائز أدى إلى اختلال التوازن في معظم الأحيان - كما سنبينه من خلال دراستنا - بينما محل استكمال العقد هو بند تفصيلي في عقد ناقص، أي أن القاضي يتدخل لتكميل البنود الناقصة في العقد³.

وفي نفس المعنى نجد أن الهدف من تدخل القاضي لتعديل العقد هو إعادة التوازن إليه بمواجهة الخلل، في حين أن هدفه في تكميل العقد هو استكمال ما لم يتفق عليه المتعاقدان في عقد متوازن⁴.

والفارق الرئيس بين تكملة العقد وتعديله هو أن تكملة العقد لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتجه ضد العقد⁵، على عكس التعديل القضائي للالتزام الذي يتعارض مع ما اتفق عليه المتعاقدان، وبالتالي ينقضه ويحل محله.

¹ فهد جان، سلطة القاضي في تعديل العقد، بحث مقدم في مؤتمر دور القاضي في الخصومة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت، 04 و 05 شباط 2010، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 414.

² سحر البكباشي، المرجع السابق، ص 93.

³ سحر البكباشي، المرجع نفسه، ص 94.

⁴ ابتسام دزيري، سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، جامعة بن يوسف بن خدة، المجلد 12، العدد 01، أكتوبر 2018.

⁵ سمير تناغو، الالتزام القضائي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014، ص 80.

الفرع الثاني:

تمييز التعديل القضائي للعقد عن إنقاص العقد

تقوم نظرية إنقاص العقد على فكرة أن العقد الأصلي ليس باطلاً بأكمله بل في جزء منه، فيزول ذلك الجزء ويبقى العقد صحيحاً منتجا لآثاره¹.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية في المادة 104 من القانون المدني والتي تنص على أنه:

«إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله».

إن المقصود بنظرية إنقاص العقد هو إنقاص شقه الباطل وإبقاء العقد صحيحاً بشقه الآخر، وتسمى هذه العملية كذلك بالبطلان الجزئي، حيث يبطل جزء من العقد دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحاً ومرتباً لكل آثاره².

ويفهم من المادة 104 سابقة الذكر أن العقد الذي يكون باطلاً في شق منه وحده هو الذي يكون محل إنقاص، أما إذا كان العقد باطلاً بأكمله فلا يُنقص بل يتحول إلى عقد آخر إذا توافرت فيه شروط تحول العقد التي سبق بيانها³.

كما ينبغي لإعمال نظرية إنقاص العقد أن يكون العقد قابلاً للإنقسام، حيث لا ينال سقوط الجزء الباطل منه من تكييف العقد، كإبطال الشرط الذي يُسقط حق المؤمن له في التعويض الذي أشارت إليه المادة 622 من القانون المدني الجزائري، فلا يتغير تكييف

¹ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 56.

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، 2006، ص 267.

³ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 57.

العقد الذي يبقى عقد تأمين، أما إذا كان الإنقاص يغير من طبيعة العقد فيكون غير قابل للإنقسام، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 426 من القانون المدني الجزائري، حيث إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة ولا في خسارتها كان عقد الشركة باطلا، فمثل هذا الشرط ينال من جوهر عقد الشركة الذي يقوم أساسا على اقتسام الأرباح والخسائر¹.

وبالرغم من أن كلا من إنقاص العقد وتعديل العقد يرد على عقد، ويقوم به القاضي، إلا أنهما يختلفان اختلافا جوهريا، فنجد أن عملية إنقاص العقد تقوم على إرادة ومشية المتعاقدين، أي أن القاضي لا يستطيع أن ينقص العقد شرطه الباطل متى تبين له أنه الباعث الدافع على التعاقد²، وهذا ما قصده المادة 104 من القانون المدني بقولها:

«... إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله».

إذ لو صرح أحد المتعاقدين بالقول أنه لولا هذا الشرط الذي وُضع في العقد لما أبرم العقد، فإن القاضي حينئذ ملزم باحترام إرادة المتعاقد، فيكفّ يده عن إنقاص العقد، ويحكم ببطلان الشرط وبطلان العقد كله، أي أنه يعامله معاملة العقد الباطل بطلانا مطلقا³، أما سلطة القاضي في تعديل العقد فتكون بالرغم عن إرادة المتعاقدين، أي أنه حتى ولو اعترض المتعاقدان أو أحدهما على تعديل العقد، فإن القاضي يمكنه القيام بالتعديل لأن الهدف من تعديل العقد هو إرجاع التوازن إلى العقد بعد اختلاله بموجب نصوص القانون.

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 368.

² راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 58.

³ راقية عبد الجبار علي، المرجع نفسه، ص 58.

خلاصة الفصل التمهيدي:

إن قيام القاضي بوظيفته لا يتأتى دون منحه سلطة تقديرية يمارس من خلالها ولاية القضاء، وقد اختلف الفقهاء حول أمر منح السلطة التقديرية للقاضي من خلال ثلاث آراء، رأي ينكر وجود ومنح هذه السلطة بصفة مطلقة، ورأي يؤيد منح السلطة التقديرية للقاضي ولكنه يعتبرها ليست كاملة ولا مطلقة، فإذا كان القاضي يملك أن يقيم ويختار فإنه لا يملك أن يفعل ذلك على أي نحو، فالسلطة الممنوحة للقاضي إنما منحت له كي يباشر الوظيفة المسندة إليه وفق ضوابط معينة، والمشرع عندما يقر للقاضي بالسلطة التقديرية في مجال معين، إنما يضع لذلك أهدافا واضحة ومحددة ينبغي أن لا يحيد عنها وأن لا يتجاوزها.

أما الرأي الثالث فيذهب إلى إعطاء القاضي سلطة تقديرية مطلقة، ليس فقط عندما توجد عبارات تجيز منح تلك السلطة بل في جميع الحالات، أي أن القاضي وفقا لهذا الرأي، يتمتع بسلطة تقديرية في فهم الواقع وفي فهم القانون، وهذا ما يجعل الأخذ بهذا الرأي انحرافا عن مبادئ القانون وبالتالي تعسف القضاة واختلاف الأحكام القضائية.

ومن بين ما تنصب عليه السلطة التقديرية للقاضي المدني في مجال العقود وتجعل من حكم القاضي في حالات معينة مصدرا للالتزام، هو نظام تعديل العقد الذي يختلف عن أنظمة مشابهة كالتفسير والتحول والتكميل والإنقاص.

فالتعديل القضائي للعقد إنما يتم بموجب السلطة التقديرية التي يمنحها المشرع للقاضي المدني، والذي يقوم بدوره باستبعاد الالتزام العقدي غير العادل، وإحلال التزام قضائي بدلا منه يكون أكثر عدلا، وهذا النوع من التعديل هو الذي تنصب عليه دراستنا.

الباب الأول

الحكم القضائي المنشئ

للاتزام أثناء تكوين العقد

تمهيد وتقسيم:

إن تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية أثر على وظيفة القضاء، فبعد أن كانت وظيفة القضاء تقتصر على مجرد الكشف عن النزاع ثم تطبيق القوانين التي تنطوي على حلول تشريعية، أصبح للقاضي دور إيجابي مختلف يتمثل في انشاء التزامات جديدة، يكون حكمه هو مصدرها.

إن الدور الإيجابي للقاضي قد منحه له المشرع من خلال مراجعته وتعديله للعقد أو إنهائه، وذلك في الحالات التي يخل فيها التوازن العقدي بين التزامات أطراف العقد، فيتدخل من أجل أن يعيد إلى العقود توازنها وعدالتها.

وقد ترد سلطة القاضي بالتدخل في مرحلة تكوين العقد وهو مضمون هذا الباب أو في مرحلة تنفيذه وهو مضمون الباب الثاني.

وما يميز تدخل القاضي في مرحلة تكوين العقد هو تأثير ذلك على المتعاقدين الذين سيضعون في اعتبارهم أن للقاضي سلطة منحها له القانون بمراجعة العقود وتعديلها بإنشاء التزامات جديدة، مما سيجعلهم أكثر حذرا من تضمين عقودهم أسبابا تجعل القاضي يتدخل لممارسة سلطته في تعديل العقد، وبالتالي فيمكن القول إن لسلطة القاضي في تعديل العقد أثناء مرحلة تكوينه ميزة وقائية.

تتمحور مظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد تعديلا منشأ للالتزام أثناء مرحلة تكوين العقد حول التفاوت الفادح بين التزامات أطراف العقد، سواء كان ذلك بسبب الغبن والاستغلال، أو بسبب شروط تعسفية في عقود الإذعان.

وعليه سيتم دراسة الحكم القضائي المعدل لعقد مشوب بالغبن والاستغلال في الفصل الأول، ثم نتناول الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في الفصل الثاني.

الفصل الأول:

الحكم القضائي المعدل للعقد المشوب بالغبن والاستغلال

إن من أهم مظاهر اختلال التوازن بين أداءات المتعاقدين، هو أن يشوب العقد عيب الغبن والاستغلال، فبالإضافة إلى معالجة الفقهاء لهذه المسألة بشكل واسع، نجد أن مختلف التشريعات قد حرصت على محاربة الغبن والاستغلال، وذلك لأثرهما المباشر المتمثل في المساس بالعدالة وتناسب المصالح في العقود.

فقد منحت مختلف التشريعات ومنها المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقود التي شاب إرادة أحد المتعاقدين فيها عيب الغبن الناتج عن الاستغلال، ونفس الأمر إذا انطوى العقد على غبن من نوع آخر في حالات معينة، وما يميز تدخل القاضي، هو كونه تدخلا مجددا منشأ لالتزامات يكون هو مصدرها.

وعليه سنتناول في المبحث الأول، الحكم القضائي المعدل لعقد مشوب بغبن ناتج عن الاستغلال، وفي المبحث الثاني الحكم القضائي المعدل لغبن وارد في عقود خاصة.

المبحث الأول:

الحكم القضائي المعدل للعقد المشوب بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال

يعتبر الغبن والاستغلال من بين أكثر المشاكل التي تهدد توازن العقد أثناء مرحلة إبرامه وذلك أنهما يمسان باعتبارات العدالة واستقرار المعاملات.

لذلك كان لابد من أن يتدخل المشرع لإرجاع التوازن العقدي سواء بنص القانون أو بمنح القاضي سلطة تقديرية يستطيع من خلالها تعديل العقود التي يشوبها الغبن والاستغلال.

ومن المعلوم أن مفهوم الغبن واسع لدرجة عدم اتساع مجال الدراسة للتطرق إلى كل تفاصيله التي سنفصل في جزء منها أثناء تناولنا للحكم المعدل لعقود الإذعان، وبالتالي اقتصرنا في هذا السياق على دراسة ذلك الغبن الذي يستلزم تدخل القاضي لتعديل العقد المشوب به، ومن ثم النوع الذي يُمكنُ القاضي من تجديد التزامات المتعاقدين فيه وبالتالي ينشئ التزاماً قضائياً مصدره حكمه.

وسيتيم في هذا المبحث دراسة الغبن والاستغلال في المطلب الأول ثم دراسة سلطة القاضي في تعديل العقد المشوب بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

الغبن والاستغلال

اختلف تناول الفقهاء والتشريعات للغبن على حسب الاعتبارات التي تبناها هؤلاء، فمنهم من حصر الغبن في حالات معينة وقرر له جزاءات معينة، ومنهم من وسع من الغبن وأسسه

على الاستغلال ورتب عليه جزاءات مختلفة ومتنوعة على حسب الحالة الوارد فيها¹، وبالتالي فإن الغبن نوعان، الغبن المجرد عن الاستغلال، والغبن الناتج عن الاستغلال.

الفرع الأول:

الغبن المجرد عن الاستغلال

مما لا شك فيه أن مسألة الغبن من المسائل الخطيرة التي تثيرها روابط القانون والأخلاق في العقد²، ولبيان الغبن المجرد عن الاستغلال يجب توضيح الغبن بوجه عام ومن ثم حالات الغبن المجرد عن الاستغلال.

أولاً: تعريف الغبن

يقصد بالغبن اختلال التوازن بين أداءات الأطراف حال قيام العقد³، أو هو عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد على وجه يُخلُّ بالتوازن الذي يضعه المتعاقدان موضع الاعتبار عند التعاقد، بحيث يكون بينهما فرق كبير حسب سعر السوق ويؤدي إلى خسارة، فيكون ما يأخذه أحدهما أقل مما يعطي فهو مغبون إذا أعطى أكثر مما أخذ، وغابن إذا أخذ أكثر مما أعطى⁴.

ويلحظ أنه من النادر أن يتساوى البدلين تماماً في عقود المعاوضة وهذا ما جعل جل التشريعات لا تعتد بالغبن إلا إذا كان فاحشاً، لأنه لو جاز أن كل حيف مهما كان شأنه في العقد يحل بأحد المتعاقدين - يَجُرُّ العقد إلى الإبطال، لتعرضت جميع العقود أو معظمها

¹ عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، الجزائر، 1996، ص 25.

² George Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 4 ed, LGDJ, 1949, p6.

³ علي الخفيف، رياض حسين أوسعيدة، القوة الملزمة للعقد والاتجاه الموسع لدائرة الغبن، مجلة الكوفة، المجلد 1 رقم 11، العراق، 2011، ص 46.

⁴ عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني، عمان، الشركة الجديدة للطباعة، 1993، الجزء الأول، ص 455.

لتلك النتيجة القاسية، وفي ذلك إضرار باستقرار المعاملات المدنية والتجارية على السواء¹.

ثانيا: حالات الغبن المجرد عن الاستغلال:

لقد أخذ المشرع الجزائري بالغبن المجرد عن الاستغلال في حالات معينة هي، الغبن في بيع العقار بما يزيد عن الخمس في المادتين 358، و359، وفي القسمة الرضائية إذا تجاوز الغبن خمس نصيب المتقاسم وذلك في المادة 732 من القانون المدني².

1- الغبن في بيع العقار

تنص المادة 358 من القانون المدني على أنه:

«إذا بيع عقار يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يُقَوَّم العقار بحسب قيمته وقت البيع».

فإذا ما توفرت شروط الطعن في العقد بسبب الغبن والتي حددها المشرع في المادة أعلاه، كان للبائع أن يرفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل³، خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع وذلك طبقا لنص المادة 359 من القانون المدني، أما إذا كان صاحب العقار عديم الأهلية فتسقط الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت اكتمال أهلية البائع، وعلى القاضي إذا ما رفعت إليه دعوى تكملة الثمن في الميعاد وتوافرت شروط الغبن، الحكم بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع، وإذا مات المشتري، ترفع الدعوى

¹ محمود محمد، الاستغلال والغبن في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، دون سنة، ص12).

² رابح بن غريب، أحكام الغبن في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، مجلة أبحاث قانونية وسياسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021، ص 474.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، 2008، ص 67.

على ورثته لأن تكملة الثمن التزام في ذمة المشتري¹.

والجدير بالذكر أن تدخل القاضي لتعديل عقد البيع في هذه الحالة ما هو إلا تنفيذ لإرادة المشرع، أي تطبيق محض لنص القانون من دون إعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة يعيد على أساسها التوازن لعقد البيع المشوب بالغبن، وبالتالي فإن حكمه وإن كان ينشئ التزاما جديدا، فإن مصدر هذا الالتزام هو النص التشريعي وليس حكمه القضائي وذلك لأن نص المادة 358 جاء مفصلا ومحددا لمقدار الغبن ومعيار رفعه²، وتسري على المقايضة نفس أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة³.

2- الغبن في القسمة

تنص المادة 132 من القانون المدني على أنه:

«يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل المدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته».

لقد عالج المشرع في هذه المادة تفاوت الحقوق، فإذا لحق أحد المتقاسمين غنا جراء تفاوت في قسمة ودية جاز نقضها، وحق النقض يتقرر عادة في التصرفات الناقلة للحق كما في البيع ومع ذلك فإن تخويل المتقاسم مثل هذا الحق له ما يسوغه، لأن القسمة يجب أن

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 68.

² أحمد رياحي، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق دراسة مقارنة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد، المجلد 02، ص 23.

³ عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2014-2015، ص 90.

تقوم على مبدأ العدل وتحقيق المساواة بين المتقاسمين¹.

وعلى خلاف ما هو مقرر في عقد البيع لا يشترط أن يكون محل القسمة عقارا بل يكفي أن يلحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس، والعبرة في تقدير الغبن بقيمة الشيء وقت القسمة، فهذا هو الوقت الذي يعتد به في التقدير لتحقيق التوازن والمساواة بين المتقاسمين، فإذا لحق المتقاسم غبن يزيد عن خمس ما كان يستحقه، جاز له أن يرفع دعوى لنقض القسمة الرضائية التي تمت²، وبالتالي فما على القاضي في هذه الحالة إلا الحكم بنقض القسمة الرضائية المشوبة بالغبن، وهو بذلك ينفذ إرادة المشرع من جديد، ولا يكون حكمه منشأ لأي التزام أو حق جديد، كما هو الحال في دعوى تكملة الثمن في عقد بيع العقار المشوب بالغبن، غير أن نتيجة نقض القسمة الرضائية المشوبة بالغبن هو إعادة القسمة من جديد.

الفرع الثاني:

الغبن الناتج عن الاستغلال

للتمكن من بيان الإحاطة بالغبن الناتج عن الاستغلال، لا بد من تعريف الاستغلال، ثم بيان عناصر الغبن الناتج عن الاستغلال.

أولاً: تعريف الاستغلال

يعرف الاستغلال بأنه استفادة أحد المتعاقدين من ضعف المتعاقد الآخر استفادة تؤدي إلى انعدام التعادل بين التزاماته والتزامات المتعاقد معه، أو للحصول على مزايا لا تقابلها

¹ عبد المجيد رحابي، ضوابط القسمة الاتفاقية للعقارات على ضوء التشريع الجزائري والمقارن، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، المجلد 05، ج2، العدد 10، جوان 2018، ص 494، 495.

² عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 91.

منفعة لهذا المتعاقد، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف¹.

وعرفه بعض الفقهاء بأنه بوجه عام نظام قانوني مؤداه أن يعتمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنساني يتلمسها في شخص آخر كحاجة ملحة تتحكم فيه أو طيش بَيِّن يتسم به أو هوى جامح يتملكه²، أو خشية تسيطر عليه، فيجعله يبرم عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما أخذ منه وما أعطى له، فيؤدي فيه إلى ظلم مفرط، بحيث يمثل عقده هذا تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية³.

ولذلك اعتبر الكثير من الفقهاء⁴ بأن عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد، إذا ما تم النظر إليه من الناحية المادية يسمى غبناً وإذا ما تم النظر إليه من الناحية النفسية فيسمى استغلالاً⁵، ومن ثم فالاستغلال هو المظهر النفسي للغبن، وإن كان الغبن بمعناه الموضوعي المادي عيباً في العقد يوجب تدخل القاضي كما وضحنا، فإن الغبن الناتج عن الاستغلال يعيب إرادة المتعاقد فهو من عيوب الرضا التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني بقوله:

«إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة».

¹ مصطفى محمد الجمل، وعبد الحميد محمد الجمل، المرجع السابق، ص 242.

² إدريس العلوي، العبد اللاوي، نظرية الاستغلال، مجلة القضاء والقانون، وزارة العدل المغربية، الرباط، العدد 67، الجزء الثاني، 1969، ص 277.

³ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة مصر، القاهرة، 1974، ص 386.

⁴ Antonie Vilard, la formation du contrat, ENSEP, paris, 1975, p 112.

⁵ أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 112.

ويستفاد من نص هذه المادة أنه إذا تعرض أحد المتعاقدين لغبن متمثل في تفاوت جسيم بين التزاماته والتزامات المتعاقد معه، وكان هذا الغبن ناتجا عن استغلال المتعاقد الغابن لطيش بين أو هوى جامح في المتعاقد المغبون، فيحق لهذا الأخير أن يرفع دعوى أمام القضاء يطالب فيها بإبطال العقد أو إنقاص التزاماته.

والملاحظ أن الغبن في هذه الحالة يعد أثرا أو ثمرة للاستغلال، فالمتعاقد الغابن يستثمر في حالة الضعف التي يمر بها المتعاقد الآخر وينوي أن يعتمد عليها في إبرام العقد، مما يحدث اختلالا بين التزامات المتعاقدين، حيث يأخذ من المتعاقد الذي يمر بحالة الضعف أكثر بكثير من الأداء الذي يعطيه¹.

ثانيا: عناصر الغبن الناتج عن الاستغلال

من خلال نص المادة 90 من القانون المدني، يتبين أنه يلزم لقيام الغبن الناتج عن الاستغلال توافر شرطين، يتمثل الأول في وجود تفاوت صارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه، وهذا هو العنصر المادي أو الموضوعي في الاستغلال² والمتمثل في الغبن، ويتمثل الثاني أن يكون هذا التفاوت ناتجا عن استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في الطرف المغبون وهذا هو العنصر النفسي³ والمتمثل في الاستغلال.

1- العنصر المادي أو الموضوعي

يقصد بالعنصر المادي في الاستغلال بأنه اختلال التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد بموجب العقد وبين ما يتحمله من التزامات، أو هو فقدان التعادل بين قيمة ما يأخذه

¹ نائل مساعدة، حكم الاستغلال في عقود المعلوماتية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد 01، المجلد 09، سنة 2013، ص 123.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، العقد والارادة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، ط4، سنة 2006، ص 199.

³ محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 199.

المتعاقد وقيمة ما يعطيه¹، ولا يكفي أن يكون عدم التعادل ضئيلا بل يجب أن يكون فادحا²، ذلك لأن التفاوت الصارخ الجسيم بين الأداءات هو الذي يلفت النظر، ويثير الانتباه إلى كون الظروف المحيطة بالعقد هي ظروف غير عادية، وهذا بدوره يسهل السبيل أمام القاضي في اكتشاف حالة الضعف في المتعاقد المغبون واستغلال المتعاقد الغابن لذلك³.

ولتحديد وجود العنصر المادي الذي يتمثل في عدم التعادل بين الالتزامات ينبغي على القاضي أن يقارن بين التزامات كل متعاقد على حدة ليتجلى له من هذه المقارنة معرفة إذا كان أحد الطرفين -وهو الطرف المستغل- قد حصل على فائدة من عقده، وما إذا كان الطرف الآخر -وهو الطرف المغبون- قد لحقه ضرر نتيجة عدم التعادل بين ما أخذه وبين ما أعطاه للمتعاقد الآخر⁴.

غير أن المشرع الجزائري لم يتول تحديد نسبة جسامه عدم التعادل أو مقدار التفاوت، بل ترك أمر تقديره لقاضي الموضوع من خلال النظر في ظروف العقد وقيمة محل العقد وشروط العقد⁵.

وقد اختلفت الفقهاء في تحديدهم لشرط فداحة عدم التعادل بين الأداءات، فمنهم من يرى أن عدم التعادل بين الأداءات يجب أن يكون من الظهور بحيث لا يحتاج الأمر إلى حساب تقديري، ومنهم من لا يشترط في عدم التعادل أن يكون واضحا، بل يكفي أن يكون فادحا وإن تطلب الكشف عنه اللجوء إلى الخبراء الفنيين⁶.

¹ غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد 1971، ص 212.

² آسيا ياسمينه مندي، النظام العام والعقود، رسالة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2008-2009، ص 63.

³ إدريس العلوي العبد اللّاهي، نظرية الاستغلال، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 281.

⁴ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 103.

⁵ محمد شتا أبو السعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، مجلة مصر المعاصرة، مصر، العدد 406، سنة 1986، ص 656.

⁶ محمد شتا أبو السعد، المرجع نفسه، ص 656.

وعلى القاضي أثناء الكشف عن عيب الغبن الناتج عن الاستغلال، أن يتولى التحقيق والبحث عن نوايا الطرفين المتعاقدين من العقد وقيمة الشيء بالنسبة لكل متعاقد على حدة لكي يتسنى له الوقوف على وجود الاستغلال من عدمه¹.

كما أن العبرة في تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد لا بقيمته المادية في ذاته²، فإذا اشترى هاوٍ لبيع السجاد القديم سجادة بضعف قيمتها في السوق لإتمام مجموعة غريبة من السجاد في منزله، فيمكن اعتبار المنفعة التي حصل عليها بموجب العقد تساوي أضعاف قيمتها التجارية في السوق³، فقد يكون الشيء تافهاً في ذاته ولكنه يمثل قيمة كبيرة في نظر من يريد الحصول عليه وذلك لاعتبارات شخصية بحتة خاصة به، ومن ثم يشتريه بثمن أكبر من قيمته المادية وهو يعلم بذلك، ولا يكون مغبوناً في هذه الحالة لأن ما بدله من ثمن يساوي القيمة الشخصية للشيء محل العقد، كما هو الحال في المثال المشار إليه، لأن هاوي السجاد إذا أكمل المجموعة الموجودة لديه بشرائه لهذه السجادة بثمن يفوق قيمتها في السوق، فإنه إذا ما باع المجموعة كاملة، سيحصل على أضعاف القيمة التي سوف يحصل عليها فيما لو بيعت دون هذه السجادة⁴، ولا يمكن القول أن هناك اختلالاً في التعادل بين ما بدله من ثمن هذه السجادة وما حصل عليه طبقاً للمادة 90 من القانون المدني.

وهذا هو جوهر الاختلاف بين الغبن المجرد عن الاستغلال والغبن الناتج عن الاستغلال، فبينما حدد المشرع مقدار الغبن بدقة في الغبن المجرد عن الاستغلال - كما فصلنا سابقاً - بالإضافة إلى تحديده لمعيار رفعه، غير أنه اكتفى بوصف التفاوت في المادة 90 من القانون المدني دون تعيين مقدار حسابي له، ولعل السبب في اختيار وصف

¹ إدريسي العلوي، المرجع السابق، ص 282.

² نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 655.

³ محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 2010، ص 105.

⁴ محمود علي الرشدان، المرجع نفسه، ص 105.

التفاوت بدلا من تحديده حسابيا، هو طبيعة العيب، إذ أن العبرة بالدرجة الأولى هي بنفسية المتعاقد وبالقائمة الشخصية للأداءات وليس قيمتها الاقتصادية¹، وبالتالي فالقاضي هو الذي يتولى تعيين نسبة التفاوت الكبير الذي يستوجب الحماية القانونية². ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في هذا الصدد كونها من مسائل الواقع التي لا رقابة للمحكمة العليا عليه فيها³.

2- العنصر النفسي أو المعنوي

لإعمال سلطة القاضي في تعديل العقد المشوب بالغبن الناتج عن الاستغلال، لا يكفي أن يلحق بالمتعاقد غبن فاحش جراء إبرامه التصرف القانوني، وإنما لا بد من أن يكون هناك عيب في إرادة المتعاقد المغبون قد تم استغلالها من قبل المتعاقد الغابن⁴، وهذا العيب يشكل العنصر المعنوي أو النفسي للاستغلال، ووفقا للمشرع الجزائري فإن العنصر النفسي في الغبن الناتج عن الاستغلال يتمثل في الطيش البين والهوى الجامح.

وبعد العنصر النفسي في الغبن الناتج عن الاستغلال على درجة كبيرة من الأهمية فهو الذي يميزه عن فكرة الغبن المجرد التي يُنظرُ إليها نظرة مادية بحتة⁵.

كما يعد العنصر النفسي ضمانا مُهمًا لاستقرار المعاملات، ذلك لأن دور القاضي في البحث عن نوايا المتعاقدين سيكون على قدر كبير من الدقة والحذر⁶.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد ضيق من العنصر النفسي للغبن الناتج عن الاستغلال وحصره في استغلال الطيش البين والهوى الجامح، دون التوسع في دائرة

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص219.

² علي فيلالي، المرجع نفسه، ص219.

³ Mesli Nadir, la lésion en droit algérien, mémoire DES, Alger, 1977, p54.

⁴ أحمد الحراكي، الغبن في القانون الفرنسي والقانون الألماني دراسة مقارنة تحليلية نقدية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21، الجزء 1، 2005، ص130.

⁵ Alex Weill et François Terre, droit civil, les obligations, 2^{ème} Edition, Dalloz, 1975, p219.

⁶ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1966، ص284.

الاستغلال وذلك لضبط تدخل القاضي ولضمان استقرار المعاملات.

أ- الطيش البين

يعرف الطيش البين بأنه حالة الشخص الذي يبرم عقدا دون أن يكون عنده علم بتفاصيله، أو دون أن يكون عنده أدنى علم بنسبة قيمة كل من الالتزامين المتقابلين إلى بعضهما¹، كما يعرف أيضا بأنه عدم القدرة على التمييز أو نوع من الحماس، فالشخص الطائش لا يزن عواقب قراراته، ويرى الجانب الإيجابي والفوائد الآنية فقط².

وقد عرفه البعض بأنه حالة عدم المبالاة أو عدم الاكتراث لما قد ينجم عن إبرام تصرف ما، أو هو الإسراع المصحوب بالإهمال من صاحبه دون اهتمام لما قد يترتب عن تصرفه من نتائج قد تكون أضرت به ضرر كبيرا³.

ولا يقصد بالطيش هنا السلوك المعتاد للفرد في حياته، بل إنه أمر طارئ يقدم عليه الفرد عند إبرامه لتصرف قانوني، وهو حالة نفسية تلحق الأشخاص الطبيعية دون المعنوية⁴.

كما يتفق الفقهاء على اعتبار فكرة الطيش فكرة عامة وغير محدودة فمن الطبيعي أن المشرع يشمل بالحماية هؤلاء الذين لا يستوعبون نتائج تصرفاتهم، فالطيش لا يعني عيبا يمس الرضا الحر، وليس عارضا ذهنيا، بل يعني حالة الشخص الذي لا يعبأ ولا يبالي بنتائج التزاماته التعاقدية، والطبيعة المجردة لفكرة الطيش قد تجعلها تفلت غالبا من القضاء، فهي محاطة بظروف متباينة ومختلفة⁵.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص117.

² Pierre Engel, traité des obligations en droit suisse, Edition Ides et Calendes, Neuchâtel, Suisse, 1973, p 212.

³ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص114.

⁴ توفيق حسن فرح، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص287.

⁵ عرارة عسالي، المرجع السابق، ص120.

وقد اشترط المشرع الجزائري في الطيش أن يكون بينا أي واضحا بشكل جلي لا يدع شكا في اتصاف الشخص به، وبالتالي فقد ضيق من حالاته، كما لا يكفي تحديد الطيش البين في الشخص من أجل إعمال نص المادة 90 من القانون المدني، بل يجب أن يستغل المتعاقد الآخر هذا الضعف ليحمل المتعاقد المغبون على إبرام العقد الذي أدى إلى غبنه¹. ويضرب الفقه مثلا على هذه الحالة، الشباب الذين يرثون أموالا طائلة، فيدفعهم طيشهم إلى يدي المستغلين الذين يجردونهم من أموالهم عن طريق عقود مجحفة بهم، مستغلين في ذلك طيشهم البين ونزقهم الشديد².

أما مسألة تقدير الطيش من عدمه فهي مسألة متروكة للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي، ولا بد أن يأخذ بعين الاعتبار كل ما يمكن أن يوضح له قيام حالة الطيش عند الطرف المغبون³.

ب- الهوى الجامح:

يعرف الهوى أنه الرغبة التي تملك على الانسان زمام نفسه⁴، وتدفعه للحصول على شخص أو شيء مقابل أي ثمن، أي الانسياق وراء ما تشتهيه النفس أو تهواه بالانقياد إلى ذلك من دون تبصر لما ينتهي إليه المصير⁵.

أو هو الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن تبني ما هو في صالحه، سواء انصرفت

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 200.

² أسعد أحمد هلدبر، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، ط1، 2011، ص100.

³ راقية عبد الجبار، المرجع السابق، ص 115.

⁴ خليل أحمد حسن ققادة، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص68.

⁵ زهير الزبيدي، الغبن والاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة ماجستير، مطبعة دار السلام، سنة 1973، ص93.

هذه الرغبة إلى شخص أو إلى شيء من الأشياء¹، فالهوى إذن يدل على الميل الجارف الذي يضعف الإرادة، فتتقاد لحكمه بالاستلام، كأن تستغل زوجة شابة انعطافا شديدا نحوها من قبل زوجها الطاعن في السن، فتستوقعه هبة لصالحها إضرارا بأولاده من زوجته الأولى².

وقد يكون الهوى الجامح نحو شيء كالشخص الذي يكون ضحية لهوى الجامح في الحصول على سيارة أو قطعة أرض مجاورة لكي يوسع من حديقته أو منزله³.

ولا يكفي توافر عنصر الهوى الجامح لإعمال نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري، بل لابد أن يستغل المتعاقد الآخر هذا الضعف فيُرضخ المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد. والاستغلال هو الاستعمال الملائم لظروف معينة قصد الحصول على فائدة، فتقتضي عندئذ عملية استغلال الضعف النفسي، علم المتعاقد المستفيد بالضعف الذي يعتري المتعاقد المغبون وأن تتصرف إرادته إلى استغلال هذا الظرف قصد الحصول على فائدة، وعليه فإن ما يقوم به المستغل هو عمل غير مشروع قد يسأل عنه مدنيا وأحيانا جزائيا⁴.

وإرادة الاستغلال لا تشترط أن يكون المتعاقد المغبون هو الذي حمله بذاته على التعاقد، بل يكفي أن يكون قد علم بالضعف - بالطيش البين أو الهوى الجامح - في المغبون، ورغب في استغلاله، وحقق ما رغب به، فجاء الاستغلال بالوجه الذي دفع للتعاقد⁵.

يتعذر حتما على المغبون من الناحية النظرية إثبات عنصر الاستغلال سواء بالنسبة لحالة الطيش البين أو لحالة الهوى الجامح، لأن المستفيد يجهل الضعف ولم تتصرف إرادته إلى استغلاله ولكن عمليا، لابد أن يتقطن الشخص للفرق الكبير بين التزاماته والتزامات

¹ قدري محمود عزت، نظرية الاستغلال في القانون المدني العراقي، مجلة ديوان التدريب القانوني، العدد الأول والثاني، السنة 4، بغداد، 1965،

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 366.

³ ادريس العلوي، نظرية الاستغلال، المرجع السابق ص 286.

⁴ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 224.

⁵ محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 164.

المتعاقد المغبون، ومن ثم وجب عليه أن يتسائل عما إذا كان رضا المتعاقد المغبون سليما وأنه لم يستغل - ولو بطريقة غير مباشرة - ظروفه الخاصة¹.

وبما أن غرض المشرع هو حماية الشخص الذي يعتريه طيش بين أو هوى جامح، فإن العبرة هي بسلامة رضا المتعاقد المغبون فقط، ويجب أن يكون الاستغلال عندئذ مؤثرا، أما بخصوص كون استغلال الطرف المغبون عملا غير مشروع، فهذا لا يعني أن الاستغلال أساسه مسؤولية المتعاقد، لأنه لو كان الأمر كذلك ما كنا بحاجة إلى المادة 90 من القانون المدني الجزائري بل كان يكفي الرجوع إلى المادة 124 من القانون المدني².

وبالتالي فإن الغبن الناتج عن الاستغلال يعتبر عيبا من عيوب الرضا، على غرار التدليس الذي لا نزاع في أنه عيب في الرضا، ينجر عن حيل يلجأ إليها المدلس، وهي أعمال غير مشروعة، وطالما أن الغبن الناتج عن الاستغلال هو عيب في الرضا، فإن رضا المغبون يكون معيبا عند توفر العنصر المادي والمعنوي، بغض النظر عما إذا كان المتعاقد يعلم أو لا يعلم بهذا الضعف النفسي³.

المطلب الثاني:

سلطة القاضي في تعديل العقد المشوب بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال

يلعب القاضي دورا هاما في إعادة التوازن للعقد المشوب بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال، وذلك من خلال السلطة التي منحها له المشرع الجزائري من خلال نص المادة 90 من القانون المدني، التي تتيح له رفع الغبن الناتج عن الاستغلال، إما بإبطال العقد، أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون.

¹Mesli Nadir, op, cit, p 50.

² علي فيلالي، المرجع السابق، ص 225.

³ علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 225.

كما تختلف سلطة القاضي في تعديل العقد لهذا العيب باختلاف حدة توافره، وذلك بحسب نوع العقد الذي يشوبه، فليست كل العقود مجالا خصبا لإعمال هاته السلطة، وهذا ما سنوضحه من خلال مجال سلطة القاضي في تعديل العقد في فرع أول، ثم حدود سلطة القاضي في دعوى الغبن الناتج عن الاستغلال في فرع ثان.

الفرع الأول:

مجال سلطة القاضي في تعديل العقد

من خلال نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري يتبين لنا أن أساس الغبن الناتج عن الاستغلال هو عدم التعادل فيما بين التزامات المتعاقدين، وهذا التفاوت متصور في عقود المعاوضة، التي تقتضي أن يعطي كل متعاقد مقابلا لما يأخذ، وهذا أمر منطقي، ولكن هذا لا يمنع من أن الاستغلال وارد كذلك في عقود التبرع وهذا ما يستتج من خلال الفقرة الثالثة من نص المادة 90.

أولا: عقود المعاوضة

لا خلاف بين فقهاء القانون بأن عقود المعاوضة هي المجال الطبيعي لإعمال سلطة القاضي في تعديل العقد لعيب الغبن الناتج عن الاستغلال¹، ويعرف عقد المعاوضة بأنه العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه، ومن أمثلة ذلك عقد البيع وعقد الإيجار وعقد المقاول².

وقد يكون عقد المعاوضة عقدا محددا أو عقدا احتماليا، فالعقد المحدد هو العقد الذي يستطيع كل من المتعاقدين فيه تحديد الفائدة التي ستعود عليه من إبرامه وقت إبرام العقد³، وعليه فإن العقد يكون محددا إذا كان كل من المتعاقدين يستطيع أن يحدد وقت إبرام العقد،

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 116.

² توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1978، ص 38.

³ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 19.

القدر الذي أخذه والقدر الذي أعطاه حتى ولو كان القدران غير متعادلين، ومثال ذلك أن كلا من البائع والمشتري، يستطيعان تحديد مقدار الفائدة التي سيتحصلان عليها منذ إبرام العقد¹.

وبالتالي فإن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب عيب الغبن الناتج عن الاستغلال، إنما تنصب على عقود المعاوضة المحددة، ففيها يأخذ المتعاقد ويعطي وهو يعرف على وجه محدد مقدار ما أعطى، سواء كان قد أخذ لنفسه أو أخذ لغيره²، يضاف إلى ذلك أن هذه العقود يظهر فيها التفاوت بين الأداءات المتقابلة بشكل واضح وجلي، ذلك بأن المتعاقد يعرف على وجه التحديد مقدار التزامه وحقه من لحظة إبرامه للعقد³.

أما العقد الاحتمالي فهو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد القدر الذي سيأخذه والقدر الذي سيعطيه، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل، تبعا لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله⁴.

فالبيع مقابل إيراد مرتب مدى الحياة هو عقد احتمالي، ذلك لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذي أعطاه، إلا أنه لا يستطيع أن يعرف في ذلك الوقت القدر الذي سيأخذه، لأن الثمن لا يتحدد إلا بموته والموت أمر محقق الحصول ولكن وقت حصوله غير معلوم، وكذلك الأمر بالنسبة للمشتري فهو أيضا يكون قد باشر عقدا احتماليا إذ أنه يعرف وقت إبرام العقد مقدار ما سيحصل عليه، ولكنه لا يعرف مقدار ما سيعطيه، ونفس الأمر بالنسبة لعقد التأمين... إلخ⁵.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 139.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 363.

³ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 126.

⁴ عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء

الأول، مصادر الالتزام، جامعة بغداد، 1986، ص 27.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 140.

وطالما أن هذه الطائفة من العقود تقوم أساسا على عنصر احتمال الكسب والخسارة، فإنه إذا انعدم هذا الاحتمال كان العقد باطلا باعتباره عقدا احتماليا¹، وهذا ما يجعل هذا النوع من العقود لا يتأثر عادة بالغبن الناتج عن الاستغلال، لأن الأساس الذي يقوم عليه هو فكرة الاحتمال، وإمكانية عدم تعادل التزام أحد المتعاقدين مع التزام المتعاقد الآخر².

وهذا ما يدعونا إلى التساؤل عن إمكانية إخضاع العقود الاحتمالية المشوبة بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال إلى سلطة القاضي في تعديلها، وهل من الممكن أصلا أن نجد عقدا احتماليا مشوبا بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال.

إذا تمعنا في نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري من خلال عباراته:

«إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ومع التزامات المتعاقد الآخر...».

فنجد أن المشرع استلزم أن تكون الالتزامات المتقابلة متعادلة، وبما أن الالتزامات لا تتقابل ولا تتعادل إلا في عقود المعاوضة المحددة وبالتالي وبحسب ظاهر نص المادة 90 فإن المجال الرئيس لإعمال سلطة القاضي في تعديل العقد المشوب بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال هو عقود المعاوضة المحددة³.

غير أن بعض الفقهاء يرى أن للقاضي سلطة تعديل العقد الاحتمالي المشوب بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال، أي أنه من الممكن أن نجد عقدا احتماليا مشوبا بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال⁴.

¹ مأمون الكزبري، المرجع السابق، ص 51.

² عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، المرجع السابق، ص 27.

³ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 127.

⁴ خليل بشارة الخوري، قانون الموجبات والعقود، مطبعة المعرض، بيروت، 1933، ص 173.

فالأصل إذن أن العقود الاحتمالية مستبعدة من نطاق الغبن الناتج عن الاستغلال، كون المقابل الذي يعطي أحد المتعاقدين يتضمن عنصرا احتماليا يتعذر تقديره وقت التعاقد، وتبعاً لذلك تصبح المقارنة بين الأداءات أمراً مستحيلاً، ولكن بالرغم من ذلك فإن العقود الاحتمالية شأنها شأن غيرها من العقود يستلزم تكوينها أن تستند إلى أساس عادل، فإذا اختلف التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين، فمعنى هذا أن حظ الكسب والخسارة ليس متعادلاً، فإذا كان احتمال الكسب مقتصرًا على أحد الطرفين دون الطرف الآخر، فإن عدم التعادل الفادح يكون قد توافر رغم المظهر الاحتمالي للعقد¹، ولكن لا بد أن يكون التفاوت الفادح ناجماً عن استغلال أحد الطرفين لطيش بين أو هوى جامح في المتعاقد الآخر، فإذا توافر الغبن الناتج عن الاستغلال، فإن إعمال سلطة القاضي في تعديل العقد تكون أمراً طبيعياً ومطلوباً.

أما إذا كان العقد الاحتمالي ينطوي على تفاوت فادح بين التزامات المتعاقدين دون أن يستغل أحدهما ضعفاً نفسياً في الآخر، ففي هذه الحالة لا نكون أمام الغبن الناتج عن الاستغلال، ولكن هذا لا يمنع من البحث عن عيب عدم التعادل، فقد يكون شرطاً تعسفياً في عقد إذعان، وبالتالي نجد آلية أخرى من شأنها أن يرفع إعمالها التعسف ويبعيد التوازن إلى العقد من جديد.

وبالرغم من أن عقود المعاوضة المحددة هي المجال الطبيعي لإعمال سلطة القاضي في تعديل العقد المشوب بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال، كون تفاوت الالتزامات فيها يكون واضحاً، إلا أن هذا لا يمنع من أن تكون العقود الاحتمالية أيضاً عرضة لمثل هذا العيب إذا توافر العنصر المادي والعنصر المعنوي، مما يتيح للقاضي إمكانية التدخل لتعديلها ورفع الغبن عن المتعاقد المستغل وكل ذلك بما ينسجم مع اعتبارات العدالة في العقود².

¹ إدريس العلوي، المرجع السابق، ص 284.

² راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 128.

ومن أمثلة ذلك أن يتم بيع عقار مقابل إيراد مرتب مدى الحياة لشيخ هرم مريض لا يتوقع عيشه إلا لمدة وجيزة، وثبت أن المشتري وهي زوجته قد استغلت هواه الجامح لها مما جعله يقبل بإبرام العقد¹.

فإذا قمنا بتحليل هذا المثال، نجد أن عقد البيع مقابل إيراد مرتب مدى الحياة هو عقد احتمالي، وأن هناك اختلال فادح في الالتزامات المتقابلة كون احتمال أن يكون ثمن العقار ضئيلاً جداً ومجحفاً مقابل قيمة العقار المباع، بالإضافة إلى أن السبب في وقوع هذا الغبن هو استغلال الزوجة (المشتري) لهوى زوجها الجامح، وأن هذا الاستغلال هو الذي أدى بالشيخ الهرم المريض إلى إبرام العقد معها، وهذا يجعل شروط نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري محققة، وبالتالي فإنه يجوز للقاضي التدخل وإعمال سلطته التقديرية، ولكن الآلية الطبيعية التي يستعملها القاضي في هذه الحالة هي الإبطال، لأنه من الصعب أن ينقص في التزامات الطرف الآخر، فكيف يتوقع أن ينقص من التزام البائع إذا كان التزامه في مثالنا السابق هو نقل ملكية العقار.

ثانياً: عقود التبرع

تعرف عقود التبرع على أنها تلك العقود التي لا يأخذ فيها المتعاقد مقابل لما يعطيه كعقد الهبة، وعقد العارية وعقد الوكالة دون أجر، ويرى جانب من الفقه أن عقود التبرع، لا مجال فيها للغبن الناتج عن الاستغلال، وبالتالي فإنها غير معنية بنص المادة 90 من القانون المدني التي تجيز للقاضي التدخل لتعديلها، ويرجع ذلك إلى عدم إمكانية توافر العنصر المادي للغبن المتمثل في التفاوت الجسيم بين الالتزامات التي تقع على عاتق أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر، وهو ما لا نجده في عقود التبرع التي يكون فيها أحد المتعاقدين ملتزماً من دون مقابل².

¹ راقية عبد الجبار علي، المرجع نفسه، ص 129.

² توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 125.

فالطابع الذي تتميز به عقود التبرع هو انعدام العوض، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم إمكانية المقارنة بين الأداءات المتقابلة، وهذا أمر ضروري لتصور وجود العنصر المادي الذي يتطلبه الغبن الناتج عن الاستغلال¹.

ويرى هؤلاء الفقهاء أن القاضي لا يملك القدرة على تعديل العقد لعيب الغبن الناتج عن الاستغلال إذا كان النزاع بمناسبة عقد من عقود التبرع، وفي حالة ما إذا شاب عقد التبرع عيبا، فيخضع ذلك العقد لنظرية يطبقها القضاء الفرنسي، وهي نظرية التسلط أو الاستهواء التي تجعل العقد قابلا للإبطال².

والواقع أن فكرة التسلط أو الاستهواء هما صورتان من صور الاستغلال، ذلك أن المتعاقد المستغل ينتهز فرصة تحيط بالطرف الآخر محاولا استغلال تلك الظروف لصالحه، وبالتالي ليس هناك من مبرر لوجود نظريتين هما الاستغلال في عقود المعارضة والاستهواء أو التسلط في عقود التبرع، خاصة بعد أن وجد نص عام في الاستغلال³.

أما الجانب الآخر من الفقهاء فيرى أنه على الرغم من التفاوت الجسيم في التعادل بين الأداءات في عقود التبرع كون المتبرع يعطي ولا يأخذ مقابلا لما أعطاه، إلا أن الغبن الناتج عن الاستغلال يقع في التبرعات، بل وأشد وطأة فيها، فإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل، فإن الاستغلال يكون أكثر تحققا فيما لا تعادل فيه أصلا⁴.

وبالمفهوم المخالف للفقرة الثالثة من نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:

«يجوز في عقد المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن».

¹ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 131.

² زهدي الزبيدي، المرجع السابق، ص 85.

³ زهدي الزبيدي، المرجع نفسه، ص 87.

⁴ إدريس العلوي، المرجع السابق، ص 285.

نستنتج أن الغبن الناتج عن الاستغلال يتسع ليشمل عقود التبرع إضافة إلى عقود المعاوضة، كون المشرع في الفقرة أعلاه قد استثنى عقود المعاوضة من جزاء الإبطال في حالة عرض المتعاقد الغابن لما يرفع الغبن عن المتعاقد الآخر، فاستثناء نوع من العقود يستلزم وجود النوع المقابل له في القاعدة إذن.

فلو كانت القاعدة التي تتمثل في الغبن الناتج عن الاستغلال قاصرة على عقود المعاوضة فقط لما اشترط المشرع الجزائري توقي الإبطال فيها.

ويكون تقدير العنصر المادي للغبن الناتج عن الاستغلال في عقود التبرع من خلال النظر في مقدار التبرع بالنسبة إلى ثروة المتصرف وكذلك بالنسبة إلى ما المعتاد التبرع به في مثل الظروف التي وجد فيها المتصرف¹.

ومثال الغبن الناتج عن الاستغلال الوارد في عقود التبرع أن يتبرع شخص بجميع أمواله ويطلب أن يتم ذلك عن طريق عقد هبة في صورة بيع لزوجته الثانية وأولاده منها مضيعا بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعي، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة استغلال زوجته الثانية لضعفه الناتج عن الهوى الجامح الذي يكنه لها².

الفرع الثاني:

حدود سلطة القاضي في دعوى الغبن الناتج عن الاستغلال

ويستفاد من نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري أنه، على من يدعي الغبن إثبات التفاوت الجسيم بين الأداءات، كما يتوجب عليه إثبات وقوع استغلال لضعف نفسي فيه سواء كان طيشا بينا أو هوى جامحا كان هو الدافع وراء إبرامه للعقد، ومن المعلوم أنه ليس من اليسير في كل دعوى إقامة الدليل الكافي على أن المتعاقد الغابن تعمد الاستغلال

¹ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 268.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 365.

وأن هذا الاستغلال كان الدافع إلى التعاقد، ولذلك فكل طرق الإثبات متاحة حتى القرائن¹. فإذا أثبت المتعاقد المغبون أن الطرف الآخر قد علم بضعفه، فإن هذا العلم قد يؤثر في ظروف لازمته قرينة على قصد الاستغلال، ولكن إذا رافق العلم موقف سلبي من الطرف المغبون في المرحلة النهائية للتعاقد، فإن من شأن ذلك تعقيد إثبات الاستغلال كون الأمر يتعلق بحالة نفسية لا بد من الاستدلال عليها بالقرائن²، كما يستقل قاضي الموضوع بتقدير عنصري الغبن الناتج عن الاستغلال دون رقابة من المحكمة العليا³.

وبتوافر العنصر المادي المتمثل في التفاوت الجسيم بين التزامات المتعاقدين والعنصر المعنوي الذي يقتضي أن يكون هذا التفاوت نتيجة لاستغلال أحدهما طيشا بينا أو هوى جامحا في شخصية المتعاقد المغبون، أعطى المشرع للقاضي صلاحية التدخل بإحدى الآليتين، إما عن طريق إبطال العقد، أو عن طريق إنقاص التزامات الطرف المغبون، وكل ذلك لإعادة التوازن إلى العقد بما يحقق العدالة بين المتعاقدين.

أولاً: سلطة القاضي في دعوى إبطال العقد

يتضح من نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري أنه إذا قدم المتعاقد المغبون دعواه أمام القاضي طالبا إبطال العقد الذي كان فيه ضحية استغلال المتعاقد الآخر له، فإن القاضي وبعد أن يتأكد من تحقق عناصر الغبن الناتج عن الاستغلال، من وجود تفاوت جسيم بين التزامات الطرفين، يبحث في نفسية المتعاقدين ليتبين العنصر المعنوي المتمثل في استغلال ضعف نفسي في ضحية الغبن سواء كان طيشا بينا أو هوى جامحا، وهنا يكون القاضي قد وقف على حقيقة وجود عيب شاب إرادة أحد المتعاقدين يتمثل في الغبن الناتج عن الاستغلال، وبالتالي يمكنه إعمال المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

¹ محمود علي الرشدان، المرجع السابق، ص 270.

² عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت، 1988، ص 255.

³ محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 201.

ولكن الجدير بالذكر أن القاضي غير ملزم بالحكم بالإبطال الذي يتمسك به المتعاقد المغبون في عريضة دعواه، فهو غير مجبر على الاستجابة لطلب المتعاقد المغبون¹، إذ أن للقاضي الخيار في أن يجيبه إلى طلبه فيحكم بالإبطال، أو أن يرفض طلبه ويلجأ إلى إنقاص التزاماته التعاقدية، ذلك أنه قد يرى أن الأمر لا يستدعي إبطال العقد على الرغم من قيام الغبن الناتج عن الاستغلال وتوافر عنصره المادي والنفسي، وإنما يكفي لعلاج هذا العيب إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، فيحكم القاضي بإنقاص التزاماته التعاقدية².

وللقاضي كامل السلطة التقديرية سواء بالنسبة لتقدير عنصر الغبن الناتج عن الاستغلال من خلال الاهتداء بظروف الدعوى، أو لتقدير الجزاء الذي سيرتبه على ذلك سواء كان الحكم بإبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك³، غير أن القاضي يجيب المتعاقد المغبون في طلبه بإبطال العقد، إذا ما تبين له أن إرادة المغبون قد فسدت إلى الحد الذي يدعو إلى الإبطال، وله أن يكتفي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون إذا اتضح له أن إرادة هذا الأخير لم تصل في فسادها إلى الحد الذي يبرر الإبطال⁴.

كما أن للطرف المغبون في عقود المعاوضة أن يتوقى دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري بقولها:

«ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن».

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 117.

² عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 247.

³ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 201.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 372.

فلو وقع البائع ضحية استغلال المشتري لضعف فيه، فإن المشتري يستطيع أن يتوقى الإبطال إذا ما عرض زيادة في الثمن يراها القاضي كافية لرفع الغبن عن المستغل¹.

وليس المقصود هنا أن يكون التعادل تاما بين الثمن وقيمة المبيع، بل المقصود أن تكفي هذه الزيادة التي عرضها المشتري لإزالة الغبن الفاحش عن المغبون².

والمسألة هنا يكون مرجعها تقدير القاضي لهذه الزيادة في ضوء الظروف المحيطة بالدعوى³، غير أن قيام المتعاقد المستغل بعرض الزيادة على قاضي الموضوع بغية الإبقاء على العقد الذي أبرمه، إنما يقتصر على عقود المعاوضة حصرا من دون عقود التبرع، ويرجع ذلك إلى أن من تلقى التبرع لم يدفع أي مقابل في العقد لكي تصح زيادته لرفع الغبن⁴.

إن البطلان الذي يلحق العقد بسبب عيب الغبن الناتج عن الاستغلال هو بطلان نسبي، لا يملك حق التمسك به إلا من شرع البطلان لمصلحته وهو المتعاقد المغبون، وليس للمتعاقد الآخر ولا غيره أن يتمسك بهذا الحق، كما أن هذا الحق لا ينتقل إلى الخلف العام أو الخاص، ولا يجوز لهم التمسك به بطريق مباشر، وإنما يجوز لهم ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة باعتبارهم دائنين للمتعاقد المغبون⁵.

وطبقا للقواعد العامة في البطلان النسبي، فإن القاضي لا يستطيع أن يقضي به من تلقاء نفسه، إذا لم يتم التمسك به من قبل المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته، وهذا بخلاف العقد الباطل بطلانا مطلقا والذي لا ينحصر حق التمسك ببطلانه في أحد طرفي العقد، وإنما يملك كل منهما حق التمسك به، بل ويكون للقاضي أن يقضي به من تلقاء

¹¹ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 138.

² أحمد بوكرزازة، الغبن والاستغلال وأثرهما القانوني، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد 62، المجلد 25، ديسمبر 2021، ص 959.

³ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 251.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 372.

⁵ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 274، 275.

نفسه وذلك طبقا لنص المادة 99 والمادة 102 من القانون المدني الجزائري.

والجدير بالذكر أن القاضي وإن كان يتمتع بسلطة تقديرية واسعة كما بينا سابقا، إلا أن حكم بطلان العقد المشوب بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال، هو حكم لا ينشئ التزاما جديدا، وبالتالي فإن حكمه لا يعتبر مصدرا للالتزام في هذه الحالة، بخلاف حكمه بإنقاص التزامات المتعاقدين المغبون.

ثانيا: سلطة القاضي في دعوى الإنقاص

إن للمتعاقد الذي وقع ضحية عيب الغبن الناتج عن الاستغلال أن يرفع دعواه طالبا إنقاص التزاماته المرهقة، كما وله الحق في طلب إبطال العقد الذي لحقه من إبرامه غبن فاحش، فإذا اختار المتعاقد المغبون طلب إنقاص التزاماته المرهقة، ورفع بشأن ذلك دعوى الإنقاص، تعين على القاضي أن يجيبه إلى طلبه، وذلك بإنقاص التزاماته إلى الحد الذي يرفع عنه الغبن الفاحش¹، وليس للقاضي الحق في إبطال العقد من تلقاء نفسه إذا كان المتعاقد المغبون قد رفع دعواه طالبا بإنقاص التزامه المرهق إلى الحد المعقول، لأنه لو فعل ذلك فإنما يكون قد حكم بأكثر مما طلب منه وهذا مخالف لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، خاصة وأن المتعاقد المغبون يكون قد قدر مصلحته واختار الإنقاص بدلا من الإبطال قبل إقدامه على رفع دعواه، فلا مبرر لذهاب القاضي إلى أبعد من ذلك لعدم جواز الحكم بالأكثر عند طلب الأقل³، وهذا ما تقتضيه اعتبارات استقرار العقود والمعاملات⁴.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 373.

² تنص لمادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي:

«لا يبنى الطعن بالنقص إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:...

-16- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب». وهذا طبقا للقانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 118.

⁴ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 141.

كما ويحرم المتعاقد المغبون من المنفعة التي كان سيحصل عليها من وراء العقد، لأن المتعاقد المغبون غالبا ما يرضى بالعقد رضا ضمنيا في جزء منه فقط، وذلك في الحدود التي لا يقع عليه فيها غبن من جراء هذا العقد، متى أصبح بشروط أدنى أو أقل إجحافا من الشروط الأولى المذكورة في العقد، غير أن للمتعاقد المستغل أن يتوقى إنقاص التزامات المتعاقد المغبون بإقدامه على عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن عن المتعاقد المغبون، والأمر متروك لسلطة القاضي التقديرية في تقدير كفاية الزيادة التي عرضها المستغل لرفع الغبن من عدمه¹.

يرى جانب من الفقه بأن القاضي الذي رفعت أمامه دعوى الغبن الناتج عن الاستغلال والتي يطلب فيها المتعاقد المغبون إنقاص التزامه المرهق إلى الحد المعقول، لا يكون ملزما بأن يعيد التوازن الاقتصادي للعقد بصفة كاملة، بل يكفي أن يرفع الظلم الظاهر وأن يترك بعض الاختلال اليسير في الالتزامات المتقابلة، فعلى سبيل المثال لو كان العقد المبرم عقد بيع، ورفع البائع المغبون دعواه طالبا إنقاص التزامه المرهق، فإذا ما تبين للقاضي توافر الاستغلال في العقد يقوم بإنقاص قدر المبيع إلى الحد الذي يكفي في نظره لرفع الغبن الفاحش والتفاوت الجسيم، ولا يكون القاضي ملزما في هذه المسألة بإنقاص قدر المبيع إلى ما يوازي ما وضعه المشتري من ثمن².

في حين يرى بعض الفقهاء بأنه ما دام لا يوجد في نصوص القانون ما يفرض على القاضي مقدار التوازن المطلوب إرجاعه للعقد، فلا بد للقاضي إذن من أن يبذل جهده في سبيل إعادة التوازن الكامل، وأن يمسك بالميزان عادلا بين الطرفين³.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 373.

² عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 172، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 373، توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 339، زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص 127.

³ سمير عبد السيد تناغو، الالتزام القضائي، المرجع السابق، ص 130.

والواقع أن مسألة إعادة التوازن للعقد نتيجة الغبن الناتج عن الاستغلال، سواء كان بطلب المتعاقد المغبون أو بعمل القاضي وفق السلطة التقديرية إزاء دعوى الإبطال باعتماد إجراء الإنقاص، يعد الأفضل بالنسبة للمتعاقدين، وعلى وجه الخصوص لمن وقع ضحية الغبن الناتج عن الاستغلال¹، وذلك لأنه يحقق الهدف من التعاقد أساسا بالإبقاء على العقد المبرم مع رفع الغبن الواقع على المتعاقد.

كما أن عمل القاضي في تعديل العقد المشوب بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال، لا تقتصر منفعته على المتعاقد المغبون وحسب، لأن الإبطال يثير الاضطراب في نطاق المعاملات، وقد يؤدي إلى القضاء على كثير من العلاقات التعاقدية التي تتصل ببعضها اتصالا وثيقا، حيث زوال إحداها يؤدي إلى زوال الأخرى².

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد أعطى سلطة واسعة للقاضي في إعمال نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري في عقود المعاوضة على عكس سلطته في عقود التبرع. فكما رأينا سابقا، أن القاضي عندما يقف على وجود الغبن الناتج عن الاستغلال في عقود المعاوضة فإنه يكون حرا بين إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون في حالة ما إذا طلب المتعاقد المغبون الإبطال، فإذا حكم القاضي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون، فإن حكمه يكون منشأ لالتزامات جديدة مختلفة كلياً عن تلك التي كانت في العقد، وبعبارة أخرى فإن تعديل القاضي للعقد القابل للإبطال بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال هو بمثابة إجازة القاضي له أولاً قبل أن يخرج منه التزاما جديدا، وبالتالي فإن مصدر الالتزام الذي يقضي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون هو حكم القاضي وليس العقد³.

¹ توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 341.

² راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 143.

³ Samir Tanagho, op, cit, p 166, 167.

على عكس ما هو عليه الحال في عقود التبرع، التي لا تكون سلطة القاضي فيها واسعة، فإذا وقف القاضي على غبن ناتج عن الاستغلال في عقود التبرع فإن إمكانية تعديلها هو أمر مستحيل من الناحية الواقعية، لعدم وجود التزامات متقابلة من شأنه إنقاص إحداها، ولذلك فلا يكون أمامه إلا إبطال العقد بناء على طلب المتعاقد المغبون.

إن سلطة القاضي في تعديل العقد الذي يشوبه غبن تختلف على حسب نوع الغبن الذي تعرض له العقد، ففي حالة تعرض العقد لغبن مجرد عن الاستغلال، فإن المشرع الجزائري قد فرض على القاضي الآلية التي يرفع بها هذا الغبن، حيث يقوم بالحكم بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع في حالة الغبن في بيع العقار، ويقوم بنقض القسمة الرضائية التي يتعرض فيها أحد المتعاقدين لغبن يزيد عن الخمس، وكل ما يقوم به القاضي في هذه الحالة هو تنفيذ إرادة المشرع وبالتالي فإن حكمه لا ينشئ أي التزام جديد في ذمة المتعاقدين.

أما في حالة تعرض إرادة أحد المتعاقدين إلى غبن ناتج عن الاستغلال، ووقف القاضي على كل الشروط والظروف التي تتطلبها المادة 90 من القانون المدني، فإن المشرع قد منح له كامل السلطة التقديرية في تعديل العقد، سواء في الحالة التي يطلب فيها المتعاقد المغبون إبطال العقد، أو في الحالة التي يعرض فيها المتعاقد المستغل رفع الغبن لتوقي الإبطال، فيكون هذا التعديل مجدد للالتزامات التعاقدية وبالتالي يكون حكم القاضي هو مصدر تلك الالتزامات الجديدة بعد أن كان مصدرها هو العقد.

المبحث الثاني:

الحكم المعدل للغبن الوارد في عقود خاصة

لطالما سعى الفقه والتشريع إلى التضييق من حالات تدخل القاضي لتعديل العقود التي يشوبها الغبن، وذلك لما تقتضيه اعتبارات استقرار المعاملات بين الأفراد وعدم زعزعتها من جهة، وتحقيقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقتضي أن العقد شريعة المتعاقدين من جهة أخرى.

غير أنه ومع تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية، كشف الواقع عن حالات كثيرة تستدعي من المشرع منح سلطة للقاضي من أجل تعديلها لغرض إعادة التوازن إليها وإزالة الضرر عن أطراف العقد.

وبالرغم من أن تلك الحالات في تزايد مستمر إلا أن محور دراستنا يقتصر على الحالات التي يكون تدخل القاضي من أجل تعديلها تدخلاً مجدداً للالتزام، أي منشأً للالتزام جديد يختلف عن الالتزام التعاقدي.

ومن أهم تلك الحالات التي تستدعي تدخل القاضي لرفع الغبن عنها بتعديل العقد، نجد عقد الوكالة الذي سنتناوله في مطلب أول، وعقد الإنقاذ البحري الذي سنتطرق إليه في مطلب ثان.

المطلب الأول:

سلطة القاضي في تعديل الأجر في عقد الوكالة

يعتبر عقد الوكالة من بين أهم العقود التي تسمح للقاضي بالتدخل لتعديل الالتزام فيها، والمتمثل في أجر الوكيل. ولإلزام بهذه الحالة فلا بد من بيان مفهوم عقد الوكالة في فرع أول، ثم سلطة القاضي في تعديل أجر الوكيل في فرع ثان.

الفرع الأول:

مفهوم عقد الوكالة

يقتضي بيان مفهوم عقد الوكالة، التطرق إلى تعريف عقد الوكالة، وتوضيح خصائصه، بالإضافة إلى التطرق لبعض الوكالات الخاصة في القانون الجزائري.

أولاً: تعريف عقد الوكالة

يعرف عقد الوكالة بأنه عقد يمنح بموجبه شخص لآخر سلطة فعل أي شيء لفائدة موكله وباسمه¹، ويعرف أيضاً بأنه عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم²، كما يعرف أيضاً بأنه عقد يسمح للموكل بإعطاء سلطة للوكيل، من أجل القيام بأعمال قانونية، ويكون الوكيل ممثلاً لموكله في جميع علاقاته مع الغير سواء تعلق الأمر ببيع أو إيجار أو شراء³.

وقد عرفها المشرع الجزائري من خلال المادة 571 من القانون المدني بقوله:
«الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب موكله وباسمه».

ويلحظ على التعريف بأنه غير واضح، فمن جهة يبقى غامضاً عندما يجعل مهمة الوكيل هي القيام بعمل شيء في حين أن مهمته تتمثل في إنجاز التصرفات القانونية لحساب موكله، ومن جهة أخرى عدم التطرق لعنصر مهم في عقد الوكالة هو استقلالية الوكيل وغياب التبعية⁴.

¹ Alain Bénabent, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5^{ème} édition, Montchrestien, juillet 2001 p 401.

² علي عبد العالي الأسدي، النظام القانوني للوكالة غير القابلة للعزل، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البصرة، السنة الثانية، العدد الأول، 2010، ص 50.

³ مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء 8، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 10.

⁴ لحسن بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 25.

ثانيا: خصائص عقد الوكالة

يتميز عقد الوكالة بجملة من الخصائص التي تحدد طبيعته وتجعله متميزا بأحكام تتمثل فيما يلي:

1- عقد الوكالة من العقود الرضائية

عقد الوكالة في الأصل من العقود الرضائية¹ التي تتعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول على عناصر الوكالة، فيتم التراضي بين الموكل والوكيل على ماهية العقد والتصرفات القانونية التي ستكون محل عقد الوكالة، والاتفاق على أجر الوكيل إن وجد²، ويكون عقد الوكالة شكليا إذا كان التصرف القانوني محل الوكالة هو تصرف شكلي³.

2- عقد الوكالة من العقود الملزمة للجانبين

ترتب الوكالة التزامات في ذمة الطرفين⁴، ليس إذا اشترط أجر للوكيل فقط بل حتى إذا كانت الوكالة تبرعا، إذ أن الموكل يلزم في كل الأحوال برد ما عرضه الوكيل في تنفيذ الوكالة، وبتعويضه عما أصابه من ضرر، وهذان الالتزامان ينشآن من عقد الوكالة نفسه، وليس من الضرورة أن تنشأ الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة لجانبين متعاصرة وقت إبرام العقد⁵، على أنه ليس من المحتم أن تكون الوكالة ملزمة لجانبين، فقد تكون ملزمة لجانب واحد إذا كانت الوكالة تبرعا ولم يقدّم الوكيل بإنفاق مصاريف ولم يصبه ضرر يتطلب تعويضا⁶.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقابلة والوكالة والوديعة والحراسة، نهضة مصر، 2011، ص 372.

² رمضان بوعبد الله، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، ط 2، 2008، الجزائر، ص 17.

³ قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 88.

⁴ عدنان إبراهيم عبد الرحمان، شرح القانون المدني، العقود المسماة المقابلة، الوكالة، الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2009، ص 128.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 373.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 373.

3- عقد الوكالة من عقود التبرع

الأصل في عقد الوكالة أنه من عقود التبرع، أي أنها بغير أجر مقابل، مالم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك، فإذا تم الاتفاق على أجر للوكيل لقاء التزامه بتنفيذ عقد الوكالة، يصبح عقد الوكالة بأجر من عقود المعاوضة التي يأخذ كل متعاقد فيه عوضاً لما يعطيه¹.

4- عقد الوكالة من العقود الواردة على العمل

إن العمل الذي ترد عليه الوكالة هو عمل من نوع خاص، يتمثل في إبرام التصرفات القانونية، وهذا ما يميزها عن غيرها من العقود الواردة على العمل كعقد المقاوله وعقد العمل²، ولا يشترط أن يقوم الوكيل بتلك التصرفات القانونية باسم موكله وإن كان هذا هو الأصل والغالب، بل يصح أن يقوم بذلك باسمه الشخصي كما في حالة الوكالة بالعمولة، ولكن يجب دائماً أن يعمل الوكيل لحساب موكله لا لحسابه الخاص فيقدم عند انتهاء الوكالة حساباً عن كل ما قام به لتنفيذ عقد الوكالة³.

وقيام الوكيل ببعض الأعمال المادية التابعة للتصرف القانوني محل عقد الوكالة لا يؤثر على جوهره المتمثل في إبرام التصرفات القانونية⁴.

5- عقد الوكالة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي

تتميز الوكالة بتغليب الاعتبار الشخصي، لأن الموكل أدخل في اعتباره شخصية الوكيل، وكذلك الوكيل فقد أدخل في اعتباره شخصية الموكل⁵، وهذا ما يجعل الوكالة تنتهي

¹ رمضان بوعبد الله، المرجع السابق، ص 19

² لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 27.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 374.

⁴ رغد عداي حسين، الوكالة المدنية غير القابلة للعزل، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2010، ص 15.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة مع العمل، المرجع السابق، ص 375.

بموت الموكل أو الوكيل، كما لا يمكن للوكيل أن يعهد بتنفيذ الوكالة إلى وكيل آخر دون موافقة الموكل¹.

6- عقد الوكالة عقد غير لازم

ومعنى ذلك أن للموكل الحق في أن يعزل الوكيل، وللوكيل الحق في التنحي عن الوكالة وذلك قبل إتمام التصرف القانوني محل الوكالة، بل حتى قبل البدء فيه².

ثالثا: الوكالات الخاصة في القانون الجزائري

لقد كانت الوكالة تمارس في نطاق ضيق قائم على اعتبارات الأمانة ومحصورا بين الأصدقاء كونها تقوم على الاعتبار الشخصي، لذلك فقد كانت على سبيل التبرع وهذا ما يفسر أنها عقد غير لازم، قابل للتراجع عنه في أي وقت، ونتيجة لذلك لم تكن محل نزاع إلا نادرا³. إلا أن تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية والقانونية أدى إلى ظهور صور جديدة لعقد الوكالة⁴، خاصة في ظل ازدهار نشاط الخدمات، وهذا ما ترتب عنه انتشار واسع للوسطاء الذين يتصرفون في أغلب الأحيان بواسطة الوكالة، وكذلك الازدياد المعتبر للأشخاص المعنوية والتجمعات والذي ضاعف من استعمال الوكالة، ما جعل عقد الوكالة يرقى إلى مرتبة العقود الكبيرة والذي أصبح ذا طابع احترافي، وهذا ما أدى إلى تنظيم المشرع للكثير من المهن المتعلقة بالوكالة، كالوكلاء التجاريين ووكلاء التأمين والوكلاء العقاريين وغيرهم⁵.

وسنتناول بهذا الصدد بعض الوكالات الخاصة التي نظمها المشرع الجزائري:

¹ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 131.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 375.

³ لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 13.

⁴ علي عبد العالي الأسدي، المرجع السابق، ص 50.

⁵ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 14.

1- عقد الوكالة التجارية

يعتبر عقد الوكالة التجارية من العقود الحديثة التي ظهرت في ميدان التجارة وانتشرت بين التجار، فقد أصبحت المصانع لا تبيع منتجاتها إلا عن طريق وكلاءها، كون الأسواق التجارية تحتاج إلى وسيط يقوم بالمهمة بين المنتج والمستهلك، وهذا الوسيط هو الوكيل التجاري.¹

وقد عرف المشرع الجزائري عقد الوكالة التجارية في المادة 34 من القانون التجاري بقوله:

«يعتبر عقد الوكالة التجارية اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة بإعداد أو إبرام البيوع أو الشراءات وبوجه عام جميع العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر، والقيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص ولكن دون أن يكون مرتبطا بعقد إجازة الخدمات. إذا كان عقد الوكالة التجارية غير محدد بمدة معينة فلا يجوز لكلا الطرفين إنهاؤه دون إخبار مسبق ومطابق للأعراف إلا في حالة صدور خطأ من أحد الطرفين»².

ويتضح من هذا النص أن عقد الوكالة التجارية هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص يعمل على وجه الاستقلال بإبرام العقود لحساب تاجر آخر خلال مدة معينة مقابل مبلغ يحدده المتعاقدان.³

فالوكيل التجاري إذن يعتبر ممثلاً للموكل التاجر، والذي قد يكون شخصاً طبيعياً أو شركة تجارية⁴، ونظراً لعدم نص المشرع الجزائري على قواعد خاصة بشأن الوكالة التجارية، فتطبق عليها القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني والمتعلقة بالوكالة العادية ما عدا ما استثنى صراحة.

¹ أم كلثوم بو غاية، عقد الوكالة التجارية، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2021-2022، ص 16.

² الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ في 06/02/2005 ج ر عدد 11 المؤرخة في 09/02/2005.

³ أم كلثوم بو غاية، المرجع السابق، ص 27.

⁴ حمزة علي المدني، سعيد علي يحي، دراسة حول توحيد أنظمة التجارة في دول مجلس التعاون الخليجي، الشركات التجارية والوكالات التجارية، ج 1، مركز النشر العلمي، جدة، المملكة العربية السعودية، 1988، ص 152.

ولعل أبرز ما يميز الوكالة التجارية عن الوكالة المدنية، أن الوكيل في الوكالة المدنية يؤديها كخدمة عارضة، في حين أن الوكيل التجاري يمارس مهنته على سبيل الاحتراف سواء كان العقد الذي يربطه بالموكل محددا أو غير محدد¹.

وبالرغم من أن الأصل في الوكالة المدنية أنها من عقود التبرع أي أن الوكيل يقوم بعمله دون أجر²، إلا أن عقد الوكالة التجارية من عقود المعاوضة، فالوكيل التجاري يتقاضى أجرا لقاء التصرفات التي يقوم بها لحساب موكله حتى لو لم ينص على ذلك صراحة في العقد، لأن الوكالة التجارية حرفة يزاولها الوكيل بهدف الربح والفائدة، وعليه فمن المستحيل أن يؤدي نشاطا تجاريا بلا مقابل³.

2- عقد الوكالة بعمولة

لم يعرف المشرع الجزائري عقد الوكالة بعمولة واكتفى بالإشارة إليه في الفقرة 13 من المادة 02 من القانون التجاري، حيث اعتبره عملا تجاريا بحسب الموضوع، وتعرف الوكالة بعمولة أنها العقد الذي يلزم بموجبه الوكيل بعمولة بأن يقوم باسمه بتصرف قانوني لحساب الموكل في مقابل أجر أو عمولة⁴.

وبالتالي فإن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي ولحساب موكله، سواء كان هذا الموكل شخصا طبيعيا أو معنويا مقابل أجر، فجوهر هذه الوكالة أن الوكيل بالعمولة، فردا كان أو شركة، يتعاقد باسمه ولحساب شخص آخر لا يظهر في العقد، ومن ثم يصبح طرفا

¹ عبد الرزاق بو بندير، الأسباب الاختيارية والقانونية لانقضاء الوكالة التجارية في القانون الإنجليزي والفرنسي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1989، ص 34.

² رجب كريم عبد الله، الوكالة العامة والوكالة الخاصة، دار النهضة العربية القاهرة، 2015، ص 13.

³ نبيل علي أحمد الفيشاني، التنظيم القانوني للوكالة التجارية، دراسة خاصة لوكالة العقود (دراسة مقارنة) منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 64.

⁴ أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، العقود التجارية، الجزء الرابع، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1981، ص 181.

في العقد الذي يبرمه مع الغير الذي يتعاقد معه¹، ولذلك فإن الوكالة بالعمولة لا تنشأ عنها علاقة مباشرة بين الموكل والغير الذي يتعاقد معه الوكيل، ولا يكون لأحدهما الرجوع على الآخر، بل إن العلاقة المباشرة المترتبة عن هذا العقد تنشأ بين الوكيل بالعمولة والشخص الذي يتعاقد معه، مما يترتب عليه أن يتحمل الالتزامات العقدية في مواجهة الغير².

وقد أورد المشرع الجزائري نموذجين عن عقد الوكالة بالعمولة، فنظم عقد العمولة لنقل الأشياء في المواد من 56 إلى 60 من القانون التجاري، كما نظم عقد العمولة لنقل الأشخاص في المواد من 69 إلى 73 من القانون التجاري.

3-وكالة التأمين

نظمت مهمة وكيل التأمين بواسطة الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات تحت تسمية الوكيل العام للتأمين، وقد نصت المادة 253 منه على ما يلي:

«الوكيل العام للتأمين شخص طبيعي يمثل شركة أو عدة شركات للتأمين بموجب عقد التعيين المتضمن اعتماده بهذه الصفة...».

ويستفاد من نص المادة 253 أن وكيل التأمين هو وسيط بين شركات التأمين وعملاء هذه الشركة، سواء كانوا أفراد أو شركات، حيث يبرم الوكيل تلك العقود باسم الموكل ولحسابه³، ولوكيل التأمين دور بارز في وساطة عقود التأمين وإدارتها في كافة مراحل عقد التأمين، كما أن وسيط التأمين بحكم تخصصه ومعرفته بسوق التأمين بشكل عام، يتيح للعملاء معرفة منافع التأمين ويقدم لهم المشورة بما يضمن حقوقهم، كونه محترفا في مجال التأمين⁴.

¹ Philippe Malaurie, Laurent Aynes, pierre-yves Gautier, droit civil, les contrats spéciaux, Paris, Defrénois, 2004, p 326.

² عبد الرحمان السيد قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقا للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية، ط 2، مكتبة الشقيري، جدة، السعودية، 2010، ص 58.

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 247.

⁴ سميرة مقلالي، النظام القانوني لوسطاء التأمين في الجزائر، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد السابع، العدد 14، ديسمبر 2018، ص 405.

ويقوم وكيل التأمين بمهامه بموجب عقد وكالة تتمثل في اتفاقية تعيين بينه وبين شركة التأمين، تحدد مهامه¹ مقابل عمولة تحدد نسبتها في الاتفاقية.

4- الوكيل العقاري

لقد عرف المشرع الجزائري الوكيل العقاري في المادة 02 من المرسوم التنفيذي 09-18 والذي يحدد التنظيم المتعلق لممارسة مهنة الوكيل العقاري² بأنه:

«شخص طبيعي أو معنوي يؤدي بموجب عقد وكالة مكتوب ومقابل أجر، خدمات ذات طابع تجاري كوسيط في الميدان العقاري أو في ميدان الإدارة والتسيير العقاريين لحساب أو لفائدة مالكين».

ويعد من الوكلاء العقاريين كل من مهنة الوكالة العقارية، الوساطة العقارية ومهنة إدارة الأملاك العقارية.³

يلعب الوكيل العقاري إذن دورا بارزا في سوق العقار الجزائري خاصة بعد تنحي الدولة تدريجيا عن احتكار سوق الإسكان، ولعل هذا الانفتاح على السوق العقارية جاء على ضوء المبدأ الدستوري المتضمن حرية الاستثمار والتجارة⁴، من خلال قيامه بعمليات الوساطة في البحث عن شراء أو إيجار أو مبادلة أملاك عقارية أو محلات تجارية والمفاوضة فيها وإبرام عقود بشأنها⁵.

¹ فائزة بودراع ويمينة بليمان، عقد تعيين الوكيل العام للتأمين في الجزائر، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، المجلد 6، العدد 4، ديسمبر 2021، ص 301.

² المرسوم التنفيذي 09-18 المؤرخ في 20 جانفي 2009، ويحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري ج ر عدد 6 بتاريخ 25 جانفي 2009.

³ محمد الصالح بلعقون، ضوابط ممارسة مهنة الوكيل العقاري في التشريع الجزائري، مجلة تشريعات التعمير والبناء، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد السادس، جوان 2018، ص 73.

⁴ آمال بوحوبة، المركز القانوني المستهلك أمام خدمات الوكيل العقاري في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، ص 115.

⁵ ريم رفيعة لعور، حماية المستهلك في عقد الوكالة العقارية - دراسة مقارنة، مجلة القانون الدولي والتنمية، موجز القانون الدولي للتنمية المستدامة، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 5، العدد 1، جوان 2017، ص 175.

وما يميز الوكيل العقاري عن الوكيل في عقد الوكالة العادية، هو أن الوكيل العقاري يكون محترفا في مجال السوق العقاري، يشترط حصوله على تأهيل مهني حتى يمنح له الاعتماد¹، بالإضافة إلى أن ممارسته لمهامه تكون لقاء أجر، وهذا ما نصت عليه المادة 02 المذكورة أعلاه.

والملاحظ من خلال ما سبق، أن عقد الوكالة العادية والذي كان محصورا في نطاق ضيق، يمارس على سبيل التبرع كأصل، قد تطور وتمخضت عنه عدة صور للوكالة أسفر عنها دخول الجزائر إلى غمار اقتصاد السوق، وتماشيا مع متطلبات حرية الاستثمار، وهذا ما جعل تلك الصور الخاصة لعقد الوكالة وإن كانت تخضع للقواعد العامة كأصل إلا أنها تتميز عن عقد الوكالة العادية في مسائل جوهرية وخاصة ما يتعلق بأجر الوكيل واحترافه كمهنة.

الفرع الثاني:

سلطة القاضي في تعديل أجر الوكيل

يلتزم الوكيل في عقد الوكالة بالتزامات تتمثل في تنفيذه للوكالة، وتقديم حساب عنها لموكله، ورد كل الأموال والأوراق والسندات محل الوكالة²، في حين يكون الموكل ملتزما برد المصروفات التي أنفقها الوكيل في تنفيذ الوكالة، وتعويض الوكيل عن الضرر الذي أصابه بسبب الوكالة إن وجد، ودفع الأجر للوكيل³، ولإلزام بسلطة القاضي في تعديل أجر الوكيل، يتعين علينا معرفة أحكام الأجر في عقد الوكالة، ومن ثم تدخل القاضي لتعديل هذا الأجر.

¹ شنييتي دريدي، الدليل القانوني والإداري للوكيل العقاري، دار النشر جيطلي، برج بوعريش، الجزائر، 2012، ص 37.

² Ambroise Colin, Droit civil français, Librairie Dalloz, Paris, 1936, Tom 2, p 794.

³ Ambroise Colin, op. Cit, p 796.

أولاً: أحكام الأجر في عقد الوكالة

كانت الوكالة في القانون الروماني من عقود التبرع التي تجعل من بعض المهن الحرة كمهنة المحامين من المهن الرفيعة، ترتقي عن الأجر، ويتطور القانون الروماني أجز لأصحاب تلك المهن الحرة أن يأخذوا أجراً على عملهم، بل أن يتقاضوا أتعاباً تمثل معنى التقدير¹، وقد اتبع القانون الفرنسي نفس التوجه².

وهذا ما نصت عليه المادة 581 من القانون المدني الجزائري بقولها:

«الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل»

ويفهم من هذه المادة أن المفترض في الوكالة أن تكون مجانية، وهذه القرينة ليست مطلقة، تقبل إثبات العكس سواء باستظهار اتفاق صريح أو إثبات اتفاق ضمني ناتج عن وضعية الوكيل كما في حالة الوكلاء المحترفين كالوكيل التجاري والعقاري³.

ففي حالة الوكالات الخاصة -التي تطرقنا إليها سابقاً- التي يكون فيها الوكيل محترفاً، فإن على الموكل أن يثبت أن الوكالة كانت مجانية، وذلك لأن النصوص القانونية التي تنظم ذلك النوع من الوكالات قد أوردت الأجر كالتزام للموكل تجاه الوكيل، كما في حالة الوكيل العقاري.

وبالتالي فإن الوكيل سيحقق أجراً من تنفيذ مهمته عندما يوجد اتفاق على ذلك، وغالباً ما تكون بصدد اتفاق صريح بينه وبين الموكل على تقاضي الأجر، وقد يستتبط الاتفاق الضمني من حالة الوكيل أو وضعيته، كأن يكون الوكيل محترفاً كالوكلاء العقاريين أو الخبراء والمحامين والموثقين... إلخ⁴.

¹ محمد كامل مرسي، أجرة الوكيل، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 7، مصر 1983، ص 865.

² René David et David Pugsley, les contrats en droit anglais, librairie générale de droit et jurisprudence, Paris 1985, 2^{ème} édition, p 242.

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 72.

⁴ لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص 135.

وترجع مسألة تقدير ما إذا كانت الوكالة بأجر أو تبرعا إلى سلطة القاضي التقديرية¹، وإذا تم الاتفاق على الأجر صراحة أو ضمنا فإن هذا الأجر يكون مستحقا للوكيل حتى لو لم ينجح في مهمته، إذ أن المتعاقدين قد يتفقان على أن لا يكون الأجر مستحقا للوكيل إلا إذا أتم العمل، على أنه حتى في هذه الحالة قد يكون للوكيل الحق في الأجر إذا كان العمل لم يتم بسبب تقصير الموكل أو بسبب امتناعه غير المشروع عن إجازة أو تنفيذ العقد الحاصل وفقا لهذه الشروط².

ويرجع تقدير القاضي لكل ذلك إلى أهمية العمل وإلى ما يقتضيه من جهد بذله الوكيل، وحسب ما إذا كان التزامه ببذل عناية أو تحقيق نتيجة، كما يرجع إلى العرف³، ويمكن أن يكون الأجر مبلغا ثابتا من النقود، كما يمكن أن يحدد بنسبة مئوية من العملة المطلوب إنجازها وهو ما يسمى بنظام العمولة والمتعامل بها كثيرا في الوكالة التجارية وكذا بخصوص بعض المهن الحرة، كالوكلاء العقاريين⁴.

ثانيا: تدخل القاضي لتعديل أجر الوكيل

تنص المادة 581 من القانون المدني الجزائري على:

«الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة».

ويتضح من نص هذه المادة أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل الأجر في عقد الوكالة ويشترط لتدخله مايلي:

¹ محمد علي عرفة، التقنين المدني الجديد، مكتبة النهضة، ط 2، القاهرة، 1955، ص 322.

² راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 284.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 522.

⁴ Alain Bénabent, op. Cit, p 423.

- أن تكون الوكالة بأجر، سواء كان ذلك باتفاق صريح أو ضمنى.

- أن لا يدفع هذا الأجر طوعا بعد تنفيذ الوكالة، لأن الموكل في هذه المرحلة بإمكانه تقدير الخدمة الفعلية المقدمة، فيكون الأجر مقدارا مؤكدا بعد الانتهاء من المهمة، خاصة وأنه قد دفعه طوعية¹.

فإذا حدث نزاع في الوكالة التجارية حول أجر الوكيل، نجد أن القانون التجاري لم يتطرق إلى هذه المسألة، وبالتالي نرجع إلى القواعد العامة المتمثلة في المادة 581 من القانون المدني، فنجد أن الوكيل التجاري يستحق أجرا ولو لم يتفق على ذلك صراحة رغم أن ذلك نادر في عقود الوكالات التجارية²، فإذا حصل ولم يتفق الطرفان على تحديد أجر الوكيل التجاري فيلتزم الموكل بأن يدفع الأجر وفقا لأعراف المهنة، وفي كل الأحوال فإن للقاضي كامل السلطة التقديرية في حالة وقوع خلاف بين الوكيل والموكل حول مقدار الأجر.

ومفاد السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أجر الوكيل في عقد الوكالة أن يعدل فيه بالرفع إذا ثبت له عدم كفايته، أو بالتخفيض إذا رأى بأنه مبالغ فيه بالنظر إلى العمل المنجز من طرف الوكيل³.

ويرجع الفقه أساس سلطة القاضي في تعديل أجر الوكيل، إلى تصحيح خطأ المتعاقدين في تقدير أجر الوكيل⁴، ويعتمد القاضي في ذلك على ما يتبين بعد تنفيذ الوكالة من أهمية العمل الذي قام به الوكيل وما يلقي فيه من صعوبات، وما أدى إليه من نتائج، فإن ظهر أن مقدار الأجر يزيد كثيرا على قيمة العمل من هذه النواحي، خفض القاضي هذا المقدار حتى يتكافأ الأجر مع العمل، وإن ظهر عكس ذلك بأن تكشف العمل الذي قام به

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 140.

² أم كلثوم بو غاية، المرجع السابق، ص 218.

³ لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 139.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 526.

الوكيل عن أهمية غير متوقعة، أو لقي الوكيل أثناء تنفيذه صعوبات لم يكن يحسب لها حسبنا، أو أدى إلى نتائج تفوق كثيرا ما كان ينتظر، زاد القاضي في مقدار الأجر حتى يكون مجزيا للجهود التي بذلها الوكيل أو للنتائج التي وصل إليها¹.

وفي الحالتين يعد تدخل القاضي مجددا لالتزامات الموكل التعاقدية، فيعتبر حكمه بتخفيض أجر الوكيل أو برفعه مصدرا للالتزام وينطبق ذلك على عقود المهنيين كالمحامين والمهندسين وذلك نظرا للطبيعة الفنية والمهنية لهذه العقود فالعميل أو الزبون يعجز عادة عن تقدير الأتعاب المناسبة للأعمال المهنية².

ويرى الفقيه Ghestin أنه يمكن مراجعة الأداءات المادية المتمثلة في رواتب المحامين والأطباء والمهندسين والمحامين وكل أصحاب الخدمات، وإنقاصها إلى حد التوازن المطلوب، والأساس في ذلك هو اعتبارات العدالة وحماية الطرف الضعيف ضد كل مغالاة تكون عند عدم تحديد ثمن الخدمات الذهنية واستنادا على تقنية الغبن، ذلك أن هذا التعديل الذي يقوم به القاضي لا ينصب على أي عيب، بل يكون جوهره هو المقارنة بين الأداءات المتقابلة، أي أهمية الأداء المقدم مع المكافأة المحددة³، وكل ذلك يتم وفق دمج النظرة الذاتية والموضوعية للعقد⁴.

وسلطة القاضي في تخفيض الأتعاب المهنية هي سلطة تقديرية، بمعنى أنه يقدر بسيادته طبيعة وأهمية الخدمات المبذولة، وهكذا فإن قاضي الموضوع يختص بتحديد الأجر العادل، وأساسه في ذلك هو العقل والعدل خاصة أن القانون الوضعي لا يقدم للقاضي أي عنصر يؤثر في حكمه، وبما أن الأمر لا يتعلق بمسألة من مسائل القانون، فتقدير القاضي

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع نفسه، ص 526.

² سمير عبد السيد تناغو، الالتزام القضائي، المرجع السابق، ص 132، 133.

³ Jacques Ghestin, la formation du contrat, tom 2, l'objet et la cause, les nullités, 4^{ed} L. G. D. J, 2013, p 317, 318.

⁴ Gaël Chantepie, la lésion, L. G. D. J, 2006, p 503.

لأجر العادل لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، وهكذا تحل إرادة القاضي محل إرادة الأطراف¹، وبالتالي فإن حكم القاضي المعدل لأجر الوكيل وأجور المهنيين هو حكم يشكل مصدرا للالتزام.

المطلب الثاني:

سلطة القاضي في تعديل عقد الإنقاذ البحري

لقد خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن بين الأدعاءات المتقابلة في واحد من أبرز العقود في مجال القانون البحري، وهو عقد الإنقاذ البحري، وجعل تدخله خاضعا للسلطة التقديرية وفق اعتبارات حددها المشرع وعليه سنتطرق في الفرع الأول لمفهوم عقد الإنقاذ البحري ومن ثم نتناول في الفرع الثاني تعديل القاضي للمكافأة.

الفرع الأول:

مفهوم عقد الإنقاذ البحري

لبيان مفهوم عقد الإنقاذ البحري، يتعين أن نتطرق إلى تعريفه، وشروط استحقاق المكافأة في عقد الإنقاذ البحري.

أولاً: تعريف الإنقاذ البحري

يعرف الإنقاذ البحري بالمعونة التي تقدمها سفينة لسفينة أخرى في حالة الخطر²، ويعرف كذلك بأنه تقديم يد المساعدة أو العون لكل شخص أو مال موجود في البحر ومعرض للخطر ومساعدته على تجاوز محنته، كما أنه تقديم يد المساعدة لسفينة بحرية

¹ Samir Tanagho, op Cit, p

² عدنان محمود العساف، الإنقاذ البحري: مفهومه ومشروعيته وتكييفه وأحكامه، دراسة تأصيلية مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون التجارة البحرية الأردني لسنة 1972 والمصري لسنة 1990، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، ملحق 1، الأردن، 2014، ص 293.

معرضة لخطر الضياع يعد إنقاذاً¹.

وقد كان الفقهاء يميزون بين المساعدة بينما لا تزال السفينة مهددة بالخطر، وبين الإنقاذ حيث يكون الخطر البحري قد استغرق أثره ولحق على إثره ضرر بالسفينة²، إلا أنه وفي ظل القوانين الحديثة لم يعد هناك تمييز بين مصطلحي الإسعاف والإنقاذ، وهذا ما ينطبق على المشرع الجزائري الذي يستعمل تارة عبارة المساعدة وتارة عبارة الإنقاذ، وأحياناً أخرى عبارة الإسعاف³، كما نصت معاهدة بروكسل الخاصة بالمساعدة والإنقاذ والمبرمة في 23 سبتمبر 1910 والتي تبنت أحكامها الاتفاقية الدولية للإنقاذ المبرمة سنة 1989⁴ نصت صراحة على إلغاء هذه التفرقة عندما أكدت في المادة الأولى منها على تطبيق أحكامها على المساعدة والإنقاذ⁵.

كما عرف المشرع الجزائري الإنقاذ البحري في المادة 332 من الأمر 80/76 المتضمن القانون البحري⁶ بقوله:

«يعتبر كإسعاف بحري كل نجدة للسفن البحرية الموجودة في حالة خطر أو للأموال الموجودة على متنها وكذلك الخدمات التي لها نفس الطابع والمقدمة بين سفن البحر وبواخر الملاحة الداخلية بدون الأخذ في عين الاعتبار للمياه التي جرت فيها النجدة».

ونظراً لثبوت تقاعس ربابنة السفن عن القيام بإنقاذ السفن التي تتعرض للخطر مما

¹ Jean, Warot, Assistance maritime, 1972, p 2.

² هشام فرعون، القانون البحري، مطبعة كرم، دمشق 1975، ص 263.

³ أمينة دريسي، شروط الإنقاذ البحري على ضوء القانون البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 3، العدد 1، مارس 2016، ص 59.

⁴ صادقت الجزائر على الاتفاقية الدولية للإنقاذ المبرمة سنة 1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 385/11 المؤرخ في 23 نوفمبر 2011 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى الاتفاقية الدولية للإنقاذ لسنة 1989 والتي حررت بلندن في 28 أبريل 1989 وفق الجريدة الرسمية العدد 64، الصادرة بتاريخ 27 نوفمبر 2011

⁵ محمد حسين، الحوادث البحرية، التصادم والإنقاذ، منشأة المعارف، 1997، ص 100.

⁶ الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن القانون البحري، ج. ر. عدد 29 الصادرة بتاريخ 10 أبريل 1977.

أدى إلى كثرة الخسائر في السفن البحرية بما تحمله من أموال وأشخاص، الأمر الذي دعا الدول إلى تحويل الالتزام بالإنقاذ من مجرد التزام أدبي إلى التزام قانوني تفرضه التشريعات والمعاهدات الدولية¹.

وهذا ما جعل الإنقاذ اتفاقاً ذا طبيعة خاصة يخول للسفينة التي تقوم بالمساعدة مكافأة وقد نص المشرع على ذلك في المادة 336 بقولها:

«يترتب على كل إسعاف مثمر أداء مكافأة عادلة وتستحق المكافأة بالنسبة لإنقاذ الحمولة وثمان الرحلة».

ثانياً: شروط استحقاق المكافأة

لا تستحق السفينة المنقذة مكافأة عن عملها إلا إذا توافرت الشروط القانونية للإنقاذ وهي أن يتم بين سفينتين أو بين سفينة ومركب ملاحية داخلية، وأن تكون السفينة التي أنقذت في حالة خطر².

وبالتالي ينشأ عن الإنقاذ البحري حق في المكافأة لصالح من قام بها سواء كانت إلزامية إذا تعلق الأمر بمساعدة في حالة تصادم أو إنقاذ أشخاص، أو اختيارية إذا تعلق الأمر بمساعدة السفينة ذاتها أو حمولتها، ولا تستحق المكافأة إلا بتوافر الشروط التالية:

1-تحقق الهدف من الإنقاذ

وهذا ما نصت عليه المادة 336، و337 من الأمر 80/76، حيث لا يستحق المنقذ المكافأة إذا لم يكن الإسعاف مثمراً، وهذا يعني أن التزام المنقذ بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، كما أن عملية الإنقاذ عملية احتمالية قد تنجح وقد تفشل، فإذا نجحت حصلت

¹ René Rodière, traité général de droit maritime, événement de mer 1972, p 138.

² محمد بهجت عبد الله أمين، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، الجزء الثاني والثالث، الطبعة الأولى، 2005، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 312.

سفينة الإنقاذ على المكافأة وإذا فشلت فهي لا تحصل على شيء، ولكن تحقق الهدف من الإنقاذ لا يستلزم أن يكون الإنقاذ كاملاً، بل يمكن أن يكون جزئياً ومع ذلك يستحق المكافأة كإنقاذ البضائع أو الملحقات دون إنقاذ السفينة¹.

2- قبول السفينة المعرضة للخطر لأعمال الإنقاذ

تنص المادة الثالثة من معاهدة بروكسل على أن:

«الأشخاص الذين يشتركون في عملية الإغاثة على الرغم من رفض السفينة المغاثة رفضاً صريحاً ومعقولاً لا يكون لهم أي أجر».

فالإنقاذ إذن لا يفرض على السفينة التي تكون في حالة خطر²، فللسفينة الحق في أن تجرب حظها في محاولة الخروج من الخطر بوسائلها الخاصة³، غير أن رفض السفينة لا يعد مقبولاً إذا أوشكت على الغرق، وتتحقق المكافأة على المساعدة التي تقدم رغم معارضتها في هذه الحالة، ويكون لقاضي الموضوع عند الخلاف الفصل في مدى صعوبة المأزق الذي كانت تعاني منه السفينة الراضية للإنقاذ، أو حول تقدير قيمة المكافأة المتحققة، وله أن يستعين في ذلك برأي الخبراء⁴.

ومن الطبيعي ألا تستحق السفن الحربية أو السفن المعدة لخدمة عامة أية مكافأة عن المساعدة، ذلك أن الدولة إنما تقوم بواجب عام عليها، بمقتضى وظائفها فيمتنع عليها أن تجني منه ربحاً مادياً، غير أن ذلك لا ينفي حقها من المطالبة بالمصروفات التي أنفقتها

¹ مراد بسعيد، الإطار القانوني للمساعدة والإنقاذ البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 1، العدد 02، نوفمبر 2014، ص 21.

² عادل علي المقدادي، القانون البحري، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 1999، ص 132.

³ أسماء حريز، الإسعاف البحري في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير في القانون البحري، كلية الحقوق جامعة وهران الثانية، 2008/2009، ص 55.

⁴ مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 427.

وتعويض الأضرار التي لحقت بها إن وجدت، مع الأخذ بعين الاعتبار أنه إذا تم الإنقاذ من طرف سفينة خاصة لفائدة سفينة حربية، فإن السفينة الخاصة تستحق المكافأة¹.

ثالثا: عدم وجود التزام تعاقدى سابق بالإنقاذ

استلزمت كل من معاهدة بروكسل والقانون البحري الجزائري المستمد منها لاستحقاق مكافأة الإنقاذ، عدم وجود علاقة عقدية سابقة بين السفينة التي تم إنقاذها وسفينة الإنقاذ، فلا تستحق المكافأة إذا التزم شخص بمقتضى عقد تم إبرامه قبل حلول الخطر بتقديم المساعدة للسفينة في حالة الخطر²، وبناء على ذلك فلا تستحق السفينة القاطرة أي مكافأة عن إنقاذ السفينة التي تقطرها إلا إذا أدت تلك السفينة القاطرة خدمات استثنائية تخرج عن تنفيذ عقد القطر، وذلك طبقا لنص المادة 339 من القانون البحري.

كما لا يستحق المرشد مكافأة عن المساعدة التي يقدمها للسفينة التي يرشدها لأنه ملزم بذلك بموجب عقد الإرشاد وذلك طبقا للمادة 171 من القانون البحري.

رابعا: ألا ينصب الإنقاذ على رسائل البريد أيا كان نوعها

فقد نصت المادة 340 من القانون البحري عن أن أي عملية لإنقاذ الإرسالات البريدية لا يترتب عنها أية مكافأة³.

الفرع الثاني:

سلطة القاضي في تعديل المكافأة في عقد الإنقاذ البحري

تنص المادة 343 من القانون البحري على أنه:

¹ Mohammed Benamar, l'action de la marine nationale algérienne dans le domaine de la navigation maritime, DMF 1998, p 583.

² مراد بسعيد، المرجع السابق، ص 23.

³ مراد بسعيد، المرجع نفسه، ص 24.

«تحدد قيمة مكافأة الإسعاف بموجب الاتفاقية المبرمة بين الأطراف، وفي حالة عدم وجودها من طرف المحكمة».

ويتضح من نص هذه المادة، أن الأصل هو أن يقوم أطراف اتفاقية الإنقاذ المتمثلين في سفينة الإنقاذ والسفينة طالبة الإنقاذ بتحديد المكافأة عن عملية الإنقاذ، ولكن في حالة عدم الاتفاق على ذلك فإن القانون يمنح للقاضي سلطة تحديد وتعديل وإبطال تلك المكافأة.

