

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع: .....

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: قانون خاص

الشعبة: حقوق

تحت إشراف الأستاذ(ة):

من إعداد الطالب(ة):

بن بدرة عفيف

طبيب ليلى

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة) بن عودة يوسف .....أستاذ محاضر "ب".....رئيسا

الأستاذ(ة) بن بدرة عفيف.....أستاذ محاضر "أ".....مشرفا مقرا

الأستاذ(ة) طواولة أمينة .....أستاذ محاضر "أ".....مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

تاريخ المناقشة 2020/09/21

## إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى روح والدي رحمه الله وأسكنه الفردوس الأعلى

إلى أمي بارك الله في عمرها

إلى إخوتي وأخواتي

إلى كل من لم يذخر جهدا في مساعدتي

وإلى كل ساهم في تلقيني ولو بحرف في حياتي الدراسية

**الطالبة طبيب نيلي**

## شكر

أتوجه بشكر خاص وخالص إلى أستاذي الفاضل الأستاذ بن بدره عفيف لتفضل سيادته بقبول الإشراف على هذه المذكرة وعلى رعايته الجادة والمخلصة لهذا البحث رغم انشغالاته العلمية والادارية فلقد كان لتوجيهاته السديدة وآرائه الصائبة المفيدة أكبر الأثر في إنجاز البحث محل المناقشة فجزاه الله عني وعن كل طالب علم خير الجزاء وجعل ذلك كله في ميزان حسناته ومنه الله بالصحة والعافية.

كما أتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى لجنة الحكم على هذه المذكرة الذين نلت شرف قبول سيادتهم عضوية لجنة المناقشة والحكم على المذكرة رغم الظروف التي يمر بها العالم ورغم كثرة المشاغل وعظم المسؤوليات حتى نستفيد من توجيهات سيادتهم عما أخطئنا في هذا البحث لكم منا جزيل الشكر والاحترام.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

### المقدمة:

نظرا للدور الذي يلعبه العقد في في تنشيط الدورة الاقتصادية داخل المجتمع، إذ يعتبر محور الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، باعتباره أهم وسيلة قانونية لتداول السلع والخدمات . يقوم العقد على أساس الإرادة الحرة، فهي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد وتحديد آثاره وفقا لما يقتضيه حسن النية في العلاقة التعاقدية ذلك أن الأصل في إبرام العقود هو السعي في تنفيذها.

وقد ارتبط العقد بمبدأ سلطان الإرادة ، هذا الأخير يقوم على فكرتين رئيسيتين ، فأما الأولى فتكمن في حرية التعاقد أي أن للإرادة الحرية الواسعة في إبرام العقد وفي تحديد مضمونه وأما الثانية فتتعلق باحترام إرادة المتعاقدين فما تعقده إرادتين لا تحله إرادة واحدة.

ويتفرع من ذلك مبدأ هام يعد النتيجة المنطقية لمبدأ سلطان الإرادة وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والذي مقتضاه غل يد القاضي من التدخل في العقد ، لذا قيل أن القاضي يلتزم بالعقد كما أراده والتزم أطرافه ، ويعد هذا المبدأ قاعدة أصولية تخاطب المتعاقدين والقاضي معا.

بعد جدال دام ربحا من الزمن بين فريقين ، بالغ أحدهما في إعطاء الإرادة كل السلطة في إنشاء الالتزام وتحديد آثاره وهم أنصار سلطان الإرادة وقابلهم أنصار مبدأ سلطان القانون الذين أنكروا على الإرادة سلطانها في إنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره.

توصل الفقه إلى تقييد مبدأ سلطان الإرادة بشطريه أين أحاط الشطر الأول من المبدأ وهو الرضائية وهي قدرة الإرادة على انشاء التصرف القانوني بقيد الشكلية التي يقرها القانون بالنسبة لبعض التصرفات فيما أحاط الشطر الثاني وهو قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرفات القانونية بقيد النظام العام والآداب العامة.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

ذهب الفقه المعارض للمغالاة في سلطان الإرادة بشكل عام ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين بشكل خاص ، إلى المناداة بتدخل القاضي في العقد لتهديب مبدأ سلطان الإرادة بغرض تحقيق نوع من التوازن بين أطراف العلاقة العقدية، لأن الحرية في بعض الأحيان قد تغدر بالعدل وتخل بمبدأ المساواة وتعدم التفاوض والمساومة والمناقشة بين الطرفين، مما دفع بالتشريعات الحديثة إلى الانقاص من مبدأ سلطان الإرادة ، من خلال وضع العديد من القيود ، والتي كانت في شكل نصوص آمرة تحد من سلطان إرادة المتعاقدين في مرحلة التكوين والتنفيذ كذلك.

وأصبحت سلطة التعديل تحتل مكانة خاصة في الفقه القانوني ، واعترف بها كل من الفقه والتشريع والقضاء ، وأصبحت تشكل مظلة لحماية العدالة العقدية ، وبلغت هذه السلطة من الاتساع بحيث لم تقف عند حدود تكوين العقد بل شملت مرحلة تنفيذه كذلك.

### أهمية موضوع البحث:

يعتبر موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء التنفيذ من أهم وأدق موضوعات القانون المدني التي أثارته ولازالت تثير الكثير من الجدل، ويتسم بخطورة غير عادية باعتباره خروجاً عن مبدأ قانوني على درجة من الأهمية وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وسبب ذلك أنه كأصل عام لا يجوز المساس بالقوة الملزمة للعقد ، فلا يجوز لأي من أطراف العقد الانفراد في تعديله أو إنهائه كما لا يجوز للقاضي ذلك ، وذلك احتراماً لما ارتضاه المتعاقدان، وإمكانية تعديل العقد في مرحلة تنفيذه جاءت وليدة تطور في التشريع والقضاء بعد بروز مخاطر الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه، والذي أظهر علة في توازن العقد بكامله ، فحرصت التشريعات الحديثة على حماية العقد من الإنهاء والمضي في الإجراءات الجبرية ، وذلك من خلال تعديله إما بتدخل سلطة أطرافه أو بتدخل القاضي ، فأصبح للتعديل الدور الإيجابي في مجال التعاقد قصد حماية حقوق الأفراد ومصالح المجتمع وذلك بمراقبة العقد منذ نشأته إلى

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

غاية تنفيذه غير أن دراستنا سوف تقتصر على تعديل العقد في مرحلة تنفيذه دون مرحلة تكوينه.

**أهداف الدراسة:** تهدف هذه الدراسة إلى:

- الإحاطة بمفهوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وضرورة تنفيذ العقد باعتبارها الأصل الذي خرج عنه المشرع بمنح القاضي سلطة تعديل العقد.
- تسليط الضوء على أهمية تعديل العقد وحماية أطراف العقد من خروجه عن الغاية التي أبرم لأجلها.
- استنتاج الأساس الذي يستند إليه القاضي في ممارسة سلطة تعديل العقد.
- إظهار أهمية وحقيقة الدور الإيجابي الذي يقوم به القاضي في سبيل تحقيق العدالة العقدية وحماية الطرف الضعيف.
- إظهار مضمون وحدود سلطة القاضي في تعديل العقد.

**إشكالية البحث:**

هل تدخل القاضي لتعديل العقد أثناء تنفيذه يعتبر تعدياً على قانون الإرادة بشكل يخل بالأمن التعاقدى واستقرار المعاملات أم تكريس لعدالة العقد وحماية الطرف الضعيف فيه ؟ وماهي الآليات المستخدمة لمواجهة الاختلال في الالتزامات التعاقدية؟ هل يتمتع القاضي في سلطته التعديلية بسلطة ذاتية أم أن نشاطه يدور ضمن حدود معينة ؟ وهل يخضع في ممارسته لهذه السلطة لرقابة المحكمة العليا؟ وهل يعتبر فيروس كوفيد 19 الطارئ أثناء تنفيذ العقد مبرر لتدخل القاضي لتعديل العقد على أساس أحكام نظرية الظروف الطارئة ؟ أم أنه قوة قاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً وتؤدي بالضرورة إلى انقضاءه؟