وبعيدا عن حالات تدخل القاضي لتعديل المكافأة أو إبطال عقد الإنقاذ كليا نتيجة عيب من عيوب الرضا شاب أحد الأطراف كالإكراه أو التدليس... إلخ، حيث لا يكون حكم القاضي في هذه الحالات منشأ لالتزام جديد، إلا في حالة الغبن الناتج عن الاستغلال فإن دراستنا تنحصر في الحالة التي تكون فيها قيمة المكافأة مبالغا فيها زيادة أو نقصا بحيث لا تتناسب مع الخدمة المؤداة، ففي هذه الحالة يتدخل القاضي لخفض من قيمة المكافأة أو يرفعها على حسب الظروف ووفقا لاعتبارات معينة.

لقد حددت المادة 345 من القانون البحري الأسس التي يعتمد عليها القاضي عند تقديره لمكافأة الإنقاذ في حالة عدم اتفاق الطرفين على تحديد المكافأة حيث نصت على أنه:

«تحدد المحكمة المكافأة حسب الظروف آخذة كأساس:

أ-أولا:

- النجاح الحاصل.

- جهود وجدارة الأشخاص الذين قاموا بالنجدة.

- الخطر الذي تعرضت إليه السفينة المسعفة مع مسافريها وطاقمها وحمولتها من

طرف الأشخاص القائمين بالإنقاذ ومن طرف السفينة التي قامت بالإسعاف.

- الوقت المستعمل والمصاريف والأضرار التي انجرت وخطر المسؤولية والأخطار

الأخرى التي تعرض إليها القائمون بالإنقاذ.

- قيمة المعدات المستخدمة من القائمين بالإنقاذ، مع الأخذ بعين الاعتبار عند الاقتضاء الامتلاك الخاص بالسفينة التي قامت بالإنقاذ.

ب- ثانياً:

- قيمة الأشياء التي أنقذت والعمولة وأجرة الرحلة.

تطبق نفس الأحكام على توزيع المكافأة بين القائمين بالإنقاذ».

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد وضع بعض الاعتبارات تساعد القاضي في تحديد مكافأة الإنقاذ وأعطى له الحرية في التدخل بشكل واسع، حيث لم يحدد المشرع الحالة التي يتعين على القاضي التدخل بشأنها، كأن يكون مقدار المكافأة ضئيلاً، أو أن يكون مبالغاً فيه، وهذا ما يجعل الباب واسعاً أمام القاضي لتعديل المكافأة حتى تتناسب مع مقتضيات عملية الإنقاذ وأهميتها.

وقد جعل المشرع من الاعتبارات المذكورة في المادة 345 السابق ذكرها، أساساً يعتمد عليها القاضي في تحديد المكافأة، وتوزيعها على حد سواء.

إن تعديل القاضي لمقدار المكافأة عن الإنقاذ، إنما يضع حداً للظلم في العقد، فعدم التعادل في الالتزامات هو الذي يبرر وحده تدخل القاضي، وسلطة القاضي المقررة بشأن تعديل هذا العقد هي سلطة ضرورية وواسعة¹.

ويرى الفقيه ريبير Ripert أن أساس تعديل المكافأة هو ما يجب أن يسود العقد من توازن وعدالة بين أطرافه كون الشروط المتفق عليها أي الأجر الباهظ غير متوازن مع ما يقابله من خدمة وهذا هو الغبن بمفهومه الحديث².

وقد نصت المادة 346 من القانون البحري على أنه:

¹ سميّر تتاغو، الالتزام القضائي، المرجع السابق، ص 143.

² George Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 4^{ed}, L. G. D. J, 1949, p 91.

«تستطيع المحكمة تخفيض أو إلغاء المكافأة إذا اتضح لها أن القائمين بالإنقاذ قد جعلوا الإسعاف البحري ضروريا بخطئهم أو أصبحوا مذنبين بالسرقة أو الإخفاء أو أي عمل من الأعمال التدليسية الأخرى».

وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد منح القاضي إضافة إلى سلطة التعديل، سلطة إلغاء المكافأة كذلك.

وإذا اختار القاضي أن يعدل العقد فمعنى ذلك أنه قد أجازَه أولاً، وبذلك يكون قد جدد التزاماً قابلاً للإبطال¹، ولهذا فإن حكم القاضي الذي يقضي بتعديل المكافأة في عقد الإنقاذ البحري هو حكم منشئ لالتزام جديد، أي أنه مصدر لذلك الالتزام.

¹Samir Tanagho, op. Cit, p 176.

خلاصة الفصل الأول:

من خلال كل ما سبق ذكره، نستنتج أن المشرع قد منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي، تمكنه من تعديل العقد تعديلا منشأ لالتزام جديد، وذلك إذا وقف على غبن ناتج عن الاستغلال، شاب إرادة أحد أطراف العقد، بأن يستغل المتعاقد هوى جامحا، أو طيشا بينا في نفسية المتعاقد الآخر، ويؤدي ذلك إلى إبرام عقد معه يُسْفَرُ عن تفاوت جسيم بين الالتزامات المتبادلة.

كما يجوز للقاضي التدخل لتعديل أجر الوكيل في عقد الوكالة، وأجور بعض أصحاب المهن الحرة كالمحامي، والمهندس، والخبير، عند عدم اتفاق المتعاقدين على تحديد دقيق لمقداره، أو إذا وقف على تفاوت جسيم بين الأجر والخدمة المقدمة.

بالإضافة إلى إمكانية تدخل القاضي لتعديل مكافأة السفينة المنقذة في عقد الإنقاذ البحري في حالة عدم الاتفاق عليها في العقد، أو إذا كانت مبالغا فيها بالزيادة أو بالنقصان. وفي كل تلك الحالات تكون سلطة القاضي التقديرية واسعة متعلقة بمسائل الواقع، مما يخرجها من دائرة رقابة المحكمة العليا، وطالما أن المشرع الجزائري لم يحدد له مقدارا محددا يرجع إليه تقييم الالتزام، فإن حكمه بتعديل تلك العقود هو حكم منشئ لالتزامات جديدة، أي أن حكمه هو مصدر تلك الالتزامات.

في حين أن تعديل القاضي للغبن الوارد على عقار أو للقسمة الاتفاقية هو تعديل قضائي ولكنه ليس مجددا للالتزام، وهذا راجع إلى تحديد المشرع لمقدار رفع الغبن تحديدا يلغي سلطته التقديرية في ذلك، فيصبح أداة لتنفيذ القانون لا أكثر.

الفصل الثاني:

الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية

إن من أبرز مظاهر اختلال التوازن في العقود إدراج شروط تعسفية من قبل الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، مما يسبب أضرار بالغة للمتعاقد الضعيف.

حيث كان للتطور الاقتصادي الذي شهده العالم أثر بالغ في تغير الظروف المصاحبة لإبرام العقد كزيادة الإنتاج وظهور المؤسسات الكبيرة وازدياد الحاجات، مما أدى إلى ظهور أنواع من العقود التي يجد المتعاقد نفسه مضطرا إلى الانضمام إليها دون أن يكون له حرية مناقشة شروطها أو أسعارها، مما شجع بعض المتعاقدين من أصحاب المراكز الاقتصادية القوية على إدراج شروط تعسفية ضمن تلك العقود ضامين بذلك إذعان المتعاقد لها.

وقد يتجسد التعسف في الشرط الجزائي الذي يضعه المتعاقدان تحسبا لعدم تنفيذ الالتزامات، فيكون مبالغا فيه إلى درجة تحدث تفاوتاً جسيماً بين الأداءات المتقابلة.

وهذا ما جعل المشرع يمنح للقاضي سلطة تعديل كل من الشروط التعسفية في عقود الإذعان والشرط الجزائي في حالات معينة ووفقا لشروط معينة جاعلا تلك السلطة منشئة للالتزامات جديدة مصدرها الحكم القضائي.

وعليه نتناول في المبحث الأول الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقود الإذعان وفي المبحث الثاني الحكم القضائي المعدل للشرط الجزائي.

المبحث الأول:

الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقود الإذعان

إن التطبيق المطلق لمبدأ سلطان الإرادة قد يؤدي إلى اختلال كبير في التوازن الاقتصادي في كثير من العقود، خاصة عقود الإذعان التي يكون فيها أحد الطرفين أقوى من الطرف الآخر، وهذا ما قد يجعل هذه الفئة من العقود عرضة لتضمينها شروطا تعسفية مجحفة بالطرف المذعن الضعيف.

ولهذا فقد حرصت معظم التشريعات على حماية المتعاقد المذعن من خلال عدة آليات قانونية وقضائية، ولم يكن المشرع الجزائري بمنأى عن هذه التشريعات حيث أقر هو الآخر عدة آليات لمعالجة هذا الوضع، من بينها إمكانية تدخل القضاء من أجل إعادة التوازن للعقد من خلال تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها، إضافة إلى تفسير الشك في مصلحة المدين.

وعلى الرغم من أن معظم الأحكام القضائية بحسب الأصل هي أحكام كاشفة للحقوق أو الالتزامات، غير أنه وفي بعض الحالات لا يقتصر دور القاضي على حماية الحق أو الالتزام بل يتخطاه لينشئ حقا أو التزاما جديدا.

وهذا ما سنستعرضه من خلال التطرق إلى الشروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان في المطلب الأول، ثم نتناول الحكم القضائي الناتج عن ممارسة القاضي لسلطته في تعديل الشروط التعسفية في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

الشروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان

إن إرادة المتعاقدين هي الأصل في ترتيب الالتزامات التعاقدية، وبالتالي فإن أي تعديل يمس ما تم الاتفاق عليه لا بد فيه من تفويض قانوني صريح، يعطي للقاضي صلاحية التدخل لتعديل الشروط التعسفية التي أدت إلى اختلال التوازن في عقود الإذعان، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 110 من القانون المدني بقوله:

«إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

ويستفاد من نص هذه المادة بأن المشرع الجزائري قد وضع شرطين قانونيين لتدخل القاضي من أجل أعمال سلطته في تعديل العقد، وهذان الشرطان هما:

1- أن يكون هناك عقد إذعان

2- أن يتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية مرهقة للطرف المذعن

وهذا ما سنستعرضه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول:

وجود عقد الإذعان

ومن أجل توضيح هذا الشرط لا بد من بيان مفهوم عقد الإذعان من خلال تحديد تعريفه وخصائصه وطبيعته القانونية وهذا ما سنتناوله تباعا.

أولاً: تعريف عقد الإذعان

إن الوصول الى تعريف قانوني لعقد الإذعان مسألة ولا شك على قدر من الصعوبة، ولقد اعترفت بذلك الأغلبية العظمى من الشراح الذين تحدثوا عن هذا النوع من العقود، فتراهم يكتفون بذكر كيفية ظهوره، ثم ينتقلون إلى عرض مميزاته-وهي موضع خلاف كبير- دون أن ينتهوا إلى تعريف يعطيه صورة قانونية متميزة، ويرجع ذلك إلى طبيعة هذا العقد¹.

لقد اختلف الفقهاء حول وضع تعريف محدد لعقد الإذعان فتباينت آراؤهم حول ذلك، حيث عرفه سالي الذي يجمع كل الفقهاء على كونه صاحب أول فكرة للإذعان بأنه محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد².

وقد عرفه جورج برليوز بأنه عقد حدد محتواه التعاقدى كليا أو جزئيا بصفة عامة ومجردة قبل فترة التعاقد³، في حين عرفه آخرون بأنه عقد وضع شروطه الجوهرية مسبقا

¹ عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في التشريع المصري دراسة فقهية وقضائية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، 1946، ص 59.

² محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 23.

³ Georges Berlioz, le contrat d'adhésion, 2eme édition, paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, p 27.

أحد طرفيه ليتقيد بها كل من يرغب بالتعامل معه¹.

كما عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب²، وهو ما ذهب إليه الدكتور محمد مرسي كامل بأن عقود الإذعان لا تحصل فيها مفاوضة مع الموجب بل يجب قبول العقد أو تركه جملة³.

وقد عرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بأنه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها⁴.

ولعل أبرز تعريف فقهي يمكن الاعتماد به، هو ما توصل إليه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة كونه وصفه وصفا دقيقا، سواء من حيث طريقة انعقاده أو من حيث محله الذي يتمثل في كونه سلعة أو مرفقا ضروريا، ويكون محتكرا بصفة قانونية أو فعلية، وتكون المنافسة محدودة بشأنه.

هذا وقد تغير المفهوم التقليدي لعقد الإذعان، الذي يعتمد بصفة جلية على شرط احتكار السلعة أو الخدمة من قبل مقدمها، ما جعله يقتصر على حدود ضيقة لا تتلاءم مع ضرورات حماية المستهلك في مواجهة تجمعات الإنتاج، وشبكات توزيع السلع والخدمات التي أصبحت لا تتعامل إلا من خلال عقود نموذجية في غياب أي مناقشة أو مفاوضة عند إعداد العقد، وما يبرر دخولها ضمن مفهوم الإذعان هو التفاوت في الخبرة والعلم في مجال المعاملة بين الطرفين المقبلين على التعاقد، بالإضافة إلى أنها تتضمن

¹ أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، 2013، ص 19.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 279.

³ محمد كامل مرسي، العقود المسماة، الجزء الأول، المطبعة العالمية، مصر، ط2، سنة 1952، ص 27.

⁴ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 64

شروط تحقق للمنتج أقصى انتفاع ممكن في الوقت الذي تضع عنه أكبر عدد ممكن من الالتزامات إلى حد الإعفاء من المسؤولية الملقاة على عاتقه¹.

فالاتجاه المعاصر يسير نحو هجر هذا المفهوم الضيق لعقد الإذعان، إلى جعله أكثر اتساعا وهو الرأي السائد في فرنسا والذي تبناه عدد من الفقهاء في مصر حيث يعرف حسب هذا الاتجاه بأنه العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا بصورة موحدة وعامة قبل الفترة التعاقدية²، كما عرفه جاك غستان بأنه الانضمام إلى عقد نموذجي حرر بصورة انفرادية من قبل أحد الأطراف، وينضم إليه آخرون دون إمكانية حقيقية لتعديله³.

فحسب هذا المفهوم الحديث لعقد الإذعان نجد أنه قد قلص الشروط الواجب توافرها، ليعتبر العقد إذعانا، في حالة قيام الطرف القوي في العقد بإعداد شروطه محددا حقوق والتزامات الأطراف مسبقا، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا قبولها أو رفضها دون إمكانية مناقشتها أو تعديلها⁴، وهذا ما ذهب إليه التشريع الفرنسي حيث أطلق على عقود الإذعان تسمية عقود الانضمام contracts adhesion بمعنى انضمام أحد الطرفين إلى الإيجاب الصادر عن الطرف الآخر⁵.

وقد انتقد هذا التعريف حيث أن الانضمام أعم من الإذعان فقد يقع الانضمام دون

¹ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، ط2، الاسكندرية، 2008، ص313.

² حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، د ن، ط2، مصر 1995، ص124.

³ Jacques Ghestin, traité de droit civile. Les obligations, le contrat, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1980, p74.

⁴ عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، يوسف بن خدة، ص17.

⁵ الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، جوان، 2014، ص 100.

أن يتوفر فيه معنى الإذعان كما في حالة البيع بأسعار محددة التي تقوم بها المحلات الكبرى، فهو انضمام لا مجرد التعاقد من الحرية التعاقدية، فالمشتري الذي لم ترقه شروط البيع يمكنه أن يتجه إلى محل آخر يجد فيه طلبه¹.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد تناولت عقد الإذعان ولكن من دون التطرق إلى تعريفه، واكتفت بكيفية حصول القبول فيه، حيث نص عليه المشرع الجزائري في المادة 70 من القانون المدني بقوله:

«يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها».

كما أورد المشرع الجزائري إمكانية تعديل القاضي لعقود الإذعان في المادة 110 من القانون المدني الجزائري بقوله:

«إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

ثانيا: خصائص عقد الإذعان

بالرجوع إلى التعاريف السابقة لعقد الإذعان، نستنتج أنه يتميز بعدة خصائص هي:

- 1- أن يكون أحد الطرفين وهو الموجب محتكرا لهذه السلع أو المرافق، احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة حولها محدودة النطاق²، وهذا جوهر عقد الإذعان حيث يكون فيه أحد الطرفين في مركز اقتصادي أقوى، يؤثر على مصلحة الطرف الآخر، وبالتالي عدم المساواة الاقتصادية بين المتعاقدين، ومن أمثلة ذلك

¹ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 65.

² نزيه كمال حداد، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة العدل السعودية، العدد 24، شوال 1425، ص 54.

عقد التأمين الذي يجد فيه المؤمن نفسه أمام شركة تأمين تتمتع باحتكار فعلي وتقرض عليه شروطا لا يملك مناقشتها أو تعديلها¹.

2- أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات التي لا يمكن للمتعاقد المذعن صرف النظر عنها أو عن التعاقد بشأنها²، وهذه الخصيصة مرتبطة بسابقتها، فالاحتكار إنما يرد على السلع والخدمات الضرورية، والطرف المذعن يكون في ضرورة تلجئه إلى أن يتعاقد، حيث لا يمكنه أن يرفض الشروط التي تقدم له حتى لو كانت في نظره جائرة وشديدة³، وتختلف السلع والخدمات في مدى الاحتياج إليها، فبالنسبة للعامل في عقد العمل فإن حاجته إلى العمل تعتبر بالنسبة له مسألة حياة، لأن حصوله على الأجر هو قوته وقوت أولاده، بخلاف طالب المياه أو الكهرباء الذي وإن كان في حاجة ضرورية لهذه الخدمات، فإنها لا تصل إلى ضرورة احتياج العامل للعمل⁴.

3- أن يصدر الإيجاب إلى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة وغير قابل للنقاش، والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة، فهذا الإيجاب بات ونهائي ولا يمكن لمحتكر السلعة أو الخدمة التحلل من الإيجاب عن طريق تصرف سلبي هو الامتناع عن التعاقد، وإلا وقعت عليه مسؤولية بناء على التعسف في استعمال الحق إن كان محتكرا فعليا، أو لتجاوز حدود حقه إذا كان الاحتكار قانونيا⁵.

4- أن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي يقبل جملة أو يرفض جملة، ويتضمن عادة شروطا كثيرة في صالح الموجب، بعضها يحد من مسؤوليته العقدية والبعض الآخر

¹ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص50.

² محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص48.

³ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص53.

⁴ محمد حسن عبد الرحمان، عقود الإذعان دراسة مقارنة، د ن، 1999، ص 22، ص23.

⁵ محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص61.

يجازي بقسوة بالغة، عن التقصير المحتمل من الطرف المذعن¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس كل العقود النموذجية هي عقود إذعان، إنما هي عقود تنظم على أساس عادات استقرت في مهنة معينة، فإذا صدر الإيجاب في قالب نموذجي، فذلك لأن عقود الإذعان قد اتخذت من العقود النموذجية ثوبا تظهر فيه، وهذا إلى جانب كونه نتيجة حتمية لعمومية الإيجاب، وهو يعتبر في نفس الوقت استفادة من الصورة الحديثة للتعاقد².

والجدير بالذكر أن المميزات والخصائص المذكورة لا تتوفر جميعها حتما في كل عقد من عقود الإذعان، فأحداها قد يضعف وقد لا يوجد، وحينئذ فيتعين البحث عن بقية الخصائص، فإذا توافرت بوضوح كان العقد عقد إذعان، غير أن التفوق الاقتصادي الذي يستند إلى احتكار قانوني أو فعلي يجب أن يتوافر في العقد حتى يكون عقد إذعان، ويعتبر عدم وجوده مزيلا لصفة الإذعان في هذا العقد³.

ثالثا: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

من خلال استقراء تعريف عقد الإذعان وخصائصه، تتضح لنا خصوصية هذا النوع من العقود لاسيما بسبب الطريقة التي ينعقد بها.

ولا شك أن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود على قدر كبير من الأهمية كونها تتيح لنا حل الكثير من المشكلات والصعوبات التي تواجهه.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإذعان، فمنهم من أنكر صفة العقد واعتبره مركزا قانونيا منظما أنشأته إرادة واحدة، وعليه فلا يخضع للقواعد العامة

¹ محمد حسن عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 25.

² عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ص 57.

³ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع نفسه، ص 54.

للعقد، ومنهم من اعتبره عقدا طبيعيا يخضع لأحكام العقود¹، ويرجع سبب الخلاف أساسا إلى الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقود الإذعان².

1- النظرية القائلة بأن عقد الإذعان مركز منظم:

ويتمثل هذا الفريق في فقهاء القانون العام، الذين ذهبوا إلى إنكار صفة العقد على عقد الإذعان واعتبروه مركزا قانونيا منظما، ولا يعدو أن يكون سوى تصرفا قانونيا من جانب واحد³، مستنديين في ذلك على أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما في عقد الإذعان فالقبول مجرد إذعان لا يصدر عن إرادة حرة، فلا يمكن أن يقال أن من يتعاقد مع شركات الاحتكار يقف معها موقف الند للند، بل هو لا يستطيع إلا أن ينزل على حكم هذه الشركات، فالرابطة القانونية التي بينهما خلقتها في الواقع إرادة المحتكر وحدها، وهذه الإرادة المنفردة هي بمثابة قانون يجبر المذعن على اتباعه⁴.

وقد أراد أنصار هذا الرأي أن يصلوا إلى عدم إخضاع عقود الإذعان في تنفيذها وتفسيرها لما تخضع له العقود من قواعد، وإنما تخضع إلى ذلك القانون الذي وضعه المحتكر، فتفسير عقود الإذعان وتحديد الالتزامات التي يولدها يكون وفق مقتضيات الصالح العام والعدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها، فلا يفسر كما يفسر العقد بالبحث عن نية المحتكر الذي وضع شروط العقد⁵.

وعلى هذه الأسس المشتركة تركز عدة اتجاهات فكرية مختلفة تبناها مختلف الفقهاء المتخصصين في القانون العام أمثال سالي، ديجي، وهوريو⁶، نوضح رأي كل منهم فيما يلي:

¹ الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص 102.

² عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ص 89.

³ أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 57.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 283.

⁵ الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص 102.

⁶ محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص 43.

أ- موقف ريمون سالي:

يعتبر سالي من فقهاء القانون المدني الذين تأثروا بالقانون الألماني، حيث تشبع بفكرة إعلان الإرادة المنفردة، وبالنسبة له فإن القيمة القانونية لعقد الإذعان لا تجد مصدرها في توافق الإرادتين وإنما في إرادة منفردة فقط، وهي الإرادة التي حررت العقد وأن إذعان الطرف الآخر لا يرقى لكي يعتبر عنصراً تأسيسياً في تكوين العقد، وإنما بياناً تكميلياً لتنفيذ العقد من طرف من قام بإعداده، والحاصل أن عقود الإذعان ليس لها من الصبغة التعاقدية إلا الاسم¹.

وهذا ما جعله يقول بأنه من غير المجدي البحث بعمق فيما إذا كان الطرف المذعن على دراية بشروط العقد، إذ يكفي أن يكون على علم بها تماماً كما هو الشأن بالنسبة للعامل في علاقته مع النظام الداخلي للمؤسسة، أو المؤمن له في علاقته بالشروط العامة أو الخاصة لعقد التأمين².

بالإضافة إلى أن تفسير عقد الإذعان يجب أن يخرج عن القواعد العامة في تفسير العقود، لأن هذه الأخيرة تفسر بالبحث عما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة، لكننا هنا لا نجد إرادة مشتركة، وبالتالي يجب الاعتداد بإرادة محرر العقد أي الإرادة المنفردة، كما هو الحال بالنسبة إلى قواعد القانون، إذ يبحث فيها القاضي عما اتجهت إليه نية المشرع³.

ب- موقف ليون ديجي:

يعتبر الفقيه ديجي من فقهاء القانون العام، ويختلف عن الفقيه سالي في أنه لا يجعل الأساس القانوني لعقود الإذعان الإرادة المنفردة لمحرر العقد، سواء على مستوى القانون العام أو القانون الخاص، على أساس أن الإرادة لوحدها لا تخلق القانون، ذلك أن

¹ العربي محمد مياد، الوسيط في عقود الإذعان دراسة مقارنة، مطبعة أزييس كوم، المغرب، 2012، ص 19.

² العربي محمد مياد، المرجع نفسه، ص 20.

³ محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص 44.

المحرك الأساس لإصدار القانون يتمثل في تحقيق المصلحة العامة أو ما يصطلح على تسميته بالضرورات الاجتماعية¹.

وعليه فإن الشخص الذي يؤسس شركة تجارية، إنما يخلق حالة واقعية، وإذا كانت هذه الشركة تضع الضرورات الاجتماعية كأولويات في أنشطتها، وتخلق الآليات العملية لتنظيم أنشطتها وتتميتها في شكل قواعد أساسية، فإن هذه القواعد تأخذ الصبغة القانونية وبالتالي فإن إذعان الطرف الآخر إنما هو عملية لا تخرج عن إطار التطبيق العادي لقانون موضوعي².

ومن خلال ما سبق فإن مفاد هذا الرأي أن عقد الإذعان إهدارا لمبدأ حرية التعاقد كأحد أهم المبادئ التي يقوم عليها العقد، وبالتالي تكون علاقة الإذعان مجرد مركز قانوني تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب، فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقاتها³.

2- النظرية القائلة بالطابع التعاقدي للإذعان

يرى هذا الاتجاه وأغلبية فقهاء القانون الخاص أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع لسائر القواعد التي تخضع لها العقود، ويردون على وجهة نظر الرأي السابق بأن إرادة الموجب وحدها لا يمكن أن تنتج إلا بعد اقتران إرادة القابل لها وبذلك تساهم الإرادتان في عمل العقد، كما أن المساواة القانونية هي المطلوبة في العقد وليس المساواة الاقتصادية، أما عن التباين في المراكز بين المتعاقدين في عقد الإذعان فهو لا يزيد عن كونه نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له على صحة التراضي

¹ Leon Duguit, l'état le droit objectif et la loi positive, ancienne librairie Thorin et fils, Paris, 1901, p432.

² العربي محمد مياد، المرجع السابق، ص21.

³ ابراهيم عبد العزيز داوود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2014، ص30.

وبالتالي على صحة العقد، كما أن جميع العقود الأخرى يتعرض فيها الطرفان لقدر قليل أو كثير من الضغط الاقتصادي لأن اتفاق الإرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل منهما دور معادل¹.

وبالنظر إلى حجج هذا الفريق فلا مناص من اعتبار عقد الإذعان عقدا حقيقيا، وأن ما يرد على حرية القابل في عقد الإذعان، ما هو إلا نوع من التباين الاقتصادي الذي لا يؤثر على قيام الرضا وانعقاد العقد².

وقد حسم المشرع الجزائري رأيه في نص المادة 70 من القانون المدني التي تنص على ما يلي:

«يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها».

ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد تبنى رأي الفريق الثاني، الذي يعتبر عقود الإذعان عقودا حقيقية تنعقد باقتران القبول بالإيجاب مثلها مثل سائر العقود، وهو الرأي الراجح حسب رأينا أيضا فطريقة انعقاد عقد الإذعان إنما دعت إليها الحياة الاقتصادية الحديثة، وهي أسلوب تعاقد لا يؤثر بشيء في وجود العقد وقيامه بين الطرفين.

الفرع الثاني:

وجود الشروط التعسفية المرهقة للطرف المذعن

بعد تحقق القاضي من أن النزاع المطروح أمامه يتعلق بعقود الإذعان فإنه يبحث فيما إذا كان هذا العقد يتضمن شروطا تعسفية تبرر تدخله، وذلك أن الهدف من إعطاء

¹ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 155.

² محمد بوكماش، المرجع نفسه، ص 156.

القاضي هذه السلطة هو حماية الطرف الضعيف المذعن¹.

ويتطلب التحقق من هذه الشروط تحديد مفهوم الشروط التعسفية والمسار الذي يستطيع القاضي من خلاله تمييزها وبالتالي أعمال سلطته في التعديل، وعلى هذا الأساس سيتم التطرق إلى تعريف الشروط التعسفية في عنصر أول، ثم البحث في معيار الشروط التعسفية في عنصر ثان، وفي العنصر الثالث سيتم دراسة أنواع هذه الشروط.

أولاً: تعريف الشروط التعسفية

لقد تعددت التعاريف الواردة بشأن الشروط التعسفية واختلفت باختلاف المعايير التي اعتمدها الفقهاء، فمنهم من عرفها اعتماداً على مصدرها ومنهم من عرفها اعتماداً على طبيعة الشرط التعسفي، ومنهم من عرفها بالتركيز على ما يحدثه من أثر على العلاقة العقدية وتوازنها.

فالفقهاء الذين اعتمدوا على المصدر عرفوا الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوع هذا التعسف²، أما الفقهاء الذين اعتمدوا على طبيعة الشرط التعسفي فعرفوه بأنه ذلك الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل به من حسن نية ونزاهة³.

كما عرفه الفقهاء وفقاً لما يحدثه من أثر على توازن العلاقة العقدية، بأنه الشرط الذي يفرض على غير المهنيين أو على المستهلك من قبل المهنيين، نتيجة التعسف في

¹ منير سعد خليفة، سلطة القاضي في تعديل العقد في إطار القانون المدني دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والليبي، رسالة ماجستير، جامعة الاسكندرية، 2017، ص 100.

² عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، ط2، الاسكندرية، 2008، ص 401.

³ عمر محمد عبد الباقي، المرجع نفسه، ص 40.

استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة فاحشة¹.

وفي فرنسا اعتبر الفقه أنه من قبيل التعسف الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة والذي يمنح له ميزة فاحشة عن الطرف الآخر، أو هو ذلك الذي يترتب عليه إفراغ الالتزام الأساسي للعقد من أي محتوى أو مضمون².

ويرى جانب من الفقه بأن تعريف الشروط التعسفية يجب أن يتم عن طريق عنصرين، أحدهما موضوعي ويتمثل في التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للمهني، والثاني شخصي ويتمثل في حصول المهني بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة أو مجحفة للمستهلك، ويجب أن يرتبط هذان العنصران بعلاقة السببية، فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني تكون نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها³.

ويعتبر شرطا تعسفيا ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدى لصالح المتدخل، والذي يفرضه على الطرف الآخر الذي لا خبرة له أو المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو الاقتصادية أو القانونية لمواجهة الطرف الآخر⁴.

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص على تعريف للشروط التعسفية في القانون المدني واقتصر على بيان آليات حماية الطرف الضعيف من هذه الشروط، إلا أنه خصص للشروط التعسفية تعريفا من خلال القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث عرف الشرط التعسفي في الفقرة 05 من المادة 03 منه كما يلي:

¹ محمود علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر 2018، ص191.

² عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص402 وص403.

³ أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص94.

⁴ الواسعة زرارة صالح، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 05، جوان 2012، ص200.

«شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد»¹.

والملاحظ في هذا التعريف أن المشرع الجزائري وإن كان قد اعتمد على معيار التوازن العقدي كما ذهب المشرع الفرنسي -كما سنبين لاحقا- إلا أنه ساير المشرع الألماني في مفهوم الشرط التعسفي، حيث أورده بصيغة عامة تدرج تحتها كل العقود وليس عقد الاستهلاك فحسب، وهو بذلك يقرر حماية لكل عقد تتوافر فيه شروط تعسفية من شأنها الاخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

ثانيا: معيار الشرط التعسفي

من الواضح من خلال التعريفات السابقة للشرط التعسفي صعوبة تحديده وضبطه بصفة دقيقة، ولذلك كان لا بد من بيان المعايير التي يتحدد من خلالها الشرط التعسفي والتي سندرسها تباعا.

1- معيار التعسف في استخدام القوة الاقتصادية:

ويطلق عليه أيضا المعيار الشخصي، ويمثل معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية سببا هاما يقوم عليه تحديد مدى تعسفية الشرط، إذ يفترض أن يتمتع المهني نفسه بوضعية اقتصادية معينة حينما يتعاقد مع المستهلكين، ويستغلها للحصول على الميزة التي يصبو إليها عن طريق فرض الشروط التعاقدية بالطريقة التي يريد، لتمتعه بمركز قوي من الناحية الاقتصادية.

والقوة الاقتصادية هي تلك المكانة الهامة التي يحظى بها المهني في السوق، والتي تخول له أن يكون ذا تفوق وهيبية مما يجعله معروفا في السوق، ما يترتب عليه وضعية

¹ القانون 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 الصادرة في 27 جوان 2004، معدل ومتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 ج ر عدد 46، الصادرة في 18 أوت 2010.

الهيمنة، الأمر الذي سيخرج طائفة كبيرة من المهنيين الذين يفرضون شروطا تعسفية على المستهلكين، كونهم لا يتمتعون بتلك القوة الاقتصادية من إطار نظام الحماية من الشروط التعسفية¹. وهذا ما جعل هذا المعيار غير فعال كونه غامضا ويحتاج إلى ضبط².

2- معيار الميزة المفرطة:

إن الميزة المفرطة التي يتحصل عليها المهنيون، هي نتيجة للتعسف في استخدام القوة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير، وبالتالي فإن معيار الميزة المفرطة مرتبط ارتباطا وثيقا بمعيار القوة الاقتصادية³.

3- معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات:

وهذا هو المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري في تعريفه للشروط التعسفية من خلال الفقرة 05 من المادة 03 من القانون 02/04 والتي تنص على:

«شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».

وقد نقل المشرع الجزائري هذا المعيار عن المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 96/95 لسنة 1995، وهو نفس المعيار الذي جاء في التوجيه الأوروبي رقم 31/93 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، حيث كان لصدور هذا التوجيه أثر بالغ على النظام القانوني الفرنسي، تجلّى في تخلي المشرع الفرنسي عن معيار التعسف في استخدام القوة الاقتصادية والميزة المفرطة لصالح معيار عدم التوازن الظاهر

¹ إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص 80.

² محمود علي رحمه، المرجع السابق، ص 214.

³ إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص 82.

بين حقوق والتزامات أطراف العقد¹.

هذا ويلاحظ أن هذا المعيار يوسع من نطاق الحماية القانونية لتشمل المتعاقدين في كافة العقود بما فيها عقود الإذعان، وبالتالي تسمح للقاضي بالتدخل من أجل إعادة التوازن للعقد بتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها مما يجعله المعيار الأنسب.

ويطرح معيار الاخلال الظاهر بين حقوق والتزامات كل من المهني والمتعاقد مسألة تقنية مهمة، تتعلق بكيفية تقديره، والتي اكتفى المشرع الجزائري من خلال الفقرة 05 من المادة 03 من القانون 02/04 بالقول إنها تتم بالنظر للإخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة، ولكن الإشكالية تتمثل في كيفية تقدير الطابع التعسفي².

وبالرغم من أن البعض قد اعتبر أن إغفال المشرع لذلك هو ترك التقدير لسلطة القاضي كما هو الحال بالنسبة لجميع العقود³، غير أن البعض الآخر أعاب على المشرع سكوته عن ضبط كيفية تقدير الشرط التعسفي، فترك الأمر للقضاء يفتح المجال لتناقض الأحكام خاصة في ظل حداثة الظاهرة التي تتطلب اهتماما قانونيا أكثر جدية⁴.

ثالثا: أنواع الشروط التعسفية

يرى بعض الفقهاء ضرورة التمييز بين نوعين من الشروط التعسفية، شروط تعسفية بذاتها وشروط تعسفية بحكم استعمالها⁵.

¹ إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص 83.

² إيمان بوشارب، المرجع نفسه، ص 84.

³ أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 05، ص 361.

⁴ شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، المجلد 47، ص 148.

⁵ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 160.

1- الشروط التعسفية بذاتها:

يظهر التعسف في هذه الشروط في مرحلة تكوين العقد أي منذ إدراجها، وتكشف عنه ذات الألفاظ فتأتي متناقضة مع الجوهر¹، ومثال ذلك الشرط الذي يقضي بإعفاء الموجب من المسؤولية².

2- الشروط التعسفية بحكم استعمالها:

الشروط التعسفية بحكم استعمالها هي شروط لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد وإنما تظهر في مرحلة تنفيذه عند التمسك بحرفتيه وإهمال روح النص، ومثال ذلك الشرط الذي يلزم المؤمن له بإعلام المؤمن بأمور معينة خلال فترة سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض، فالملاحظ على هذا الشرط أنه شرط طبيعي لا تعسف فيه، ولكن التعسف يظهر عند التنفيذ، حين يتمسك المؤمن بحرفتيه من أجل إسقاط حق المؤمن له رغم حسن نية هذا الأخير، خاصة وأن البيانات التي أغفل إخطار المؤمن بها ليس من شأنها زيادة جسامه الخطر³.

ويرى بعض الفقهاء أن نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري إنما يتعلق بالنوع الأول من الشروط، وهي الشروط التعسفية بذاتها لأن هذا النص يتحدث عن عقد إذعان قد تم وكان متضمنا شروطا تعسفية، أي أن وصف التعسف كان عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه، وقد كان المشرع منطقيا في هذه الصياغة، ذلك أن نص المشرع على وجوب تنفيذ العقد لما اشتمل عليه وبحسن نية، يعطي للقاضي السلطة لرد الموجب إلى صوابه إذا ما تمسك بمثل هذه الشروط⁴.

¹ عاطف مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 327.

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 160.

³ عاطف مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 328.

⁴ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 160.

من خلال كل ما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 110 من القانون المدني على وجوب توافر شرطين حتى يتمكن القاضي من التدخل لتعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه، وهو أن يوجد عقد إذعان، وأن يتضمن شروطا تعسفية، كما أن المشرع الجزائري في تعريفه للشرط التعسفي لم يربطه بأي عقد من العقود حتى بعقد الإذعان التي غالبا ما تحتوي شروطا تعسفية، حيث يتعين علينا التفريق بين الشروط التعسفية وعقد الإذعان، فليس كل عقد من عقود الإذعان يتضمن حتما شروطا تعسفية.

المطلب الثاني:

الحكم القضائي الناتج عن ممارسة القاضي لسلطته في تعديل الشرط التعسفي

تنص المادة 110 من القانون المدني على أنه:

«إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد أعطى للقاضي سلطة واسعة في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، من خلال تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها-أي إلغاؤها- وذلك طبقا لسلطته التقديرية ووفقا لمقتضيات العدالة¹.

فبعد أن يتحقق القاضي من أن النزاع المعروض عليه يتعلق بعقد إذعان يتضمن شروطا تعسفية -كما حددنا سابقا- يجوز له أن يمارس سلطته التي خولها له المشرع في مواجهة تلك الشروط التعسفية، إما بتعديل هذه الأخيرة أو إعفاء المتعاقد المذعن منها.

¹ نسير رفيق، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 01، المجلد 17، 2018، ص 521.

وتجدر الإشارة إلى أن موضوع بحثنا يقتصر على سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية فقط، دون التطرق إلى الإعفاء، وذلك لأن قيام القاضي بتعديل الشرط التعسفي هو بمثابة تعطيل للالتزامات العقدية وإنشاء للالتزامات جديدة مصدرها حكم القاضي وليس العقد، وبالتالي ما يدخل ضمن موضوع دراستنا هو الحكم المنشئ للالتزام وهذا لا ينطبق على حالات الإعفاء من الشروط التعسفية بالقدر الذي يمس حالات التعديل، وهو ما سنوضحه من خلال بيان ماهية التعديل القضائي المنشئ للالتزام، وتطبيقات الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية.

الفرع الأول:

ماهية التعديل القضائي المنشئ للالتزام

عندما تتوافر الشروط القانونية التي تخول للقاضي تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، يجوز له تعديل هذه الشروط بالوسيلة التي يراها ملائمة، إما بتخفيض مضمونه أو الزيادة فيه، وذلك حينما يتعلق الشرط الذي بدت تعسفيته بحجم الأداء في العقد، فقد يكون هذا الشرط متصلا بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع، مما يجعله شرطا جوهريا في العقد يصعب الإعفاء منه دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف والضرر عن المتعاقد المذعن¹.

كما قد يتعلق الشرط بوسيلة التنفيذ، وقد يتعلق بمدته، فيكون التعديل إما بالزيادة أو بالنقصان، بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي توخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو إعادة التوازن بين

¹ عاطف مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 330.

الأداءات المتبادلة في العقد¹.

وبالتالي فإن صور تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان تتمثل في حالة تعلق الشرط التعسفي بحجم الأداءات المتقابلة في العقد، وحالة تعلق الشرط التعسفي بوسائل تنفيذ العقد².

أولاً: تدخل القاضي بتعديل الشرط التعسفي المتعلق بحجم الأداءات المتقابلة بالعقد

يبقى القاضي -في هذه الصورة من التدخل- على الشرط قائماً، إلا أنه يتناوله بالتعديل بالوسيلة التي يراها مناسبة وعادلة، فيكون التعديل إما بتخفيض مضمونه أو بالزيادة فيه مما يحقق رفع الظلم عن الطرف المدعن وإعادة التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد³، ومثال ذلك الشرط التعسفي الذي يرد في لائحة المصنع الذي يتضمن فرض غرامات مالية فاحشة على العمال كعقوبة على مخالفة قواعد العمل، هذه العقوبات تستنفذ جزءاً من أجرهم لأخطاء ارتكبوها لا تتناسب البتة مع الجزاء الذي يتضمنه، فمثل هذا الشرط يعد شرطاً تعسفياً جائراً يبرر تدخل القاضي لتخفيض الغرامة إلى الحد الذي يتناسب مع حجم الخطأ الذي ارتكبه العامل⁴.

وفي هذه الحالة نكون أمام تعديل قضائي للالتزام مفاده إلغاء الالتزام العقدي الأصلي الموسوم بالتعسف والمتمثل في الغرامة المالية التي تتطلبها لائحة المصنع وقيام التزام جديد مصدره الحكم القضائي وهو مبلغ الغرامة المالية الجديد بعد تخفيضه، أي أن

¹ محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الاسلامي، جامعة عين شمس، 1992، ص 220.

² عاطف مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 332..

³ منير سعد خليفة، المرجع السابق، ص 104، ص 105.

⁴ عاطف مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 332، ص 333...

القاضي بسلطته التقديرية يحل محل الالتزام العقدي التزاما قضائيا¹.

والجدير بالذكر أن القاضي أثناء تعديله للشروط التعسفية في عقد الإذعان يستند إلى سلطته التقديرية، ويتعلق الأمر بمسألة من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا².

ثانيا: تدخل القاضي لتعديل الشرط التعسفي المتعلق بوسائل تنفيذ العقد

عندما يتعلق الشرط التعسفي بوسيلة تنفيذ العقد، أو وسائله، أو مدته، فإن تدخل القاضي يكون إما بالزيادة أو بالنقصان، حيث يحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط محل التدخل³.

ومثال ذلك عقد المقاول الفرعية، فقد يشترط الطرف القوي وهو المقاول الأصلي على الطرف المذعن وهو المقاول الفرعي، تنفيذ المشروع بمواصفات ومقاييس وإمكانيات حسب ما تم الاتفاق عليه في عقد المقاول الأصلي بين المقاول الأصلي ورب العمل، كما يشترط أن يتم إنجاز المشروع في فترة زمنية محددة، ثم يتضح للمقاول الفرعي أثناء تنفيذ العمل في المشروع عدم كفاية الإمكانيات المتاحة، أو عدم صلاحية المواد المقدمة من طرف المقاول الأصلي، أو أن الوسائل المستخدمة من شأنها أن تلحق ضررا جسيما بالمقاول الأصلي، فإذا ما عرض النزاع على القضاء وتوافرت كل الشروط القانونية جاز للقاضي تعديل الالتزام إما باستبدال المواد الضارة، أو بتمديد فترة التنفيذ بما يتناسب مع الامكانيات المتاحة⁴، دون الإخلال بالتزامات المقاول الأصلي في عقد المقاول الأصلي الذي يبقى مسؤولا عن التزامات المقاول الفرعي تجاه رب العمل طبقا للمادة 564 من

¹ سمير تناغو، الالتزام القضائي، المرجع السابق، ص 138.

² سمير تناغو، الالتزام القضائي، المرجع نفسه، ص 138

³ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 219.

⁴ عاطف مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 333.

القانون المدني الجزائري.

والجدير بالذكر أن هذه الأحكام التي يصدرها القاضي بصدد تعديل الشروط التعسفية المتعلقة بوسائل التنفيذ أو مدته، هي أحكام منشئة لالتزامات جديدة تختلف كلياً عن الالتزامات التي تعاقد حولها الطرفان، فمصدر هذه الأخيرة هو العقد المبرم بين الطرفين، أما مصدر الالتزامات المعدلة بسبب الشروط التعسفية هو حكم القاضي الذي أصدره وفقاً لسلطته التقديرية.

الفرع الثاني:

تطبيقات الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقد الإذعان

يعد عقد التأمين وعقد العمل من أقوى نماذج عقود الإذعان، والجدير بالذكر -كما وضحنا سابقاً- أن ليس كل عقد إذعان يتضمن شروطاً تعسفية حتماً، فقد نكون أمام عقد إذعان يخلو من أي شرط تعسفي وهذا أمر عادي، أما إذا تضمن عقد التأمين مثلاً أو عقد العمل شروطاً تعسفية، فمن الممكن حينئذ أن يتدخل القاضي لتعديلها ورفع التعسف بإقرار التزام جديد مصدره الحكم القضائي لا عقد التأمين أو عقد العمل.

وسنعرض بعض الأمثلة من التعديلات المنشئة للالتزام قضائي والتي يمكن أن ترد على بعض عقود الإذعان وهي عقد التأمين وعقد العمل.

أولاً: في عقد التأمين

يعد عقد التأمين¹ نموذجاً مثالياً عن عقود الإذعان، حيث أن مبدأ التوازن بين

¹ وقد عرفه الفقه بأنه عقد بموجبه يحصل أحد المتعاقدين وهو المؤمن له في نظير مقابل يدفعه، على تعهد بمبلغ يدفعه له أو للغير، إذا تحقق خطر معين للمتعاقد الآخر وهو المؤمن له، أنظر أحمد أبو السعود، عقد التأمين بين النظرية والتطبيق دراسة تحليلية شاملة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 108. كما عرفه المشرع الجزائري بأنه عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن، أنظر المادة 619 من القانون المدني.

مركزي المؤمن والمؤمن له غير متحقق، كما أن شركات التأمين في الواقع تحتكر الخدمة التأمينية، خاصة وأن التنافس بينها محدود لأنه لا يمكن لأي شركة أن تتنازل عن بعض الحدود حتى تحقق أعلى عائد من الربح، وبالتالي لا يستفيد المؤمن لهم من هذا التنافس المزعوم بين شركات التأمين¹.

وهذا ما يجعل عقد التأمين عرضة لتوافر شروط تعسفية تبرر تدخل القضاء من أجل حماية الطرف المذعن منها، وبالإضافة إلى المادة 622 من القانون المدني الجزائري، والتي أعطت للقاضي صلاحية إبطال بعض الشروط التعسفية الواردة في وثيقة التأمين وهي:

*الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان الخرق جنائية أو جنحة.

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

*كل شرط مطبوع لم يبرر بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

*شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

*كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

وإذا كانت سلطة القاضي في هذه الحالة هي إلغاء هذه الشروط من عقد التأمين، فهناك بعض الحالات التي يتدخل فيها القاضي لتعديل العقد كما هو الحال في الفقرتين

¹ لياس بروك، الشروط التعسفية في عقد التأمين، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، العدد 05، المجلد 01، جانفي 2017، ص 283.

الثالثة والخامسة من المادة 15 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات¹، حيث نصت الفقرة الثالثة على أنه:

«يلزم المؤمن له بالتصريح الدقيق بتغير الخطر أو تفاقمه إذا كان خارجاً عن إرادة المؤمن له، خلال سبعة (7) أيام ابتداء من تاريخ اطلاعه عليه إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة:

_ بالتصريح المسبق للمؤمن بتغير الخطر أو تفاقمه بفعل المؤمن له.

_ في كلتا الحالتين يقدم التصريح للمؤمن له بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالاستلام...».

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري قد ألقى التزاماً على عاتق المؤمن له يتمثل في الإعلان عن زيادة الخطر وتفاقمه، ويقصد بذلك الأحداث التي تطرأ بعد إبرام العقد وفي أثناء سريانه، ويكون من شأنها أن تزيد في الخطر زيادة لو كانت قائمة وقت إبرام العقد لامتنع المؤمن عن التعاقد أو لما تعاقد إلا نظير مقابل أكبر، سواء حدثت هذه الظروف بفعل المؤمن له، كأن يغير هذا الأخير في المسؤولية عن حوادث السيارات استعمال سيارته من سيارة لاستعماله الشخصي إلى سيارة للنقل العام، أو بسبب خارج عن إرادة المؤمن له، كما لو أقيم بجوار العقار المؤمن عليه من الحريق محطة وقود للسيارات²، وحيث أن هذا النوع من العقود المستمرة التي يجب أن يظل فيها التوازن قائماً بين التزامات وحقوق كل من طرفي العقد طوال فترة تنفيذه فإذا اختل هذا التوازن فيجوز

¹ الأمر رقم 95_07 المؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج. ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 08 مارس 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج. ر عدد 15 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج7، م2، عقود الغرر: عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، ط 03، نهضة مصر، 2011، ص 1258 و 1259.

لأي من الطرفين طلب إعادة التوازن الذي فقد بتغير الظروف¹.

ويتوقف الجزاء الذي يترتب على الإخلال بالالتزام بالإخطار على سوء أو حسن نية المؤمن له، ففي حالة سوء نيته يكون الجزاء إبطال عقد التأمين مع احتفاظ المؤمن بالأقساط عن المدة اللاحقة حتى تقرير البطلان، وإذا ما حدث الخطر ودفع المؤمن التعويض يحق له المطالبة بإعادة هذه المبالغ².

أما إذا كان المؤمن له حسن النية وكان هناك شرط في عقد التأمين يقضي بإنقاص مبلغ التعويض الذي تدفعه شركة التأمين جراء تأخر المؤمن له عن ميعاد الإخطار، ففي هذه الحالة نكون أمام شرط تعسفي مادام المؤمن له كان حسن النية ولم تنجم أي خسارة للمؤمن بسبب هذا التأخير، وبالتالي يجوز للقاضي أن يعدل في هذا الشرط بأن يزيد من مبلغ التعويض ويرفعه إلى الحد الذي يزيل به التعسف عن المؤمن له، وحكم القاضي هنا هو حكم يلغي الالتزام العقدي الذي يقضي بتخفيض مبلغ التعويض، وينشئ التزاما جديدا بمبلغ الالتزام الجديد.

ونفس التحليل ينطبق على ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة 15 السالفة الذكر.

ثانيا: في عقد العمل

يعرف عقد العمل بأنه العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه لقاء أجر³، وهو من عقود الإذعان، وقد نظمته المشرع

¹ أحمد عبد الرحمن فايز، الشروط التعسفية في وثائق التأمين: دراسة في نطاق التأمين البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 11.

² وفقا لما تضمنته المادة 21 من الأمر رقم 95_07 السابق الذكر.

³ محمد مصطفى غازي زيدان، دور القاضي في تحقيق التوازن في عقد العمل دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2016، ص 283.

الجزائري بالقانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل¹.

وغالبا ما يتضمن عقد العمل شروطا تعسفية توضع من طرف صاحب العمل كونه الطرف القوي في العلاقة العقدية، وهذا ما يستدعي تدخل المشرع من أجل الحد من هذه الشروط وبالتالي إرجاع التوازن للعقد، ومثال ذلك تخفيض المدة القانونية للعمل بالنسبة للأشخاص الذين يقومون بأشغال شديدة الإرهاق وخطيرة أو التي ينجر عنها ضغط على الحالة الجسدية والعصبية.