لمعالجة هذه الإشكالية وجدنا أنه من الملائم إلى تقسيم خطة البحث إلى فصلين على النحو التالي : الفصل الأول نستعرض فيه القوة الملزمة للعقد بين الأصل والاستثناء، وذلك في

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

---

مبحثين ، الأول نتولى فيه دراسة مبدأ سلطان الإرادة كقاعدة عامة والثاني نتعرض فيه سلطة القاضي في تعديل العقد كاستثناء على القاعدة العامة. أما الفصل الثاني نفرده للتعرف على مدى تدخل القاضي أثناء مرحلة تنفيذ العقد، وهذا الفصل قسمناه كذلك إلى مبحثين، الأول نتعرض فيه سلطة القاضي في الحد من آثار الظروف الطارئة والثاني نظهر فيه تدخل القاضي في مراجعة التعويض الاتفاقي.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

### الفصل الأول: القوة الملزمة للعقد بين الأصل والاستثناء

متى نشأ العقد صحيحاً بأن توافرت أركانه وفقاً للقانون ترتبت عليه آثار يضيف عليها القانون قوة الإلزام تشبه إلى حد بعيد قوة القانون حيث يصبح المتعاقدان خاضعين لقوة العقد ملزمين بتنفيذ ما تضمنه بحسن نية.

وينتج عن مبدأ الرضائية قاعدة هامة تعرف بـ"العقد شريعة المتعاقدين" والتي مفادتها غل يد المتعاقدين و القاضي عن العقد حيث لا يجوز لهم الخروج عن إرادة المتعاقدين وهذا هو الأصل.

واستثناء منه قيد المشرع مبدأ سلطان الإرادة وأجاز للقاضي التدخل في العقد لتعديله في مرحلة تكوينه ومرحلة تنفيذه وذلك متى جانب العقد العدالة والمساواة.

ولتفصيل ذلك تطرقنا في الفصل الأول من هذه الدراسة في المبحث الأول منه لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره القاعدة العامة فيما خصصنا المبحث الثاني لدراسة سلطة القاضي في تعديل العقد كاستثناء على القاعدة العامة.

### المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة كقاعدة عامة

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

يراد بمبدأ سلطان الإرادة بوصفه قاعدة عامة، هو كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني، وتحديد الآثار التي تترتب عليه، فهو مبدأ ذو شقين، يتعلق الشق الأول منه بالشكل، وهو عبارة عن مبدأ الرضائية الذي يجعل الإرادة الصحيحة وحدها مجردة من أية شكلية، كفاية لإنشاء التصرف القانوني ويتعلق الشق الثاني بالموضوع، ومقتضاه أن تكون الإرادة صاحبة السلطان في تحديد آثار التصرف.

وبذلك تشكل الإرادة الركن الأساسي عند إبرام العقد، أيا كان نوعه، وحيث يجب أن تكون حرة طليقة لا يقيدتها سوى النظام العام أو الآداب العامة، خالية من العيوب التي قد تشوبها وهي الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، صادرة عن ذي أهلية كاملة. وفيما يلي نتطرق في المطلب الأول لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ونخصص المطلب الثاني: لدراسة ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية.

### المطلب الأول: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

إذا انعقد العقد صحيحا، بأن توافرت أركانه وشروط صحته، فإنه يلزم المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات التي يربتها العقد في ذمته، ويترتب على ذلك قاعدة أنه لا يستطيع لأحد المتعاقدين بإرادته المنفردة أن ينقض أو يعدل العقد.

نصت على هذه القاعدة المادة 106 من قانون المدني الجزائري على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". وفيما يلي نفضل في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والنتائج المترتبة عنها.