فبحسب المادة 04 من الأمر رقم 97-03 المحدد للمدة القانونية للعمل²، فإنها تستثني هذه الحالة من المدة القانونية الأسبوعية للعمل والمحددة ب 40 ساعة أثناء ظروف العمل العادية طبقا للمادة 02 من الأمر نفسه.

غير أنه إذا تعلق الأمر بفئة الأشخاص الذين يقومون بأشغال شاقة فإن المادة 04 تجيز تخفيض المدة، كما تجيز رفعها لمناصب العمل المتضمنة فترات توقف عن النشاط، وقد أحالت نفس المادة أمر تحديد مقدار التخفيض أو الرفع إلى الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية.

والجدير بالذكر أنه في حالة عدم نص الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية على مقدار التخفيض أو الرفع، وعرض النزاع على القضاء، فإن القاضي يتدخل بسلطته التقديرية لرفع التعسف الواقع على العامل الذي يقوم بأشغال شاقة وخطيرة، ويقوم بتخفيض المدة وبالتالي فإن حكم القاضي بتخفيض مدة ساعات العمل إلى الحد الذي يرفع التعسف هو حكم منشئ للالتزام.

¹ القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر. عدد 17 الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1990.

² الأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997 يحدد المدة القانونية للعمل، ج.ر. عدد 03 الصادرة بتاريخ 12 جانفي 1997.

إن الأصل في عقد العمل أن يكون غير محدد المدة، وذلك طبقاً لنص المادة 11 من القانون 90-11¹، إلا أن هناك حالات استثنائية لإبرام عقد عمل محدد المدة حددتها المادة 12 من نفس القانون²، وبالرغم من أن المشرع قد استوجب ذكر مدة عقد العمل محدد المدة بصفة صريحة وواضحة، وأسباب المدة المقررة، غير أنه لم يحدد حداً أقصى ولا حداً أدنى لهذه المدة، وبالتالي فقد ترك أمر تقديرها للقاضي الذي يحدد ما إذا كانت مدة عقد العمل³ متطابقة مع الأسباب المذكورة لإبرام هذا النوع من العقود⁴.

يتعين على القاضي هنا الاستعانة بعدة معايير للتقدير قصد الوصول إلى التصريح إذا كانت مدة عقد العمل متطابقة مع السبب اللصيق بها أم أنها غير متطابقة معه⁵، وفي ظل غياب نص قانوني يحدد معايير تقدير هذه المدة فإنها تخضع لتقدير القاضي

¹ تنص المادة 11 من القانون 90-11 على أنه: «يعتبر العقد مبرماً لمدة غير محدودة إلا إذا نص على غير ذلك كتابة».

وفي حالة انعدام عقد عمل مكتوب، يفترض أن تكون علاقة العمل قائمة لمدة غير محدودة ".

² تنص المادة 12 من القانون 90-11 على أنه: "يمكن إبرام عقد العمل لمدة محدودة بالتوقيت الكامل أو التوقيت الجزئي في الحالات المنصوص عليها صراحة أدناه:

-عندما يوظف العامل لتنفيذ عمل مرتبط بعقود أشغال أو خدمات غير متجددة
-عندما يتعلق الأمر باستخلاف عامل مثبت في منصب تغيب عنه مؤقتاً، ويجب على المستخدم أن يحتفظ بمنصب العمل لصاحبه.

-عندما يتطلب الأمر من الهيئة المستخدمة إجراء أشغال دورية ذات طابع متقطع

-عندما يبرر ذلك تزايد العمل أو أسباب موسمية

-عندما يتعلق الأمر بنشاطات أو أشغال ذات مدة محدودة أو مؤقتة بحكم طبيعتها

ويبين بدقة عقد العمل في جميع الحالات، مدة علاقة العمل وأسباب المدة المقررة".

³ يقصد بمدة علاقة العمل، الفترة الزمنية التي يضع فيها العامل نشاطه وخبرته في خدمة مصلحة صاحب العمل وإدارته، وتحدد هذه المدة مبدئياً من قبل المتعاقدين، مع الأخذ بعين الاعتبار النصوص القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا الشأن، أنظر سليمان أحمية، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2002، ص 35.

⁴ فاطمة الزهراء بلهور، الحماية القانونية للعامل في عقد العمل محدد المدة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، 2016-2017.

⁵ عبد السلام ذيب، عقد العمل محدد المدة، مقال منشور في المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 2001، ص 24.

وحده، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه¹.

والجدير بالذكر أن التقيد بحرفية النص يقتضي وجوب ذكر مدة عقد العمل محدد المدة دائماً، ولكن ما هو الحال لو تعلق الأمر بحالة الاستخلاف عندما لا نعرف مدة الغياب، أو عندما يتعلق الأمر بأشغال مؤقتة بطبيعتها تنتهي بتحقيق موضوعها².

في مثل هذه الحالات، وفي ظل الفراغ التشريعي، فإن القاضي هو المنوط بالتدخل لتحديد مدة عقد العمل محدد المدة برفعها أو تخفيضها استناداً إلى سلطته التقديرية، وبذلك يكون قد أحدث التزاماً جديداً مصدره حكمه القضائي، وهذه إحدى الحالات التي يكون فيها حكم القاضي مصدراً للالتزام في عقد العمل³.

كما يمكن للقاضي في بعض الحالات، إعادة تكييف عقد العمل محدد المدة إلى عقد عمل غير محدد المدة وذلك في حالة استمرار علاقة العمل بعد انقطاع أجل العقد محدد المدة، والواقع أن هذه الحالة شائعة في الحياة العملية وهي ناجمة عن إهمال المستخدمين⁴. وتبعاً لذلك جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15/09/1998⁵ ما يلي:

«استمرارية علاقة العمل بعد انتهاء العقود محددة المدة يجعل من هذه الأخيرة عقوداً غير محددة».

¹ سناء شيخ، الحماية القانونية والقضائية للعامل في عقد العمل محدد المدة، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، مج 09، العدد 01، أبريل 2021، ص 39.

² سناء شيخ، المرجع نفسه، ص 39.

³ أما في حالة عدم احترام صاحب العمل للأحكام الواردة في المادة 12 من القانون 90-11 فهذا يؤدي إلى إعادة تكييف العقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة طبقاً لنص المادة 14 من نفس القانون.

⁴ سناء شيخ، المرجع السابق، ص 40.

⁵ قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، منشور بالمجلة القضائية لسنة 2001، العدد الثاني، ص 172.

وكذلك الشأن في حالة تجديد عقد العمل لأكثر من مرة حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/07/09¹ ما يلي:

«من المقرر قانوناً أن علاقة العمل التي تتجدد أكثر من مرة تصبح غير محددة المدة».

من خلال ما سبق، نخلص إلى أنه إذا كنا أمام عقد إذعان متضمن لشروط تعسفية، فإن القاضي ويتدخله لتعديل تلك الشروط المجحفة يكون قد ألغى الالتزامات العقدية أي تلك التي كان مصدرها العقد، وأقر التزامات جديدة مصدرها حكمه المنشئ، والذي خوله ذلك هي سلطته التقديرية الممنوحة له قانوناً، وحتى لو لم يرد حكم خاص في القوانين الخاصة ببعض عقود الإذعان في القانون الجزائري إلا أن تدخل القاضي بأحكام منشئة للالتزام يجد أساسه بالرجوع إلى القواعد العامة.

المبحث الثاني:

تعديل القاضي للشروط الجزائي إنشاء للالتزام جديد

إن من أهم ثمار مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود هو الشرط الجزائي، فهو مظهر من مظاهر الحرية التعاقدية التي كفلتها جل التشريعات.

فبالرغم من أن التعويض عن المسؤولية العقدية - أي عدم تنفيذ الالتزام - من وظيفة القضاء كأصل عام، إلا أن القانون يجيز للمتعاقدين تنظيم الجزاء المترتب عن عدم تنفيذ أحدهما التزاماته التعاقدية في نفس العقد الذي أنشأ التزاماتها الأصلية، فهو اتفاق احتياطي يتضمنه العقد كأحد شروطه يطبقه المتعاقدان في حالة التخلف عن تنفيذ التزاماتهما أو التأخر في تنفيذها.

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني، ص 110.

ولكن هذا التعويض قد يصل إلى درجة مبالغ فيها، وقد يكون أقل من الضرر الواقع مما يسبب العديد من المشاكل التي جعلت المشرع يقر آليات لتدخل القضاء بغرض إعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب خلل في الشرط الجزائي.

وبالتالي فلا بد من بيان استحقاق الشرط الجزائي (المطلب الأول) ثم سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (المطلب الثاني)

المطلب الأول:

استحقاق الشرط الجزائي

يعتبر الشرط الجزائي بمثابة اتفاق مسبق احتياطي ينظم قواعد المسؤولية العقدية بين أطراف العقد ببند يتضمنها العقد، وبمجرد أن تتوافر شروط تطبيق تلك القواعد، يلجأ المتعاقدان إلى تنفيذ تلك البنود.

ولبيان ذلك سنتطرق إلى مفهوم الشرط الجزائي (الفرع الأول) ثم شرط استحقاق الشرط الجزائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مفهوم الشرط الجزائي

إن دراسة مفهوم الشرط الجزائي تتطلب بيان تعريفه وخصائصه وأهميته.

أولاً: تعريف الشرط الجزائي

يعرف الشرط الجزائي على أنه ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره عن التنفيذ¹.

¹ عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1983، ص 07

كما عرفه البعض بأنه التعويض الذي يشترطه العاقدان في العقد ويقدرانه بنفسيهما بدلا من تركه للقاضي¹، ويكون مستحقا في حالة إخلال أحدهما بالالتزام الأصلي المقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي²، جزاء له على الإخلال وتعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك³، فالشرط الجزائي إذا ضمان لاحترام العقد وحرص على تنفيذه⁴.

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة ومتعددة كما هو الحال في عقود توزيع البضائع وعقود المقاولات وعقود البيع، كأن يشترط المشتري على البائع دفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم المبيع⁵، أو أن يشترط صاحب العمل دفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر المقاول عن تسليم المباني كلها أو بعضها في الوقت المحدد⁶.

ومن خلال هذه التعاريف يتبين أن الشرط الجزائي هو جزاء تعاقدية عن الإخلال في تنفيذ الالتزامات⁷، كما أنه اتفاق سابق على وقوع الضرر، وبالتالي فيجب أن يتوافر على نفس أركان العقد من رضا ومحل وسبب، لأنه وبالرغم من أن هذا الاتفاق يرد غالبا ضمن شروط العقد الأصلي، فإنه لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق على العقد⁸.

¹ عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات آثار الالتزام، نهضة مصر، ط 3، 2011، ص 851).

² زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود ومقارنته بالقوانين الحديثة والشرعية الإسلامية، الجزء 5، ط 1، منشورات المكتبة العصرية بيروت، ص 135.

³ سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان، القاهرة، 1997، ص 172.

⁴ صبحي الحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، دار المعلم، بيروت، ط 03، 1983، ص 469.

⁵ عبد المحسن الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983، ص 30.

⁶ محمود علي الرشدان، المرجع السابق، ص 77.

⁷ Jacque Mestre, l'obligation et les contrats spéciaux, revue trimestrielle de droit civil, n 03, septembre, 1994, p 584, 585.

⁸ العيد بورنان، الرقابة القضائية على الشرط الجزائي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 2، العدد 1، أفريل، 2017، ص 82.

وغالبا ما يتمثل الشرط الجزائي في دفع مبلغ من النقود ولكن هذا لا يمنع من أن يكون محله شيئا آخر غير النقود، كالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل¹، فقد يتمثل الشرط الجزائي في استحقاق جميع أقساط الدين عند التأخر عن دفع أحدها في تاريخ استحقاقها المتفق عليه في العقد، أو استحقاق المؤجر للمنشآت التي أقامها المستأجر في العين المؤجرة فيتأخر هذا الأخير عن تسليم العين المؤجرة عند انتهاء عقد الإيجار².

وقد أجاز المشرع الجزائري الشرط الجزائي صراحة، حيث نصت المادة 183 على أنه: «يجوز للمتعاقد أن يحددا مقدما بنود التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181».

وإذا كان الشرط الجزائي غالبا ما يكون في مجال المسؤولية العقدية، غير أنه لا يمنع أن يوجد في نطاق المسؤولية التقصيرية كاتفاق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار من النقود كتعويض مقدم عن الضرر الذي يصيبهم مستقبلا من الدخان المتصاعد من مداخن المصنع أو أصوات آلاته وضجيجها³.

ثانيا: خصائص الشرط الجزائي

من خلال التعاريف السابق ذكرها وكذا نص المادة 183 من القانون المدني، يتضح أن الشرط الجزائي يتميز بخصائص نوضحها فيما يلي:

¹ العيد بورنان، المرجع السابق، ص 81.

² إلياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزينغ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 1991، ص 19.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط1، 2010، ص 81.

1- الشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي

إن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع وليس التزاما أصيلا¹، أما الالتزام الأصلي الذي يتبعه الشرط الجزائي فهو ما التزم به المدين أصلا، سواء كان التزاما بنقل حق عين أو التزاما بالقيام بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل²، وبالتالي فإن الشرط الجزائي لا يمكن أن يقوم مستقلا بذاته، بل يكون تابعا للالتزام الأصلي وجودا وعدما³، ويترتب على خاصية التبعية نتائج نوجزها فيما يلي:

أ- بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي بالتبعية⁴، فإذا كان محل الالتزام الأصلي غير مشروع، فإن هذا الالتزام يعد باطلا وبالتالي يبطل الالتزام بالشرط الجزائي⁵، كما لو تعمد شخص ارتكاب جريمة تحت طائلة شرط جزائي يتمثل بمبلغ من المال، وكذلك إذا كان العقد قابلا للإبطال وتمسك به من له الحق في ذلك، فيسقط الالتزام الأصلي وبالتالي يسقط معه الشرط الجزائي⁶، ولكن بطلان الشرط الجزائي لا يتتبع بطلان الالتزام الأصلي⁷.

¹ Flour Jaques, Aubert Jean-Luc, Forti Valerio, Savaux Éric, Droit civil : les obligations, le rapport d'obligation, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000, p 152.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 860.

³ علال قاشي، الشرط الجزائي بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 04، العدد 02، جانفي 2020، ص 2258.

⁴ مزيان حماش، عماد جرابية، البدائل الشرعية للشرط الجزائي في الديون، مجلة المنهل الاقتصادي، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، المجلد 05، العدد 01، ماي 2022، ص 141.

⁵ خولة عواد، محمد مزيان، أحكام الشرط الجزائي في عقد البيع بالإيجار الوارد على السكنات، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران 1 أحمد بن بلة، ماي 2019، ص 67.

⁶ محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 83.

⁷ هشام إبراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي بالقانون المقارن، المركز الحكومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011، ص 118.

ب- إن فسخ العقد الذي أنشأ الالتزام الأصلي يؤدي مباشرة إلى زوال الشرط الجزائي كونه تابع له¹.

ج- إن سقوط الالتزام الأصلي نتيجة استحالة تنفيذه بقوة قاهرة يؤدي إلى سقوط الالتزام بالشرط الجزائي².

د- إن جميع الأوصاف التي تقتن بالالتزام الأصلي، تقتن بالتبعية بالالتزام بالشرط الجزائي، ويصير هذا الالتزام الأصلي موصوفا بنفس وصف الالتزام الأصلي، بأن يصبح مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط³.

2- الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام احتياطي

يعتبر الشرط الجزائي وسيلة احتياطية لا يلجأ إليها المتعاقدان إلا في حالة عدم تنفيذ الالتزام عينا أو التأخر في تنفيذه طبقا للعقد، ويترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي ما دام التنفيذ العيني ممكنا، كما لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا تنفيذ الالتزام الأصلي، أما في حالة استحالة التنفيذ بخطأ المدين، فللدائن حق المطالبة بقيمة الشرط الجزائي، وللمدين أن يعرض ذلك⁴.

والالتزام بالشرط الجزائي ليس التزاما بديلا فلا يستطيع المدين العدول عن تنفيذ الالتزام الأصلي بتنفيذ الشرط الجزائي كبديل عنه، كما أنه ليس التزاما تخييريا لأن الدائن لا يحق له الخيار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي وتنفيذ أي منهما⁵.

¹ العربي بلحاج، أحكام الالتزام بالقانون المدني الجزائري، دار هومة، ط 1، الجزائر، 2015، ص 225.

² نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، دار إحياء المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص 82.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 864.

⁴ محمود علي الرشدان، المرجع السابق، ص 78.

⁵ محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 85.

والجدير بالذكر أن الشرط الجزائي لا يمكن أن يجتمع مع التعويض لأنه بمثابة تعويض، إلا إذا كان القصد منه التعويض عن التأخر في التنفيذ¹.

3- الشرط الجزائي هو تقدير جزافي للتعويض

إن الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على التعويض²، كما أنه لا يعد السبب في استحقاق التعويض، فالتعويض ينشأ عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه³، ويترتب على ذلك أنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي كل شروط التعويض عن المسؤولية العقدية من خطأ وضرر، وعلاقة السببية، والإعذار، وهذا ما نصت عليه المادة 183 من القانون المدني بقولها:

«يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد من 176 إلى 181»⁴.

ثالثا: أهمية الشرط الجزائي

لقد انتشر الشرط الجزائي على الصعيد التعاقدى، نظرا لأهميته البالغة في الحياة العملية، فلا يكاد يوجد عقد يخلو من اتفاق مسبق لمقدار التعويض المستحق في حالة إخلال المدين بتنفيذ الالتزام أو تأخره عن التنفيذ⁵، وتكمن أهمية الشرط الجزائي فيما يلي:

1- ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدى

يعد الشرط الجزائي وسيلة فعالة وضمانة تكفل تنفيذ ما ورد في العقد من التزامات، فالمتعاقد إذا أدرك أنه في حالة إخلاله في تنفيذ التزاماته أو تراخيه فيها، يلزم بدفع شرط

¹ محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 85.

² محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية معاصرة، رسالة دكتوراه، كلية التربية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 2005، ص 17.

³ محمود علي الرشدان، المرجع السابق، ص 77.

⁴ محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 85.

⁵ العيد بورنان، المرجع السابق، ص 83.

جزائي، حمله ذلك على الوفاء بما التزم به وفي موعده المحدد¹.

وبهذا يؤمن المشتري نفسه خوفا من تقصير البائع في التسليم، ويؤمن البائع نفسه خوفا من التقصير في السداد، ويعزز المقرض فرص تحصيل مبلغ القرض، ويؤمن به صاحب العمل تقصير العمال، كالنص على خصم مبلغ معين من أجر العامل عند إخلاله بالتزاماته في العمل².

ومن هنا فإن الدافع إلى تضمين العقد شرطا جزائيا هو حاجة المتعاقدين إلى الأمان وزيادة الثقة في ضمان تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد.

2- تجنب المنازعات بين المتعاقدين

إن وجود الشرط الجزائي يمنع إلى حد كبير المنازعات التي يمكن أن تحدث بين المتعاقدين حول التعويض المستحق عند الإخلال بالالتزام التعاقدي أو التراخي في تنفيذه³ كونه يحدد المسؤولية التعاقدية، سواء كان مقدار التعويض المتفق عليه أقل من الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام وبالتالي يخفف من المسؤولية، وقد يكون الهدف منه تشديد المسؤولية إذا تجاوز مقدار التعويض الاتفاقي حجم الضرر الحاصل عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه⁴.

3- نقل عبء إثبات الضرر

تبعاً للقواعد العامة في التعويض، يتعين على الدائن لكي يتحصل على التعويض إثبات الضرر الناتج عن خطأ المدين⁵، وبالرغم من أن بعض التشريعات كالتشريع

¹ زكي الدين شعبان، الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، مقال بمجلة الحقوق والشريعة، العدد 2 جوان، 1977، ص 126.

² حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، مطبعة مصر، 1945، ص 443.

³ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 23.

⁴ أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 62.

⁵ العيد بورنان، المرجع السابق، ص 83.

الفرنسي يجعل من الشرط الجزائي وسيلة لإعفاء الدائن من إثبات الضرر، حيث يعتبر أن مجرد الإخلال بالالتزام العقدي أو التراخي عن تنفيذه يُعد إضراراً بالدائن حتى لو لم يثبت الدائن ذلك¹، إلا أن المشرع الجزائري يقيم قرينة قانونية على أن إخلال المدين بالالتزام قد سبب ضرراً للدائن فلا يكلف بإثبات هذا الضرر، وبالتالي يترتب على المدين نفي هذه القرينة بإثبات أن الدائن لم يلحقه الضرر²، وبذلك فإن الشرط الجزائي يفيد في نقل عبء إثبات الضرر من الدائن إلى المدين³.

الفرع الثاني:

شروط استحقاق الشرط الجزائي

يشترط لتطبيق الشرط الجزائي توافر الشروط العامة في المسؤولية المدنية، من خطأ المدين وضرر يصيب الدائن، وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، وإعذار المدين⁴، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 182 والمادة 183 من القانون المدني، فلا بد على القاضي قبل أن يبدأ عمله في إجراء التعديل المناسب أن يبحث توافر هذه الشروط.

أولاً: شرط الخطأ

يترتب على أن الشرط الجزائي تعويض، أنه لا يستحق إلا إذا حصل خطأ من المدين⁵، ويقصد بالخطأ عدم قيام المتعاقد بتنفيذ ما التزم به في العقد أو تأخر عن تنفيذه، فلا مجال لإعمال الشرط الجزائي إذا لم يقم المتعاقد بخطأ لأنه تعويض لتقدير قد

¹ محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 86.

² نور الإسلام فرقاني قويدر، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، محمية الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، الحاج لخضر، المجلد 07، العدد 02، ماي 2020، ص 1661.

³ محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 87.

⁴ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 140.

⁵ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 330.

استحق¹، ويشترط أن يكون هذا الخطأ منسوبا للمدين².

ويقع عبء إثبات الخطأ على الدائن، إلا إذا كان الالتزام العقدي الذي قصد المدين الوفاء به التزاما بتحقيق نتيجة، فيكتفي الدائن بإثبات عدم تحققها، فإن فعل فيفترض الخطأ في جانب المدين، ويكون عليه إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي³، لقطع علاقة السببية بين خطئه والضرر الذي أصاب الدائن، وفي ظل ذلك فإن تقرير مسؤولية عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ تتوقف على سبب الاستحالة، فإذا أثبت أنها راجعة إلى سبب أجنبي تنتفي مسؤوليته، إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بتحميل المدين تبعة استحالة التنفيذ الناتجة عن سبب أجنبي، ففي هذه الحالة تبقى المسؤولية قائمة ويكون التعويض مستحقا⁴.

أما لو كان الدائن هو من تسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين للالتزام أو التأخر في تنفيذه، فيعتبر الفقهاء أن ذلك يحرمه من استحقاق الشرط الجزائي، حيث يرون أن نظرية الشرط الجزائي تتماشى مع نظرية المسؤولية العقدية، وتدعيما لهذا الموقف ذهبت بعض التشريعات ومن بينها القانون الجزائري الذي نص في المادة 177 من القانون المدني الجزائري أنه:

«يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه»⁵.

¹ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، التعامل بالشرط الجزائي بين الشرعية والقانون، مكتبة الوفاء القانونية، ط 1، 2013، ص 728.

² إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، دراسة مقارنة فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ط 1، سنة 2003، ص 54.

³ أنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 74.

⁴ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 116.

⁵ العيد بورنان، المرجع السابق، ص 87.

ثانيا: شرط الضرر

يشكل الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية، ولكي يستحق الدائن الشرط الجزائي، لابد من أن يلحق به ضرر جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فإذا أخل المدين بالتزامه ولم يصب الدائن ضررا فلا يكون المدين ملزما بالشرط الجزائي¹، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة 184 من القانون المدني الجزائري بقولها:

«لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر».

إن إثبات ركن الضرر كقاعدة عامة يقع على عاتق من يدعيه، فالدائن هو المكلف بإثبات الضرر، غير أن ذلك متاح في قواعد المسؤولية العقدية، دون نطاق الشرط الجزائي الذي جعله المشرع الجزائري مختلفا في عبء إثباته²، فقد نقله من الدائن إلى المدين وفقا لما نصت عليه المادة 184 أعلاه، أي أن الضرر مفترض فلا يكلف الدائن بإثباته، وإنما على المدين أن يثبت عدم تحقق الضرر حتى يتخلص من الشرط الجزائي، ومفاد ذلك أن الشرط الجزائي وإن لم يستبعد ركن الضرر إلا أنه ينقل عبء الإثبات في خصوص هذا الركن من الدائن إلى المدين³.

ثالثا: علاقة السببية

لا يكتفي القاضي عند بحثه في الشروط اللازمة لتطبيق أحكام الشرط الجزائي المقررة قانونا والتي تتيح له التدخل في تعديل مضمونه أو إنهائه بثبوت خطأ المدين أو بثبوت أن ضررا لحق بالدائن، أي أن تحقق شرط الخطأ وشرط الضرر لا يكفي لإعمال

¹ أمين دواس، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار الشروق، الأردن، 2005، ص 211.

² قويدر نور الإسلام فرقاني، المرجع السابق، ص 1661.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 858.

الشرط الجزائي إلا إذا توافرت علاقة السببية بينهما¹، أما في حالة انتفاء هذه العلاقة بين الخطأ والضرر كأن يكون الضرر اللاحق بالدائن لم ينشأ نتيجة خطأ من المدين، فالمسؤولية لا تقوم إذا كان السبب الأجنبي هو الذي أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق بالدائن، وقد يتمثل السبب الأجنبي في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، كما قد يكون بفعل الدائن أو بفعل الغير، وبالتالي يكون عدم التنفيذ أو التأخر عن التنفيذ لا علاقة للمدين به².

وقد تنتفي علاقة السببية بأن يكون الضرر الذي أصاب الدائن غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرا ولكنه غير متوقع، لأن التعويض في المسؤولية العقدية لا يستحق إلا عن الضرر المتوقع³، والضرر المتوقع هو ما كان محتمل الحصول ويمكن توقعه، فكل ضرر متوقع يكون ضرا مباشرا، ولكن ليس كل ضرر مباشر يكون ضرا متوقعا، فمن الأضرار المباشرة ما لا يمكن توقعه، وما ليس محتملا حصوله، ويبرز حصر التعويض في هذه الحالة على الضرر المتوقع، أن المتعاقدين عند إبرام العقد حددا ما بينهما من التزامات، وبالتالي حددا مدى التعويض، وهو يقتصر على ما كان يمكن أن يدخل في اعتبارهما وقت التعاقد، وهو الضرر المتوقع، أما الضرر غير المتوقع فلا يمكن القول بأن إرادتهما انصرفت إلى التعويض عنه⁴، إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم فإن المدين يعرض الدائن عن الضرر المتوقع وغير المتوقع طبقا للفقرة الثانية من المادة 182 من القانون المدني الجزائري.

¹ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 331.

² أنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 175.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 859.

⁴ محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 66.

رابعاً: شرط الإعذار

يقصد بالإعذار وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه¹، ويعتبر الإعذار شرطاً لاستحقاق الشرط الجزائي، وذلك طبقاً لنص المادة 179 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:

«لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك».

ويكون الإعذار بإنذار المدين أو بما يقوم مقام إنذاره، كما يجوز أن يتم عن طريق البريد، أو أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر، وذلك طبقاً لنص المادة 180 من القانون المدني الجزائري. فإذا لم يقم المدين بإعذار مدينه في الحالات التي يفرض عليه القانون ذلك، فلا مجال لإعمال الشرط الجزائي، حيث أن مجرد الاتفاق على الشرط الجزائي لا يتضمن الإعفاء من وجوب الإعذار في الحالات التي تستوجبها²، ذلك أنه يفترض مع عدم الإعذار أن يكون الدائن راضياً أو على الأقل متسامحاً عن عدم التنفيذ، وذلك يعتبر قرينة على عدم وجود ضرر أصابه من إخلال المدين بالتزاماته³.

بناءً على ما سبق، فإن القاضي ملزم بأن يبحث ويتأكد من توافر شروط إعمال الشرط الجزائي، فيتحقق من وقوع خطأ من المدين أدى إلى ضرر للدائن، ثم إذا كان الدائن قد أعذر المدين بضرورة التنفيذ، وكل ذلك حسب سلطته التقديرية التي منحها له المشرع، وبمجرد وقوفه على كل ذلك، فإنه يحكم بالتعويض المقرر في الشرط الجزائي.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 830

² حيث حددت المادة 181 الحالات التي يعفى فيها الدائن من إعذار المدين كالتالي:

-إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين

-إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل مضر

-إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك

-إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص

المطلب الثاني:

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

إذا ما انتهى القاضي إلى توافر كل الشروط السابقة كعناصر أساسية تقوم عليها مسؤولية المدين، فإنه يحكم بالتعويض المقرر في الشرط الجزائي.

ولما كان هذا التعويض قد قدر مقدما وبعيدا عن مقدار الضرر، فمن الطبيعي حتما أن يختلف التقدير عن مقدار الضرر الحقيقي الذي أصاب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره عن تنفيذه، ولهذا فقد ارتأت مختلف التشريعات ومنها المشرع الجزائري، منح القاضي سلطة التدخل في تعديل مقدار التعويض الاتفاقي بما يتناسب ومقدار الضرر الحاصل، وذلك من خلال تخفيض مقدار الشرط الجزائي في حالة المبالغة فيه من قبل المتعاقدين، أو زيادة مقدار الشرط الجزائي في حالة كون الشرط الجزائي منخفضا.

وينقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول سلطة القاضي في حالة ارتفاع مقدار الشرط الجزائي أو انخفاضه بشكل مفرط، وسنتناول في الفرع الثاني سلطة القاضي في حالة تنفيذ المدين لجزء من الالتزام الأصلي.

الفرع الأول:

سلطة القاضي في حالة ارتفاع مقدار الشرط الجزائي أو انخفاضه بشكل مفرط

يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي ليصبح متناسبا مع الضرر الذي لحق الدائن، نتيجة إخلال المدين بالتزامه التعاقدي، وقد منح المشرع هذه السلطة للقاضي من خلال نص المادة 184 من القانون المدني الجزائري بقولها:

«يجوز للقاضي أن يخفض التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا وأن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه».

كما يجوز للقاضي كذلك زيادة مقدار الشرط الجزائي إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي وأثبت الدائن أن هذا التجاوز جاء نتيجة لارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما، وذلك حسب نص المادة 185 التي تنص على أنه:

«إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن المطالبة بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما».

أولاً: مبررات التعديل

إذا كان التعويض المحدد في الشرط الجزائي مرتفعاً أو منخفضاً بشكل فيه إفراط كبير، فإن للقاضي سلطة تخفيضه أو زيادته طبقاً لنص القانون، وقد أرجع الفقهاء مبررات هذه السلطة إلى مجموعة من الحجج التي أثبتت أن سلطة القاضي هي الحل الأمثل بين إفراط مبدأ ثبات العقد واستقرار المعاملات وتفريط نظام الشرط الجزائي الذي وضعه أطراف العقد¹، وسنوجز أبرز تلك الحجج فيما يلي:

1- إن ارتفاع مقدار الشرط الجزائي أو انخفاضه بشكل مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، يتنافى مع روح العدالة، مما يلحق أضراراً بالغة بأحد المتعاقدين، وهذا ما يتعارض حتى مع الهدف من إبرام العقود².

2- لا يعد الشرط الجزائي سبباً في استحقاق التعويض، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدماً وفقاً لما تم تحديده بين أطراف العقد حسب الاتفاق، وبالتالي فإن اتضح أن الضرر الذي وقع فيه أحدهم لم يكن بمقدار ظن أطراف العقد قبل وقوعه، وأن تقديرهم كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة سواء كان ذلك بالارتفاع أو الانخفاض، فإن الأمر لا يخلو من سوء أو غلط في التقدير الاقتصادي للضرر، وقد يكون نوعاً من الضغط الذي

¹ حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام والتأخر فيه، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 223 و224.

² حميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص 79، 80.

وقع على الطرف الضعيف، في العقد فقبل شرطا يعلم مسبقا أنه مجحف، وفي الحالتين يكون العقد في شقه المتعلق بتقدير الشرط الجزائي واجب التعديل إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر الحاصل¹.

3- إن عدم إعطاء القاضي سلطة تعديل مقدار الشرط الجزائي في هذه الحالة يدفع المتعاقدين إلى إدراج شروط جزائية مرتفعة جدا أو منخفضة إلى درجة كبيرة²، فالدائن الذي لا يتوقع من القاضي أي سلطة للتعديل سيسعى إلى تغطية مركزه من أي ضرر محتمل الوقوع مهما كان بعيدا، مما يؤدي إلى وضع شروط جزائية مرتفعة، لأن المدين وهو لا يتوقع أي تخفيض للجزاء يريد تغطية أقرب الاحتمالات المتوقعة مهما كانت قوية³.

4- تقتضي طبيعة الشرط الجزائي باعتباره اتفاقا على تقدير التعويض أن تكون سلطة القضاء حياله سلطة خاصة، تختلف عن سلطته بالنسبة لبقية الاتفاقات، فبينما تقتصر سلطة القضاء على تفسير الاتفاقات بصفة عامة دون الخروج عن شروطها إلا في حالة احتوائها على شروط تعسفية حددها القانون، فإننا نجد أن الاتفاق مقدما على تقدير التعويض في الشرط الجزائي هو بمثابة السماح للأفراد بأن يقوموا مقام القضاء في هذا التقدير، ولذلك كان لزاما إخضاع اتفاقاتهم هذه إلى سلطة واسعة من القضاء تمكنه من الرقابة على مدى التزامهم بقواعد تقدير التعويض دون مغالاة أو تعسف⁴.

5- إن القول بعدم التعديل في مثل هذه الحالة يخشى أن يحول كافة عقود المعاوضة إلى عقود احتمالية، لأن فكرة الاحتمال والجزائية لا تتلازم مع عقود المعاوضة، فمن الصعب في هذه العقود تقدير الضرر وقت إبرام العقد، وإذا كان من

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 875 و 876.

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 335.

³ عبد المحسن سعد الرويشد، المرجع السابق، ص 380.

⁴ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 59.

الممكن في بعض الحالات القيام بهذا التقدير وقت إبرام العقد فلماذا يكون التقدير جزافيا وغير متناسب مع الضرر، حيث لا يوجد سبب لذلك في الواقع¹.

6- إن من المبادئ المسلم بها في التعاقد وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فإذا كان الشرط الجزائي مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة فإنه ليس من حسن النية في شيء أن يطالب الدائن أو المدين حسب الحالة بتنفيذ هذا الشرط، لأن من يطالب بتنفيذه على الرغم مما ينطوي عليه من تعسف يعتبر سيء النية، فهو يدرك أن المطالبة سترتب عليها أن يأخذ أكثر مما له، أو يعطي أقل مما عليه وبدرجة كبيرة².

ثانيا: مظاهر التعديل

يتدخل القاضي ليقوم بتعديل مقدار الشرط الجزائي من خلال تخفيضه في حالة المبالغة في تقديره، ورفع في الحالة التي يكون فيها منخفضا بشكل مبالغ فيه.

1- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي في حالة المبالغة في تقديره

يخول المشرع للقاضي سلطة تخفيض التعويض الاتفاقي إذا ما تبين أنه مبالغ في تقديره إلى درجة كبيرة، فقد يتخذ الشرط الجزائي طابعا تهديديا بحيث يكون مقداره أكثر بكثير من مقدار الضرر الذي يمكن أن يترتب عن إخلال المدين بالتزامه التعاقدي³.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس الذي منحت عليه سلطة تخفيض الشرط الجزائي للقاضي، فذهب جانب منهم إلى أن أساس سلطة القاضي في تخفيض مقدار الشرط الجزائي هو الطابع التهديدي الذي يتسم به هذا الشرط إذا تجاوز مقدار الضرر الحاصل بدرجة مبالغ فيها، إذ أن الشرط الجزائي يتضمن عقوبة يفرضها الدائن على المدين - حسب رأيهم - وبما أن الدائن لا يملك مثل هذا الحق، فإن سلوكه يكون مخالفا

¹ Samir Tanagho, op. cit, p 174 – 175.

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 336.

³ شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، منشأة المعارف، ط 1، الإسكندرية، 1961، ص 225.

للقانون، ومن هنا يقوم القاضي بتعديل مقدار الشرط الجزائي بتخفيضه قد يكون متناسبا مع جسامه الضرر الحاصل للدائن¹.

في حين أرجع جانب آخر من الفقه سلطة القاضي في تخفيض مقدار الشرط الجزائي إلى ما يتسم به هذا التعويض من كونه تعويضا جزافيا، قدره المتعاقدان مقدما قبل وقوع الضرر، ومن ثم بيان مبالغتهما في هذا التقدير أمر وارد، طالما أنهما لا يعلمان مقدار الضرر الذي يترتب عن إخلال المدين بالتزامه التعاقدي².

ولعل هذا الاتجاه الفقهي جدير بالتأييد، إذ أن الوظيفة الرئيسة للتعويض هي جبر الضرر، فالتعويض ليس عقوبة تفرض على المدين، كما أنه لا يمكن أن يكون مصدر إثراء للدائن على حساب المدين، ومن ثم يتعين إجراء موازنة بين مقدار الضرر ومقدار التعويض، وحيث أن القضاء مكلف بتطبيق أحكام القانون وتحقيق العدالة فإن مهمة إجراء مثل هذه الموازنة تناط بالقاضي³.

ويقع عبء إثبات المبالغة في مقدار الشرط الجزائي على عاتق المدين المدعي، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن أن يثبت المدين أن التقدير الوارد في الشرط الجزائي يزيد عن مقدار الضرر الذي وقع له فعلا، بل يتعين عليه إثبات أن هذا التقدير قد انطوى على مبالغة بدرجة كبيرة بحيث لا تتناسب مع حجم الضرر الحاصل، فإذا أثبت ذلك، يجوز للقاضي أن يخفض مقدار التعويض إلى الحد الذي يكون مساويا للضرر⁴، وللقاضي كامل السلطة التقديرية في تحديد حجم المبالغة في التعويض المشروط، أو فيما يراه مناسبا لتخفيضه، وكل ما عليه هو بيان الدليل على المبالغة حتى لا يكون حكمه

¹ Pierre Arminjon, Baror, Boris Martin Dolf, traite de droit comparé, Librairie General de Droit et de jurisprudence, Paris 1950, Tome 2, 122.

² جلال علي العدوي، أحكام الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985، ص 147.

³ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 312 و 313.

⁴ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 339.

مشوبا بالقصور¹.

والجدير بالذكر أن تخفيض القاضي لمقدار الشرط الجزائي في هذه الحالة هو تعديل يؤدي إلى تجديد ضروري وأمر ومنشئ لالتزام قضائي، وبما أن سلطة القاضي هنا هي سلطة تقديرية لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، فإن القاضي يحل التزاما قضائيا محل الالتزام العقدي².

وبالتالي فإن حكم القاضي بتخفيض مقدار الشرط الجزائي في حالة المبالغة في تقديره من قبل المتعاقدين، يعد مصدرا للالتزام طبقا للقانون المدني الجزائري.

2- سلطة القاضي في زيادة مقدار الشرط الجزائي

يتولى القضاء رفع مقدار التعويض المحدد في الشرط الجزائي في حالتين حددهما المشرع من خلال نص المادة 185 من القانون المدني الجزائري، وهما حالة عدم الوفاء بالالتزام العقدي بسبب غش المدين، وحالة الوفاء المقترن بخطأ جسيم يصدر من المدين، إذا كان الضرر الناشئ عن هاتيه الحالتين يتجاوز في مقداره التعويض الاتفاقي³، حيث نصت المادة 185 على أنه:

«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».

يتبين لنا من هذا النص أن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بقيمة الشرط الجزائي الذي يعد في هذه الحالة بمثابة تخفيف من المسؤولية، والاتفاق على تخفيف

¹ عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري- دراسة تحليلية وتأسيسية مقارنة، دار الشمس للطباعة، القاهرة، 2006، ص 134.

² سمير تناغو، الالتزام القضائي، المرجع السابق، ص 142 و 143.

³ طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام في الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ط 1، القاهرة، ص 73.

المسؤولية أمر جائز¹، وبناء عليه لا يملك القاضي الحق في رفع مقدار التعويض الاتفاقي مهما بدا ضئيلاً قياساً بالضرر الحاصل للدائن².

ويرى جانب من الفقه أن مجرد انخفاض قيمة التعويض المتفق عليه عن مقدار الضرر الحاصل لا يمكن اعتباره دليلاً على انصراف نية المتعاقدين - وخاصة الدائن - إلى تحقيق المسؤولية العقدية للمدين، ذلك لأن الاتفاقات على الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها يعد استثناء من المبادئ العامة في المسؤولية العقدية، والاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن القواعد العامة في المسؤولية العقدية تقرر بأن كل اتفاق على الإعفاء من المسؤولية يعد باطلاً ولا يعمل به عند ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً³، وبالتالي يلزم القاضي بتقرير بطلان مثل هذه الاتفاقات، وهذا على خلاف ما يتمتع به القضاء من سلطة في ظل المادة 185 من القانون المدني والتي تقرر للقضاء صلاحية التعديل، من خلال زيادة مقدار التعويض الاتفاقي وليس إبطال الشرط الجزائي⁴.

ويرجع أصحاب هذا الرأي أن المسوغ القانوني الصحيح لجواز زيادة مقدار التعويض الاتفاقي عند ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً، يتلخص في أن التعويض المحدد في الشرط الجزائي ليس اتفاقاً يتناول تقدير التعويض لمواجهة الضرر المتوقع فقط، وارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً ليس بالضرر المتوقع حصوله عند التعاقد⁵، ويبدو أن مبررات هذا الرأي أقوى وأدق.

¹ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 339.

² Christian Larrormet, Droit civil, Tome 3, les obligations, 3^{ème} édition, Économie, Paris 1996, p 743.

³ قصي سلمان هلال، الشرط الجزائي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون، جاسم، بغداد، 1996، ص 142.

⁴ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 320.

⁵ قصي سليمان هلال، المرجع السابق، ص 142.

وبالرجوع إلى نص المادة 185 من القانون المدني الجزائري، يتضح أنه إذا لحق الدائن ضرر نتيجة غش المدين أو خطئه الجسيم فإن القاضي يتدخل ويزيد من مقدار التعويض المحدد في الشرط الجزائي حتى يصبح متناسبا مع الضرر الحاصل للدائن، ويقع عبء إثبات أن المدين قد قام بغش أو خطأ جسيم على عاتق الدائن.

ويعرف الغش بأنه اتجاه الإرادة إلى ارتكاب فعل أو ترك فعل قصد الإضرار بالغير¹، فهو ينطوي إذن على عنصر التضليل²، كما عرفه آخر بأنه إظهار أحد المتعاقدين أو غيره العقد بخلاف الواقع بوسيلة قولية أو فعلية³، وكتمان وصف غير مرغوب فيه لو علم به المتعاقد الآخر لامتنع من التعاقد⁴.

ومن خلال هذه التعاريف يتضح لنا أن الغش ينطوي على نية الإضرار بالدائن، صاحب تنفيذ المدين لالتزامه⁵، وبالتالي فإنه يتعارض بشكل جلي مع مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود⁶، ونظرا لكون الغش قائما على عنصر مادي يتمثل في المسلك السلبي الذي سلكه المدين عند تنفيذه للالتزام، وعنصر نفسي يتمثل في اتجاه نية المدين للإضرار بالدائن فإن مسألة إثبات العنصر المعنوي للغش أمر صعب إن لم يكن مستحيل الإثبات⁷.

¹ Planiol, M. et Ripert, G., Traite pratique de droit civil français, Tome 6, 1952, p 199.

² محمد، محمود محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقه الإسلامي، جامعة المنصورة، مطبعة دريم، 2004، ص 48.

³ عبد الله بن ناصر السلمي، الغش وأثره في العقود، ج 1، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2004، ص 33

⁴ أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، ج 4، المكتبة الجامعية الحديثة، الإسكندرية، ط 4، 2006، ص 319.

⁵ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، ط 1، بغداد، 1965، ص 87

⁶ تغريب رزيقة، الشرط الجزائي من سلطان الإرادة وسلطة القاضي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 15، العدد 01، أبريل 2022، ص 2308.

⁷ قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015-2016، ص 106.

أما الخطأ الجسيم فقد عرف بأنه الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، وهو خطأ أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به¹، كما عرف أيضا بأنه القصور عن عناية أقل الناس عناية وعدم توقع ما يتوقعه الكافة².

إن ممارسة القاضي لسلطة في زيادة مقدار التعويض الاتفاقي إنما هي سلطة متوقفة على طلب يقدمه الدائن بهذا الشأن، بعد أن يتولى تقديمه الإثبات الكافي أمام القضاء بأن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما وأن الضرر الناجم عن ذلك إنما هو ضرر يفوق مقدار التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي³.

وبما أن المشرع الجزائي لم يحدد نسبة الزيادة التي يتعين على القاضي الالتزام بها في هذه الحالة فيكون حرا وفقا لسلطته التقديرية على حسب ظروف القضية وحسن نية أطراف العقد كما يمكنه الاستعانة بالخبرة ليكون أكثر دقة⁴.

ويعتبر حكم القاضي الذي يقضي بزيادة مقدار الشرط الجزائي مجددا للالتزام المحدد للشرط الجزائي، وبالتالي فإنه يلغي الالتزام القديم ويحل محله الالتزام بالزيادة، أي أن حكم القاضي هنا مصدر للالتزام وفقا للقانون المدني الجزائي.

ثالثا: ضوابط التعديل

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن مهمة القاضي في تعديل الشرط الجزائي الذي ينطوي على زيادة أو تخفيض بشكل مبالغ فيه، هي مهمة على قدر من الصعوبة والتعقيد، ولذلك اختلف الفقهاء حول تحديد معيار للمبالغة التي تتيح للقاضي التدخل في تخفيض مقدار

¹ عبد الحميد عمر وشاحي، نظرية الالتزامات في القانون المدني، بغداد، 1949، ص 194.

² حسن زكي الإبراهيمي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ص 156.

³ شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وأحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 225.

⁴ أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، ج 3، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1978، ص 696، 697.

التعويض المبالغ فيه أو في رفعه إلى الحد الذي يتلاءم مع الضرر في حالة الغش والخطأ الجسيم.

أما عن معيار تحديد المبالغة في تقدير التعويض الاتفاقي فقد انقسم الفقه بشأنه إلى قسمين، حيث اعتبر بعض الفقهاء أن تحديد المبالغة في تقدير التعويض الوارد في الشرط الجزائي إنما يتولى القضاء قياسه وفقاً للمعيار الشخصي، فيأخذ القاضي بعين الاعتبار أهمية الالتزام التعاقدي والوضع الاقتصادي العام للعقد، وحسن نية المدين بالنسبة للالتزام الذي ينفذه بالإضافة إلى الوضع المالي للمدين وحالته الصحية ودوافع إخلاله بالالتزام¹.

إلا أن هذا الرأي قد انتقد من غالبية الفقهاء الذين يعتبرون أن تحديد المبالغة في الشرط الجزائي إنما يجب أن يتم وفقاً للمعيار الموضوعي، من خلال مقارنة القاضي بين مقدار الشرط الجزائي وجسامة الضرر الناجم عن الإخلال بتنفيذ الالتزام².

الفرع الثاني:

سلطة القاضي في حالة تنفيذ المدين لجزء من الالتزام الأصلي

إن الهدف من وضع الشرط الجزائي أصلاً هو ضمان تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، ولذلك إذا قام المدين بتنفيذ بعض الالتزامات الأصلية أو جزء منها فإن للقاضي أن يخفض مقدار التعويض المحدد في الشرط الجزائي الذي اتفق عليه أطراف العقد، ويرجع ذلك إلى مجموعة من المبررات³.

أولاً: مبررات التخفيض

إن تخفيض القاضي لمبلغ التعويض المحدد في اتفاق المتعاقدين في حالة تنفيذ

¹ Denis Mazeaud, la notion de clause pénale, Librairie général de droit et de jurisprudence, Paris, 1992, p 57.

² Yvain Buffelan, Lanare, Droit civil, 5^{ème} édition, Maisson Paris, 1995.

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 343.

المدين لجزء من التزامه الأصلي يجد ما يبرره وفقا لما يلي:

1- إن تخفيض القاضي مبلغ التعويض الاتفاقي في حالة تنفيذ المدين لجزء من التزامه يتفق بشكل جلي مع إرادة المتعاقدين ونظام العقد عموماً¹، إذ أن إرادتهما قد نصت على الشرط الجزائي لتغطية عدم التنفيذ الكلي للالتزام، فإذا لم يتوافر هذا الوضع، فمن الطبيعي والواجب تخفيض مقدار التعويض ليتناسب مع الالتزامات المتبقية².

2- إن القول بعدم التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي سيوقعنا في تناقض، فواقعة التنفيذ التي يقوم بها المدين ستكون سببا في زيادة مسؤوليته بدلا من تخفيفها، وبالتالي سيكون في وضعه أسوأ مما لو لم ينفذ التزامه البتة³.

3- باعتبار أن من مبررات تدخل القاضي لتعديل العقود عموماً هو محاولة موازنة جسامته الضرر مع التعويض، فإن هذا يستدعي تخفيض القاضي لمبلغ التعويض الاتفاقي في هذه الحالة، لأن الضرر في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي أقل جسامته من الضرر الحاصل في حالة عدم التنفيذ الكلي الذي وضع على أساسه الشرط الجزائي، وبالتالي أن يقوم القاضي بتخفيض الجزاء ليتناسب مع الضرر الحاصل⁴.

4- إن العدالة تقتضي ألا يلتزم المدين بدفع مبلغ تعويض مقرر عن عدم تنفيذ كلي للالتزام، إذا نفذ جزء منه، وبالتالي فمن الطبيعي أن يتدخل القاضي ليخفض ذلك المبلغ ويلزمه بما يعادل الجزء المتبقي من الالتزام غير المنفذ.

ثانيا: مظاهر التخفيض

إذا قام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا جزئيا فللقاضي أن يحكم بتخفيض مقدار التعويض

¹ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 140.

² حسين محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 228.

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 344.

⁴ عبد المحسن سعد الرويشد، المرجع السابق، ص 445.

المحدد في الاتفاق إلى الحد الذي يتناسب مع الجزء الباقي من دون تنفيذ الالتزام¹، وهذا ما نصت عليه المادة 184 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية بقولها:

«ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه

ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه».

ويستفاد من هذا النص بأن المشرع الجزائري منح سلطة تخفيض مقدار التعويض بسبب التنفيذ الجزئي للسلطة التقديرية للقاضي، ولكن دون أن يضع له معايير لموازنة مقدار التعويض مع حجم التنفيذ الجزئي فقد يكون التنفيذ الجزئي للالتزام تافهاً، أو قد يكون الالتزام غير قابل للانقسام، وبالرجوع إلى رأي الفقه بشأن ذلك نجد أن الفقهاء قد اشترطوا توافر شروط معينة حتى يتمكن القاضي من ممارسة سلطته التقديرية في التخفيض².

1- أن يكون التنفيذ الجزئي ممكناً

توجد بعض الالتزامات غير قابلة للانقسام بطبيعتها كالالتزام بنقل حق عيني مثل نقل ملكية منزل، أو الالتزام بترتيب حق رهن، أو حق ارتفاق³، وفي هذه الحالة فإن إمكانية تنفيذ المدين لجزء من الالتزام الأصلي من أجل الاستفادة من تخفيض القاضي للشرط الجزائي أمر غير وارد لأن الالتزام الأصلي لا يقبل الانقسام.

2- ألا يكون التنفيذ الجزئي معيباً

إذا كان محل الالتزام لا يقبل الانقسام بموجب اتفاق الطرفين، وقام المدين بالوفاء بجزء منه، فإنه يكون مخالفاً للاتفاق المبرم بينه وبين المتعاقد الآخر، وعندئذ يكون تنفيذه

¹ أنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 77، 78.

² Pierre Arminjon Baror, Boris Martin Wolf, Op cit.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحالة، الانقضاء، مج 03، نهضة مصر، ط 3، 2015، ص 375.

هذا معيبا وغير ذي أثر قانوني، إذا لا يعتبر التنفيذ المعيب تنفيذا من قبل المدين لالتزامه، وبالتالي لا يكون هناك مجال لإعمال سلطة القاضي في تخفيض مقدار الشرط الجزائي بحجة قيام المدين بتنفيذ جزء من الالتزام الأصلي¹.

3- أن يكون التنفيذ الجزئي مفيدا

إذا ثبت أن ما أقدم عليه المدين من تنفيذ لن يعود على الدائن بأي مغنم، فإن سلطة القاضي في التخفيض ليس لها ما يبررها، وكذلك الحال إذا كان التنفيذ الجزئي ذا فائدة ولكن الجزء غير المنفذ يتسبب في نفس الأضرار التي تتطلب استحقاق الشرط الجزائي كله²، والعبرة في اشتراط الفائدة تكون بالمحصلة النهائية، فلو حصل الدائن على فائدة من التنفيذ الجزئي ولكن عدم التنفيذ الكامل يتسبب في أضرار تقوت ما جناه من فائدة، فإن هذه الأخيرة تذهب بتلك³.

4- أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام

يجب أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، حتى يمكن تخفيض الشرط الجزائي، ولا يمكن للمدين أن يجبر الدائن على قبض جزء من الالتزام حتى ولو كان هذا الالتزام قابلا للانقسام وذلك حسب ما اعتمده المشرع الجزائري من خلال نصه على القواعد العامة في الوفاء من المادة 258 إلى المادة 284، سيما في المادة 277 والتي جاء فيها: «لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك»⁴.

¹ راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 311.

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 345.

³ عبد المحسن الرويشد، المرجع السابق، ص 449.

⁴ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 345.

فكل هذه الشروط تساعد القاضي على القيام بمهمته في التدخل لتخفيض مقدار الشرط الجزائي ببسر وموضوعية.

وتجدر الإشارة إلى أن عبء إثبات التنفيذ الجزئي تقع على المدين بطبيعة الحال¹.

ثالثاً: ضوابط التخفيض

إن القاضي عندما يقرر مزاولة سلطته في تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام، فإن ذلك يجب أن يكون على أساس مبلغ التعويض المتفق عليه وليس على أساس التعويض الذي يحكم به القاضي عند عدم وجود الشرط الجزائي، وهذا هو الحل الأكثر اتفاقاً مع روح القانون²، لأن ذلك يتماشى مع إرادة أطراف العقد³.

فسلطة القاضي هنا وضعت لأجل ظرف خاص، ولا يجوز أن يقوم القاضي بسلطته هذه ضد رغبة المتعاقدين المعبر عنها عند إبرام العقد⁴.

وقد اختلف الفقهاء حول معيار تخفيض القاضي للشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، فيرى فريق منهم أن تخفيض القاضي لمقدار الشرط الجزائي يجب أن يتناسب مع المصلحة والفائدة التي يحققها التنفيذ الجزئي للالتزام للدائن، وهذا يقتضي أن يقوم القاضي بإجراء موازنة بين ما نُفَّذ وما لم يتم تنفيذه من الالتزام، بغية تحديد القدر الواجب تخفيضه من الشرط الجزائي⁵.

ويرى فريق آخر أن القاضي يملك الحرية الكاملة في التخفيض بحسب الظروف والملابسات التي يقف عليها، فالقاضي سيد الموقف في ممارسة التخفيض بالقدر الذي يراه⁶.

¹ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 227.

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 346.

³ Samir Tangho, op cit, p 174.

⁴ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 346.

⁵ Denis Mazeaud, op cit, p 52.

⁶ عبد المحسن سعد الرويشد، المرجع السابق، ص 462.

وإذ تمعنا في نص المادة 184 في فقرتها الثانية، نجد أنها قد أعطت للقاضي مطلق الحرية في تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، وبالرغم من أن المشرع الجزائري قد أعطى سلطة تقديرية واسعة للقاضي في هذه الحالة كما هو الشأن بالنسبة للحالات المتعلقة بتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه، إلا أن حكم القاضي الذي يقضي بالتخفيض في حالة التنفيذ الجزئي ما هو إلا ترجمة لإرادة الأطراف، أي أنه يتماشى ونظام العقد، فهو لا يجدد الالتزامات العقدية بقدر ما يحقق الهدف منها أساسا، وبالتالي فلا يمكننا القول بأن حكم القاضي هنا منشئ للالتزام.

الفرع الثالث:

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام

تنص المادة 184 من القانون المدني الجزائري على أنه:

«لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه».

يستفاد من نص هذه المادة أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من قواعد النظام العام الذي لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، وقد أحسن المشرع الجزائري في جعلها كذلك، لأن في ذلك حماية لأطراف العقد من تضمين العقد شروطا جائرة تحرمهم من الاحتكام للقضاء.

فلو تركت سلطة التعديل بدون هذه الخصيصة لما تردد الطرف القوي في إلزام الطرف الضعيف بما يكفل استبعادها، فمن يقبل على نفسه شرطا جزائيا مرتفعا أو منخفضا بشكل مفرط، سيرضى في خضم هذا الخضوع استبعاد إمكانية اللجوء إلى

القضاء من أجل تعديل مقدار ذلك الشرط، ورضاه في هذه الحالة أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول¹.

ولا إشكال يطرح بالنسبة لعدم إمكانية استبعاد تدخل القاضي لتعديل مقدار الشرط الجزائي، ولكن المشكلة التي أثارت جدلا واسعا بين الفقهاء تكمن في إمكانية تعديل القاضي للشرط الجزائي من تلقاء نفسه، أو اشتراط طلب المتعاقد لذلك.

ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار أن القاضي له كامل السلطة التقديرية في أن يثير تعديل مقدار الشرط الجزائي من تلقاء نفسه ودونما حاجة إلى طلب من أحد المتعاقدين، مما يوفر حماية أفضل للطرف الضعيف في العقد ورقابة كافية من المغالاة في الشرط الجزائي²، وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي³.

وذهب فريق آخر من الفقه بأنه حتى وإن كانت إمكانية تعديل الشرط الجزائي مستبعدة من الاتفاق على مخالفتها، إلا أن ذلك لا يعني أن القاضي يتدخل لتعديلها من تلقاء نفسه، لأن أعمال سلطة القاضي تتوقف على طلب المتعاقد وعلى إثباته، فللمدين مثلا أن يقبل التعويض بحالته بعد تحقق الإخلال بالالتزام حتى وإن كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة، وإن هذا القبول الحر من المدين يعتبر بمثابة صلح يتنازل بموجبه عن حقه في التخفيض، كما قد يعتبر تبرعا في حالة انعدام الضرر قبله صراحة أو ضمنا بعد وقوع الإخلال بالالتزام⁴.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال نصوص المواد 184 و 185، التي

¹ علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 195.

² Kraft, O., Clauses pénales : à quel niveau les réduire ou les augmenter ? Gaz pal, 1994, doctorat, p 387.

³ Cinay Cyterman, protection ou surprotection du consommateur, cp éct, 6, 1990, p 513.

⁴ فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 326.

تجعل سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي متوقفة على طلب المدين أو الدائن على حسب حالة ومقدار الشرط الجزائي.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد توقف عند حد الاعتراف للقاضي بمراجعة الشرط الجزائي في حالة ارتفاعه أو انخفاضه بشكل مبالغ فيه، في حين لم يعطه صلاحية ممارسة ذلك من تلقاء نفسه فقد جعل الحماية ناقصة¹.

وهذا الاتجاه لا يراه البعض جديرا بالتأييد²، فلا بد من إعطاء القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه وذلك حتى تبلغ السلطة القضائية غايتها وتحقق أهدافها، فبالرغم من التسليم بأن سلطة القاضي في التدخل هي سلطة استثنائية، وأن مبدأ عدم المساس بالشرط الجزائي يقوم على أساس عام هو العقد شريعة المتعاقدين، والقول بإعطاء القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه يعني أنه من الممكن له أن يحكم فيما لم يطلب منه وهذا مخالف للقواعد العامة³.

إن عزوف الطرف الضعيف عن طلب تدخل القاضي من أجل تعديل مقدار الشرط الجزائي، لا يعني اعترافا منه بالخطأ أو بالقبول الضمني بحالته، ولكنه قد يعتمد إلى ذلك متفاديا مصاريف الدعوى التي لا يضمن كسبها، خاصة إذا اتضح أن مَنَقَدَّ القاضي إلى تعديل الشرط الجزائي عسير⁴، بالإضافة إلى كون الطرف القوي مصدرا لعدد من التعاقدات التي يأمل بها الطرف الضعيف، وبذلك لن يقوى على طلب إحداها حتى لا يخسر الأخرى⁵.

¹ محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007، ص 90.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 182.

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، 350.

⁴ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 253.

⁵ عبد المحسن سعد الرويشد، المرجع السابق، ص 473.

نستنتج من كل ما سبق أن المشرع الجزائري يتيح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال التدخل لتعديل الشرط الجزائي، يسعى حكم القاضي من خلالها إلى تجديد الالتزامات التعاقدية وإنشاء التزامات جديدة يكون الحكم هو مصدرها وذلك في حالة حكم بتخفيض الشرط الجزائي إذا كان مرتفعاً بشكل مفرط، وفي حالة رفعه مقدار الشرط الجزائي إذا انطوى العقد على غش أو خطأ جسيم.

وفي كل الأحوال فإن سلطة القاضي هذه هي من النظام العام، الذي لا يجوز الاتفاق على استبعادها بأي شكل من الأشكال، بالرغم من عدم منح المشرع للقاضي إمكانية التدخل لإجراء تلك التعديلات من تلقاء نفسه، إلا أن ذلك لا ينفي ما يتمتع به من سلطة واسعة في مجال التعديل.

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال ما سبق ذكره نستنتج أن المشرع الجزائري قد منح للقاضي سلطة واسعة في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان إذا توافرت الشروط المنصوص عليها قانونا وبذلك قد يكون قد ألغى التزامات العقد والتي كان مصدرها العقد وأقر التزامات جديدة مصدرها الحكم القضائي.

كما لاحظنا أنه حتى لو لم يرد حكم خاص في القوانين الخاصة ببعض عقود الإذعان في القانون الجزائري، فإن تدخل القاضي بأحكام قضائية منشئة يجد أساسه بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني.

ونفس الأمر بالنسبة لسلطته في تعديل مقدار الشرط الجزائي، سواء تعلق بتخفيضه إذا كان مرتفعا بشكل جسيم، أو في حالة رفعه إذا انطوى على غش أو خطأ جسيم، حيث جعل المشرع سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام، لا يمكن للمتعاقدين استبعادها بأي شكل من الأشكال، حتى لو لم يمنح للقاضي حق التدخل من تلقاء نفسه، إلا أن الحكم الذي يصدره بهذا الصدد يرقى إلى تجديد الالتزامات التعاقدية وبالتالي يكون منشئا للالتزام ومصدرا له.

خلاصة الباب الأول:

من خلال ما تمت دراسته وتحليله في هذا الباب يظهر جليا أن المشرع الجزائري قد عالج اختلال التوازن العقدي أثناء إبرام العقد بالإضافة إلى الحلول التشريعية، فقد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة يقوم القاضي من خلالها بإلغاء أو تعديل العقد.

وقد تم التركيز على الحالات التي يكون فيها هذا التعديل مجددا للالتزام التعاقدية أي منشأ للالتزام يكون حكم القاضي هو مصدره.

فسلطة القاضي في تعديل العقد الذي شاب إرادة أحد طرفيه غبن ناتج عن الاستغلال وكان الاستغلال ناتجا عن طيش بين أو هوى جامع أدى إلى تفاوت جسيم في الأداءات المتقابلة، هي سلطة تسمح للقاضي بإصدار حكم يكون مصدر التزام جديد في الحالة التي ينقص فيها التزامات المتعاقد المغبون.

وتدخل القاضي لتعديل أجر الوكيل وأجور المهنيين في حالة عدم الاتفاق، أو في حالة وقوفه على تفاوت جسيم بين أداءات أطراف العلاقة التعاقدية يتمثل في عدم التناسب بين الأجرة والخدمة المقدمة، أو تدخله لتعديل مقدار المكافأة الناتجة عن عقد الإنقاذ البحري، هو تدخل سمح له بتجديد الالتزامات التعاقدية، نظرا للسلطة التقديرية الواسعة التي منحها له المشرع مما جعل حكمه مجددا للالتزام التعاقدية وبالتالي مصدر الالتزام الجديد.

كما أن من بين الآليات التي قررها المشرع لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية في العقود، أنه منح للقاضي سلطة تعديل تلك الشروط، سواء تعلق الأمر بتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، أو بتعديل مقدار الشرط الجزائي عن طريق تخفيضه إذا كان مرتفعا بشكل مفرط أو رفعه إذا انطوى على غش أو خطأ جسيم.

إن كل هذه الحالات تدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية الواسعة والضرورية التي

منحها إياه المشرع من أجل رفع الغبن وإرجاع التوازن العقدي الذي اختل، ويمارس القاضي هذه السلطة بعيدا عن رقابة المحكمة العليا كون كل هذه المسائل تتعلق بوقائع يقدرها بكل حرية وهذا ما يجعل حكمه فيها مجددا للالتزامات التعاقدية ومنشئا للالتزام جديد يكون مصدرا له.

الباب الثاني:

الحكم القضائي المنشئ

للاتزام أثناء تنفيذ العقد

تمهيد وتقسيم:

لم يقتصر حرص المشرع في حماية المتعاقدين على منح القاضي سلطة تعديل العقد وإعادة التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد على مرحلة التكوين فحسب، بل عمل على مَدِّ الحماية بين المتعاقدين من الجور المفرط الذي قد يصيب أحدهم، سعياً منه في تحقيق العدالة وإعادة التوازن بين المتعاقدين، ومن ثم إعادة نصاب العقد إلى وضعه الطبيعي، حيث جعل هذه الحماية تمتد إلى مرحلة تنفيذه.

إن هذه السلطة تتجلى في منح المشرع للقاضي حق التدخل بمناسبة تحقق نظرية الظروف الطارئة التي تتجم عن التقلبات التي ينشأ عنها اختلال التوازن العقدي، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمتعاقد المدين.

ومن جهة أخرى فقد خول المشرع للقاضي سلطة منح المدين مهلة قضائية، بغية تنفيذ التزامه التعاقدي والحيلولة دون وقوع الفسخ تارة، وبهدف تمكينه من سداد دينه في وقت مناسب لظروفه العسيرة تارة أخرى.

ولبحث كون هذه السلطة في الحالتين منشئة لالتزامات جديدة مختلفة عن تلك الالتزامات التي نشأت عن العقد، ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول منه حالة الظروف الطارئة، أما الفصل الثاني فنتطرق فيه إلى حالة نظرة الميسرة.

الفصل الأول:

حالة الظروف الطارئة

إن الهدف من التعاقد هو تحصيل المنافع مع إبداء المقابل لذلك، فالعقد وسيلة لتلبية حاجات المتعاقد لا لجلب الشقاء إليه، إلا أنه ونتيجة لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية المستمرة وما يستتبع ذلك من ارتفاع في أسعار السلع والخدمات، بالإضافة إلا ما يسود من أزمات نتيجة للكوارث الطبيعية كزلازل والفيضانات، فقد أدى ذلك إلى اختلال التوازن العقدي بأن أصبح أحد المتعاقدين في وضع مرهق يهدده بخسارة فادحة.

ولعل أحسن مثال على ذلك هو انتشارا وباء فيروس كورونا المستجد كوفيد 19، الذي أثر بشكل كبير على الوضع الاقتصادي والاجتماعي للدول والأفراد بشكل عام، والذي كان له انعكاس مباشر على اختلال التوازن على كافة العقود متراخية التنفيذ والمبرمة قبل الجائحة.

ونتيجة لحدوث الظروف الطارئة، كان لابد من إيجاد وسيلة لمواجهة المشقة والإرهاق الذي يتعرض له المدين إزاءها، مما أدى بمختلف التشريعات المدنية إلى منح القضاة سلطة تعديل العقود ورفع الإرهاق عن المدين مما يجنبه الخسائر الفادحة.

ولبيان ذلك نتناول في المبحث الأول ماهية الظروف الطارئة ونبين في المبحث الثاني مضمون سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.

المبحث الأول:

ماهية الظروف الطارئة

كثيرا ما يحدث في العقود طويلة الأجل أو متراخية التنفيذ بأن تتغير الظروف التي أبرم فيها العقد إثر حادث فجائي لم يكن متوقعا، فيصبح الوفاء بالالتزامات الناشئة مرهقا للمدين فيؤدي إجباره على التنفيذ الى إفلاسه أو إلحاق خسارة فادحة به، نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية التي لم تكن متوقعة من أطراف العقد، مما أدى إلى اختلال خطير يهدد المدين بخسارة تزيد جسامتها عن الحد المألوف في المعاملات الاعتيادية¹.

وللوقوف على ماهية هذه الظروف كان لزاما علينا أن نتناول مفهوم نظرية الظروف الطارئة (المطلب الأول) ثم تفصيل شروط تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مفهوم نظرية الظروف الطارئة

يقتضي بيان مفهوم نظرية الظروف الطارئة الوقوف على تعريف الظروف الطارئة (الفرع الأول) ثم تحديد نطاق هذه النظرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تعريف الظروف الطارئة

لقد عرف أحد الفقهاء الظروف الطارئة بأنها حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين

¹ منير سعد خليفة، المرجع السابق، ص 109.

حيث يهدده بخسارة فادحة وإن لم يصبح مستحيلا¹.

كما عرفت أيضا بأنها حوادث عامة لاحقة على تكوين العقد وغير متوقعة الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنها اختلال في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المورد بتوريدها عن التسعيرة وارتفاع سعرها ارتفاعا فاحشا غير مألوف وغير متوقع بسبب الحرب².

ولقد اعتمدت نظرية الظروف الطارئة للمرة الأولى في القانون الدولي تطبيقا لقاعدة تغيير الظروف «Pacta Sun Servanda»، ومفادها أن تراضي المتعاقدين مشروط باستمرارية الظروف التي تم فيها التعاقد، وإذا تغيرت تلك الظروف فيجب تغيير الالتزامات، وتتضمن المعاهدة شرطا ضمنيا مفاده أن استمرار تنفيذ المعاهدة مرهون ببقاء الأوضاع على حالها، حيث لا يكون لها قوة الزامية إذا تغيرت الظروف عما كانت عليه وقت إبرامها³.

ثم انتقلت إلى القانون الإداري حيث تبناها مجلس الدولة في فرنسا في قضية الشركة العامة للغاز ببوردو بتاريخ 30 مارس 1916، وقد أسس القضاء الإداري الفرنسي تبنيه لنظرية الظروف الطارئة على مبدأ ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واستمرار⁴.

وفي ظل غياب قرارات مجلس الدولة الجزائري تخص تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال القانون الإداري، واقتصار المشرع الجزائري على معالجة الظروف

¹ محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مكتبة زهران للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1987، ص 19.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوي، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية ط 2، 1998، ص 974.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 395.

⁴ جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1983، ص 45 و 46.

الطارئة بشكل ضمني¹، من خلال النص على إمكانية تحسين ومراجعة الأسعار في الصفقات العمومية وذلك في المادة 100 والمادة 101 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام².

حيث أجاز المشرع للإدارة بأن تُضمّن الصفقة العمومية بندا يقضي بمراجعة أو تحيين الأسعار في دفتر الشروط، وذلك بغرض حماية التوازن المالي للصفقة الذي قد يختل بموجب تغيرات طارئة تضر بمركز المتعامل المتعاقد³.

والجدير بالذكر أن القاضي الإداري لا يملك سلطة تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة وإنما يملك فقط سلطة الحكم بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بالمتعامل المتعاقد جراء تلك الظروف الطارئة التي واجهته أثناء تنفيذ العقد الإداري⁴.

ويرجع أساس ذلك الى مبدأ أساسي في القانون الإداري مفاده عدم إمكانية القاضي الإداري توجيه أوامر إلى الإدارة، كون منحه هذه السلطة يعني إلزام الإدارة بتعديل بعض الشروط التي وضعتها في العقد الإداري أساسا بغرض تحقيق المصلحة العامة⁵ من جهة، وتعارض ذلك مع مبدأ الفصل بين السلطات من جهة أخرى، وهذا ما يخرجها من نطاق دراستنا التي ستقتصر على نظرية الظروف الطارئة في القانون الخاص الذي يملك القاضي فيه سلطة تعديل العقد بحكم منشئ للالتزام.

¹ عبد الحفيظ مانع ومحمد هاملي أثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والاسرة والتنمية الإدارية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 7، العدد 1، جانفي 2022 ص 29.

² المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

³ النوي خروشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكملة لمفهوم الصفقات العمومية، دار الهدى 2019، ص 296 و 297.

⁴ علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر 2012 ص 205.

⁵ نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية ط 1، لبنان، 2010، ص 770.

وقد انتعشت نظرية الظروف الطارئة بعد ذلك في القانون الخاص وأخذت بها معظم التشريعات الحديثة¹، وقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة في المادة 107 من القانون المدني التي تنص على:

«يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»

ويفهم من نص هذه المادة أن الأصل هو وجوب تنفيذ العقد طبقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وضرورة التزام كل من المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات المتفق عليها في العقد².

إلا أن المشرع قد أورد استثناء في الفقرة الثالثة من نص المادة، فكثيرا ما يحدث خلل في التزامات المتعاقدين أثناء مرحلة تنفيذ العقد نتيجة ظروف طارئة غير متوقعة، تجعل تنفيذ المدين لالتزامه كما ورد في العقد مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة³، وعندئذ يسوغ للقاضي بأن يتدخل على الوجه الذي يرد به الالتزام المرهق إلى الحد المعقول⁴.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام الجزء الأول، مج 1، المرجع السابق ص 641.

² نسرین حسین ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص 112.

³ ضيف كيفاجي، تنفيذ العقد بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة في ظل تأثير فيروس كورونا كوفيد 19، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، المجلد 26، العدد 3، أبريل 2022، ص 480.

⁴ عبد القادر قصابي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، المجلة الإفريقية لدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 2، العدد 2، ديسمبر 2018، ص 128.

والملاحظ أن وصف المشرع لنظرية الظروف الطارئة هو وصف عام يستند إلى ما يحيط بالواقعة من ظروف زمانية ومكانية، وعليه لا يمكن إيجاد تعداد حصري للظروف الطارئة نظرا للتغير المستمر لها عبر الأيام، فقد تكون حوادث طبيعية كالزلازل والأوبئة، أو فعلا إنسانيا كالحروب، أو مجرد وقائع مادية بحتة مثل غارات الجراد على المحاصيل الزراعية، أو ظروف اقتصادية كزيادة الأسعار المؤدية إلى الغلاء الفاحش¹.

ولقد توسع الفقهاء في طبيعة الظرف الطارئ في ظل التطور العلمي ليشمل أنواعا أخرى لم تكن معروفة من قبل، مثل انتشار الإشعاع النووي وتلوث البيئة وانتشار الغازات السامة، فقد تؤثر هذه الظروف الطارئة على الالتزام العقدي بشكل أو بآخر².

الفرع الثاني:

نطاق نظرية الظروف الطارئة

إن تحديد نظرية الظروف الطارئة على درجة كبيرة من الأهمية حيث يُمكننا من معرفة مجال تطبيقها، أو الحدود التي يمكن إعمال النظرية داخل إطارها وبالتالي مجال تدخل القاضي بأحكام منشئة للالتزام استنادا لنظرية الظروف الطارئة.

أولا: طبيعة الالتزام

تتخصر نظرية الظروف الطارئة في الالتزام التعاقدي أي الالتزام الناشئ عن العقد، أما بقية الالتزامات التي لا يكون مصدرها العقد فلا تسري عليها النظرية³، وذلك ما قصده المشرع الجزائري بقوله:

¹ محمد بوكماش، المرجع السابق ص 243.

² عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2001، ص 68.

³ محمد عبد الجواد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، 1963، القاهرة، العدد 04، ص 562.

«... وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي...».

ثانيا: العقود الزمنية والعقود الفورية

يكاد يجمع فقه القانون المدني على أن مجال نظرية الظروف الطارئة هي العقود المتراخية التنفيذ، بعبارة أن مرور فترة زمنية بين إبرام العقد وتنفيذه يسمح للظروف بأن تُعْمِلَ آثارها في التأثير على اقتصاديات العقد، مما يفسح المجال لإعمال تلك النظرية لمعالجة مراكز المتعاقدين على ضوء تلك الآثار¹.

وحتى يكون هناك مجال لتأثير الظروف الطارئة على العقد، يتعين أن يكون هناك فاصل زمني بين انعقاد العقد وبين تنفيذه، يتخلل هذا الفاصل حدوث ظرف طارئ². وبالتالي فلا شك أن وصف تراخي تنفيذ الالتزام ينطبق تماما على العقود الزمنية، سواء كانت مستمرة كعقد الإيجار أو دورية كعقد التوريد، كون الزمن فيها عنصر جوهري تتحدد على أساسه التزامات الطرفين.

ولكن الأمر مختلف في العقود الفورية، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز تطبيق نظرية الظروف الطارئة على هذا النوع من العقود حتى لو كان تنفيذه مؤجلاً³، في حين يرى جانب آخر من الفقهاء إمكانية إعمال نظرية الظروف الطارئة في العقود الفورية، كون تلك النظرية تقوم على فكرة العدالة، وهذه الأخيرة لا تفرق بين عقد فوري مؤجل التنفيذ وعقد متراخي التنفيذ، فأمر النظرية لا يستقيم إلا عندما يطرأ ظرف استثنائي

¹ عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 351.

² عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص 30.

³ أسعد الكوراني، نظرية الظروف الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مجلة المحاماة المصرية السنة 40، العدد 1، ص 217.

قبل تنفيذ العقد كله أو بعضه، وهذه المسألة لا تختلف في العقود بحسب نوعها¹، كالبيع الذي يؤجل دفع الثمن أو تسليم المبيع فيه، فإذا طرأ الحادث قبل دفع الثمن أو قبل دفع جزء منه يكون الثمن الباقي عرضة للإنقاص إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة أما ما سبق دفعه قبل وقوع الحادث فلا يطاله التعديل².

ثالثاً: العقد المحدد والعقد الاحتمالي

تفترض نظرية الظروف الطارئة أن هناك تفاوتاً جسيماً في مراكز طرفي العقد، لذلك أناط المشرع بالقاضي إعادة الأمور بقدر الإمكان إلى نصابها، وذلك لأن كل طرف في العقد قد حصر نطاق التزامه التعاقدي في جملة من الأداءات المحددة يعلم مداها عند إبرام العقد وفق عقد محدد، ولكن يأتي الظرف الطارئ بما هو غير متوقع مما يجيز للطرف الذي تضرر من جراء هذا الظرف طلب رفع هذا الإرهاق الذي أصابه³.

ويذهب الفقه إلى أن مجال تطبيق هذه النظرية يمتد ليشمل العقود الاحتمالية أيضاً، ذلك لأن هذه العقود وإن كانت تتطوي على المخاطرة واحتمال الكسب والخسارة، فإن تلك المخاطرة تتحدد في ذاتها ومداها بالظروف الطارئة التي أبرم العقد في ظلها، فإذا طرأت حوادث جديدة استثنائية وغير متوقعة جعلت أداء الالتزام مرهقاً للمدين، على نحو يتجاوز إلى حد كبير ما كان الشخص المعتاد يتوقعه عند إبرام العقد، فإنه ليس ثمة سند قانوني يمنع تطبيق هذه النظرية⁴.

إلا أن كثيراً من الفقهاء يستبعدون العقود الاحتمالية التي تعرض أحد المتعاقدين لاحتمال الكسب الكبير أو الخسارة الفادحة من مجال نظرية الظروف الطارئة، ومثال ذلك عقد

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 154.

² محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 305.

³ محمد محي الدين إبراهيم سلم، المرجع السابق، ص 185.

⁴ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر 1984، ص 491.

المضاربة في بورصة الأوراق المالية، فإن المضارب لا يجوز له أن يطلب تعديل التزاماته استنادا إلى تغير الظروف، لأن ذلك يتنافى وطبيعة عقد المضاربة، كونه عقدا احتماليا، ذلك أن الإرهاق متلازم مع طبيعة هذه العقود وهو متوقع من قبل المتعاقدين منذ التعاقد¹.

رابعا: العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

إذا كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم أصلا بفض التنازع بين المصالح المتعارضة لطرفي العقد، نتيجة لأثر الظرف الطارئ الذي يقلب مفهوم التوازن بين الطرفين ويهدد أحدهما بخسارة فادحة، مما يتيح له اللجوء إلى القضاء لإعادة النظر في التزامه المرهق، فإن ذلك قد يوحي بأننا بصدد عقد تبادلي ملزم لجانبين، حيث كل من المتعاقدين دائن ومدين في نفس الوقت².

ولكن الخلاف بين الفقهاء قد ثار بشأن العقد الملزم لجانب واحد، فمنهم من وإن لم ينكر تطبيق الظروف الطارئة على هذا النوع من العقود بشكل صريح، إلا أنهم يتكلمون عند معالجة آثار الظروف الطارئة على العقود التبادلية وكأنها المجال الوحيد لأحكام تلك النظرية، دون التطرق للعقود الملزمة لجانب واحد³.

إلا أن جانب من الفقه أيدَ إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الملزمة لجانب واحد، حيث لا يوجد في النص القانوني ما يمنع تطبيقها على هذه الفئة من العقود⁴.

وذلك بحجة أن الهدف من إعمال نظرية الظروف الطارئة هو رفع الإرهاق عن كاهل الطرف الذي تضرر من ذلك، بصرف النظر عما إذا كان التزامه تبادليا أو ملزما

¹ أسعد الكوراني، المرجع السابق، ص 269.

² محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 193.

³ محي الدين إبراهيم سليم، المرجع نفسه، ص 194.

⁴ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، 1962، ص 573.

لجانب واحد وكأنه هو المدين فيه، وليس في الأمر ما يمنع ذلك إذ أن الفقرة الثالثة من نص المادة 107 هي الوعاء الذي يحتوي كافة الالتزامات العقدية التي قد تعثرها ظروف طارئة، تسبب ارهاقا لأحد طرفي العقد أيا كان وصف ذلك الالتزام العقدي، وحتى ولو كان العقد ملزما لجانب واحد¹.

المطلب الثاني:

شروط تدخل القاضي لتعديل الالتزام

تقوم نظرية الظروف الطارئة على ركنين أساسيين يتمثلان في العقد والظرف الطارئ غير المتوقع وغير المستطاع دفعه، ولقد قيد المشرع تطبيق نظرية الظروف الطارئة بشروط موضوعية يضيف عليها صبغة مادية، نص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري² بقوله:

«... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك...».

ولقد بلور الفقه الشروط القانونية التي يلزم توافرها بموجب نص المادة السابقة الذكر لتدخل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة في عدة شروط أساسية عامة تتمثل في أن يكون الالتزام التعاقدي متراخي التنفيذ، وأن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا عاما، بالإضافة إلى أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا غير مستحيل³.

¹ محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 195.

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 244.

³ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 285.

وبالرغم من اختلاف الفقهاء في تعداد هذه الشروط فمنهم من جعلها ستة ومنهم من جعلها أربعة شروط ومنهم من قسمها إلى ثلاثة شروط، إلا أن هذا الاختلاف لا يعدو كونه شكلياً لا يترتب عليه من الناحية الموضوعية أي أثر، إذ أنهم متفقون جميعاً على موضوع وجوه هذه الشروط دون أدنى خلاف¹.

وعليه سنتناول هذه الشروط من خلال تقسيمها الثلاثي السابق.

الفرع الأول:

الالتزام متراخي التنفيذ

ومؤدى ذلك ضرورة مرور فترة زمنية بين لحظة انعقاد العقد والبدء في تنفيذه، حتى يقع الظرف الطارئ خلال الفترة الفاصلة بين الإبرام والتنفيذ فيؤثر على التزامات أحد المتعاقدين²، بحيث لا يكون الالتزام قد نفذ عند حدوث الظرف الطارئ، فإذا لم يكن الأمر كذلك، لما ثار نزاع أصلاً حول اختلال التوازن العقدي بسبب تغيير الظروف، وإمكانية أن يؤدي تنفيذ الالتزام إلى إرهاب المتعاقد المطلوب منه التنفيذ³.

ونجد أن المشرع الجزائري لم يذكر هذا الشرط صراحة في نص المادة 107 من القانون المدني لبداهته من ناحية، ولتجنب ما يمكن أن يثار من جدل في ميدان الفقه والقضاء حوله من ناحية أخرى، كما أن اختلال التوازن الاقتصادي في حكم هذا النص لا يكون إلا إذا تغيرت الظروف ما بين نشوء العقد وتنفيذه، فإذا ما نشأ العقد ونفذ في وقت واحد أو حتى في فترة لاحقة دون حدوث الظرف الطارئ غير المتوقع، فلا يكون هناك

¹ عبد الرحمان عبد العزيز متولي سعودي، سلطة القاضي التنفيذية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1990، ص 490.

² جيلالي بن عيسى، نظرية الظروف الطارئة في ظل اختلال الالتزامات التعاقدية، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، المجلد 9، العدد 2، جويلية 2018، ص 133.

³ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 286.

أي مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة¹، وقد سبق لنا توضيح كل ذلك عند تطرقنا لنطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ويستثنى من تطبيق هذه النظرية العقود التي يكون محل التزام المتعاقد فيها نقوداً، لأن الوفاء في هذا النوع من العقود يكون بتسديد المدين مبلغ النقود المستحقة في موعده المحدد في العقد نوعاً ومقداراً وبالعملة المتفق عليها، سواء زادت قيمتها وقت الوفاء أو انخفضت².

وفي كل الأحوال لا تطبق هذه النظرية إذا تراخى تنفيذ الالتزام بخطأ من المدين، إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصير تسبب فيه، كأن يتماطل المدين في التنفيذ إلى أن تنتهي المدة المتفق عليها، وبعد انقضاء تلك المدة طرأت حوادث استثنائية جعلت تنفيذه مرهقاً يهدده بخسارة فادحة، ففي هذه الحالة لا يجوز له بأي حال من الأحوال أن يطلب تعديل العقد لتخفيف الإرهاق³، بحيث لا يستفيد الشخص من تقصيره.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21 فيفري 2007 والذي جاء ضمن حيثياته:

«... إن القرار المطعون فيه جاء فيه أن الالتزام التعاقدي أصبح مستحيل التنفيذ طبقاً لمقتضيات المادة 03/107 من القانون المدني، في حين أن تنفيذ التزام المؤسسة المنحلة ومن حل محلها لم يصبح مستحيلاً بل أصبح مرهقاً للمدين، وفي هذه الحالة يجب أن يراعى خلال فترة انجاز المشروع أن تطرأ حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وأدت إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين، أما إذا طرأت تلك الحوادث خارج الأجل المتفق عليه فإن المدين وحده هو الذي يتحمل تلك الظروف ولا

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 642.

² صورية غربي، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني بسبب الظروف الطارئة في مرحلة التنفيذ، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بركة، المجلد 4، العدد 3، ديسمبر 2021 ص 391.

³ أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 246.

دخل للدائن فيها لأنه لم يكن مقصرا في تنفيذ التزاماته.

وحيث أنه بسبب ما ذكر أعلاه يكون قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق القانون مما يعرض قرارهم للنقض دون حاجة الى مناقشة بقية الأوجه»¹.

الفرع الثاني:

الحادث استثنائي عام وغير متوقع

يجب أن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا، عاما، ليس بإمكان المدين توقعه أو دفعه.

أولا: الحادث استثنائي

لا يكفي للخروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد أن تتغير الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها، لذلك حرص المشرع على اشتراط صفة الاستثنائية في الحادث الذي من شأنه تخويل القاضي سلطة التدخل لتعديل العقد لإعادة التوازن الذي اختل فيه²، وذلك حتى لا تتزعزع المعاملات وتفقد خاصية الاستقرار اللازم لها في حدود العدل والانصاف، مما يؤدي إلى الضيق والحرص اللذين كانا الهدف من تقرير الحماية القضائية للمتعاقدین أساسا بموجب نظرية الظروف الطارئة في مجال المعاملات، بحيث يصبح أي ظرف من الظروف ذريعة لمن يسعى إلى التخلص من التزاماته التعاقدية³.

ويقصد بالحادث الاستثنائي كما يرى الفقه، ذلك الحادث الذي ينذر حصوله بحيث

¹ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 2007/02/21، رقم الملف 32403، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007، ص 211.

² يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، مجلة حوليات، جامعة الجزائر، المجلد 31، العدد 1، جوان 2017، ص 117.

³ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 290.

يبدو شادا بحسب المؤلف من شؤون الحياة¹، أو هو الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم².

وبالرغم من اختلاف تعبيرات الفقهاء في تحديد معنى الاستثنائية، فإنهم يتفقون على خروج الحادث الطارئ على ما هو مألوف للناس عادة، كموجة صقيع غير مألوفة في شدتها أو مداها، وكذلك الحروب والزلازل والحرائق إلى غير ذلك من الحوادث التي يكون حدوثها نادرا³.

هذا ومن أبرز ما عاناه العالم من حوادث استثنائية مؤخرا، انتشار وباء فيروس كورونا المستجد كوفيد 19 الذي كان له أثر كبير على معظم الالتزامات التعاقدية.

واشترط وصف الاستثنائية في الظرف الطارئ، هو أمر منطقي يتلاءم مع العلة من الاعتراف بالنظرية، إذ لا يستساغ أن يهرع المشرع لتعديل الالتزامات التعاقدية بحكم قضائي مجدد للالتزام لمجرد وقوع حادث مألوف، ويقع دائما وفقا للسير الطبيعي لأمر الحياة، فكان لزاما اشتراط هذا الوصف كونه يتفق مع حسن النية ومقتضيات العدالة⁴.

بالإضافة إلى أن المشرع أراد أن يضيق من نطاق تدخل القضاء في العقود محافظة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فاشتراط أوصاف في الظرف الطارئ هي بمثابة مظاهر مادية ملموسة بطريقة موضوعية وهذا أمر لا بد منه، كون تدخل القاضي هو استثناء عن مبدأ سلطان الإرادة فنحن أمام عقد لا يمكن نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين.

والجدير بالذكر أنه توجد حوادث طارئة يكثر وقوعها وتكون مألوفة ولذلك لا يلتفت إليها إلا إذا تجاوزت الحد المألوف، ومن الأمثلة الواضحة على ذلك، الفيضان العادي

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 546.

² عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص 584.

³ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 291.

⁴ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 250.

المألوف الذي يتحول إلى فيضان مدمر، وكذلك الارتفاع والانخفاض الطبيعي في الأسعار والذي لا يشكل مفاجأة لجمهور المستهلكين أو التجار أو المنتجين والذي يتحول كذلك إلى ارتفاع أو انخفاض مبالغ فيه إلى درجة غير مألوفة، ونفس الوضعية بالنسبة لأسراب الجراد العادية فهي أمر مألوف ولكن قد تنظم إليها أسراب أخرى تجعل منها خطرا مخيفا يأتي على الأخضر واليابس¹.

ثانيا: عمومية الحادث

وهذا ما استجوبته الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني ويقصد بالعمومية ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين بل يشمل طائفة من الناس²، ولا يشترط فيه أن يعم البلاد بأكملها بل يكفي أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس، كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم كالمزارعين في منطقة معينة، أو منتجي سلعة بذاتها أو المتاجرين فيها³.

فعمومية الظرف الطارئ قد تنصرف إلى الناحية الشخصية فيتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف، وقد ينصرف إلى الإقليمية فيتحدد بمقدار أو عدد الأقاليم التي تأثرت به، وقد يندمج العنصران معا في تحديد وصف العمومية⁴.

وينبغي التنبيه هنا إلى الفرق بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة، فبالرغم من أن كلاهما أمر استثنائي وغير متوقع أثناء التعاقد، إلا أنهما يختلفان من حيث أن القانون اشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاما، في حين أن القوة القاهرة تكون شخصية تتعلق بالمدين وحده⁵، كإفلاسه أو مرضه أو احتراق محصوله، ففي هذه الحالات لا يستطيع

¹ عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق ص 32، 33.

² عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 586.

³ عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 31.

⁴ حسب الرسول الشيخ الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مطبعة الجيزة 1979، ص 313.

⁵ عبد الرحمن عبد العزيز متولي، المرجع السابق ص 488.

هذا المدين أن يطلب تعديل العقد تأسيسا على نظرية الظروف الطارئة، لانتفاء صفة العمومية من الحادث الاستثنائي الواقع له، بالإضافة إلى أن الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة يترتب عليه تدخل القاضي لتعديل العقد بحكم مجدد للالتزام، بينما يمكن أن تكون القوة القاهرة حادثا فرديا أو عاما ينقضي به الالتزام لاستحالة التنفيذ¹.

ويرى جانب من الفقه أن اشتراط العمومية في الحادث الاستثنائي يتعارض مع الغاية التي شرعت من أجلها نظرية الظروف الطارئة، لأن غاية النظرية تتمثل في تحقيق مبدأ العدالة الذي يقضي بوضع الإرهاق عن المدين، فهي إذا خاصة بالمدين المرهق، فإذا تقيد الحادث الاستثنائي بشرط العموم امتنع تحقيق العدالة في حالات كثيرة قد لا يكون الحادث فيها عاما².

بالإضافة إلى أن شرط العمومية هو شرط مصطنع لا تمليه طبيعة الظروف إذ يحيد عن العدل والمنطق، ويرجع السبب في ذلك إما لكونه غير منطقي لأنه يقيس الأثر الجزئي بمقياس الأثر الكلي، والعدالة تقتضي أن يقدر أثر الظرف بقدره، سواء كان المصاب فردا أو جماعة في إقليم أو عدة أقاليم، وإما أن هذا الشرط غير عادل لأنه يحرم المدين المرهق من الاحتماء من نظرية الظروف الطارئة قصد التخفيف من إرهابه بداعي عدم إصابة غيره بنفس الإرهاق³.

ونحن نتفق مع رأي هذا الجانب من الفقه، في أن ذلك يتيح للقاضي الكشف عن التفاوت في الالتزامات بشكل أوضح، ويتماشى مع سلطته التقديرية في تعديل العقد بإنقاص الالتزام أو الزيادة في الالتزام المقابل، فيكون أكثر تحررا وفعالية في استعمال سلطته التي منحها له المشرع، حتى لو كان حكمه مجرد وقف تنفيذ الالتزام إلى غاية

¹ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 243.

² محمد بوكماش، المرجع نفسه، ص 249.

³ حسب الرسول الشيخ الفزاري، المرجع السابق، ص 315.

انتهاء الظروف الطارئة، فباستراط صفة العمومية في الحادث الاستثنائي، يضيق على القاضي سلطة التدخل مما يجعله مكتوف اليدين حتى أمام التفاوت الجسيم الذي ينتج عنه إرهاب وخسارة فادحة تهدد المدين.

ثالثا: الحادث الطارئ غير متوقع

وهذا هو الشرط الجوهرى الذي سميت النظرية باسمه، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها وقت إبرام العقد، فإذا قصر المتعاقد في ذلك يكون عليه تحمل وزر تقصيره¹، أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان أثناء إبرام العقد².

والمقصود بتوقع الظرف الطارئ، احتمال وقوعه وما تسفر عنه من صعوبات في تنفيذ الالتزام، فإذا كان المدين متوقعا حدوث الظرف الطارئ عند التعاقد، ومع ذلك أقدم على إبرام العقد، فإنه يكون بذلك مقدرا لكل الظروف راضيا بكل الاحتمالات التي يسفر عنها الظرف الطارئ، وليس له الحق أن يطالب بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا ما لحق به الضرر الذي كان محتملا أثناء إبرامه للعقد³، فعلمه باحتمالية حدوثه ستؤدي إلى محاولة تجنبه بلا شك.

رابعا: عدم القدرة على الدفع

يجب أن يوصف الظرف الطارئ بأنه ذلك الظرف الذي لا يكون بوسع المدين دفعه أو التقليل من آثاره، وهذا أمر منطقي فحينما يلجأ المدين إلى الاحتكام لنظرية الظروف الطارئة، إنما يكون مؤسسا على أنه لم يستطع توقي حدوث الظرف الطارئ أو التقليل من

¹ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص 677.

² سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقد والإدارية والشرعية الإسلامية دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث 2006، ص 113، 114.

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 250.

آثاره، لأنه لو أمكنه ذلك ولم يفعل لُنُعتَ مسلكه بسوء النية الذي يفسد كل شيء¹.

وقد حاول بعض الفقهاء تحديد طبيعة هذا التوقع بكونه العلم الراجح أو المحتمل بأن واقعة معينة ستحدث، أو أنها لن تحدث في وقت تنفيذ العقد، حيث يكون معلوماً أن حدوث هذه الواقعة أو عدم حدوثها يترتب عليه صعوبة في تنفيذ العقد دون أن تصل إلى حد الإرهاق².

والجدير بالذكر أن معيار عدم التوقع في هذه الحالة هو معيار موضوعي لا يتعلق بالشخص المدين، فلو أن الرجل العادي كان بإمكانه توقع هذا الحادث ولو كان المدين نفسه لم يتوقعه، فإن الحادث لا يعتبر غير متوقع³.

الفرع الثالث:

تنفيذ الالتزام مرهق للمدين

لقد اشترط المشرع ذلك من خلال نصه في الفقرة الثالثة من القانون المدني على:

«... ترتبت على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار

مرهقاً للمدين بحيث يهدد لخسارة فادحة...»

هذا ويمكن تعريف الإرهاق بأنه وصف يلحق بالالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه

لالتزامه مهدداً بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد⁴.

ويعتبر هذا الشرط جوهرياً إذ أنه يتعلق أساساً بأثر الظرف الاستثنائي الطارئ على

الالتزام التعاقدي، فإذا اتضح أن الظرف الطارئ قد يؤدي إلى أن تنفيذ الالتزام الملقى

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 254.

² حسب الرسول الشيخ الفزاري، المرجع السابق، ص 329، 330.

³ محمد صبري سعدي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 323.

⁴ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، 282.

على عاتق المدين سيرهقه ويهدده بخسارة فادحة، كان من حقه أن يستفيد من الحماية المقررة بموجب نص المادة 107 والتي تخول للقاضي تعديل العقد بصورة ترفع عن الملتزم ما يمكن أن يلحقه من إرهاب وخسارة فادحة بسبب التنفيذ، وتعيد إلى العقد توازنه المختل بسبب تغير الظروف¹.

وليس المقصود من هذا الشرط أن يصبح تنفيذ الالتزام ثقيلا، وإنما يقصد به أن يكون من شأن ظرف الطارئ أن يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للغاية، بحيث يجعل خسارته فادحة غر معتادة²، وحيث لا يصل إلى حد استحالة قيام المدين بتنفيذ التزامه³، وإلا انتقلنا من نظرية الظروف الطارئة إلى مفهوم القوة القاهرة التي بموجبها ينقضي الالتزام كليا، ولا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه، بعكس ظرف الطارئ الذي يُرد فيه الالتزام إلى الحد المعقول، ويتحمل بذلك المدين شيئا من تبعة الحادث⁴.

ويكون الإرهاب مرنا بحسب الأصل، إذ أنه يختلف من مدين لآخر وحسب ظروف كل متعاقد، فما يعد مرهقا لمتعاقد قد لا يعد كذلك بالنسبة لمتعاقد آخر، هذا من حيث الأشخاص، وكذلك من حيث الزمان فإن ما يعد مرهقا في زمن قد لا يعد كذلك في زمن آخر، وكل ذلك منوط بمدى اختلال التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين⁵.

وفي تحديد مدى الإرهاب وتقدير الخسارة وفداحتها، نجد أن أغلبية الفقهاء⁶ يذهبون

¹ محمد علي الخطيب المرجع السابق، ص 296.

² عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 550.

³ مراد قجالي، سفيان مرابطين، مستقبل تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل الظروف الاستثنائية لفيروس كورونا كوفيد 19، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 58، العدد 2، جوان 2021، ص 695.

⁴ نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 1، العدد 2 ص 36.

⁵ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 282.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 645.

إلى أن المعيار الذي يجب أن يتبعه القاضي هو المعيار الموضوعي المجرد، بحيث ينظر بخصوص الإرهاق والخسارة إلى العقد نفسه، دون النظر إلى ظروف المتعاقد الخاصة، إلا أن بعض الفقهاء قد بدا لهم أن ذلك المذهب، وإن كان يساير المنطق النظري إلا أنه من الناحية العملية سيثير الكثير من الصعوبات التي تظهر مجافاته لمنطق العدالة التي تقوم عليها أحكام الظروف الطارئة، والتي تقتضي أن يتبع القاضي في تقديره لدرجة الإرهاق وفداحة الخسارة معيارا مزدوجا بين المعيار الموضوعي والشخصي، حيث يكون لظروف المدين الشخصية والاقتصادية بعض الاعتبار¹.

ومثال ذلك التزام يتعهد بموجبه شخص ما يقوم بتوريد القمح بسعر معين لمدة معينة، وأثناء تنفيذ ذلك الالتزام تغيرت الظروف فجأة لأي سبب من الأسباب العامة الطارئة، مما أدى إلى ارتفاع سعر القمح ارتفاعا كبيرا لا يملك معه هذا المتعاقد ما يواجه به هذا الطرف حتى يتسنى له تنفيذ التزامه في هذه الحالة بسبب ضيق ظروفه الاقتصادية، حتى مع توزيع العبء بينه وبين الدائن، مما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا في هذه الحالة، في حين أنه يمكن لمتعاقد آخر ارتبط بمثل هذا الالتزام ووقع في نفس الظروف، وكان مدينا لنفس الدائن أن يتحمل ما يلقي عليه من عبء نتيجة ذلك الطرف الطارئ، مما يجعل تطبيق حكم نظرية الظروف الطارئة عليه ممكنا من الناحية العملية، وبالتالي فإن الطرف نفسه قد يؤدي إلى استحالة في جانب وحادث استثنائي في جانب آخر².

ونحن بدورنا نؤيد أن يأخذ القاضي بكل من المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي عند تقديره للإرهاق الذي يؤدي بالمدين إلى خسارة فادحة، لأن من شأن ذلك أن يسهل مهمته في الكشف عن حجم الإرهاق وفداحة الخسارة فيكون أكثر دقة وبالتالي سيصدر الحكم المناسب لكل واقعة على حدة، بما يوافق قانون ومبادئ العدالة على حد سواء،

¹ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 297.

² محمد علي الخطيب، المرجع نفسه، ص 298.

وهذه هي وظيفة القاضي أساسا، خاصة وأن نص المادة 107 في فقرتها الثالثة لم تحدد المعيار الذي يتعين على القاضي اتباعه في تقدير الإرهاق، فكل ما جاء فيها هو: «... جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين...».

أي أنه لم يتبنى معيارا معيناً على حساب الآخر، بل على العكس حيث يفهم منه أن المشرع قد وضع ظروف المدين الشخصية بعين الاعتبار.

المبحث الثاني:

مضمون سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف لطارئة

يعد تأثر الالتزام العقدي بالحادث الطارئ أهم ما تركز عليه نظرية الظروف الطارئة، لأنه مناط التنفيذ الذي أصبح مرهقا ومهددا المدين بخسارة فادحة. فإذا ما وقف القاضي على تحقيق الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 107 السابقة الذكر، فإنه يتدخل بموجب سلطته الممنوحة له من قبل المشرع من أجل معالجة اختلال التوازن الاقتصادي الذي أصاب العقد جراء الظروف الطارئة. وممارسة القاضي لسلطته لا تتم إلا وفق ضوابط وآليات حتى تحقق الهدف من منحه إياها.

ولذلك سنتناول في هذا المبحث كلا من تحديد فكرة سلطة القاضي في تعديل العقد في المطلب الأول، ثم وسائل تدخل القاضي في تعديل العقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

تحديد فكرة سلطة القاضي في تعديل العقد

لقد منح المشرع الجزائري للقاضي صلاحية التدخل لتعديل العقد الذي قد تعثر به ظروف طارئة تجعل تنفيذ التزام المتعاقد مرهقا يتسبب له بخسارة فادحة، وذلك من أجل إعادة التوازن الذي اختل بين التزامات المتعاقدين.

وقد منحت هذه السلطة للقاضي على أساس اعتبارات معينة، بالإضافة إلى أن القاضي يلتزم بمجموعة من الضوابط التي تساعد في تحقيق الغاية من أعمال هذه النظرية مما يجعل حكمه أكثر دقة وفعالية.

وسنتناول في هذا المطلب أساس سلطة القاضي في التدخل بسبب الظروف الطارئة في فرع أول ثم ضوابط سلطة القاضي في التدخل بسبب الظروف الطارئة في فرع ثان.

الفرع الأول:

أساس سلطة القاضي في التدخل بسبب الظروف الطارئة

اختلفت النظم القانونية التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة حول أساس منح القاضي السلطة في تعديل الالتزامات التعاقدية باختلاف وجهات نظر تلك النظم، وكان كل ما اتفقوا بشأنه هو محاولة سد ثغرة كبيرة في نظرية العقد، التي نشأت وترعرعت في ظل مبدأ سلطان الإرادة، وما تفرع عنه من مبادئ متمثلة في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والذي كان المتعاقد وفقا له، يجد نفسه مجبرا على تنفيذ التزامه مهما حل به من خسارة نتيجة تغيير الظروف بعد إبرام العقد كما كانت عليه وقت الاتفاق وذلك إلى الأسوأ¹.

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 72.

ولذلك نجد جدلا فقهيًا واسعًا حول أساس منح القاضي سلطة التعديل بناءً على نظرية الظروف الطارئة، فمنهم من أرجع الأساس إلى وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، ومنهم من أرجعه إلى عدم جواز التعسف في استعمال الحق، ومنهم من أرجعه إلى مبادئ العدالة وروح الانصاف، ومنهم من أرجعها إلى الشرط الضمني، ومنهم من ربطه بنظرية الغبن.

أولاً: تنفيذ العقد بحسن نية

تنص الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه:

«يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية».

فحتى لو كان من البديهي أن يلتزم المتعاقدان بتنفيذ التزاماتهما بحسن نية، إلا أن المشرع الجزائري قد أصر على اشتراطها في نص المادة 107 وذلك لأهميتها وانعكاساتها على تنفيذ العقد.

ويرى جانب من الفقه أن أساس تدخل القاضي لتعديل العقد نتيجة الظروف الطارئة هو سوء نية الدائن، فإذا حدث أن وقعت ظروف طارئة كان من نتيجتها أن أصبح تنفيذ المدين لالتزامه مرهقاً أرهاقاً ينتج عنه خسارة فادحة له، لم يكن من حسن النية في شيء أن يطالب الدائن بتنفيذ العقد رغم قيام الظروف الجديدة، إذ يعتبر سيء النية لأنه يعلم أن مطالبته قد نتجت عنها خسارة كبيرة في جانب المدين، لم تكن لنتيج لو أن تنفيذ الالتزام جرى في ظل الظروف العادية¹.

ولكن كثيراً من الفقهاء انتقدوا هذا الرأي معللين ذلك بأن مطالبة الدائن لمدينه المرهق لا صلة لها بحسن النية وسوئها، إذ أن الدائن يطالب المدين بالتنفيذ، غير محددًا لوسيلة معينة، ولا يمكن نسبة سوء النية إليه، لأن تقدير مدى قابلية العقد للتنفيذ بحالته

¹ Jean louis mouralis, impervision encyclopedie, dalloz, tome 4, ed 10, paris, 1973, p13.

التي اتفق عليها المتعاقدان وفي ظل الظروف الطارئ إنما يعود للقاضي نفسه، ولا مجال فيه لاختيار أحد منهما، فالقاضي هو الذي يحدد أسلوب التنفيذ فضلا عن أن سوء النية في تنفيذ العقد يُعدّ من قبيل الغش، ومن غير المقبول أن نُعدّ الدائن غاشاً لمجرد مطالبته المدين بالتنفيذ رغم الإرهاق¹، بالإضافة إلى أن حسن النية يقتضي تنفيذ العقد وفقا للاتفاق، دون أن يعدل القاضي هذا الاتفاق².

ثانيا: أساس التعسف في استعمال الحق

ارتأى بعض الفقهاء أن الدائن الذي يتمسك بضرورة قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى رغم ما يتهده من خسارة فادحة بسبب الظروف الطارئة، يعد متعسفا في استعمال حقه، وبالتالي فعلى القاضي التدخل من أجل رفع التعسف الحاصل للمدين³.

ولقد نص المشرع الجزائري على نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من القانون المدني بقوله:

«يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.
 - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
 - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».
- ويتضح أن المشرع قد جعل التعسف في استعمال الحق خطأ يستوجب التعويض، وبالتالي لو أن الدائن الذي يطالب المدين بتنفيذ الالتزام المرهق متعسف في استعمال حقه، لكان الأولى أن يكون خطؤه ناجما عن العقد، وليس عن العمل المستحق للتعويض هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن سلطة القاضي في مجال نظرية الظروف الطارئة هي

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 115.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 634.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع نفسه، ص 635.

سلطة تعديل الالتزام العقدي يلتزم فيها القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، في حين أن حكمه في مجال التعسف في استعمال الحق يقتصر على التعويض.

ثالثا: مبادئ العدالة وروح الانصاف

يرى البعض أن فكرة العدالة تصلح أساسا لنظرية الظروف الطارئة وبالتالي تبرر تدخل القاضي من أجل تعديل الالتزام، وعلتهم في ذلك أن العدالة هدف قيم للإنسان منذ الأزل وإلى الأبد¹، إلا أنه يمكن القول بأن فكرة العدالة مازالت مرنة وغامضة، بحيث لا تكفي لأن تكون أساسا لبناء علمي لقواعد القانون، فالقانون وإن كان يعتمد على العدالة ليستمد منها صياغته وقواعده، إلا أن ذلك لا يعني أن القواعد القانونية متطابقة تماما مع قواعد العدالة بل وقد تتعارض معها في بعض الأحيان، ومثال ذلك مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون².

رابعا: الشرط الضمني

يرى بعض الفقهاء أن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة والذي بمقتضاه يتدخل القاضي لتعديل الالتزام التعاقدية، هو وجود شرط ضمني مقتضاه بقاء الظروف التي تم التعاقد في ظلها على حالها وقت تنفيذ العقد³.

ويرى أنصار هذا الرأي أن مبدأ الضمنية عبارة عن تحفظ ضمني في نفس المتعاقد، مؤداه أن يشترط لنفسه الحق في طلب إعادة النظر في التزامات العقد، إذا تغيرت الظروف التي أبرم خلالها العقد تغيرا جوهريا يجعل تنفيذ الالتزام بالنسبة لهذا المتعاقد

¹ عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر، 1995، ص 61.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 76.

³ جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 37.

مرهقا ارهاقا يهدده بخسارة فادحة¹، وهو ما عبر عنه الفقه الفرنسي بفكرة النية المشتركة لأطراف العقد، حيث أن أساس تدخل القاضي في العقد هو الإرادة المشتركة لأطراف العقد، كون نيتهما انصرفت ضمنيا إلى أن يتحملا معا آثاره الضارة².

وقد انتقد هذا الرأي من قبل العديد من الفقهاء، وقد برروا ذلك بأنه إذا كانت نظرية الظروف الطارئة تؤسس حقا على فكرة النية المشتركة للمتعاقدين أو الشرط الضمني في العقد، فإن هذه النية قد كان بإمكانها أن تنصرف إلى استبعاد تطبيق تلك النظرية أصلا، في حين أن النظرية تطبق على الرغم من وجود شرط بالتنازل عن تطبيقها، لأن الأحكام المتعلقة بها من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها³.

بالإضافة إلا أنه لا يمكن الحديث عن نية مشتركة أو شرط ضمني من قبل متعاقدين مصالحهما متعارضة، فالمدين في حالة الظروف الطارئة تنصرف نيته إلى التحرر من الالتزام المرهق، في حين أن نية الدائن هي الاستفادة من هذا الموقف بتحميل المدين النتائج المترتبة عن هذه الحالة⁴.

خامسا: نظرية الغبن

أقام البعض من نظرية الغبن أساسا لنظرية الظروف الطارئة بحجة أن القانون إذا كان يجازي على الغبن عند إنشاء العقد، فيجب أيضا أن يجازي عليه عند تنفيذه، باعتبار أن إرغام المدين واضطراره إلى تنفيذ العقد رغم ما يكتنف الالتزام التعاقدي من إرهاق يعد غبنا في الواقع⁵.

¹ عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 27

² Bonnard Roger, précis de droit administratif, l.g.d.j, 4eme édition, 1943, p 744.

³ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 696.

⁴ Abd Alhamid Hachich, La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs, étude comparée du droit français et du droit de la république arabe unie, Caen, 1962, p 395.

⁵ عبد الحي حجازي المرجع السابق، ص 561.

والغبن هو عدم التعادل بين التزامات كل من المتعاقدين ويتضح ذلك من المقارنة بين قيمة التزامات كل من الطرفين، فإذا بلغ عدم التعادل بينهما حدا معيناً يصل إلى الجسامة البالغة، يرتب القانون على ذلك أثراً يتمثل في إزالة هذا الوضع¹.

والجدير بالذكر أن الغبن سواء ورد أثناء مرحلة إبرام العقد، أو أثناء مرحلة التنفيذ، فإنه يتيح للقاضي بموجب النصوص القانونية التدخل لرفعه من أجل إعادة التوازن بين التزامات أطراف العقد، وتكون هذه السلطة في بعض الأحيان السبب في صدور أحكام مجددة للالتزامات التعاقدية وأحياناً أخرى تكون ترجمة لإرادة المشرع.

ولذلك فإن تأسيس نظرية الظروف الطارئة على مفهوم الغبن عموماً، موفق إلى حد كبير -حسب رأينا- فالمتتبع للنصوص القانونية التي تجيز للقاضي سلطة تعديل الالتزامات التعاقدية، يجدها دائماً ما تكون على خلفية اختلال في التوازن العقدي بسبب التفاوت بين الأداءات المتقابلة، سواء كان ذلك في مرحلة الإبرام كالغبن الناتج عن الاستغلال أو في مرحلة التنفيذ، حتى ولو اختلفت وسائل القاضي ومدى سلطته في رفع الغبن، إلا أن أساس تدخله هو ذلك التفاوت الطارئ أو اللاحق على العقد.

الفرع الثاني:

ضوابط سلطة القاضي في التدخل بسبب الظروف الطارئة

لقد منح المشرع للقاضي بموجب الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري سلطة التدخل لتعديل العقد في حالة الظروف الطارئة بهدف إعادة التوازن الاقتصادي الذي اختل بسبب تغير الظروف تحقيقاً للعدالة، وقد ضبط المشرع تلك السلطة بمجموعة من الشروط التي يجب توافرها لتحقيق الظروف الطارئة.

¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 79.

فالمشرع بذلك لم يكن يهدف إلى إطلاق يد القاضي في التصدي لحالة الظروف الطارئة دون شرط أو ضابط، إذ أنه عندما نص على تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة قيام الظروف الطارئة، فإنه ضبط هذا التدخل بطائفتين من الشروط اختصت الأولى منها بشروط التطبيق بينما اختصت الثانية بشروط الجزاء¹.

وكل تلك الضوابط تسهل مهمة القاضي في إعطاء الوصف الصحيح لحالة الإرهاق التي تمس المدين، وبالتالي ستقوده إلى الوسيلة المثالية التي تتناسب معيار الإرهاق وفق الظروف المحيطة بالعقد.

فالقاضي بعد الوقوف على توافر شروط تحقق الظرف الطارئ، وبعد أن يتبين له أن تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقا للمدين حيث يهدده بخسارة فادحة، جاز له تبعا للظروف وبعد الموازنة بين الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول².

فمراعاة الظروف المحيطة بالعقد أو القضية من ناحية، والموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين من ناحية أخرى هما ضابطان لهما أهمية كبيرة في توجيه سلطة القاضي في تعديل العقد أو إعادة التوازن إليه، برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فعلى القاضي بعد تحقق سلطته التقديرية في التدخل مراعاة هذين الضابطين والاستهداء بهما في أداء مهمته³.

وكذلك من ناحية أخرى فقد حرص المشرع على وضع ضابط آخر استهدف منه تحديد مدى اتساع هذه السلطة حتى لا تكون مطلقة وذلك بقوله:

«... أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...».

وهذا أحد الضوابط المهمة لسلطة القاضي في رد الالتزام المرهق، وعليه فيمكن رد

¹ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 253.

² عبد القادر قصابي، المرجع السابق، ص 139.

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 253.

الضوابط التي تحكم ممارسة القاضي لسلطته في التعديل إلى ثلاثة ضوابط¹.

أولاً: مراعاة القاضي للظروف المحيطة

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الضابط في المادة 107 بقوله:

«... جاز للقاضي تبعا للظروف...».

فنلاحظ بأن المشرع بهذه العبارة «تبعا للظروف» إنما أراد أن يوسع من سلطة القاضي التقديرية ويمنحه مساحة واسعة للحركة، بما يمكنه من أداء مهمته في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فتلك العبارة وإن كانت تشكل ضابطا من ضوابط سلطة القاضي في تعديله للعقد، إلا أنها لا تشكل بالضرورة قيда على تدخل القاضي².

والملاحظ أن الظروف المحيطة بالمتعاقدين سواء تلك التي كانت أثناء التعاقد، أو تلك اللاحقة أثناء التنفيذ، تختلف من قضية إلى أخرى ومن عقد إلى آخر، فكل قضية تحيط بها ظروف خاصة تميزها عن غيرها³.

وعلى ذلك فإن على القاضي ألا يهمل أي ظرف من الظروف المحيطة بالقضية محل النظر، والتي من شأن النظر إليها وأخذها بعين الاعتبار المساهمة في الوصول إلى الحل العادل الذي توخاه المشرع، وأوكل للقاضي مهمة الوصول إليه⁴.

فمن شأن النظر في الظروف المحيطة بالقضية أن يقرر القاضي تأجيل تنفيذ الالتزام مؤقتا، إذا تبين له أن الحادثة الاستثنائية وقتية يقدر لها الزوال، أو يقرر رفض التدخل للتعديل والإبقاء على العقد بالرغم من توافر حالة الظروف الطارئة، إذا تبين له أن المدين تماطل في تنفيذ التزاماته ولولا ذلك التماطل لكان قد نفذ التزامه في الظروف

¹ حسب الرسول الشيخ الفزاري، المرجع السابق ص 616.

² حسب الرسول الشيخ الفزاري، المرجع نفسه ص 618.

³ جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 135.

⁴ محمد عبد الخطيب، المرجع السابق، ص 302.

العادية حسب ما تم الاتفاق عليه في العقد، وبالتالي يحمله عبء التنفيذ كون الالتزام الذي يتراخى تنفيذه إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ نتيجة لتقصير المدين أو خطئه أو إهماله لا تنطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة¹، وقد يستشف من الظروف المحيطة ضرورة إنقاص التزام المدين أو الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق².

وبالتالي فإن تفحص القاضي للظروف المحيطة بالعقد والمتعاقدين ليتبين مدى تأثيرها على التزام المتعاقدين، وما إذا كان الظرف ذا تأثير مستمر أم مؤقت، كل ذلك من أجل الوصول إلى حل مناسب باستخدام طريق من بين البدائل المتاحة أمامه³.

ثانياً: قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين

إن ضابط الموازنة بين مصلحة الطرفين إنما ينصب بشكل مباشر على نظام توزيع العبء الطارئ، فالأساس التي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بإعادة التوازن إلى العقد الذي أدى تطور الظروف فيه إلى اختلال توازن جسيم بين أداءات المتعاقدين، بأن أصبح مركز أحد الطرفين في إرهاق شديد⁴.

فالعقد وقت نشأته قام على مصالح متوازنة بين طرفيه، فكل منهما يهدف إلى تحقيق مصلحة معينة ترتبط بموجب الاتفاق لتحقيقها، غير أن تغير الظروف أدى إلى اختلال توازن تلك المصالح وانعدام التعادل بينهما، فأصبح طرفاً العلاقة التعاقدية ما بين كاسب وخاسر، ففي الوقت الذي ستلحق أحدهما خسارة فادحة، يتحقق الثراء للمتعاقدين الآخر⁵، أو زيادة في حجم مصالح لا يستحقها مع تغيير الظروف، إذ أنها جاءت على

¹ صورية غربي، المرجع السابق، ص 393.

² جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 135.

³ عبد القادر قصاصي، المرجع السابق، ص 139.

⁴ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 255.

⁵ جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 135.

حساب الطرف الآخر الذي انعدمت مصلحته أثناء التنفيذ في ظل الظروف المستجدة¹.

كأن يلتزم شخص بتوريد سلعة لهيئة ما وبسعر محدد، ومع امتداد هذا الالتزام لفترة معينة، يرتفع سعر السلعة فجأة ارتفاعا كبيرا غير متوقع بفعل حدوث ظرف استثنائي، فهنا يطرح التساؤل، هل يلزم المورد بالاستمرار في التوريد بشروط العقد الأصلية وبالثمن المتفق عليه فيه، أم أن العدالة تقتضي رفع بعض الضرر عنه، وتوزيع العبء وتحمل التبعة بينه وبين الدائن المشتري، بحيث يتحمل كل منهما نصيبا في زيادة سعر السلعة غير المتوقع².

ولهذا فقد حرص المشرع على أن يتم التعديل برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بعد تقدير الظروف المحيطة وإجراء موازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين، وهذه الموازنة تتم في ميزان الظروف الاستثنائية الجديدة، بالنظر إلى الظروف السابقة التي نشأ في ظلها العقد، بحيث يتحقق العدل والانصاف³ بإعادة التوازن إلى العقد.

والملاحظ أن الفقه ومعه القضاء قد ركزا على توزيع العبء الناتج عن الظروف الطارئة في الموازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين، بحيث حرصا على أن يظل المدين المرهق محملا بجزء من العبء، وإن لم يكن يلزمه ذلك عدلا وبما لا يحقق له أية مصلحة في التنفيذ بعد التعديل، إذ تظل خسارته قائمة مع أن النص عام ليس فيه ما يتطلب ذلك⁴.

¹ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 304.

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 255.

³ يوسف بوشاشي، المرجع السابق، ص 127.

⁴ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 305.

ثالثا: الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الالتزام المرهق

إن المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري في حالة ثبوت الإرهاق المؤدي إلى خسارة فادحة، هو رد الالتزام إلى الحد المعقول دون فسخ العقد، والمراد برد الالتزام إلى هذا الحد أن يشترك طرفا العقد المتمثلان في المدين والدائن معا، في تحمل الخسارة التي سببتها الظروف الطارئة غير المتوقعة¹، لا أن يتحملها الطرف المدين وحده، فبقدر الغنم يكون الغرم، وبقدر الكسب تكون الخسارة، ويتميز الحد المعقول المذكور في النص بالمرونة، ينظر فيه القاضي إلى ظروف كل قضية على حدة، وله سلطة واسعة في تقديره من خلال بحثه في النزاع وموازنة ظروف المتعاقدين ومصلحة أطراف العلاقة التعاقدية².

وحتى يتجنب القاضي مساوئ المرونة في الإرهاق يتوجب عليه عدم التوغل كثيرا وفق المعيار الشخصي لمعرفة الظروف والأحوال، وإنما يأخذ بعين الاعتبار الفرق الناجم بين قيمة الالتزام في العقد وقيمه بعد وقوع الحادث أساسا للتحديد وفق معيار موضوعي واضح، ومع ذلك فهذا لا يمنع القاضي من أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالمدين، وفي مقدمتها أحواله المالية وذلك في نطاق محدود، لأن المساواة التامة بين المدينين مهما تباينت الظروف واختلفت الأحوال، أمر تأباه العدالة وهكذا يكون في مقدور القاضي أن يخفف من وطأة المعيار الموضوعي المادي بالمعيار الشخصي الذاتي، وذلك بأن يأخذ بعين الاعتبار الجانب الشخصي في العقد، ونعني به المتعاقد المدين³.

والملاحظ أن كل هذه الضوابط التي تحيط بعمل القاضي هي لتسهيل مهمته وجعل حكمه أقرب إلى العدالة، وأفضل لإعادة التوازن بين أطراف العقد، فالالتزام القاضي بهذه الضوابط يُمكنه من اختيار الوسيلة المناسبة للتدخل، وتعديل العقد بالقدر الذي يزيل الإرهاق والخسارة الفادحة.

¹ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 256.

² محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 306.

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 256.

المطلب الثاني:

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

إذا توافرت الشروط القانونية لقيام الظروف الطارئة، تقوم سلطة القاضي بإزاء تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين.

والملاحظ من تقرير المشرع لهذا الجزاء، هو أنه أولى أهمية كبرى لاعتبار ضرورة الإبقاء على العقد وتحقيق الأهداف التي أبرم لأجلها، وضرورة إقامة التوازن الاقتصادي المختل في العقد وإعادة النظر في بعض شروطه، أي أنه تفادى هدم العلاقة التعاقدية قدر الإمكان بإعطاء القاضي سلطة تقديرية يصلح من خلالها ما طرأ في العقد.

والمشرع الجزائري لم يحدد للقاضي الطريقة التي يجري بها رد الالتزام إلى الحد المعقول، أو الحدود التي يعمل فيها ليصل إلى تلك الغاية، ولذلك فإن للقاضي الحرية في اختيار الوسيلة التي يراها أكثر ملاءمة لتحقيق الهدف¹.

وسنتناول في هذا المطلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في فرع أول، ووسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة في فرع ثان، ثم نتطرق إلى سلطة القاضي في تعديل العقد حسب الظروف الطارئة من النظام العام في فرع ثالث.

الفرع الأول:

رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

لقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني على:

«... أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...»

¹ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 307.

وبالتالي فإن أثر إعمال نظرية الظروف الطارئة طبقا للقانون الجزائري، هو قيام القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهذا ما ينسجم تماما مع معنى التعديل المقصود من المشرع، ما يشكل ضمانا كبيرة لتحقيق التوازن المطلوب وفقا لمقتضيات العدالة المتوخاة من سلطة القاضي بهذا الصدد.

بالإضافة إلى أن ذلك يتفق مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة الذي يتلخص في فكرة بقاء العقد واحترام القوة الملزمة له¹.

إن نص المشرع على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، يعني إعادة التوازن للعقد الذي اختل بسبب الظروف الطارئة التي غيرت ما كان الاتفاق يتسم به أثناء إبرام العقد، وقد وفق المشرع في ذلك لأنه وبهذه الطريقة، يمكن للقاضي القيام بمهمته وفق الضوابط المذكورة سابقا وبما يحقق التوازن بين مصالح المتعاقدين في الظروف الجديدة، وذلك بأن أعطى له حرية تقدير الوسيلة المناسبة التي يراها تتلاءم مع الوضع الذي يعرض عليه، سواء كان ذلك بإنقاص الالتزام المرهق الذي يتحمله المدين، أو بزيادة الالتزام المقابل الذي يتحمله الدائن، وكل ذلك مع مراعاة الظروف والمصالح الخاصة بكلا المتعاقدين، وهذا هو الهدف من إعمال سلطة القاضي في مجال الظروف الطارئة أساسا.

بالإضافة إلى أن المشرع قد خول القاضي التدخل لتعديل الالتزام التعاقدي في سبيل إنقاذ العقد، وبما أن الظروف والوقائع تختلف حسب كل حالة وتتنوع حسب كل قضية، فمن الطبيعي أن يكون القاضي حرا في اختيار الطريقة المناسبة لإعادة التوازن ورفع الإرهاق وبالتالي تفادي الخسارة الفادحة، وهذا ما يخوله تجديد الالتزامات التعاقدية أثناء تعديله مما يجعل حكمه مصدرا واضحا للالتزام في حالات كثيرة سيتم توضيحها لاحقا.

¹ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 309.

الفرع الثاني:

وسائل تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

باستعراض نص الفقرة الثالثة من المادة 107 السابقة الذكر، نجد أن المشرع الجزائري لم يضع للقاضي وسيلة محددة يرد بها الالتزام إلى الحد المعقول، وذلك لاختلاف كل حالة عن الأخرى من حيث الطبيعة والظروف وما تقتضيه كل قضية في رفع الإرهاق.

وبالرجوع إلى نص المادة وأساس نظرية الظروف الطارئة، يمكن أن نستخلص بعض القواعد في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول¹، إذا كانت الخسارة مألوفة فعلى المدين أن يتحملها وحده²، أما إذا كانت الخسارة غير مألوفة يشترك المتعاقدان في تحمل الإرهاق، وذلك بأن يقوم القاضي برد الالتزام إلى الحد المعقول، وحيث أن المشرع لم يحدد نسبة معينة يوزع القاضي وفقها الإرهاق بين الطرفين، فيمكن القول أن يكون اشتراك المتعاقدين في الخسارة بالنسبة التي يحددها القاضي بعد ملاحظة الظروف والموازنة بين مصلحة الطرفين دون التقييد بقاعدة حسابية، ولذلك نجد أن المشرع لم يضع قاعدة للتوزيع، وإنما أراد أن يكون التوزيع عادلا محضا يستهدي فيه القاضي بظروف النزاع، وبمصلحة المدين والدائن على حد سواء، لأن تقييدها بقيد مادي من شأنه أن يضر بأساس النظرية والهدف منها³.

هذا وإن من حق الدائن أن يطلب فسخ العقد دون أن يُسأل عن أي تعويض، خاصة في الحالة التي يقضي فيها التعديل بزيادة التزاماته، وهو أمر يقبل من دون أن يتوقف على رضا المدين، فحق الفسخ مقصور على الدائن الذي يأبى قبول التعديل، أما

¹ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 259.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 252.

³ أسعد الكوراني، المرجع السابق، ص 242.

القاضي فلا يملك سلطة فسخ العقد كما لا يملك المدين الحق في طلب الفسخ، لأن المشرع الجزائري قصر عمل القاضي على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول كما قصر طلب المدين على طلب تعديل الالتزام¹.

وإن من المنطقي أن رد الالتزام إلى الحد المعقول لا يكون إلا بالنسبة للحاضر ولا شأن له بمستقبل العقد لأنه غير معروف، فإذا كان العقد مستمرا أو كان التنفيذ مؤجلا وقام القاضي بتعديل الالتزام التعاقدى، وبعد ذلك زال الظرف الطارئ الذي اقتضى هذا التعديل قبل انتهاء مدة العقد، وجب إلغاء التعديل من وقت زوال الظرف الطارئ والعودة إلى ما اتفق عليه المتعاقدان، وإذا استجدت ظروف طارئة مرة أخرى فلا مانع من أن يعيد القاضي النظر في التعديل مجددا².

وبالإضافة إلى الاستهداء بهذه القواعد، نجد أن القاضي يستخدم وسائل تحقق الغاية من التدخل الذي خوله له المشرع³، وتتمثل هذه الوسائل في إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل، وقد يلجأ القاضي إلى وقف تنفيذ العقد لمدة معينة إلى أن يزول الظرف الطارئ إذا كان ذلك الظرف مؤقتا مقدر له الزوال بعد فترة معينة⁴، وسنتناول هذه الوسائل فيما يلي:

أولاً: سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق

يعد اختيار القاضي لوسيلة إنقاص الالتزام المرهق الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين⁵، يلجأ إليها القاضي عند ارتفاع سعر محل الالتزام أو ندرته في السوق، سواء كان ذلك لمنع استيراده أو قلة إنتاجه أو لأي سبب آخر، فيلجأ القاضي إلى

¹ صورية غربي، المرجع السابق، ص 396.

² راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص 275.

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 260.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 646، 647.

⁵ جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 137.

إنقاص الكمية التي التزم بها المدين وذلك بالقدر الذي يجعل الالتزام في الحدود المعقولة، ومثال ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لأحد مصانع الحلوى بالتسعييرة الرسمية، فيقع حادث طارئ ينتج عنه قلة كميات السكر في الأسواق بدرجة كبيرة، مما يجعل توريد الكميات المتفق عليها من السكر أمرا مرهقا، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص من كمية السكر المتفق عليها إلى الحد الذي يستطيع معه التاجر القيام بتوريده¹، ويلاحظ في هذا الصدد أن توزيع العبء الطارئ وتحمل التبعة يكون على عاتق المتعاقدين، بحيث يتحمل كل منهما نصيبا في زيادة السعر غير المتوقعة².

كما قد يلجأ القاضي بنفس وسيلة الانقاص إلى إنقاص الثمن إذا انخفضت الأسعار، حيث يتحمل المدين جزء من الخسارة يتمثل في الفرق بين الثمن المحدد في العقد والثمن الذي حدده القاضي والثمن الي يجب أن يدفعه له الدائن، وبذلك يكون الدائن قد تحمل الجزء الذي يزيد على السعر الذي كان متوقعا عند إبرام العقد في حالة الانخفاض العادي للأسعار والثمن الذي حدده القاضي، ويتحمل المدين في العقود الدورية أو المستمرة جزء يعادل الزيادة غير المألوفة والقدر الذي يقوم بتنفيذه، في حين يتحمل الدائن الجزء المقابل للزيادة الطارئة بالقدر الذي لم يتم تنفيذه³.

وإذا كان الالتزام يتمثل في دفع ثمن شيء مبيع فإنه يجوز للقاضي أن ينقص من مقدار هذا الثمن أو أن ينقص من فوائده أو يسقطها أو يمد آجال دفعها.

والواقع أن القاضي يختار بين هذه الوسائل للتخفيف من حدة الالتزام المرهق بسبب الظروف الاستثنائية، والذي يشجع القاضي على اختيار واحد من تلك الخيارات هو تقدير القاضي لملائمة كل جزاء بالنسبة للجزاء الآخر⁴.

¹ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 311.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 647.

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 261.

⁴ نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 652.

وهكذا يلجأ القاضي إلى وسيلة التعديل بالإنقاص مستعملاً في ذلك سلطته التقديرية الواسعة، فهو عندما يحكم بإنقاص الالتزام التعاقدي، نجده قد جدد التزام المتعاقد المدين، وبالتالي فإن القاضي يكون قد ألغى الالتزام التعاقدي الأصلي، وأحل محله التزاماً قضائياً بنص حكمه، وكل ذلك يعني أن الحكم القضائي هو مصدر الالتزام الجديد للمدين¹.

هذا ويلجأ القاضي إلى وسيلة التعديل بالإنقاص من ناحية الكم كلما قدر بأن تلك هي الوسيلة الأجدى في رفع الإرهاق عن المدين نتيجة للظروف الطارئة، وبالرغم من أن هناك من الفقهاء من جعل الانقاص ينصب على ناحية الكيف، كما لو تعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة ذات وصف متفق عليه من حيث الجودة، وأثناء تنفيذ الالتزام تطرأ حوادث استثنائية تؤدي إلى صعوبة الحصول على الكميات المتعاقد عليها من تلك السلعة، سواء بسبب ارتفاع السعر أو ندرة السلعة المتعاقد حولها بما من شأنه جعل الالتزام مرهقاً للمدين، فيجوز للقاضي أن يرخص للمدين الوفاء بنفس الكمية المتفق عليها ولكن من صنف أقل جودة²، ولكن ذلك في حقيقة الأمر يخرج عن نص الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني، لكون القاضي هنا لم يعدل الالتزام بقدر ما غير محل العقد وهذا أمر غير مقبول.

ثانياً: التعديل في صورة زيادة الالتزام المقابل

وفي هذه الحالة فإن القاضي يرى أن الوسيلة الأكثر جدوى في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هي الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المدين، وهو التزام الدائن حيث يتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام، في حين يتحمل المدين الزيادة المألوفة المتوقعة وتعتبر هذه الصورة أكثر الصور شيوعاً في الواقع

¹ Samir Tanagho, op, cit, p 179.

² محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 313.

العملي وأكثرها قابلية للتطبيق¹.

ومن أمثلة هذه الصورة التزام صاحب محطة بنزين بتوريد كمية من البنزين إلى شركة نقل ركاب بسعر 20 دينار للتر الواحد، وبسبب أزمة اقتصادية ارتفعت أسعار البنزين إلى مائة وخمسون ديناراً، إن للقاضي في هذه الحالة أن يزيد السعر الذي تدفعه الشركة بحساب الفارق بين السعر المتفق عليه وما وصل إليه نتيجة الظرف الطارئ بطريقة حسابية بسيطة (20-150) الفارق هو 130، والقاضي وهو بصدد رد الالتزام إلى حده المعقول لا يوزع الزيادة هكذا على الطرفين، وإنما يحمل المدين وحده الزيادة المألوفة وهي مثلاً عشرة دنانير، على اعتبار أن سعر البنزين لو وصل إلى 30 دينار فإن ذلك لا يشكل إرهاقاً كبيراً جداً²، بل يمكن القول أن هذه الزيادة متوقعة قد تكون مألوفة لكن غير المألوف هو باقي الزيادة أي 120 ديناراً، وهي التي يقسمها القاضي بين الطرفين وفقاً لما يراه متفقاً مع العدالة دون أن يلتزم بالضرورة أن يوزعه مناصفة على الدائن والمدين³.

ويعد تدخل القاضي بزيادة التزام الدائن تدخلاً ناتجاً عن سلطة تقديرية واسعة تسمح له بإلغاء الالتزام التعاقدي السابق، وإنشاء التزام جديد تماماً مكان الالتزام المتفق عليه وقت التعاقد، وبالتالي فإن الحكم القضائي في هذه الحالة أيضاً هو مصدر التزام الدائن.

والجدير بالذكر أن تعديل الالتزام المرهق بالانقاص أو بالزيادة في الالتزام المقابل، يرتبط وجوده أو عدمه بحالة الظروف الاستثنائية التي بررت للقاضي القيام به، حيث لا يمكن للقاضي أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا شأن له بالمستقبل لأنه مجهول، فقد يزول أثر الظرف الطارئ فيرجع المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل تعديل القاضي له، وبالتالي يسترجع العقد قوته الإلزامية الكاملة كما كان في الأصل⁴.

¹ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 313.

² جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 137.

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 263.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 648.

هذا وأن القاضي عندما يستعمل وسيلة إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل فإنه يحقق نفس النتيجة ويراعي في ذلك نفس الضوابط كما يكون حكمه في الحالتين حكما مجددا أو منشئا للالتزام.

فمن حيث النتيجة نجد أن في كلتا الحالتين سيؤدي الحكم إلى تخفيف الإرهاق الواقع على عاتق المدين بفعل الظروف الطارئة، سواء نص حكمه على إنقاص التزامات المدين المرهق، أو على زيادة التزامات المتعاقد الدائن، ففي الحالتين يُجَنَّبُ المدين الخسارة الفادحة¹.

كما أن على القاضي أن يراعي في إعماله لكل من الوسيلتين أن يحمل المدين تبعه الإرهاق المألوف أولاً، ثم يُعْمَلَ الحكم بعد ذلك، سواء كان بالإنقاص أو بالزيادة وذلك لكون الإرهاق المألوف يتحمله المدين بحكم العرف، ثم أنه لا يمكن للقاضي أن يتبين طريقة إنقاص الالتزام أو طريقة زيادة الالتزام المقابل له إلا بالنسبة للالتزام قائم وآجل التنفيذ، أما ما نفذ من التزامات فقد انتهى الأمر بالنسبة لها، ولم يعد لها وجود، وبالتالي يغض القاضي الطرف عنها حتى لو ادعى القائم بتنفيذها إرهاقا أصابه جراء التنفيذ².

ثم إن حكم القاضي في الحالتين هو حكم مجدد للالتزامات التعاقدية، لأنه عندما يأمر بإنقاص التزامات المدين المرهقة جراء الظروف الطارئ، أو بزيادة التزامات المتعاقد الدائن حتى يخفف من حدة الخسارة ويرد الإرهاق الى الحد المعقول، إنما يلغي الالتزامات التعاقدية والتي تم الاتفاق عليها من قبل المتعاقدين في مرحلة إبرام العقد، ويقوم بموجب سلطته التقديرية الواسعة التي منحها له المشرع بأن يحل محل تلك الالتزامات التي كان مصدرها العقد التزامات جديدة تختلف عنها، فيكون حكمه القضائي هو المصدر الجديد لتلك الالتزامات، وهذا ليس تهديدا لإرادة المتعاقدين بقدر ما يتماشى مع مبادئ العدالة واستقرار المعاملات.

¹ عبد الحميد بن شنيته المرجع السابق، ص 65.

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 264.

ثالثاً: التعديل في صورة وقف تنفيذ الالتزام

قد يلجأ القاضي إذا ما قدر أن الظرف الطارئ مؤقت وأنه على وشك الزوال، إلى الأمر بوقف تنفيذ العقد لفترة محدودة حتى تزول آثار هذا الظرف الطارئ¹، وهذا التعديل الذي يقوم به القاضي في هذه الحالة لا مساس فيه بالعناصر الموضوعية أو المادية للعقد، إذ تظل فيه الالتزامات محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر، وإنما ينصب التعديل على عنصر الزمن المتفق عليه في العقد².

ويضرب الفقه مثالا على هذه الحالة أو الصورة من صور التعديل، أن يتعهد مقاول في عقد مقولة بإقامة بعض المنشآت أو المباني، ثم يطرأ ظرف استثنائي يؤدي إلى ارتفاع سعر مواد البناء ارتفاعا فاحشا، مما يجعل تنفيذ المقاول للالتزام في ظلها مرهقا يهدده بخسارة فادحة، فإذا ما قدر القاضي أن هذه الظروف وقتية وأنها على وشك الزوال، فإنه يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول أثر هذه الظروف، كاقتراب رفع الحظر عن الاستيراد مثلاً، وذلك حتى يتسنى للمقاول أن ينفذ التزامه في ظروف اعتيادية دون أن يصيبه إرهاب شديد، بشرط أن لا يؤدي وقف تنفيذ العمل إلى إلحاق ضرر جسيم بصاحب البناء³.

وهذا التدبير الذي يتخذه القاضي يتفق مع ما يتخذه من تدابير بموجب سلطته في منح نظرة الميسرة، إذ ينصب التعديل في كل من الحالتين على عنصر الزمن ولا تأثير له على العناصر الموضوعية في العقد أو جوهر الالتزامات الناشئة عنه، وكلاهما يشترط أن لا يتسبب في ضرر جسيم للدائن، غير أن وقف التنفيذ يختلف عن نظرة الميسرة في السبب الذي يدعو إلى منح كل واحد منهما، فبينما تمنح نظرة الميسرة بسبب حادث فردي

¹ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 315.

² محمد علي الخطيب، المرجع نفسه، ص 315.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 647.

يتعلق بالمدين، يكون سبب الظرف الطارئ حادثا عاما استثنائيا¹.

ولا شك أن الوقف إذا استغرق المدة المحددة أصلا لتنفيذ الالتزام، فإن هذا لا يؤثر على أجل تنفيذ الالتزام الذي يُرَحَّلُ لمدة جديدة تساوي المدة التي أوقف فيها تنفيذ الالتزام، فإذا كانت المدة المحددة لتنفيذ الالتزام ثلاثة أشهر مثلا، وهي نفس المدة التي أوقف فيها تنفيذ الالتزام، فإن العقد حينها ترتد له قوته الإلزامية فهي تعود لثلاثة أشهر كاملة².

كما أن القاضي عندما يحكم بوقف تنفيذ العقد فإنه يكون قد تدخل بسلطة وعدل أحد أهم عناصر العقد وهو الزمن الذي يشكل وصفا للالتزام، وبالتالي فإن وصف تنفيذ الالتزام يعد حكما مجددا للالتزام الذي من المفروض أن يقوم به المدين في أجل محدد، وقد تم تعديله بناء على السلطة التقديرية للقاضي في سبيل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فحكم القاضي بوقف تنفيذ الالتزام هو مصدر التزام المدين الجديد، الذي يكون مضمونه تنفيذ الالتزام في وقت لاحق يختلف تماما عن ذلك الوقت الذي اتفق عليه المتعاقدان عند إبرام العقد.

رابعا: فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة

إن الفقرة الثالثة من نص المادة 107 من القانون المدني لم تنص على إمكانية فسخ القاضي للعقد تأسيسا على نظرية الظروف الطارئة، فجعلت الجزاء على توافر شروط الظرف الطارئ يتمثل في أن يرد القاضي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وبذلك فإن تبعة الحادث الطارئ يوزعها القاضي بين الدائن والمدين ولا يتحملها المدين وحده بفسخ العقد، وهذا ما ذهب إليه جانب كبير من الفقهاء الذين يرون أن المشرع وإن كان قد أعطى القاضي سلطة تعديل العقد بناء على الظروف الطارئة، فهو

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 448.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع نفسه، ص 447.

لم يعطه سلطة فسخه¹.

وإن كان المشرع الجزائري قد استبعد وسيلة الفسخ في المادة 107 فإنه أجازها وفقا للمادة 561 من القانون المدني والتي جاء في الفقرة الثالثة منها:

«... غير أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاوله جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد».

يعتبر هذا النص القانوني تطبيقا من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة، كون الشروط التي وضعها المشرع في هذه المادة تتطابق مع الشروط التي نص عليها في المادة 107 سيما عمومية الظرف واستثنائيته وحصوله أثناء فترة التنفيذ، بالإضافة إلى أنه تسبب في انهيار التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين المتمثلين في رب العمل والمقاول. غير أن الجزاء في هذه الحالة يختلف عن الجزاء المقرر في المادة 107، حيث أجاز المشرع للقاضي في حالة حدوث ظروف طارئة في عقد المقاوله، بالإضافة إلى إمكانية الزيادة في أجرة المقاول من أجل رفع الإرهاق عليه، وبالتالي إعادة التوازن الذي اختل في العقد، إمكانية أو وسيلة أخرى وهي فسخ العقد.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد جعل الأمر متروكا للقاضي وفقا لسلطته التقديرية غير مقيد بإياه بأي قيد، فللقاضي إذا أن يختار الصورة أو الوسيلة التي من شأنها إعادة التوازن لعقد المقاوله مراعى في ذلك ظروف التعاقد ومصلحة الطرفين، فإن رأى أن التوازن الذي اختل نتيجة للظرف الطارئ، سيتحقق من جديد إذا رفع من أجرة المقاول فله أن يحكم بذلك، ويكون حكمه هنا منشئا للالتزام شأنه شأن أي حالة من حالات الظروف

¹ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المستوفية، 2020، ص 158.

الطارئة، أما إذا رأى أن التوازن لن يتحقق بأي حال من الأحوال، فيحكم بفسخ العقد، ويعد حكمه في هذه الحالة كذلك منشأ للالتزام لعدة اعتبارات، أولهما أن سلطة القاضي في إنهاء عقد معين هي أخطر من سلطته في تعديله، حيث يكون حكمه ضد إرادة المتعاقدين وضد العقد ككيان مستقل، والثاني أن المشرع وإن كان قد نص على إمكانية زيادة الأجرة أو الفسخ، إلا أنه لم يحدد للقاضي الحالات التي يحكم فيها بكل وسيلة، فمنحه سلطة تقديرية واسعة ما دامت شروط أعمال النص متوفرة، فيختار أي وسيلة من شأنها تحقيق الهدف من النص بالإضافة إلا أنه لم يحدد له مقدارا معيناً في حالة الزيادة، وبالتالي فإن هذا التعديل قضائي ومنشئ للالتزام، وليس تعديلاً قانونياً.

والثالثة أن أي تدخل للقاضي في تعديل العقد سواء كان منشأ للالتزام أو غير ذلك، لا يمكن أن يحصل إلا بنص قانوني وهو حال كافة مصادر الالتزام بشكل عام، وهذا لا ينفي الدور الإيجابي والفعال الذي يقوم به القاضي، كما لا ينفي أن حكمه مصدر للالتزام في بعض تلك الحالات.

الفرع الثالث:

سلطة القاضي في تعديل الظروف الطارئة من النظام العام

لقد جعل المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة من النظام العام وهو ما نص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني بقوله:

«... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك...».

ويتضح من هذا النص أن كل اتفاق بين أطراف العقد على استبعاد تطبيق أحكام هذه المادة إذا ما توافرت شروطها هو اتفاق باطل لعدم مشروعية محله، سواء جاء هذا الاتفاق قبل وقوع الحادث الطارئ أم بعده¹.

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 566.

وقد أحسن المشرع الجزائري في جعل أحكام المادة 107 من القانون المدني من النظام العام، فالعلة من تقرير هذا الحكم هو أنه لو سمح بالاتفاق على استبعاد تطبيق أحكام الظروف الطارئة، لاستطاع المتعاقد القوي أن يملّي على المتعاقد الضعيف هذا الشرط، وبذلك تغدو الحماية المقررة طبقا لهذه النظرية صورية لا قيمة لها¹.

والجدير بالذكر أن المشرع وإن كان قد اعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، إلا أنه لم يعتبر أن القوة القاهرة التي تجعل هي الأخرى تنفيذ الالتزام مستحيلا من النظام العام بل نص المشرع على عكس ذلك صراحة² طبقا للمادة 178 من القانون المدني.

ويرجع سبب الاختلاف في الحكم بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة، أن القانون المدني قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين الظرف الطارئ الذي قد يكون أقل خطرا من القوة القاهرة، حيث أن الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة، إنما هو ضرب من التأمين يقدم عليه المدين مضطرا، أما الاتفاق على تحمل المدين تبعة الحادث الطارئ فيعتبر مغامرة قد تهون حالة الاضطرار للإقدام عليها³.

وبالرغم من وجود جانب كبير من الفقهاء الذين لا يرون أي فائدة أو داع من اعتبار هذه النظرية من النظام العام⁴، إلا أننا نستحسن موقف المشرع الجزائري في جعل أحكام نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، وعدم مساواتها مع القوة القاهرة، كون هذه الأخيرة تخص المتعاقد فقط، أما الظروف الطارئة فتكون عامة، وذلك أدعى لاستفحال ظاهرة التعسف في ذلك الشرط مما يثير العديد من النزاعات وهو ما يهدد استقرار المعاملات بشكل عام، ويُغَيَّبُ العدل والمساواة أمام أحكام القانون.

¹ منير سعد خليفة، المرجع السابق، ص 130.

² نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 294.

³ منير سعد خليفة، المرجع السابق، ص 131.

⁴ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 299.

خلاصة الفصل الأول:

تعتبر نظرية الظروف الطارئة استثناء على مبدأ سلطان الإرادة عموماً ومبدأ القوة الملزمة للعقد على وجه الخصوص، فإذا ما طرأت ظروف استثنائية عامة وغير متوقعة أثناء تنفيذ العقد لم تكن موجودة عند إبرامه وأدت إلى إرهاب المدين لدرجة تحميله خسارة فادحة، أعطى المشرع للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولم يقيد بمقدار محدد يلزم بالوصول إليه أثناء التعديل، كما لم يحدد له الوسيلة التي يستعملها من أجل تحقيق التوازن، بل ترك الأمر لسلطته التقديرية بمجرد تحقق شروط أعمال هذه النظرية، مع مراعاة الظروف والموازنة بين مصالح أطراف العقد.

والقاضي عندما يقوم بتعديل العقد في حالة الظروف الطارئة، فإنه قد ينقص من التزامات المدين المرهق، أو يرفع من التزامات الدائن المقابل، أو يجمع بين الوسيلتين، وفي كل هذه الأحوال نجد أن حكمه يلغي الالتزامات التعاقدية التي اتفق حولها الأطراف أثناء التعاقد، ويحل محلها التزامات جديدة، وبذلك يكون حكمه هو المصدر المباشر لتلك الالتزامات الجديدة بعد أن كان العقد مصدرها.

ونفس الأمر ينطبق على وسيلة وقف تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة، فوقف القاضي لتنفيذ العقد في هذه الحالة هو تعديل لوصف من أوصاف الالتزام وهو الأجل دون أن يحدد له المشرع مقداراً زمنياً معيناً، وبالتالي فإن حكمه في هذه الحالة مجدد للالتزام التعاقدي ومنشئ للالتزام جديد.

هذا بالنسبة للقواعد العامة في الظروف الطارئة، غير أن المشرع قد خص الظروف الطارئة في عقد المقاولة بوسيلتين يتدخل بهما القاضي من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، زيادة الأجرة أو فسخ العقد، وذلك دون أن يحدد المشرع للقاضي مقداراً معيناً أو يلزمه بوسيلة معينة في حالة معينة، وترك أمر تقدير كل ذلك لسلطته التقديرية، وعليه

فإن حكم القاضي بزيادة أجر المفاوض أو بفسخ العقد في الحالتين هو حكم مجدد للالتزامات في عقد المفاوضة، وهو منشئ للالتزامات جديدة، وبالتالي فإن حكم القاضي هو مصدر مباشر لتلك الالتزامات.

الفصل الثاني:

نظرة الميسرة

إن من أهم ما يترتب على مبدأ سلطان الإرادة أن العقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما يتطلب ضرورة تنفيذ العقد في الأجل المحدد والمتفق عليه بين أطراف العلاقة التعاقدية.

غير أن هذا الأمر ليس على إطلاقه، فالمدين وهو في سبيل القيام بتنفيذ التزامه قد يواجه بعض الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية التي لا تسعفه كثيرا في تنفيذ ذلك الالتزام على الوجه المطلوب وفي الأجل المحدد في العقد.

وقد عالج المشرع هذه الحالة بأن منح للقاضي سلطة مفادها منح المدين أجلا قضائيا بغرض التيسير عليه حتى يتمكن من تنفيذ التزامه دون الذهاب مباشرة إلى فسخ العقد أو إنهائه.

وقد اصطلح على هذا الأجل القضائي نظرة الميسرة، ولدراستها بشكل مركز سنتناول ماهية نظرة الميسرة في مبحث أول، ثم نبين سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة في مبحث ثان.

المبحث الأول:

ماهية نظرة الميسرة

نظم المشرع الجزائري أحكام نظرة الميسرة في نصوص القانون المدني التي منح من خلالها سلطة تعديل أجل تنفيذ الالتزام للمتعاقد المدين، ومن أجل الإلمام بماهية نظرة الميسرة سنتناول في هذا المبحث كلا من مفهوم نظرة الميسرة في مطلب أول ثم تمييز نظرة الميسرة عن غيرها من المفاهيم المشابهة في مطلب ثان.

المطلب الأول:

مفهوم نظرة الميسرة

من أجل توضيح مفهوم نظرة الميسرة، سنتناول في هذا المطلب تعريف نظرة الميسرة في فرع أول، ثم نبين خصائص نظرة الميسرة في فرع ثان.

الفرع الأول:

تعريف نظرة الميسرة

لقد عرف الفقهاء نظرة الميسرة بأنها مهلة التنفيذ أو الأجل القضائي التي يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ حسن النية، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم، وذلك حتى ينفذ التزامه ويتوقى الفسخ¹.

كما تعرف أيضا بأنها أجل معقول يمنحه القاضي للمدين الذي تستدعي حالته المالية ذلك، عندما لا يوجد ما يمنع منحها قانونيا، ولا يؤدي منح هذه النظرة إلى إلحاق ضرر جسيم بالدائن².

¹ عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 454.

² ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الالتزام، الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 125.

وقد عرفها جانب آخر من الفقه بأنها الأجل الذي يكون مصدره القضاء، حيث يجيز القانون للقاضي أن يمنح المدين حسن النية أجلا أو آجالا معقولة للوفاء بدينه، ولم يلحق الدائن ضرر من ذلك¹، أما الفقه الفرنسي فقد عرفها بأنها الأجل الممنوح من طرف القاضي للمدين المتابع من قبل الدائن².

وقد نظم المشرع الجزائري الأجل القضائي من خلال ثلاث نصوص في القانون المدني نوردتها فيما يلي:

تنص المادة 119 على أنه:

«في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك

ويجوز أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كل الالتزامات».

كما نصت المادة 210 على أنه:

«إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين المالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه».

ونصت المادة 281 على أنه:

«يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

¹ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 288.

² Alex Weill et François terre, droit civil, les obligation, 2eme édition, Dalloz, p 967.

غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها.

وفي حالة الاستعجال يكون منح الآجال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة. وفي حالة إيقاف التنفيذ، فإن الآجال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي».

ويتضح من هذه النصوص القانونية، أن المشرع الجزائري أخذ بنظرة الميسرة وأجاز منح أجل قضائي للمدين بشروط معينة¹، وفي حالات مختلفة، سواء بمناسبة دعوى فسخ رفعها الدائن على المدين، أو بموجب دعوى تنفيذ رفعها الدائن طالبا بتنفيذ المدين لالتزامه حسب ما اتفقا عليه في العقد.

فالأصل في نظرة الميسرة أن المدين وإن كان يجب عليه الوفاء بدينه في ميعاد متفق عليه، إلا أن حالته استدعت الرأفة به طالما لم يلحق الدائن ضررا جسيما، ولم يمنع التأجيل نص في القانون، ولذلك أجاز المشرع للقاضي أن يمنح المدين أجلا من أجل التخفيف عليه، شأنها في ذلك شأن نظرية الظروف الطارئة، فهي تخفف العبء بإفراح الأجل كما تخفف الظروف الطارئة العبء بتحديد مقدار الدين²، وهو ما يتفق مع اعتبارات العدالة وحسن النية³.

إن نظرة الميسرة إذن تقوم على منح القاضي سلطة استثنائية يستطيع بمقتضاها أن يمنح المدين الذي حل ميعاد الوفاء بدينه، أجلا ليسدده فيه، متى كان هذا الأخير يمر

¹ عبد القادر الفار، آثار الحق في القانون المدني الأردني، أحكام الالتزام، دار الثقافة، عمان، 1995، ص 36.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، نهضة مصر، ط3، 2011، ص 95.

³ Marty et Raynaud, droit civil, tome 2, 1^{er} volume, les obligation, p 751.

بظروف اقتصادية تبرر ذلك¹.

وعليه فهي مظهر من مظاهر اتساع سلطة القاضي في مجال العقود حماية للمدين كطرف ضعيف متى لم تسعفه ظروفه الآنية في تنفيذ التزامه، وهذا ما يتماشى مع الفلسفة التشريعية الحديثة التي تقر بتوسيع السلطة التقديرية للقاضي في نطاق العقود².

الفرع الثاني:

خصائص نظرة الميسرة

من خلال النصوص القانونية المتعلقة بنظرة الميسرة، نجد أنها تتميز ببعض الخصائص الفريدة، والتي تجعلها وسيلة فعالة جدا في التخفيف من عبء الالتزام الذي يتحمله المدين، كونها من النظام العام فلا يجوز للأفراد الاتفاق على استبعادها وهذا ما يجعلها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، بالإضافة إلى أنها تخالف القواعد العامة في الوفاء، إلا أنها تشمل كافة الديون.

أولا: نظرة الميسرة من النظام العام

يعتبر الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين تيسيرا له من بين القواعد القانونية التي تنتمي إلى النظام العام، ولا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على استبعاد حق القاضي في منحها، فإذا اتفق الدائن والمدين على ذلك، كان اتفاقهما باطلا، وبالتالي فإن للقاضي أن يمنح المدين أجلا قضائيا على الرغم من هذا الاتفاق³، إلا في بعض الحالات التي يمنع

¹ محمد الكشور، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1993، ص 168، 169.

² عز الدين آيت موسى، المهلة القضائية في ضوء القانون المغربي، مجلة الباحث وسلسلة الأبحاث، العدد 34، ماي 2020، المملكة المغربية، ص 25.

³ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 131.

فيها القانون القاضي من العمل بها¹.

ويرجع ذلك أيضا إلى أن نظرة الميسرة قد وجدت حماية للمصلحة العامة، فلو لم يكن كذلك، لأدرج طرفي العقد بندا يقضي بعدم إمكانية تطبيقها من قبل القاضي، وبالتالي تكون الحماية التي قررها المشرع عديمة الأثر².

ثانيا: خضوع نظرة الميسرة للسلطة التقديرية للقاضي

يستفاد من النصوص القانونية السابق ذكرها أن منح القاضي لنظرة الميسرة هو أمر جوازي وسلطة اختيارية بيد القاضي³، حيث استعمل المشرع في المواد المتعلقة بنظرة الميسرة كلمة «يجوز»، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين نظرة الميسرة دون طلب، فلا يشترط أن يطلبها صراحة أو ضمنا⁴.

فقد يرى القاضي أن تأخر المدين في تنفيذ الالتزام كان سببه سوء حظه بأن صادفته ظروف منعه من تنفيذ التزامه في الأجل المحدد له، كما أنه قد يرى أن الدائن لم يصبه أي ضرر من هذا التأخير وأنه متعسف في طلب الفسخ بسبب عدم تنفيذ الالتزام، خاصة إذا كان الجزء المتبقي من الالتزام قليل الأهمية ويمكن تنفيذه⁵.

والجدير بالذكر أنه مادام منح نظرة الميسرة أمر متروك للقاضي - فهو الذي ينظر حتى بعد توافر شروطها إذا كان ثمة ما يستدعي منح المدين نظرة الميسرة - فإن تقديره نهائي لا يخضع فيه لرقابة المحكمة العليا⁶.

¹ Alex veille, François terre, op, cit , p 968.

² محمد إبراهيم البنداري، نظرة الميسرة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، سنة 2001، ص 290.

³ سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت، 1987، ص 305.

⁴ عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 456.

⁵ عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، المرجع نفسه، ص 457.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مج 02، المرجع السابق، ص 707.

ثالثا: مخالفة نظرة الميسرة للقواعد العامة في الوفاء

لقد أوجب المشرع الجزائري ضرورة أن يوفي المدين بالتزامه في الوقت المحدد أي فور وصول أجل الوفاء، وذلك طبقا للفقرة الأولى من نص المادة 281 من القانون المدني التي تنص على ما يلي:

«يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

ومعنى ذلك أنه إذا لم يكن الدين مؤجلا بالاتفاق أو نص القانون، فيجب أن يتم الوفاء فور حلول ميعاده وترتيبه نهائيا في ذمة المدين¹.

وبالتالي فإن نظرة الميسرة التي تخول للقاضي منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه هي استثناء على تلك القاعدة، بالإضافة إلى أن المادة 277 من القانون المدني تنص على أنه:

«لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك»

وتعتبر نظرة الميسرة استثناء من هذه القاعدة المتمثلة في مبدأ عدم جواز تجزئة الوفاء، حيث تسمح الفقرة الثانية من المادة 281 بأن يمنح القاضي المدين آجالا للوفاء²، أي أنها تجيز له أن يجعل وفاء المدين بالتزامه يكون على أقساط حسب ظروفه ودون أن تتجاوز تلك الآجال مدة سنة، وبالتالي فإن تدخل القاضي في منح المدين نظرة الميسرة يؤدي إلى تجزئة الدين.

رابعا: عدم شمول نظرة الميسرة لكافة الديون

إن منح القاضي نظرة الميسرة ليس أمرا جائزا في كل الحالات، فقد يقرر المشرع

¹ ياسين محمد جبوري، المرجع السابق، ص 116.

² محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 211.

منع منح المدين أي أجل قضائي في حالات معينة، إذا ما كانت اعتبارات العدل والإنصاف تقتضي إمهال المدين، حيث أن تلك الاعتبارات وأخرى متعلقة باستقرار المعاملات والسرعة والائتمان وافترض الملاءة تستوجب أحيانا منع منح هذه المهلة¹.

فقد نصت المادة 594 من القانون المدني الجزائري على أنه:

«يجب على المودع لديه أن يسلم الشيء المودع بمجرد طلبه، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع لديه، وللمودع لديه أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع».

ومن خلال النص يتضح أنه يجوز للمودع الدائن بعد إعدار المودع له المدين أن يرفع دعوى الفسخ إذا لم يتم بالاستجابة لطلبه برد الوديعة له، لأنه بذلك يكون قد تقاعس عن تنفيذ التزامه، ولا يجوز منح المدين مهلة للتسليم، لأن ذلك يتعارض مع مصلحة الدائن وطبيعة العقد².

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 120 من القانون المدني على أنه:

«يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي وهذا الشرط لا يعفي من الإعدار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين».

ويتضح من هذا النص أنه في حالة ما إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، يكون للمتعاقد الآخر اعتبار العقد مفسوخا دون حاجة لرفع دعوى قضائية بالفسخ، وبالتالي فإن القاضي يمتنع عن إعطاء نظرة الميسرة إذا ما وجد شرط فاسخ في العقد³، لأن العقد انفسخ بحكم القانون ولا مجال لمناقشة ذلك الفسخ أمام القضاء.

¹ عز الدين آيت موسى، المرجع السابق، ص 35.

² لؤي سطات حمود وحيد سلطان الخالدي، السلطة التقديرية في منح الأجل القضائي في دعوى التنفيذ دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد السادس، 2019، ص 75.

³ عبد الحكيم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 112.

ومن بين الحالات التي يتمتع فيها القاضي عن منح نظرة الميسرة، ما يتعلق بالأوراق التجارية، التي فرض المشرع كأصل عام ضرورة الوفاء بها عند حلول أجل الاستحقاق نظرا لخضوعها لقواعد القانون التجاري الخاصة، وتحقيقا لمبدأ السرعة والائتمان اللذان تقوم عليهما الأعمال التجارية¹، وهو ما أورده المشرع الجزائري من خلال المادة 464 من القانون التجاري حول السفتجة والتي تنص على أنه:

«لا يدخل في حساب المواعيد القانونية أو الاتفاقية اليوم المعين لابتداء سريانها ولا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426، و438 من هذا القانون».

وقد أحالنا المشرع في المادة 467 المتعلقة بالسند لأمر إلى المادة 464 أعلاه بالنسبة لمنع منح آجال الإمهال.

وبالتالي إذا ما عرض نزاع على القاضي بمناسبة ورقة تجارية، فلا يجوز له أن يمنح المدين نظرة الميسرة إلا في الحالات الاستثنائية الواردة في المادة 426² والمادة

¹ عز الدين آيت موسى، المرجع السابق، ص 37.

² تنص المادة 426 من القانون التجاري على أنه:

«يمكن للحامل الرجوع على المظهرين والساحب وباقي الملزمين:

في الاستحقاق، إذ لم يتم الوفاء

وحتى قبل الاستحقاق:

1- إذا حصل الامتناع الكلي أو الجزئي عن القبول

2- في حالة إفلاس المسحوب عليه سواء كان صدر منه قبول أم لا أو توقف عن دفع ديونه ولم يثبت بعد بحكم أو حجز أمواله دون طائل

3- إذا أفلس صاحب السفتجة التي لا يتعين تقديمها للقبول

عللا أنه يمكن للضامنين الذين أقيمت عليهم دعوى الرجوع بالضمان في الأحوال المبينة في الفقرتين الأخيرتين الثانية والثالثة أن يقدمو خلال الثلاثة أيام من ممارسة هذا الرجوع لمحكمة موطنهم طلبا يلتصون فيه ميعادا لهذا الشأن، إذا تقرر قبول الطلب، حدد في أمر المحكمة الوقت الذي يجب فيه على الضامنين وفاء الأوراق التجارية المعينة، بدون أن تتجاوز المهلة الممنوحة التاريخ المحدد للاستحقاق، ولا يكون الأمر المذكور قابلا للمعارضة ولا للاستئناف».

438¹ من القانون التجاري.

المطلب الثاني:

تمييز نظرة الميسرة عن بعض المفاهيم المشابهة

قد تختلط نظرة الميسرة مع بعض المفاهيم المشابهة، فنظرة الميسرة عبارة عن أجل قضائي وهذا ما قد يجعلها تتداخل مع أنواع أخرى من الآجال في القانون الجزائري، على غرار الأجل القانوني (الفرع الأول) ووقف القاضي تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تمييز نظرة الميسرة عن الأجل القانوني

الأصل أن يتفق الطرفان المتعاقدان على الأجل الذي سينفذ فيه الالتزام، فيتفق البائع مع المشتري مثلا على تأجيل دفع الثمن إلى ميعاد معين أو على دفعه أقساط في مواعيد يتفق عليها، ويتفق المؤجر مع المستأجر على أن تكون مدة الإيجار وقتا معيناً

¹ كما تنص المادة 438 من القانون التجاري على أنه:

«إذا حال دون تقديم السفتجة أو تقديم الاحتجاج في المهل المقررة حائل لا يمكن التغلب عليه وكان عرض السفتجة أو تحرير الاحتجاج في الآجال المعينة كوجود نص قانوني لحالة ما أو غير ذلك من ظروف القوة القاهرة، فتمتد هذه المواعيد.

ويجب على الحامل أن يبادر دون إبطاء بإخطار المظهر له بالقوة القاهرة وأن يضمن هذا الإخطار على السفتجة أو الورقة المتصلة بها وأن يؤرخه ويوقع عليه وتطبق فيما بقي أحكام المادة 430. وعلى الحامل أن يبادر بعد زوال القوة القاهرة ودون إبطاء إلى تقديم السفتجة للقبول أو الوفاء أو الاحتجاج عند الاقتضاء.

وإذا استمرت القوة القاهرة أكثر من ثلاثين يوما ابتداء من الاستحقاق، جاز رفع دعوى الرجوع بدون حاجة لتقديم السفتجة أو تحرير الاحتجاج ما لم تكن هذه الدعوى معلقة لأمد أطول تطبيقاً للقانون.

وبالنسبة للسفاتج الواجبة الوفاء لدى الاطلاع أو بعد مدة معينة لدى الاطلاع فإن مدة الثلاثين يوما تسري من تاريخ اليوم الذي أخطر فيه الحامل المظهر له بحدث القوة القاهرة حتى ولو كان قبل انقضاء آجال التقديم، وبالنسبة للسفاتج الواجبة الوفاء بعد أجل معين من الاطلاع فتضاف مدة الثلاثين يوما إلى مدة أجل الاطلاع المعين بالسفتجة».

ينتهي بانقضائه العقد، وهذا هو الأجل الفاسخ في العقد الزمني، وهو ليس أجلا بالمعنى الصحيح الذي يترتب عليه تنفيذ الالتزام¹.

وقد يكون نص القانون هو الذي يحدد الأجل بمدة معينة من الزمن أجلا واحدا أو حدا أقصى للأجل، وذلك عندما تستلزم المصلحة وجوب تأجيل الوفاء بالالتزام، كحق الانتفاع الذي ينتهي بانقضاء الأجل المحدد وهو موت المنتفع طبقا لما نصت عليه المادة 582 من القانون المدني الجزائري، وكذلك بالنسبة لعقد إيراد مرتب مدى الحياة الذي ينتهي بمجرد موت المستفيد².

يتفق الأجل القانوني مع نظرة الميسرة في أن كلا منهما يمهّل المدين بسبب ظروفه الصعبة، غير أنهما يختلفان من حيث مصدر كل منهما³، فالأجل القانوني يكون مصدره قواعد القانون العامة والمجردة، التي تخص جماعة الأشخاص بمجرد انطباق أوصاف وشروط القواعد عليهم، بينما يكون مصدر نظرة الميسرة الحكم القضائي الذي يعتبر إجراء فرديا يمنحه القاضي لمدين معين بالذات، مراعيًا في ذلك الاعتبارات والظروف الشخصية المتعلقة بذلك المدين بالذات⁴.

كما أن نظرة الميسرة لا تمنع المقاصة، إذ أن القاضي منحها للمدين على اعتبار أنه غير قادر على الوفاء بدينه فورًا، فإذا تبين له أنه قادر على الدفع عن طريق المقاصة فلا وجه لانتظار انقضاء الأجل الذي يمنحه القاضي، بل تقع المقاصة قبل انقضاء هذا

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، المرجع السابق، ص 92.

² محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 211.

³ عبد الحكيم يوسف بركات الشبول، الأجل القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في نظام القضاء الشرعي الأردني دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ديسمبر 2007، ص 18.

⁴ محمد إبراهيم البنداري، نظرة الميسرة في قانون المعاملات الإماراتي دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2001، ص 11.

الأجل¹، وهذا طبقا للفقرة الثانية من نص المادة 297 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:

«ولا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن».

على عكس الأجل القانوني الذي يمنع وقوع المقاصة لأنه بنص قواعد القانون².

الفرع الثاني:

تمييز نظرة الميسرة عن وقف التنفيذ بسبب الظروف الطارئة

على الرغم من تشابه نظرة الميسرة مع وقف تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة، فكلاهما من مصدر واحد وهو حكم القاضي، وكل منهما يتضمن تمديدا للأجل الأصلي لأداء الالتزام إلى أجل لاحق يحدده القاضي، بالإضافة إلى خضوع كل منهما للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحدد بمنحهما الالتزامات التعاقدية فيجعل من حكمه مصدرا لتلك الالتزامات بعد أن كان العقد هو مصدرها³.

غير أن هناك اختلافات كثيرة بينهما، فالسبب الذي يدعو القاضي إلى منح المدين نظرة الميسرة هو حادث خاص فردي يتعلق بالمدين وحده أو بأحد أفراد أسرته الذين ينفق عليهم، أما وقف تنفيذ الالتزام فيكون بسبب حادث عام استثنائي وليس خاصا بالمدين بل يعم الإرهاق الناجم عنه بمن هم في مثل ظروف المدين⁴.

ثم إن وقف تنفيذ الالتزام لحادث طارئ لا يكون نتيجة تقاعس المدين عن الوفاء بالتزامه، وإنما للإرهاق الذي يصيبه ويهدده بخسارة فادحة إن هو نفذ التزامه في كل تلك

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، المرجع السابق، ص 899.

² محمد إبراهيم البنداري، المرجع السابق، ص 11.

³ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 448.

⁴ Jaque four, Luc Aubert les obligation, Armand colin, 1999, Dalloz, p 176.

الظروف¹، أما نظرة الميسرة فيمنحها القاضي للمدين الذي تقاعس بحسن نية عن الوفاء بالتزامه التعاقدي رغم حلول أجل التنفيذ².

ولكن هذه الاختلافات لا تؤثر في كون كل من نظرة الميسرة ووقف تنفيذ الالتزام بسبب الحادث الطارئ وسيلة خطيرة منحها المشرع للقاضي بغرض تعديل أجل الالتزام، ما يجعله يتدخل في العقد منشئاً التزامات قضائية استثناء على مبدأ سلطان الإرادة الذي يكرس حرية اختيار الأفراد لما يشاؤون من التزامات.

المبحث الثاني:

سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة

إن منح القاضي لنظرة الميسرة هي سلطة منحها له المشرع من أجل تعديل وصف من أوصاف الالتزام محل العقد، وهو أجل تنفيذ الالتزام العقدي وهو ما نجده في العقود الزمنية التي يتراخى تنفيذ الالتزام فيها، باعتبار أن الزمن عنصر جوهري لقياس الالتزام فيها كعقود الإيجار والتوريد، أو أن المتعاقدان يلجآن إلى تحديد أجل معين يتفقان حوله ويجعلانه ميعادا ينفذ بحلوله الالتزام التعاقدي.

فإذا امتنع المدين عن أداء الالتزام التعاقدي في الأجل المحدد للوفاء وكان معسراً، كان بإمكان القاضي أن يمنحه نظرة الميسرة، وقد حدد المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني شروط وكيفية منح نظرة الميسرة.

وعليه سنتناول شروط منح نظرة الميسرة في المطلب الأول ثم تعديل القاضي للأجل الاتفاقي في المطلب الثاني.

¹ عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 51.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 448.

المطلب الأول:

شروط منح نظرة الميسرة

لقد أجاز المشرع الجزائري من خلال نص المواد 119، 210، 281 من القانون المدني تدخل القاضي لتعديل الأجل الذي يعد من أهم بنود العقد، وقد رتب على ذلك توافر شروط معينة نوجزها فيما يلي:

الفرع الأول:

عدم وجود مانع قانوني

يشترط لإعمال القاضي سلطته في منح نظرة الميسرة للمدين ألا يكون هناك نص قانوني يمنعه من ذلك، كما هو الحال بالنسبة للالتزام في الأوراق التجارية، فلا يجوز منح المدين بصدد ورقة تجارية أجلا قضائيا، وإذا منح القاضي نظرة الميسرة في هذه الحالة سيعرض حكمه للنقض كونه يعد مخالفا للقانون¹، وهذا ما ذكرناه سابقا عند تطرقنا لخصائص نظرة الميسرة ونفس الأمر بالنسبة للشرط الفاسخ.

وبالإضافة إلى ذلك فإن هناك حالة أخرى يتمتع القاضي فيها عن منح نظرة الميسرة وتتمثل في الالتزام السلبي، فإذا كان التزام المدين في العقد التزاما بالامتناع عن عمل وخالفه المدين، فإن القاضي لا يحكم بمنح المدين أجلا قضائيا بل يقوم بفسخ العقد، كما يمكن له أن يحكم بالتعويض للدائن المتضرر من جراء تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه، ويكون أساس التعويض هنا المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية، لأن العقد لا يصلح كأساس للتعويض بعد أن يفسخ².

¹ عز الدين آيت موسى، المرجع السابق ص 37.

² عبد الحكم فودة، انتهاء القوة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 476.

إن امتناع القاضي عن منح أجل قضائي إذا كان التزام المدين التزاما سلبيا، يتمثل في الامتناع عن القيام بعمل، يرجع إلى طبيعة هذا الالتزام الذي لا يمكن تأجيل تنفيذه، فالالتزام الطبيب بالسر المهني مثلا لا يمكن أن يمنح فيه نظرة الميسرة، ويعد شرط عدم وجود مانع قانوني حتى يحكم القاضي نظرة الميسرة أمرا منطقيا، إذ أن سلطة القاضي في هذا المجال ممنوحة له من قبل المشرع، فيمنع القاضي احتراماً لتلك النصوص من منح نظرة الميسرة لأنه يتقيد في هذه الحالة بقيد قانوني ملزم لا يجوز له الخروج على مقتضاه¹.

الفرع الثاني:

حالة المدين تستدعي نظرة الميسرة

لقد نصت المادة 119 من القانون المدني في فقرتها الثانية على أنه:

«... ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات.»

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 281 من القانون المدني الجزائري على أنه:

«... غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف...»

ويستفاد من النصين أعلاه أن المشرع الجزائري قد وضع اعتبارا مهما وهو أن يكون ظرف المدين يستدعي أن يمنحه القاضي نظرة الميسرة، وذلك من خلال أن يكون حسن النية، سيئ الحظ، وفي عسرة مؤقتة.

أولا: حسن النية

إن من أهم المبادئ التي يقوم عليها تنفيذ العقود مبدأ حسن النية، فهو أساس

¹ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 402.

العلاقة التعاقدية سواء في مرحلة إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه، ويقصد بحسن النية التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي أنشئ من أجلها وأتفق طرفي العقد على تحقيقها¹، فمخالفة مبدأ حسن النية يعرض العقد لنزاعات ومشاكل عديدة²، وحسن النية يلعب دور المحرك في العلاقة التعاقدية والنية الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك³.

وبالتالي فإن القاضي لا يستطيع منح نظرة الميسرة إلا لمدين كان حسن النية في تأخره عن الوفاء بالتزامه، فإذا ما أثبت الدائن أن المدين كان يقصد ذلك التأخر وكان سيء النية، فإن ذلك يحرم المدين من نظرة الميسرة⁴، لأن حسن النية يتطلب الإرادة المصممة على تنفيذ الالتزام ببذل الجهد واتخاذ الاحتياطات اللازم للقيام بالوفاء في وقت استحقاق الدين، وهو ما يقره الفقه أيضاً مؤكداً على أن المدين الجدير بالإمهال، هو الذي لم يثبت تقصيره مطلقاً في عدم الوفاء، بالتزامه أو جرده بأي وجه من الوجوه⁵، وهو ما يفرض على المدين عدم استعمال الغش أو التدليس أو ارتكاب خطأ جسيم⁶.

وينظر إلى حسن النية وقت تنفيذ العقد، ويستخلصها القاضي استناداً إلى سلطته التقديرية باعتبارها من مسائل الواقع التي لا رقابة عليه فيها من المحكمة العليا⁷.

ثانياً: سوء حظ المدين

ويقصد بذلك أن يكون المدين عاثر الحظ غير متعمد عدم الوفاء ولا مقصراً فيه،

¹ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 4، 2007، ص 123.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في تنفيذ العقود، منشورات زين الحقوقية، 2006، ص 217.

³ علي فيلال، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 392.

⁴ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 127.

⁵ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 173.

⁶ عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، 1988، ص 38.

⁷ عز الدين آيت موسى، المرجع السابق، ص 91.

إنما تمر به أزمة طارئة ومؤقتة يمكن تجاوزها بالأجل الممنوح له من قبل القاضي¹، بمعنى أن القاضي يأخذ بعين الاعتبار الوضعية الاقتصادية التي تجعل ظروف المدين مزرية ولكن بشرط أن يكون حسن النية²، فسوء الحظ إذا يتلمسه القاضي من الظروف التي تحيط بالمدين³.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري عند تقريره لسلطة القاضي في التدخل لتعديل العقد بمناسبة الظروف الطارئة، فالظروف الشخصية للمدين تدخل ضمن الظروف التي يعتد بها القاضي في منحه نظرة الميسرة أو الأجل القضائي⁴.

ثالثا: ألا يكون معسرا

إن من بين الظروف التي يتعين على القاضي أخذها بعين الاعتبار في سلطته بمنح نظرة الميسرة، ألا يكون المدين معسرا عسرا دائما، ولكن يرى بأن المدين في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها، وعنده مال يكفي للوفاء بالتزامه، لكن ليس تحت يده وقت الوفاء وليس في مقدوره مؤقتا أن يبيع هذا المال⁵، كأن يكون عقارا أو منقولاً يتعذر بيعه في الحال، فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم للتصرف فيه، أو يكون للمدين موارد يقبضها في مواعيد متعاقبة كأجر عمله أو ريع ملكه، وتكون كافية للوفاء لو قسط عليه القاضي الدين⁶.

¹ علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، سنة 1992، ص 97.

² Thelipe Malorie Lorente, les obligation, 2 -ème édition, Defre mis France, 2005, p 608.

³ طرطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الاجتهاد الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغاست الجزائر جانفي 2014، ص 129.

⁴ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 406.

⁵ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 37.

⁶ Charles Aubry et Charles Rau, cours de droit civil français, 3ème édition, tome 4, 1960, p 268.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يورد عبارة الإعسار بحد ذاتها ولكن يفهم ذلك من خلال نص المادة 281 من القانون المدني حيث نصت على أنه:

«... غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية...».

فعبارة "مركز المدين" تعني حالته الاقتصادية، وهي ظرف من الظروف التي تستدعي منح أجل قضائي للمدين حتى يتمكن من تنفيذ التزامه¹، ولكن دون أن يصل إلى حد الإعسار الكلي الدائم، لأنه في مثل هذه الحالة لا ضرورة ترجى من منحه نظرة الميسرة.

رابعا: ألا يلحق الدائن ضرر جسيم

يجب أن تكون مصلحة الدائن محل اعتبار عند منح القاضي للمدين نظرة الميسرة، فلا يجوز أن تغلب مصلحة المدين مصلحة الدائن، ويقصد بذلك أنه إذا كان في منح نظرة الميسرة ما يلحق بالدائن ضررا جسيما، كأن لا يستطيع التأخر في الوفاء بدين عليه، ويكون قد اعتمد على هذا الدين، أو أن له صفقة يسبب له تفويتها ضررا جسيما، فليس للقاضي في هذه الحالة أن يمنح المدين هذا الأجل، لأن لا وجه لأن يُغَلَّبَ القانون مصلحة المدين على مصلحة الدائن²، لذلك يجب أن لا تمنح نظرة الميسرة إلا بقدر ما يزيل الضرر عن المدين دون أن يلحق ذلك ضرر بالدائن، ولا بأس أن يلحق الدائن ضرر يسير، أما إذا كان الضرر الذي يتعرض له ضررا جسيما، فإن القاضي لا يمنح نظرة الميسرة، ومثال ذلك أن يكون بذمة الدائن دين وهو يخاف إن تأخر ولم يوف به في ميعاد استحقاقه أن يحكم عليه بشهر إفلاسه أو اعساره، وعليه فهو يعتمد على مبلغ الدين لكي يوف به³.

¹ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 377.

² ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 128.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مج 02، المرجع السابق، ص 782

وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط من خلال النصوص القانونية المنضمة لنظرة الميسرة، إلا أنه من غير المعقول إغاثة المدين عن طريق الاضرار الجسيم بالدائن، وإنما أخذ الدائن وحالته بعين الاعتبار من العدالة والانصاف مع ترجيحها على أحوال ومصالح المدين¹.

خامسا: أن يكون الأجل الممنوح للمدين معقولا

وذلك بأن لا يكون الأجل الذي يمنحه القاضي طويلا يعطل فيه على الدائن حقه، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري لتمكين المدين من الوفاء².

وقد حدد المشرع في المادة 281 من القانون المدني مدة نظرة الميسرة بما لا يزيد عن سنة، ولا يتصور أصلا أن يحكم القاضي بمدة أطول طالما أن الأجل الذي يمنحه إنما يريد به أن يفسح للمدين فيه حتى يتمكن من الوفاء مقابل ألا يلحق ضرر جسيم للدائن.

ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين نظرة الميسرة حسب سلطته التقديرية، فله أن يمنحه أجلا واحدا أو آجالا متعاقبة بأن يقسم الدين على أقساط حسب ظروف المدين المالية وقدرته على الوفاء³، وذلك طبقا لنص المادة 281 من القانون المدني الجزائري.

وهذا الأجل يكون واقفا على المدين الذي منح له دون غيره من المدينين المتضامين ويكون مقتصرًا على الدائن المحكوم له بها في مواجهته⁴.

¹ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 128، 129.

² وفيق علي المقابلة، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد عليها، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 1994، ص 127.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مج 02، المرجع السابق، ص 783.

⁴ فؤاد محمد عوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 468.

المطلب الثاني:

سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة

إذا وقف القاضي على شروط منح نظرة الميسرة جاز له أن يمنح المدين أجلاً قضائياً أو آجلاً معقولة، والجدير بالذكر أن الأمر متروك للقاضي فهو المنوط بمنح نظرة الميسرة بتقديره إن وجد ما يستدعي منحها، وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك لأن تقديره يتعلق بالوقائع.

والملاحظ أن سلطة القاضي في هذا السياق تتطوي على ثلاث حالات، تتمثل الحالة الأولى فيما لو كان تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المدين محدداً بأجل معين متفق عليه مسبقاً، ولم يتمكن المدين من التنفيذ بسبب إعساره، عند حلول الأجل المتفق عليه، وتتمثل الحالة الثانية فيما لو كان الاتفاق على الوفاء بالالتزام عند المقدرة أو الميسرة، فنشأ خلاف بين المتعاقدين حول ذلك، حيث يتمثل تدخل القاضي في هذه الحالة في تحديد ميعاد معين مناسب لحلول الأجل¹.

أما الحالة الثالثة التي تبرز فيها هذه السلطة فهي حالة الإخلال بالالتزام من قبل المتعاقدين في عقد من عقود المعاوضة الملزمة للمتعاقدين، أثناء طلب الفسخ من المتعاقد الذي حصل الإخلال بحقه صراحة أو ضمناً، بمناسبة النزاع المرفوع إلى القاضي حول ذلك، ويشترط توافر شروط الفسخ في هذه الحالة².

حيث يمنح القاضي للمدين أجلاً للوفاء بالتزامه يصطلح عليه - نظرة الميسرة - أو بعبارة أخرى تمنح نظرة الميسرة في حالة طلب الوفاء بالالتزام المؤجل أو دعوى التنفيذ وفي حالة طلب الفسخ مع توافر شروطه، وفي الحالة الأولى يكون المستفيد من نظرة

¹ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 388.

² محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 373.

الميسرة بدهاءة هو المدين المعسر إذا تقرر لصالحه، أما في الحالة الثانية فإن كلا المتعاقدين يمكنه الاستفادة من ذلك دائناً أو مديناً¹.

والملاحظ أن هذه الحالات إما تتعلق بخلاف أثناء دعوى التنفيذ فيتدخل القاضي لتحديد الأجل أو منح نظرة الميسرة، أو تتعلق بحالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه فيبادر الطرف الآخر إلى طلب الفسخ، فيتدخل القاضي قبل حكمه بالفسخ ليمهل المدين مدة لعله يفي بالتزامه².

وسنتناول سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة الفسخ القضائي في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسيخصص لسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ.

الفرع الأول:

سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة الفسخ القضائي

تنص المادة 119 من القانون المدني على أنه:

«في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات».

ويستفاد من نص هذه المادة أعلاه أن للقاضي سلطة واسعة الحدود في منح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه الذي لم يوف بتنفيذه، فالمشرع قد أعطى للقاضي الخيار في أن يمنح

¹ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 389.

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 379.

المدين أجلا متى رأى ذلك مناسبا حسب الظروف، حرصا منه على عدم هدم العلاقة التعاقدية ابتداء إلى غاية استنفاد طرق الحفاظ عليها.

فإذا اتفق المتعاقدان سلفا على أجل لتنفيذ الالتزام، وحل الأجل دون أن يقوم المدين بالتنفيذ، يخول للمتعاقد الآخر حق طلب الفسخ للاتفاق المبرم بينهما، ويفترض أن القاضي المختص بالنظر في النزاع قد تحقق من توافر جميع شروط الفسخ المقدره قانونا، من إخلال المدين بالتزامه الناشئ عن العقد، وعدم إخلال الدائن بالتزامه المقابل في الاتفاق، بالإضافة إلى توافر المقدره لدى الدائن طالب الفسخ لتحمل نتيجته¹.

فإذا تبين للقاضي أن شروط الفسخ مكتملة، تثبت له السلطة التقديرية فيكون من حقه اتخاذ القرار الذي يراه ملائما باختيار الحل الذي يقدره من بين عدة حلول، إما بإجابة المتعاقد إلى طلب الفسخ، أو منح المدين أجلا للتنفيذ والوفاء بالالتزام الذي تقاعس عن أدائه².

وباستخدام القاضي هذه السلطة الأخيرة وهي منح المدين أجلا جديدا يتمكن خلاله من الوفاء بالتزامه، يكون القاضي قد تدخل في مجال العقد بالتعديل الذي ينصب على مدة أو مدد التنفيذ المشترطة في العقد وذلك بمدها³ بسلطته التقديرية التي لا رقابة عليه فيها من المحكمة العليا⁴، وذلك إلى الوقت الذي يراه مناسبا، وبحسب ما تقتضيه الظروف التي يقدرها بنفسه، كما إذا قدر أن تغيير الظروف الاقتصادية يبدو وشيكا وأن من شأن ذلك تمكين المدين من تنفيذ التزامه في ظل الظروف الجديدة، فيمنحه مهلة للوفاء ويُنظره إلى ميسرة⁵.

¹ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 389.

² محمد أحمد عابدين، زوال العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2013، ص 23.

³ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 290.

⁴ نبيل عمر، السلطة التقديرية، المرجع السابق، ص 166.

⁵ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 381.

وبهذا يكون المشرع قد أعطى للقاضي الخيار¹ في الحكم، وبالتالي فإن حكم القاضي بأن ينظر المدين نظرة ميسرة يلغي الالتزام الذي كان مصدره العقد، والمتمثل في الأجل الذي حدده المتعاقدان، ويقرر التزاما جديدا يتضمن الأجل الذي حدده وفقا لسلطته التقديرية، وهذا يعني أن مصدر الالتزام الجديد المتضمن الأجل الجديد هو الحكم القضائي.

ومن ضمن ما يبرر ذلك ألا يشترط لمنح نظرة الميسرة أن يطلبها المدين، فللقاضي سلطة منحها حتى لو لم يطلبها، ويعمل الفقه ذلك بأن القاضي مادام من حقه أن يرفض الفسخ كلية فإن من حقه من باب أولى أن يمد أجل التنفيذ، أي أن يمنح المدين نظرة ميسرة حتى دون طلب منه لأن من يملك الأكثر يملك الأقل²، وهذا يعني أن الحكم القضائي الذي يمنح القاضي من خلاله نظرة الميسرة هو حكم منشئ لالتزام جديد³.

الفرع الثاني:

سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ

لاحظنا فيما سبق أن سلطة القاضي في منح الأجل القضائي أو نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ واسعة، بحيث لا يوجد ما يمنع القاضي منح هذا الأجل للمدين في أي حالة من الحالات، سواء كان الإخلال بالتنفيذ جسيما أو بسيطا، وفي أي صورة من الصور التي ظهر فيها عدم تنفيذ الالتزام، فله وحده تقدير الحالة المعروضة عليه في ضوء الظروف المحيطة بها، وهو بذلك صاحب السلطان في اتخاذ القرار الذي يراه مناسبا، وتأخذ سلطته التقديرية هنا مساحة واسعة بين الفسخ الكلي أو الجزئي، أو منح نظرة الميسرة للمدين إن رأى ذلك مناسبا للوفاء بالتزامه⁴.

¹ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الشروق، القاهرة، 2008، ص 298.

² عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 627.

³ Samir Tanagho, op, cit, p 182.

⁴ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 396.

أما بالنسبة لنظرة الميسرة التي يمنحها القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ، فقد نص عليها المشرع الجزائري من خلال المادة 281 من القانون المدني كما يلي:

«يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها...»

ويستفاد من نص هاته المادة أنه إذا ما رفع الدائن دعوى أمام القضاء يطالب فيها مدينه بالوفاء لحلول أجل التنفيذ، فإن للقاضي أن يمنح هذا المتعاقد المدين أجلا أو نظرة ميسرة مراعاة لمركزه وحالته الاقتصادية، إذا رأى أنها تستدعي ذلك.

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة أثناء نظره في دعوى التنفيذ المعروضة عليه في منح المدين المخل بالتزامه أجلا قضائيا من أجل تنفيذ الالتزام أو عدم منحه، حيث أن القاضي قد يرى أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في ذلك يكون راجعا لأسباب خارجة عن إرادته، وأن هذه الأسباب قد تزول بعد وقت قصير، أو أن هذا التأخير كان لوقت قصير ولم يترتب عليه ضرر جسيم بالدائن، وبالتالي فإن القاضي يجد نفسه مدفوعا لكي يعطي المدين أجلا قضائيا ينفذ فيه التزامه وذلك بباعث العدالة والرغبة في الحفاظ على الروابط التعاقدية قدر الإمكان¹.

ويرى بعض الفقه أن الأجل الممنوح من قبل القاضي في هذه الحالة يجد أساسه في اعتبارات العدالة، حيث أن المقصود به هو التخفيف من قسوة قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وبذلك كان هذا استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد².

¹ لؤي سطات حمود، حميد سلطان الخالدي، المرجع السابق، ص 60.

² محمد حسن قاسم، القانون المدني، المجلد 2 ط 1 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2018 ص 325.

فالأصل أن القاضي لا يمكنه تعديل العقد المبرم بين الطرفين، وهذا هو المبدأ الأساس الذي تقوم عليه قوة واستمرارية العقود، إلا أن المدين قد يتعرض لظروف خارجة عن إرادته تجعله غير قادر على الوفاء بدينه، فلا يمكن أن يبقى القانون صارما، فلو افترضنا أن كل التشريعات لا تسمح للقاضي بتعديل مضمون العقد فإن ذلك سيؤدي حتما إلى تأخير تنفيذ الالتزامات¹.

ويفرق الفقه بين الأجل القضائي بموجب نص المادة 281 من القانون المدني الجزائري الذي يمنحه القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ، والأجل القضائي الذي يمنحه بمناسبة دعوى الفسخ وذلك من عدة جوانب.

أولاً: من حيث الأساس الذي تقوم عليه سلطة القاضي في منح الأجل

تقوم سلطة القاضي في منح الأجل القضائي للمدين بمناسبة دعوى التنفيذ على أساس اعتبارات العدالة، التي تقتضي التخفيف على المدين نظرا لما يحيط به من ظروف قاسية تستدعي ذلك².

في حين تقوم سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ، على أساس الملاءمة، وهي الرغبة في الحد من صرامة الفسخ باعتباره جزءا ووسيلة خطيرة يترتب على استعمالها آثار بالغة الخطورة بالنسبة إلى العقد في جميع أجزائه، والعمل على المحافظة على العقد ما أمكن ذلك³.

¹ Colin et capitain, traite pratique de droit civil français, tome 2, p 974.

² عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1 السنة الأولى المطبعة العالمية، القاهرة، 1959 ص 169.

³ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 397.

ثانيا: من حيث اتساع سلطة القاضي في كل منهما

فبالنسبة للأجل الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ تعتبر سلطة القاضي في منحه أكثر اتساعا من حيث عدد المرات التي يمكنه فيها أن يمنح الأجل، إذ من حقه في هذا النوع أن يمنح المدين أكثر من أجل، أو كما يعبر عنه الفقه والقضاء آجالا متعاقبة كلما استدعت حالة المدين ذلك ومع مراعاة الشروط القانونية¹.

في حين أن سلطة القاضي في منح الأجل أو نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ تبدو من هذه الناحية ضيقة، حيث أن القاضي لا يمنح المدين أكثر من مهلة واحدة، ويكون العقد بعد انقضاء المهلة التي منحها له القاضي مفسوخا من تلقاء نفسه، حتى لو لم ينص القاضي على ذلك في حكمه بمنح نظرة الميسرة².

والملاحظ أن الفقه قد نظر إلى حق القاضي في منح آجال متعاقبة في حالة الأجل الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ، واقتصر حقه في دعوى الفسخ على منح الأجل لمرة واحدة لاعتبار ذلك -في نظرهم- اختلافا في طبيعة ومدى السلطة الممنوحة للقاضي في كليهما دون النظر إلى المبرر الذي حذا بالمشرع إلى ذلك، وهو أن الأجل الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ قائم على مراعاة مصالح الطرفين أساسا، وعلى الرغبة المشتركة ليهما في الإبقاء على العقد، فمنح الأجل هنا قائم على مراعاة مصالح المتعاقدين وحرصهما معا على استمرار العقد، واستمرار العقد من المقاصد الأساسية للمشرع³، وتبدو الملاءمة هنا أكثر وضوحا من الحالة الأخرى، أما منح الأجل بمناسبة دعوى الفسخ فَرُوعِي فيها عدم الاضرار بالطرف الآخر وذلك هو المبرر الذي من أجله اقتصر حق

¹ شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 45

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 966، 967.

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 384.

القاضي على منح المهلة مرة واحدة¹.

وتجدر الملاحظة إلى أن هذا الاختلاف لا يؤثر البتة في كون تدخل القاضي من أجل إعطاء المدين نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ بدوره مجدد للالتزام التعاقدية، فالقاضي في هذه الحالة كذلك له سلطة تقديرية واسعة، تتمثل في حريته في اختيار أن يمنح المتعاقد المدين أجلا ينفذ فيه التزامه، في حين أن طلب الدائن يتمثل في تنفيذ العقد، بالإضافة إلى أن له كامل السلطة في منحه أجلا واحدا أو آجالا حسب ظروفه ومركزه.

ويعتبر القاضي في هذه الحالة منشئا لالتزام جديد مخالف تماما للالتزام الذي اتفق عليه المتعاقدان أثناء التعاقد، وبالتالي يعتبر حكم القاضي بمنح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ كذلك مصدرا للالتزام.

ثالثا: من حيث اعتبار سلطة القاضي من النظام العام

إن الأجل الذي يمنحه القاضي في مجال دعوى التنفيذ يعتبر من النظام العام، بحيث لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاده، في حين أن مثل هذا الاتفاق جائز في دعوى الفسخ خاصة إذا تعلق الأمر بالفسخ الاتفاقي المنصوص عليه في المادة 120 من القانون المدني، والتي أجازت عدم اللجوء إلى القضاء لإيقاع الفسخ، وهذا يعني حرمان القاضي في منح المدين أجلا للتنفيذ².

هذا وتعد هذه الفوارق مجرد اختلافات بسيطة بين سلطة القاضي بصدد دعوى الفسخ وسلطته بصدد دعوى التنفيذ، فالحقيقة أن لا اختلاف بينهما على أكثر مسألة جوهرية وهي اعتبار القاضي في كل منهما مجددا للالتزام التعاقدية، وذلك لسلطته الواسعة والفعلية التي تنهي الالتزامات التعاقدية وتحل محلها التزامات جديدة يكون الحكم القضائي مصدرها، وفقا للسلطة التي منحها إياه المشرع الجزائري.

¹ محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص 400.

² عبد الكريم بلعبور، المرجع السابق، ص 181.

خلاصة الفصل الثاني:

منح المشرع للقاضي سلطة واسعة جدا في مجال منح نظرة الميسرة من خلال المواد 119 و 210 و 281 من القانون المدني، وترك له حرية الاختيار بين الحكم بالفسخ أو منح أجل قضائي إذا كانت الدعوى محل النظر تتعلق بالفسخ، كما منح له حرية الاختيار بين الحكم بتنفيذ الالتزام أو منح نظرة ميسرة أو توزيع التنفيذ على آجال في حدود سنة، إذا كانت الدعوى محل النظر تتعلق بالتنفيذ.

ولم يلزم المشرع الجزائري القاضي بالاستجابة إلى طلب الدائن بالفسخ أو بالتنفيذ، وإنما اقتصر على إدخال ظروف المدين الاجتماعية والاقتصادية في الاعتبار أثناء الحكم بنظرة الميسرة، على أن قواعد العدالة تفترض ألا يكون في منح نظرة الميسرة ضرر جسيم يمس الدائن.

والقاضي عندما يحكم بمنح المدين أجلا قضائيا أو نظرة ميسرة فهو يحكم ضمنا بإزالة الالتزام التعاقدي الذي كان يقتضي بتنفيذ الالتزام في أجل معين ومحدد، وتقرير التزام جديد مناطه حكم القاضي حسب ما يراه مناسبا لكل قضية، ذلك لأن التعديل في هذه الحالة يتعلق بوصف من أوصاف الالتزام والذي يعد جوهريا في العقد ألا وهو الأجل.

ومنح القاضي مثل هذه السلطة إنما قرره المشرع لاعتبارات العدالة واستقرار المعاملات، والمحافظة على العقود بالدرجة الأولى، لأن إنهاء العقد لا يكون إلا في الحالات التي لا يمكن بأي حال من الأحوال إنقاذه، فتكون مصلحة الطرفين بأن يحكم بفسخه.

خلاصة الباب الثاني:

من خلال ما تمت دراسته في هذا الباب، يظهر جليا أن المشرع الجزائري قد عالج ما قد يواجه العقد من أزمات في مرحلة تنفيذه، وذلك بإطلاق يد القاضي في العقد سواء في حالة الظروف الطارئة أو في حالة منح المدين نظرة الميسرة.

فبمجرد وقوف القاضي على الشروط القانونية التي وضعها المشرع في المادة 107 من القانون المدني، من كون العقد متراخيا وحدث الظرف الاستثنائي العام غير المتوقع الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا غير مستحيل، فإنه يعطي الحق للقاضي في أن يتدخل وفقا لسلطته التقديرية الواسعة والكاملة فيعيد التوازن للعقد برد الالتزام المرهق للحد المعقول.

وقد أعطى المشرع للقاضي هذه السلطة دون أن يحدد له مقدار رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، كما لم يلزمه بوسيلة معينة لذلك، فترك حرية اختيار الوسيلة والمقدار للقاضي على حسب ظروف المدين وحالته، بالإضافة إلى أن المشرع قد جعل تدخل القاضي بهذه الطريقة من النظام العام، بحيث يقع باطلا كل اتفاق يحرم القاضي من حقه في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.

وهذا ما يجعل حكم القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول حكما قضائيا منشئا لالتزام جديد، يختلف عن ذلك الالتزام المرهق الذي اتفق حوله المتعاقدان أثناء إبرام العقد، سواء استعمل القاضي في ذلك وسيلة إنقاص التزام المدين إلى الحد المعقول، أو وسيلة رفع التزام الدائن، أو اعتمد وسيلة وقف تنفيذ الالتزام إلى غاية زوال الظرف الطارئ.

ففي كل الأحوال يعد حكم القاضي منشئا لالتزام جديد خال من الإرهاق الذي اعترى الالتزام الناشئ عن إبرام العقد، وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بسبب الظروف الطارئة هو مصدر للالتزام.

وقد أعطى المشرع للقاضي على صعيد آخر سلطة التدخل لتعديل الأجل، من خلال منح المدين الذي لم تسعفه ظروفه الخاصة من تنفيذ التزامه التعاقدى في الأجل المتفق عليه في العقد أجلا قضائيا، فينظره القاضي نظرة ميسرة سواء كان ذلك بمناسبة دعوى فسخ قضائي أو بمناسبة دعوى التنفيذ، فيقوم القاضي تبعا لظروف المدين وبسلطته التقديرية الواسعة بالاختيار بين فسخ العقد أو تنفيذه وبين منح المدين نظرة ميسرة حتى يمكنه من تنفيذ التزامه التعاقدى في أجل يلائم ظروفه دون أن يسبب ذلك ضررا جسيما للدائن.

ويرجع أمر تقدير تلك الظروف للقاضي الذي يكون حرا في اتخاذ ما يراه مناسبا، وبالرغم من الاختلافات البسيطة بين سلطته في دعوى الفسخ وسلطته في دعوى التنفيذ، إلا أن الأمر الجوهرى الذي يجمع بين السلطتين، هو أن حكم القاضي في كل منهما حكم منشئ للالتزام، أي أن الحكم القضائي الذي يمنح القاضي فيه نظرة الميسرة للمدين هو مصدر للالتزام كونه يمس وصفا من أوصاف الالتزام العقدي وهو الأجل.

الخاتمة

في نهاية بحثنا حول الحكم القضائي مصدر للالتزام في القانون الجزائري، يتبين لنا أن هذا الموضوع يحظى بأهمية بالغة بالنظر إلى الدور الفعال الذي يلعبه القاضي في مضمون العقد، فبعد أن كانت وظيفة القاضي تقتصر على إظهار أو تفسير أو تكميل إرادة المتعاقدين التي ترجمها من خلال العقد، دون المساس بها أو إنشاء بنود جديدة لم يكن العقد مصدرها، تطورت تلك الوظيفة في ظل تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي ألقت بظلالها على العلاقة التعاقدية، فلم تعد مهمة القاضي تقتصر على الكشف عن إرادة المتعاقدين، بل أصبحت تتدخل بشكل مباشر يصل إلى حد إنكار إرادة المتعاقدين، وبالتالي إنهاء الالتزامات التي كان مصدرها العقد وتقرير التزامات جديدة تنشأ من حكم القاضي بحد ذاته.

فإذا كان الأصل أن عمل القاضي هو حماية الحقوق والالتزامات وتوقيع الجزاء على من يخالفها، أي أنه لا ينشئ حقاً أو التزاماً ولكنه يكشف عنه ويقرره، إلا أنه وفي بعض الحالات الاستثنائية لا يكون دور القاضي هو مجرد حماية الحق الموجود، بل يتخطى ذلك بإنشاء حق أو التزام لم يكن موجوداً من قبل، وفي هذه الحالات يكون حكمه منشئاً وليس كاشفاً، يُشكّل مصدر الالتزام الذي نشأ جديداً.

وإعطاء هذه السلطة للقاضي أمر خطير للغاية، فهي مقررة ضد العقد ونظامه ولذلك فإن القاضي لا يملك القيام بتعديل العقد إلا بناء على نص قانوني صريح، فالقانون هو المصدر غير المباشر لكل الالتزامات.

وبغية الإحاطة بالموضوع من مختلف جوانبه، ومعالجة كل الإشكاليات التي يطرحها، فقد تناولنا في فصل تمهيدي السلطة التقديرية للقاضي، من خلال التطرق إلى مفهوم السلطة التقديرية وتأصيلها بالإضافة إلى تمييز التعديل القضائي للعقد عن بعض المفاهيم المشابهة والتي لا ينشأ عن حكم القاضي فيها التزام جديد.

وهذا بغرض أن نحدد بداية السلطة التقديرية التي يقوم عليها تعديل القاضي للعقد، الذي ينشأ عنه التزام جديد في حالات معينة.

وتناولنا في الباب الأول الحكم القضائي المنشئ للالتزام أثناء تكوين العقد، من خلال التطرق للحكم القضائي المعدل للعقد المشوب بالغبن والاستغلال، والحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية.

أما في الباب الثاني فتناولنا الحكم القضائي المنشئ للالتزام أثناء تنفيذ العقد، حيث تطرقنا إلى الحكم القضائي المعدل للعقد بمناسبة الظروف الطارئة، ثم الحكم القضائي المانع لنظرة الميسرة بمناسبة فسخ العقد أو بمناسبة تنفيذه.

وقد تبين لنا من خلال هذا البحث أن المشرع الجزائري يؤكد في نصوصه أن الحكم القضائي مصدر للالتزام بصورة ضمنية، من خلال منح القاضي سلطة تقديرية واسعة لتعديل العقد تعديلا ينشئ التزامات جديدة محل الالتزامات التي اتفق حولها المتعاقدان. وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

-إن تعديل القاضي للعقد لا يكون منشئاً للالتزام في جميع الأحوال، فقد يقتصر التعديل على تنفيذ إرادة المشرع بتطبيق محض لنص القانون من دون إعطاء القاضي مجالا لإعمال سلطته التقديرية، كما في حالة بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس، حيث يُعدُّ القانون هو مصدر الالتزام الجديد الذي تضمنه حكم القاضي بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع وقت البيع.

وقد يكون تعديل القاضي للعقد مطابقا لإرادة المتعاقدين، فتخفيض مبلغ التعويض المحدد في الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام بمقدار ما تم تنفيذه، أمر يتفق تماما مع إرادة المتعاقدين، وبالتالي فإن حكم القاضي بذلك لا يُعدُّ منشئاً للالتزام جديد، كونه ترجمة لإرادة أطراف العقد ومتماشيا مع نظام العقد.

-إن حكم القاضي الذي يقضي بتعديل العقد الذي شاب إرادة أحد أطرافه عيب الغبن الناتج عن الاستغلال هو مصدر للالتزام، فإذا ما استغل أحد المتعاقدين هوى جامحا أو طيشا بينا في نفسية المتعاقد الآخر، ونجم عن ذلك تفاوت جسيم في الالتزامات المتبادلة، فإن المشرع قد أجاز للقاضي التدخل لرفع الغبن عن المتعاقد المغبون، تاركا له سلطة تقديرية واسعة، وهذا ما يجعل حكمه منشئا للالتزام جديد، فبعد أن كان العقد مصدرا للالتزام المتعاقد المغبون، يصبح الحكم القضائي هو مصدره.

-إن تعديل الأجر في عقد الوكالة أو أجور أصحاب المهن الحرة، كالمحامي والمهندس، والخبير، عند عدم اتفاق المتعاقدين على تحديد مقداره، وإذا وقف على تفاوت جسيم بين الأجر والخدمة، هو تعديل ينتج عنه التزام جديد لم يكن محل اتفاق بين المتعاقدين، وذلك بناء على السلطة التقديرية التي منحها له المشرع، فإن الحكم القضائي هو مصدر الالتزام في هذه الحالة.

-إن تعديل القاضي لمكافأة السفينة المنفذة في عقد الإنقاذ البحري في حالة عدم الاتفاق عليها في العقد، أو في حالة كونها مبالغا فيها بالزيادة أو بالنقصان، هو تعديل منشئ للالتزام جديد، طالما أن المشرع قد منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة، فلم يحدد له مقدارا مرجعيا يعتمد في عملية التعديل، وبالتالي فإن حكم القاضي في هذه الحالة هو مصدر للالتزام.

-إن تعديل القاضي للشروط التعسفية في عقد الإذعان هو حكم منشئ للالتزام جديد، نظرا للسلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي إذا ما توافرت الشروط القانونية للتعديل، وبذلك يكون قد ألغى الالتزامات التعاقدية التي كان مصدرها العقد، وأنشأ التزامات جديدة مصدرها حكمه القضائي، حتى لو لم يرد حكم خاص في القوانين الخاصة ببعض عقود الإذعان في القانون الجزائري، فإن تدخل القاضي بأحكام منشئة يجد أساسه بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني.

-إن تعديل القاضي لمقدار الشرط الجزائي، سواء تعلق الأمر بتخفيضه إذا كان مرتفعاً بشكل مبالغ فيه، أو برفعه إذا انطوى على غش أو خطأ جسيم، هو تعديل منشئ للالتزام، حيث يقوم القاضي بإلغاء الالتزام الذي كان مصدره العقد وإنشاء التزام جديد يكون مصدره حكمه القضائي، وفقاً للسلطة التقديرية التي منحها له المشرع، بالإضافة إلى جعلها من النظام العام، حيث لا يمكن للمتعاقدین استبعاد تدخل القاضي في هذه الحالة بأي حال من الأحوال.

-إن المشرع الجزائري قد أطلق يد القاضي في العقد إذا واجهت هذا الأخير أزمات أثناء مرحلة التنفيذ، وحالت دون تنفيذ التزامات المتعاقدين سواء في حالة الظروف الطارئة، أو في حالة منح المدين نظرة الميسرة.

-إن الحكم القضائي الذي يعدل القاضي من خلاله التزام المدين فيرده إلى الحد المعقول في حالة تعرض العقد لظروف طارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً غير مستحيل، هو حكم منشئ للالتزام جديد، فالمشرع قد منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة، وترك له حرية اختيار الوسيلة والمقدار الذي يستعمله على حسب ظروف المدين وحالته، بالإضافة إلى جعلها من النظام العام وبالتالي فإن حكم القاضي في هذه الحالة مصدر للالتزام وفقاً للقانون الجزائري.

-إن الحكم القضائي الذي يمنح القاضي من خلاله نظرة المسيرة للمدين الذي لم تسعفه ظروفه الخاصة من تنفيذ التزاماته التعاقدية في الأجل المتفق عليه في العقد، هو حكم منشئ للالتزام، سواء كان ذلك بمناسبة دعوى فسخ قضائي، أو بمناسبة دعوى تنفيذ، كون المشرع قد أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة، وترك له حرية الاختيار بين الحكم بالفسخ أو منح المدين أجلاً أو آجلاً ينفذ خلالها التزاماته، وطالما أن الأجل هو أحد أوصاف الالتزام الذي يقوم عليه، فإن تعديل القاضي لأجل الالتزام ينتج عنه نشوء التزام جديد يتضمن أجلاً جديداً، وبالتالي فإن حكم القاضي في هذه الحالة مصدر للالتزام في

القانون الجزائري.

-إن الاعتبارات التي أدت بالمشرع إلى منح القاضي سلطة إنشاء التزامات جديدة يكون حكمه مصدرها، تدور في مجملها حول إعادة التوازن للعقد الذي اختل نتيجة تفاوت جسيم بين التزامات المتعاقدين، وذلك تحقيقا للعدالة ورفع الظلم الفاحش عن المتعاقد الذي أبرم العقد بغية تحقيق حاجاته.

-إن منح المشرع للقاضي سلطة إنشاء الالتزام في حدوده المطلوبة يساعد على التقليل من الاستغلال وإدراج شروط تعسفية أو إضافة بنود مجحفة في مختلف العقود، وذلك لأن المتعاقدان في مرحلة تكوين العقد يعلمان تماما أن أي بند أو شرط أو محاولة لجعل العقد يحمي عن مسار العدل، يجعل هذا العقد عرضة لتعديل القاضي للالتزامات المرهقة، وذلك يقلل من النزاعات التي أثقلت كاهل القضاة، ويرسي الوعي بمبادئ العدالة في العقود.

ونظرا للنقائص التي لمسناها من خلال هذه الدراسة فإننا نقترح ما يلي:

-ضرورة إضافة الحكم القضائي كمصدر سادس من مصادر الالتزام في القانون الجزائري، بإضافة فصل خامس إلى الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري.

-ضرورة تعديل المشرع الجزائري لنصوص المواد 90، 210، 281، 581 من القانون المدني والمادة 343 من القانون البحري، بتضمين كل مادة منها فقرة تمنع الاتفاق على مخالفة تدخل القاضي لتعديل الالتزام، كما فعل المشرع في المادة 107 من القانون المدني المتعلقة بالظروف الطارئة، والمادة 110 من القانون المدني المتعلقة بالشروط التعسفية في عقد الإذعان، والمادة 184 من نفس القانون المتعلقة بالشرط الجزائي، وذلك من أجل منع التعسف الذي قد يحصل من قبل أحد المتعاقدين والذي يتسبب في اختلال توازن جسيم بين الالتزامات في العقد، حيث يُمنع المتعاقد المتضرر من أن يطلب تعديل العقد، فنكون أمام عقد مجحف ومخالف للعدل مخالفة صارخة دون أن يكون بإمكان القاضي التدخل لتعديله بالقدر الذي يسمح برفع الإرهاق والخسارة عن المتعاقد المتضرر.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

1- الاتفاقيات الدولية

- الاتفاقية الدولية للإنقاذ المحررة بلندن في 28 أبريل 1989، والتي صادقت عليها الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 385/11 المؤرخ في 23 نوفمبر 2011 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى الاتفاقية الدولية للإنقاذ لسنة 1989 وفق الجريدة الرسمية العدد 64، الصادرة بتاريخ 27 نوفمبر 2011.

2- النصوص التشريعية

- القانون 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 الصادرة في 27 جوان 2004، معدل ومتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 ج ر عدد 46، الصادرة في 18 أوت 2010.

- الأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997 يحدد المدة القانونية للعمل، ج.ر عدد 03 الصادرة بتاريخ 12 جانفي 1997.

- الأمر رقم 95_07 المؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج. ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 08 مارس 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر عدد 15 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006.

- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر عدد 17 الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1990.

- الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن القانون البحري، ج.

ر. عدد 29 الصادرة بتاريخ 10 أفريل 1977.

- الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون 02-05 المؤرخ في 06/02/2005 ج ر عدد 11 المؤرخة في 09/02/2005.

- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005 والمعدل والمتمم بموجب القانون 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007 ج.ر عدد 31 الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

3- النصوص التنظيمية

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

- المرسوم التنفيذي 09-18 المؤرخ في 20 جانفي 2009، ويحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري ج ر عدد 6 بتاريخ 25 جانفي 2009.

ثانيا: قائمة المراجع

*باللغة العربية

1- الكتب

- إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، دراسة مقارنة فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ط1، سنة 2003.
- إبراهيم عبد العزيز داوود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2014.
- أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- أحمد عبد الرحمن فايز، الشروط التعسفية في وثائق التأمين: دراسة في نطاق التأمين البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، العقود التجارية، الجزء الرابع، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1981.
- أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، الدار العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية،

- ديوان المطبوعات الجامعية، ط 10، الجزائر، 2008.
- أسعد أحمد هلاير، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2011.
- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1966.
- إلياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الـليزنج، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 1991.
- أمين دواس، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار الشروق، الأردن، 2005.
- أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، 2013.
- أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، ج 3، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1978.
- أنور سلطان، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1983.
- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983.
- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج 4، المكتبة الجامعية الحديثة،

- الإسكندرية، ط 4، 2006.
- النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكملة لمفهوم الصفقات العمومية، دار الهدى 2019.
- إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2018.
- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1978.
- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1969.
- توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1966.
- جلال علي العدوي، أحكام الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985.
- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، د ن، 2000.
- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، د ن، ط2، مصر 1995.

- حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة.
- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س.
- حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، مطبعة مصر، 1945.
- حلمي محمد الحجار، القانون القضائي الخاص طبقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد، الجزء الثاني، د ن، بيروت، 1996.
- خليل أحمد حسن قدامة، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- خليل بشارة الخوري، قانون الموجبات والعقود، مطبعة المعرض، بيروت، 1933.
- راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2017.
- رجب كريم عبد الله، الوكالة العامة والوكالة الخاصة، دار النهضة العربية القاهرة، 2015.
- رغد عداي حسين، الوكالة المدنية غير القابلة للعزل، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2010.
- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- رمضان بوعبد الله، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، ط 2، 2008، الجزائر.
- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود ومقارنته بالقوانين الحديثة والشرعية

- الإسلامية، الجزء 5، ط1، منشورات المكتبة العصرية بيروت، 1995.
- سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت، 1987.
- سحر البكاشي، دور القاضي في تكميل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008.
- سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشرعية الإسلامية دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث 2006.
- سليمان أحمية، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2002.
- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة 5، 1991
- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة عين شمس، القاهرة، 1991.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، 1998.
- سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان، القاهرة، 1997.
- سمير عبد السيد تتاغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، ط01، الإسكندرية، 2009.
- سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، د ن، د س.
- شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، منشأة المعارف، ط

- 1، الإسكندرية، 1961.
- شنيتي دريدي، الدليل القانوني والإداري للوكيل العقاري، دار النشر جيطلي، برج بوعرييج، الجزائر، 2012.
- صبحي الحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، دار المعلم، بيروت، ط 03، 1983.
- صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، بغداد، 1950.
- طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام في الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ط 1، القاهرة.
- عادل علي المقدادي، القانون البحري، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 1999.
- عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت، 1988.
- عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
- عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1982.
- عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.
- عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993.
- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، مصر، 2002.

- عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988.
- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- عبد الحميد عمر وشاحي، نظرية الالتزامات في القانون المدني، بغداد، مطبعة النقيض، 1949.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، دن، القاهرة، 1962.
- عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المطبعة العالمي، القاهرة، 1955.
- عبد الرحمان السيد قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية، ط 2، مكتبة الشقيري، جدة، السعودية، 2010.
- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد 1، ط 03، نهضة مصر، 2011.
- عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، الإثبات، آثار الالتزام، نهضة مصر، ط 3، 2011.
- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثالث، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، نهضة مصر، ط 3، 2011.
- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة،

- نهضة مصر، 2011.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقود الغرر: عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، ط 03، نهضة مصر، 2011.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثانية الجديدة، بيروت، 1998.
- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، دار الشمس للطباعة، القاهرة، 2006.
- عبد العزيز فهمي، ترجمة مدونة جستنيان في الفقه الروماني، ط 01، دار الكتاب المصري، القاهرة، مصر، 1946.
- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، مصر، 1984.
- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة مصر، القاهرة، 1974.
- عبد القادر الفار، آثار الحق في القانون المدني الأردني، أحكام الالتزام، دار الثقافة، عمان، 1995.
- عبد الله بن ناصر السلمي، الغش وأثره في العقود، ج 1، كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2004.

- عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، جامعة بغداد، 1986.
- عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني، عمان، الشركة الجديدة للطباعة، 1993، الجزء الأول.
- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، ط1، بغداد، 1965.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في تنفيذ العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- عدنان إبراهيم عبد الرحمان، شرح القانون المدني، العقود المسماة المقاوله، الوكالة، الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2009.
- العربي بلحاج، أحكام الالتزام بالقانون المدني الجزائري، دار هومة، ط 1، الجزائر، 2015.
- العربي محمد مياد، الوسيط في عقود الإذعان دراسة مقارنة، مطبعة أزدیس کوم، المغرب، 2012.
- عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر، سنة 1992.
- علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

1994.

- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، ط2، الاسكندرية، 2008.
- غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1971.
- فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- لحسن بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، دار هوم، الجزائر، 2013.
- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، د ن.
- مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
- محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- محمد أحمد عابدين، زوال العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2013.
- محمد الكشبور، نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة

- النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1993.
- محمد بهجت عبد الله أمين، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، الجزء الثاني والثالث، الطبعة الأولى، 2005، دار النهضة العربية، القاهرة.
- محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2007.
- محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الشروق، القاهرة، 2008.
- محمد حسن عبد الرحمان، عقود الإذعان دراسة مقارنة، د ن، القاهرة، 1999.
- محمد حسن قاسم، القانون المدني، المجلد 2 ط 1 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2018.
- محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع، الدار الجامعية الجديدة للنشر، 2006.
- محمد حسين، الحوادث البحرية، التصادم والإنقاذ، منشأة المعارف، مصر، 1997.
- محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، أركانه وقواعد إصداره، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2011.
- محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، العقد والارادة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، ط4،

سنة 2006،

- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة، التزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط1، 2010.

- محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مكتبة زهران للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1987.

- محمد علي عرفة، التقنين المدني الجديد، مكتبة النهضة، ط 2، القاهرة، 1955.

- محمد كامل مرسي، العقود المسماة، الجزء الأول، المطبعة العالمية، مصر، ط2، سنة 1952.

- محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

- محمد مصطفى غازي زيدان، دور القاضي في تحقيق التوازن في عقد العمل دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2016.

- محمد، محمد محمود السروي، الغش في المعاملات المدنية، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقہ الإسلامي، جامعة المنصورة، مطبعة دريم، 2004.

- محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 2010.

- محمود علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر 2018.

- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط 1 دار النفائس، الأردن، 2007.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 4، 2007.
- مصطفى عليوة فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الجزء الأول، مج 1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2012.
- مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، 1987.
- مفلح عواد القضاء، البيانات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2006.
- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء 8، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- ناصر أحمد إبراهيم النشوي، التعامل بالشرط الجزائي بين الشرعية والقانون، مكتبة الوفاء القانونية، ط 1، 2013.
- نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، دار إحياء المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1992.
- نبيل إسماعيل عمر، الطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983.

- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.
- نبيل علي أحمد الفيشاني، التنظيم القانوني للوكالة التجارية، دراسة خاصة لوكالة العقود (دراسة مقارنة) منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2011.
- نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.
- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية ط 1، لبنان، 2010.
- هشام إبراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي بالقانون المقارن، المركز الحكومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011.
- هشام فرعون، القانون البحري، مطبعة كرم، دمشق 1975.
- وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف، مصر، 1974.
- ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الالتزام، الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.

2- الرسائل العلمية

- إبراهيم بن جديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1994-1995.

- أم كلثوم بوعايدة، عقد الوكالة التجارية، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2021-2022.
- أسماء حريز، الإسعاف البحري في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير في القانون البحري، كلية الحقوق جامعة وهران الثانية، 2008/2009.
- آسيا ياسمينه مندي، النظام العام والعقود، رسالة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2008-2009.
- برنابا كورينا لوبنق أقيرا، السلطة التقديرية للقاضي المدني في نطاق الرابطة العقدية والإثبات القضائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، قسم القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، الخرطوم، السودان، 2017.
- بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المستوفية، 2020.
- جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1983.
- حسب الرسول الشيخ الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مطبعة الجيزة 1979.
- زهير الزبيدي، الغبن والاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة ماجستير، مطبعة دار السلام، سنة 1973.
- عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2001.

- عاطف كامل مسلم الشوابكة، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2018.
- عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، يوسف بن خدة.
- عبد الحكيم يوسف بركات الشبول، الأجل القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في نظام القضاء الشرعي الأردني دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ديسمبر 2007.
- عبد الحميد بن شنياتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، الجزائر، 1996.
- عبد الرحمان عبد العزيز متولي سعودي، سلطة القاضي التنفيذية في تعديل مضمن العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1990.
- عبد الرزاق بوبندير، الأسباب الاختيارية والقانونية لانقضاء الوكالة التجارية في القانون الإنجليزي والفرنسي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1989.
- عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1983.
- عبد المحسن الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983.
- عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في التشريع المصري دراسة فقهية وقضائية

- مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، 1946.
- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2014-2015.
- علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر 2012.
- فاطمة الزهراء بلهور، الحماية القانونية للعامل في عقد العمل محدد المدة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، 2016-2017.
- قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015-2016.
- قصي سلمان هلال، الشرط الجزائي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون، جاسم، بغداد، 1996.
- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية معاصرة، رسالة دكتوراه، كلية التربية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 2005.
- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012.

- محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1992.
- منير سعد خليفة، سلطة القاضي في تعديل العقد في إطار القانون المدني دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والليبي، رسالة ماجستير، جامعة الاسكندرية، 2017.
- وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1967.
- وفيق علي المقابلة، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد عليها، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 1994.

3- المقالات العلمية

- ابتسام دزيري، سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، جامعة بن يوسف بن خدة، المجلد 12، العدد 01، أكتوبر 2018.
- أحمد الحراكي، الغبن في القانون الفرنسي والقانون الألماني دراسة مقارنة تحليلية نقدية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21، الجزء 1، 2005.
- أحمد بوكراززة، الغبن والاستغلال وأثرهما القانوني، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد 62، المجلد 25، ديسمبر 2021.
- أحمد رياحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 05، الجزائر.
- أحمد رياحي، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق دراسة مقارنة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف،

العدد، المجلد 02.

- أحمد فتحي سرور، استقلال القضاء حق من حقوق الانسان في القانون المصري،
مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد خاص، مجلد 50،
1980.

- إدريس العلوي، العبد اللاوي، نظرية الاستغلال، مجلة القضاء والقانون، وزارة العدل
المغربية، الرباط، العدد 67، الجزء الثاني، 1969.

- أسعد الكوراني، نظرية الظروف الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مجلة
المحاماة المصرية السنة 40، العدد 1.

- الواسعة زرار صالحي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع
الجزائري مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 05، جوان 2012.

- الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية دراسة مقارنة، مجلة
الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، جوان، 2014.

- آمال بوحوبة، المركز القانوني المستهلك أمام خدمات الوكيل العقاري في التشريع
الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1.

- أمينة دريسي، شروط الإنقاذ البحري على ضوء القانون البحري، المجلة الجزائرية
لللقانون البحري والنقل، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 3، العدد 1، مارس
2016.

- تغريب رزيقة، الشرط الجزائي من سلطان الإرادة وسلطة القاضي، مجلة الحقوق
والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 15، العدد 01، أفريل 2022.

- جيلالي بن عيسى، نظرية الظروف الطارئة في ظل اختلال الالتزامات التعاقدية،
مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، المجلد 9، العدد 2،

جويلية 2018.

- حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثانية، العدد الأول، جانفي 1932.

- حسين رجب محمد خلف، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية والإثبات، مجلة التقني، الجامعة التقنية الوسطى، العراق، العدد 06، مج 26، سنة 2013.

- حمزة علي المدني، سعيد علي يحي، دراسة حول توحيد أنظمة التجارة في دول مجلس التعاون الخليجي، الشركات التجارية والوكالات التجارية، ج 1، مركز النشر العلمي، جدة، المملكة العربية السعودية، 1988.

- خولة عواد، محمد مزيان، أحكام الشرط الجزائي في عقد البيع بالإيجار الوارد على السكنات، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران 1 أحمد بن بلة، ماي 2019.

- رشيد بردان، نجية بوراس، القاضي وتفسير العقد، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، مج 07، عدد 01، 2018.

- ريم رفيعة لعور، حماية المستهلك في عقد الوكالة العقارية - دراسة مقارنة، مجلة القانون الدولي والتنمية، موجز القانون الدولي للتنمية المستدامة، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 5، العدد 1، جوان 2017.

- زكي الدين شعبان، الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والشريعة، العدد 2 جوان، 1977.

- سفيان سولم، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 31، المجلد 09، جوان 2018.

- سميرة مقلالي، النظام القانوني لوسطاء التأمين في الجزائر، مجلة الشريعة والاقتصاد،

- المجلد السابع، العدد 14، ديسمبر 2018.
- سميرة مقلالي، النظام القانوني لوسطاء التأمين في الجزائر، مجلة الشريعة والاقتصاد،
المجلد السابع، العدد 14، ديسمبر 2018.
- سناء شيخ، الحماية القانونية والقضائية للعامل في عقد العمل محدد المدة، مجلة
الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، مج 09، العدد 01، أبريل 2021.
- شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد
المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية
والسياسية، العدد 04، المجلد 47.
- صورية غربي، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني بسبب الظروف الطارئة في
مرحلة التنفيذ، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بريكة، المجلد
4، العدد 3، ديسمبر 2021.
- ضيف كيفاجي، تنفيذ العقد بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة في ظل تأثير فيروس
كورونا كوفيد 19، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، المجلد
26، العدد 3، أبريل 2022.
- عامر رحمون، تفسير العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة
مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مج 09، العدد 01، جامعة زيان عاشور
الجلفة.
- عبد الحفيظ مانع ومحمد هاملي أثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري،
دراسة مقارنة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مخبر الدراسات والبحوث في القانون
والاسرة والتنمية الإدارية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 7، العدد 1، جانفي 2022
- عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية

- والاقتصادي، العدد 1 السنة الأولى المطبعة العالمية، مصر.
- عبد السلام ذيب، عقد العمل محدد المدة، المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 2001.
- عبد القادر قصابي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، المجلة الإفريقية لدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 2، العدد 2، ديسمبر 2018.
- عبد الله عويد الرشيد، نظرية السلطة التقديرية وتطبيقاتها على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 10، ملحق خاص، العدد 10، نوفمبر 2021.
- عبد المجيد رحابي، ضوابط القسمة الاتفاقية للعقارات على ضوء التشريع الجزائري والمقارن، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، المجلد 05، ج2، العدد 10، جوان 2018.
- عدنان محمود العساف، الإنقاذ البحري: مفهومه ومشروعيته وتكييفه وأحكامه، دراسة تأصيلية مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون التجارة البحرية الأردني لسنة 1972 والمصري لسنة 1990، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، ملحق 1، الأردن، 2014.
- عز الدين آيت موسى، المهلة القضائية في ضوء القانون المغربي، مجلة الباحث وسلسلة الأبحاث، العدد 34، ماي 2020، المملكة المغربية.
- علال قاشي، الشرط الجزائي بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 04، العدد 02، جانفي 2020.
- علي الخفيف، رياض حسين أوسعيدة، القوة الملزمة للعقد والاتجاه الموسع لدائرة

- الغبين، مجلة الكوفة، المجلد 1 رقم 11، العراق، 2011.
- علي عبد العالي الأسدي، النظام القانوني للوكالة غير القابلة للعزل، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البصرة، السنة الثانية، العدد الأول، 2010.
- العيد بورنان، الرقابة القضائية على الشرط الجزائي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 2، العدد 1، أفريل، 2017.
- فائزة بودراع وبمينة بليمان، عقد تعيين الوكيل العام للتأمين في الجزائر، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، المجلد 6، العدد 4، ديسمبر 2021.
- فهد جان، سلطة القاضي في تعديل العقد، بحث مقدم في مؤتمر دور القاضي في الخصومة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت، 04 و 05 شباط 2010، منشورات الحلبي الحقوقية.
- قدري محمود عزت، نظرية الاستغلال في القانون المدني العراقي، مجلة ديوان التدريب القانوني، العدد الأول والثاني، السنة 4، بغداد، 1965.
- لؤي سطات حمود وحמיד سلطان الخالدي، السلطة التقديرية في منح الأجل القضائي في دعوى التنفيذ دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد السادس، 2019.
- لياس بروك، الشروط التعسفية في عقد التأمين، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 05، المجلد 01، جامعة عمار تليجي الأغواط، جانفي 2017.
- محمد إبراهيم البنداري، نظرة الميسرة في قانون المعاملات الإماراتي دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2001.

- محمد إبراهيم البنداري، نظرة الميسرة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، سنة 2001.
- محمد الصالح بلعقون، ضوابط ممارسة مهنة الوكيل العقاري في التشريع الجزائري، مجلة تشريعات التعمير والبناء، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد السادس، جوان 2018.
- محمد شتى أبو السعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، مجلة مصر المعاصرة، مصر، العدد 406، سنة 1986.
- محمد عبد الجواد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، العدد 04، 1963.
- محمد عمار تراكمية غزال، الإشكالات التطبيقية لنظرية التحول دراسة مقارنة، مجلة كلية أحمد بن حمد العسكرية للعلوم الإدارية والقانونية، قطر.
- محمد كامل مرسي، أجرة الوكيل، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 7، مصر 1983.
- مراد بسعيد، الإطار القانوني للمساعدة والإنقاذ البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 1، العدد 02، نوفمبر 2014.
- مراد قجالي، سفيان مرابطين، مستقبل تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل الظروف الاستثنائية لفيرس كورونا كوفيد 19، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 58، العدد 2، جوان 2021.
- مزيان حماش، عماد جرابية، البدائل الشرعية للشرط الجزائي في الديون، مجلة المنهل الاقتصادي، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، المجلد 05، العدد 01، ماي 2022.

- ناريمن خمار، حورية لشهب، آثار نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 25، جامعة بسكرة.
- نائل مساعدة، حكم الاستغلال في عقود المعلوماتية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد 01، المجلد 09، سنة 2013.
- نزيه كمال حداد، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة العدل السعودية، العدد 24، شوال 1425.
- نسير رفيق، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 01، المجلد 2018، 17.
- نور الإسلام فرقاني قويدر، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، محلية الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، الحاج لخضر، المجلد 07، العدد 02، ماي 2020.
- نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقاً لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 1، العدد 2.
- نورية طرطاق، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الاجتهاد الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغاست الجزائر جانفي 2014.
- وسن قاسم غني وجعفر صادق هاشم، سلطة القاضي التقديرية في استنباط القرينة القضائية دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بابل، السنة العشرة، العدد الرابع، ديسمبر 2018.
- يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات،

مجلة حوليات، جامعة الجزائر، المجلد 31، العدد 1، جوان 2017.

4-قرارات المحكمة العليا

– قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2007/02/21، رقم الملف 32403،
مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007.

– قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، منشور بالمجلة القضائية لسنة 2001،
العدد الثاني.

– قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1992،
العدد الثاني. المحكمة العليا، الغرفة المدنية.

*باللغة الفرنسية

1- les ouvrages

- Abd Alhamid Hachich, La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs, étude comparée du droit français et du droit de la république arabe unie, Caen, 1962.
- Adrien Vion, L'entendue minimal, de l'accord en droit suisse des contrats entre points essentiels du contrat, liberté contractuelle et complètement judiciaire, Edition juridiques livres, Lausanne.
- Alain Bénabent, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5^{ème} édition, Montchrestien, juillet 2001.
- Alex Weill et François terre, droit civil, les obligation, 2^{ème} édition, Dalloz.
- Alex Weill et François Terre, droit civil, les obligations, 2^{ème} Edition, Dalloz, 1975.
- Ambroise Colin, Droit civil français, Librairie Dalloz, Paris, 1936, Tom 2.
- Antonie Vilard, la formation du contrat, ENSEP, paris, 1975.
- Bonnard Roger, précis de droit administratif, l.g.d.j, 4^{ème} édition, 1943.
- Charles Aubry et Charles Rau, cours de droit civil français, 3^{ème} édition, tome 4, 1960.

- Christian Larrormet, Droit civil, Tome 3, les obligations, 3^{ème} édition, Économie, Paris 1996.
- Cinay Cyterman, protection ou surprotection du consommateur, cp éct, 6, 1990.
- Colin et capitan, traite pratique de droit civil français, tome 2.
- Denis Mazeaud, la notion de clause pénale, Librairie général de droit et de jurisprudence, Paris, 1992.
- Flour Jaques, Aubert Jean-Luc, Forti Valerio, Savaux Éric, Droit civil : les obligations, le rapport d’obligation, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000.
- George Riper, la règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} édition, LGD J, 1949.
- Gaël Chantepie, la lésion, L. G. D. J, 2006, p 503.
- George Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} édition, L. G. D. J, 1949.
- Georges Berlioz, le contrat d’adhésion, 2^{ème} édition, paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976,
- Jean, Warot, Assistance maritime ,1972.
- Jacques Ghestin, la formation du contrat, tom 2, l’objet et la cause, les nullités, 4^{ème} édition, L G D J 2013.
- Jacques Ghestin, traité de droit civile. Les obligations, le contrat, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris,1980.
- Jaque four, Luc Aubert les obligation, Armand colin, 1999, Dalloz.
- Jean louis mouralis, impervision encyclopedie, dalloz, tome 4^{ème}, édition, paris, 1973.
- Leon Duguit, l’état le droit objectif et la loi positive, ancienne librairie Thorin et fils, Paris, 1901.
- Louis Josserand, cours du droit civil français T 11, paris.
- Mohammed Benamar, l’action de la marine nationale algérienne dans le domaine de la navigation maritime, DMF 1998.
- Philippe Malaurie, Laurent Aynes, pierre-yves Gautier, droit civil, les contrats spéciaux, Paris, Defrénois, 2004.

- Pierre Arminjon, Baror, Boris Martin Dolf, traite de droit comparé, Librairie General de Droit et de jurisprudence, Paris 1950, Tome.2
- Pierre Engel, traité des obligations en droit suisse, Edition Ides et Calendes, Neuchâtel, Suisse, 1973.
- Planiol, M. et Ripert, G., Traite pratique de droit civil français, Tome 6, 1952.
- René David et David Pugsley, les contracts en droit anglais, librairie générale de droit et jurisprudence, Paris 1985, 2^{ème} édition.
- René Rodière, traité général de droit maritime, evenment de mer 1972.
- René Rodière, traité général de droit maritime, evenment de mer 1972.
- Thelipe Malorie Lorente, les obligations, 2^{ème} édition, Defre mis France, 2005.
- Yvain Buffelan, Lanare, Droit civil, 5^{ème} édition, Maison Paris, 1995.

2- Articles et Thésés

- Jacque Mestre, l'obligation et les contrats spéciaux, revue trimestrielle de droit civil, n 03, septembre, 1994.
- Jacques Mestre, La reforme projeter du droit français des contrats, R L D C, N° 132, Décembre 2015.
- Kraft, O., Clauses pénales : à quel niveau les réduire ou les augmenter ? Gaz pal, 1994, doctorat.
- Marty et Raynaud, droit civil, tome 2, 1^{er} volume, les obligations.
- Mesli Nadir, la lésion en droit algérien, mémoire DES, Alger, 1977.
- Samir Tanagho, De l'obligation judiciaire, thèse pour le doctorat en droit, université de paris, 1964.

الفہرس

صفحة	العنوان
1	مقدمة
	الفصل التمهيدي:
	السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد
9	المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي المدني ومضمون النشاط التقديري.....
9	المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي المدني.....
10	الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني.....
12	الفرع الثاني: تأصيل السلطة التقديرية للقاضي المدني.....
12	أولاً: الاتجاه القائل برفض وجود سلطة تقديرية للقاضي.....
14	ثانياً: الاتجاه القائل بمنح سلطة تقديرية للقاضي.....
17	ثالثاً: الاتجاه القائل بوجود سلطة تقديرية للقاضي.....
19	المطلب الثاني: مضمون النشاط التقديري ووسائله.....
20	الفرع الأول: مضمون النشاط التقديري.....
23	الفرع الثاني: وسائل النشاط التقديري.....
23	أولاً: المبادئ.....
12	ثانياً: النظريات.....
23	ثالثاً: الفكرة.....
24	رابعاً: المجموعات.....
24	1: الحيلة.....
25	2: القرائن.....
25	3: المعايير القضائية.....

25	الفرع الثالث: كيفية ممارسة القاضي لنشاطه التقديرى.....
26	أولاً: كيفية إعمال القاضي المعيار الوارد في القاعدة القانونية.....
26	ثانياً: تطبيق المعيار الوارد في القاعدة القانونية على النزاع المطروح.....
28	المبحث الثاني: تمييز التعديل القضائي المنشئ للالتزام عن غيره من المفاهيم.....
29	المطلب الأول: تمييز التعديل القضائي للعقد عن تفسير العقد وتحوله.....
29	الفرع الأول: تمييز التعديل القضائي للعقد عن تفسير العقد.....
32	الفرع الثاني: تمييز التعديل القضائي للعقد عن تحول العقد.....
36	المطلب الثاني: تمييز التعديل القضائي للعقد عن تكميل العقد وإنقاصه.....
36	الفرع الأول: تمييز التعديل القضائي للعقد عن تكميل العقد.....
37	أولاً: القانون.....
38	ثانياً: العرف.....
39	ثالثاً: العدالة.....
41	الفرع الثاني: تمييز التعديل القضائي للعقد عن إنقاص العقد.....
43	خلاصة الفصل التمهيدى.....

الباب الأول:

الحكم القضائي المنشئ للالتزام أثناء تكوين العقد

الفصل الأول:

الحكم القضائي المعدل للعقد المشوب بالغبن والاستغلال

47	المبحث الأول: الحكم القضائي المعدل للعقد المشوب بغيب الغبن الناتج عن الاستغلال.
47	المطلب الأول: الغبن والاستغلال.....
48	الفرع الأول: الغبن المجرد عن الاستغلال.....

48	أولاً: تعريف الغبن.....
49	ثانياً: حالات الغبن المجرد عن الاستغلال.....
49	1: الغبن في بيع العقار.....
50	2: الغبن في القسمة.....
51	الفرع الثاني: الغبن الناتج عن الاستغلال.....
51	أولاً: تعريف الاستغلال.....
53	ثانياً: عناصر الغبن الناتج عن الاستغلال.....
53	1: العنصر المادي أو الموضوعي.....
56	2: العنصر النفسي أو المعنوي.....
57	أ: الطيش البين.....
58	ب: الهوى الجامح.....
60	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد المشوب بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال ..
61	الفرع الأول: مجال سلطة القاضي في تعديل العقد.....
61	أولاً: عقود المعاوضة.....
65	ثانياً: عقود التبرع.....
67	الفرع الثاني: حدود سلطة القاضي في دعوى الغبن الناتج عن الاستغلال.....
68	أولاً: سلطة القاضي في دعوى إبطال العقد.....
71	ثانياً: سلطة القاضي في دعوى الإنقاص.....
75	المبحث الثاني: الحكم المعدل للغبن الوارد في عقود خاصة.....
75	المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الأجر في عقد الوكالة.....
76	الفرع الأول: مفهوم عقد الوكالة.....

76	أولاً: تعريف عقد الوكالة.....
77	ثانياً: خصائص عقد الوكالة.....
77	1: عقد الوكالة من العقود الرضائية.....
77	2: عقد الوكالة من العقود الملزمة للجانبين.....
78	3: عقد الوكالة من عقود التبرع.....
78	4: عقد الوكالة من العقود الواردة عن العمل.....
78	5: عقد الوكالة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي.....
79	6: عقد الوكالة عقد غير لازم.....
79	ثالثاً: الوكالات الخاصة في القانون الجزائري.....
80	1: عقد الوكالة التجارية.....
81	2: عقد الوكالة بعمولة.....
82	3: وكالة التأمين.....
83	4: الوكيل العقاري.....
84	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل أجر الوكيل.....
85	أولاً: أحكام الأجر في عقد الوكالة.....
86	ثانياً: تدخل القاضي لتعديل أجر الوكيل.....
89	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الإنقاذ البحري.....
89	الفرع الأول: مفهوم عقد الإنقاذ البحري.....
89	أولاً: تعريف الإنقاذ البحري.....
91	ثانياً: شروط استحقاق المكافأة.....
91	1: تحقق الهدف من الإنقاذ.....

92	2: قبول السفينة المعرضة للخطر لأعمال الإنقاذ.....
93	ثالثا: عدم وجود التزام تعاقدى سابق بالإنقاذ.....
93	رابعا: ألا ينصب الإنقاذ على رسائل البريد أيا كان نوعها.....
93	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل المكافأة في عقد الإنقاذ البحري ..
97	خلاصة الفصل الأول.....

الفصل الثاني:

الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية

99	المبحث الأول: الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقود الإذعان ..
	المطلب الأول: الشروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في
100	عقد الإذعان.....
101	الفرع الأول: وجود عقد الإذعان.....
101	أولا: تعريف عقد الإذعان.....
104	ثانيا: خصائص عقد الإذعان.....
106	ثالثا الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.....
107	1: النظرية القائلة بأن عقد الإذعان مركز منظم.....
108	أ: موقف ريمون سالي.....
108	ب: موقف ليون دي جي.....
109	2: النظرية القائلة بالطابع التعاقدى للإذعان.....
110	الفرع الثاني: وجود الشروط التعسفية المرهقة للطرف المدعى.....
111	أولا: تعريف الشروط التعسفية.....
113	ثانيا: معيار الشرط التعسفي.....

113	1: معيار التعسف في إستخدام القوة الاقتصادية.....
114	2: معيار الميزة المفرطة.....
114	3: معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات.....
115	ثالثا: أنواع الشروط التعسفية.....
116	1: الشروط التعسفية بذاتها.....
116	2: الشروط التعسفية بحكم استعمالها.....
117	المطلب الثاني: الحكم القضائي الناتج عن ممارسة القاضي لسلطته في تعديل الشرط التعسفي.....
118	الفرع الأول: ماهية التعديل القضائي المنشئ للالتزام.....
119	أولا: تدخل القاضي بتعديل الشرط التعسفي المتعلق بحجم الأداءات المتقابلة بالعقد .
120	ثانيا: تدخل القاضي لتعديل الشرط التعسفي المتعلق بوسائل تنفيذ العقد
121	الفرع الثاني: تطبيقات الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقد الإذعان ..
121	أولا: في عقد التأمين.....
124	ثانيا: في عقد العمل.....
128	المبحث الثاني: تعديل القاضي للشرط الجزائي إنشاء للالتزام جديد.....
129	المطلب الأول: استحقاق الشرط الجزائي.....
129	الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي.....
129	أولا: تعريف الشرط الجزائي.....
131	ثانيا: خصائص الشرط الجزائي.....
132	1: الشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي.....
133	2: الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام احتياطي.....

134	3: الشرط الجزائي هو تقدير جزافي للتعويض.....
134	ثالثا: أهمية الشرط الجزائي
134	1: ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدي.....
135	2: تجنب المنازعات بين المتعاقدين.....
135	3: نقل عبء الضرر.....
136	الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي.....
136	أولا: شرط الخطأ.....
138	ثانيا: شرط الضرر.....
138	ثالثا: علاقة السببية.....
140	رابعا: شرط الإعذار.....
141	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.....
	الفرع الأول: سلطة القاضي في حالة ارتفاع مقدار الشرط الجزائي أو انخفاضه
141	بشكل مفرط.....
142	أولا: مبررات التعديل.....
144	ثانيا: مظاهر التعديل.....
144	1: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي في حالة المبالغة في تقديره.....
146	2: سلطة القاضي في زيادة مقدار الشرط الجزائي.....
149	ثالثا: ضوابط التعديل.....
150	الفرع الثاني: سلطة القاضي في حالة تنفيذ المدين لجزء من الالتزام الأصلي.....
150	أولا: مبررات التخفيض.....
151	ثانيا: مظاهر التخفيض.....

152	1- أن يكون التنفيذ الجزئي ممكنا
152	2- ألا يكون التنفيذ الجزئي معيبا
153	3- أن يكون التنفيذ الجزئي مفيدا
153	4- أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام
153	ثالثا: ضوابط التخفيض
155	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام
159	خلاصة الفصل الثاني
160	خلاصة الباب الأول

الباب الثاني:

الحكم القضائي المنشئ للالتزام أثناء تنفيذ العقد

الفصل الأول:

حالة الظروف الطارئة

165	المبحث الأول: ماهية الظروف الطارئة
165	المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة
165	الفرع الأول: تعريف الظروف الطارئة
169	الفرع الثاني: نطاق نظرية الظروف الطارئة
169	أولا: طبيعة الالتزام
170	ثانيا: العقود الزمنية والعقود الفورية
171	ثالثا: العقد المحدد والعقد الاحتمالي
172	رابعا: العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد
173	المطلب الثاني: شروط تدخل القاضي لتعديل الالتزام

174	الفرع الأول: الالتزام متراخي التنفيذ
176	الفرع الثاني: الحادث استثنائي عام وغير متوقع
176	أولاً: الحادث استثنائي
178	ثانياً: عمومية الحادث
180	ثالثاً: الحادث الطارئ غير متوقع
181	رابعاً: عدم القدرة على الدفع
181	الفرع الثالث: تنفيذ الالتزام مرهق للمدين
184	المبحث الثاني: مضمون سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة
185	المطلب الأول: تحديد فكرة سلطة القاضي في تعديل العقد
185	الفرع الأول: أساس سلطة القاضي في التدخل بسبب الظروف الطارئة
186	أولاً: تنفيذ العقد بحسن نية
187	ثانياً: أساس التعسف في استعمال الحق
188	ثالثاً: مبادئ روح العدالة والإنصاف
188	رابعاً: الشرط الضمني
189	خامساً: نظرية الغبن
190	الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي في التدخل بسبب الظروف الطارئة
192	أولاً: مراعاة القاضي للظروف المحيطة
193	ثانياً: قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين
195	ثالثاً: الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الالتزام المرهق
196	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة
196	الفرع الأول: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

198	الفرع الثاني: وسائل تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.....
199	أولاً: سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق
201	ثانياً: التعديل في صورة زيادة الالتزام المقابل
204	ثالثاً: التعديل في صورة وقف تنفيذ الالتزام
205	رابعاً: فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة.....
207	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل الظروف الطارئة من النظام العام.....
209	خلاصة الفصل الأول.....

الفصل الثاني:

نظرة الميسرة

212	المبحث الأول: ماهية نظرة الميسرة
212	المطلب الأول: مفهوم نظرة الميسرة
212	الفرع الأول: تعريف نظرة الميسرة
215	الفرع الثاني: خصائص نظرة الميسرة
215	أولاً: نظرة الميسرة من النظام العام.....
216	ثانياً: خضوع نظرة الميسرة للسلطة التقديرية للقاضي.....
217	ثالثاً: مخالفة نظرة الميسرة للقواعد العامة في الوفاء.....
217	رابعاً: عدم شمول نظرة الميسرة لكافة الديون.....
220	المطلب الثاني: تمييز نظرة الميسرة عن بعض المفاهيم المشابهة.....
220	الفرع الأول: تمييز نظرة الميسرة عن الأجل القانوني
222	الفرع الثاني: تمييز نظرة الميسرة عن وقف التنفيذ بسبب الظروف الطارئة.....
223	المبحث الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة.....

224	المطلب الأول: شروط سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة
224	الفرع الأول: عدم وجود مانع قانوني.....
225	الفرع الثاني: حالة المدين تستدعي نظرة الميسرة
225	أولاً: حسن النية.....
226	ثانياً: سوء حظ المدين.....
227	ثالثاً: ألا يكون معسراً.....
228	رابعاً: ألا يلحق الدائن ضرراً جسيماً.....
229	خامساً: أن يكون الأجل الممنوح للمدين معقولاً.....
230	المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة
231	الفرع الأول: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة الفسخ القضائي
233	الفرع الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ.....
235	أولاً: من حيث الأساس الذي تقوم عليه سلطة القاضي في منح الأجل.....
236	ثانياً: من حيث اتساع سلطة القاضي في كل منهما.....
237	ثالثاً: من حيث اعتبار سلطة القاضي من النظام العام.....
238	خلاصة الفصل الثاني.....
239	خلاصة الباب الثاني.....
242	الخاتمة
248	قائمة المصادر والمراجع
279	الفهرس
	الملخص

الملخص

الملخص:

إن الحكم القضائي الذي يصدره القاضي بمناسبة تعديل العقود يكون مصدرا للالتزام إذا أنشأ التزاما جديدا، لأن مهمة القاضي تطورت في ظل تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية، فلم تعد تقتصر على الكشف عن إرادة المتعاقدين وأصبحت تتدخل بشكل مباشر ينهي الالتزامات التي كان مصدرها العقد ويقرر التزامات جديدة تنشأ من حكم القاضي بحد ذاته، وذلك وفقا للسلطة التقديرية التي منحها له المشرع صراحة بغية إعادة التوازن الذي اختل في العقد نتيجة تفاوت جسيم بين التزامات المتعاقدين وتحقيقا للعدالة، سواء كان ذلك أثناء مرحلة تكوين العقد من خلال تعديل العقد المشوب بالغبن والاستغلال، والعقد المتضمن شروطا تعسفية، أو أثناء مرحلة تنفيذ العقد بمناسبة الظروف الطارئة ومنح المدين نظرة ميسرة.

الكلمات المفتاحية: الحكم القضائي، مصدر، الالتزام، تعديل العقد، القاضي.

Résumé:

l'évolution des conditions économiques et sociales a fait évoluer le rôle du juge, il en est résulté une modification de jugement rendue par le juge à l'occasion d'avenants aux contrats est source d'obligation au cas où le juge en rendrait une. Les contrats ne se limitaient plus à révéler la volonté des contractants et sont devenus directement impliqués dans la fin des obligations qui étaient à l'origine du contrat et dans la détermination des nouvelles obligations qui découlent de la décision du juge lui-même. Ceci est réalisé conformément au pouvoir d'appréciation explicite accordé au juge par le législateur afin de rétablir l'équilibre rompu dans le contrat à la suite d'une grave inégalité entre les obligations des parties contractantes et de faire régner la justice, que c'était pendant la phase de formation du contrat en modifiant le contrat entaché de lésion et d'exploitation, et le contrat contenant des conditions arbitraires, ou pendant la phase d'exécution du contrat à l'occasion de l'imprévision et en donnant au débiteur un délai de grâce.

Les mots clés : le jugement, source, l'obligation, la révision du contrat, le juge.

Abstract:

In light of the development of economic and social conditions, the role of the judge has evolved, this resulted in a change in the judicial ruling issued by the judge on the occasion of amending contracts is a source of obligation in case the judge issues one. Contracts were no longer limited to revealing the will of the contracting parties and have become directly involved in ending the obligations that were the source of the contract and determining new obligations that arise from the judge's ruling itself. This is achieved in accordance with the explicit discretion granted to the judge by the legislator in order to restore the balance that was disturbed in the contract as a result of a grave inequality between the obligations of the contracting parties and to achieve justice, regardless of whether that was during the stage of contract formation by amending the contract tainted by lesion and exploitation, and the contract containing arbitrary conditions, or during the contract execution phase on the emergency circumstances and giving the debtor judicial term.

Keywords: judicial ruling, source, obligation, modification of contract, judge.