### الفرع الأول: مفهوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين:

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

يراد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أن الالتزامات التعاقدية المنعقدة على الوجه الصحيح تقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين، بمعنى أن الإرادة هي قانونهما<sup>1</sup>،

العقد شريعة المتعاقدين ليس مجرد تعبير مجازي، بل هو تعبير حقيقي يراد منه فعلا أن العقد هو الشريعة التي تحكم العلاقة بين المتعاقدين.

قاعدة العقد شريعة المتعاقدين قاعدة فقهية وضعت من قبل الفقيه دوما<sup>2</sup> وتبناها الفقه الفرنسي<sup>3</sup> وكرسها المشرع الفرنسي ضمن أحكام المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي<sup>4</sup> وأخذها عنه المشرع المصري على غرار المشرع الجزائري ضمن نص المادة 106 من القانون المدني السالفة الذكر.

وعلى شاکلة القانون الفرنسي والمصري والجزائري أكدت جميع القوانين على أن الإلتزامات التعاقدية التي تنفذ بين طرفي العقد هي قانون صارم لها .

تبرر هذه القاعدة مبادئ تاريخية أخلاقية، تتمثل في واجب الوفاء بالعهد الذي يقطعه المرء على نفسه مهما كلفه الأمر، و تحث عليها اعتبارات اقتصادية تقتضي تحقيق استقرار المعاملات، واعتبارات اجتماعية تقتضي ضرورة توفير الثقة والاطمئنان والائتمان بين الناس، فمتى سمح للمدين بنقض العقد الذي تعهد به، وعدم تنفيذ ما التزم به، زالت بذلك الثقة

<sup>1</sup> لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص 29.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 298.

<sup>3</sup> « La Parole donnée doit être tenue, la promesse doit être exécutée quoi qu'il en coûte ; *Pacta sunt servanda* » (P)Malaurie ,(L) Aynès,(P)Stoffel-Munck ,Droit civil, Les obligations, 2<sup>ème</sup> édition, Defrénois, Paris , 2005, P 845 .

<sup>4</sup> « les conventions légalement formés tiennent lien de loi a ceux qui les ont faites »

أي أن الاتفاقات التي انعقدت صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة لمن عقدها.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

والاطمئنان بين الناس وأثر ذلك سلبا على استقرار معاملاتهم، فالتزام المتعاقد بالعقد أمر تقتضيه المصلحة الاجتماعية<sup>1</sup>.

والعقد لا يكون شريعة للمتعاقدين إلا إذا توافرت له شروط انعقاده وشروط صحته ، وهو إذا كان كذلك لا يجوز نقضه أو تعديله لا بواسطة القانون، ولا بواسطة القاضي ، ولا بواسطة أحد المتعاقدين منفردا.

تقضي الحرية التعاقدية أنه للمتعاقدين عند إبرام العقد أن يتفقا على ما يريانه يحقق مصالحهما وذلك في إطار القانون ، لأن الأصل هو التزام الشخص بإرادته وإن اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إلى إنشاء التزامات تفرض عليه فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود لأن تقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء ومن بين أهم مظاهر حرية التعاقد وحرية تحديد آثار العقد إذ يجوز للأطراف القيام بها عند إنشاء عقودهم ، فيمكن لهم طبقا لنص المادة 183 من القانون المدني الاتفاق عند إبرام العقد على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه ، و يسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي مع أن الأصل في تقدير هذا التعويض يكون من اختصاص القاضي وبعد إبرام العقد .

كما سمح المشرع الجزائري في عقد البيع للبائع إذا ما كان البيع مؤجلا أن يشترط دفع الثمن كله من طرف المشتري حتى تنتقل الملكية إليه ولو تم تسليم الشيء المبيع طبقا لنص المادة 363 من القانون المدني.

تعتبر هذه القاعدة مظهرا من مظاهر حرية الإرادة في التعاقد وفي تقرير آثار العقد<sup>2</sup> ، ووفقا لهذا المبدأ فما قرره الإرادة يكتسب قوة ملزمة بالنسبة للطرفين فما انتفقت عليه الإرادة هو

<sup>1</sup> علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010، ص 359.

<sup>2</sup> خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة لنيل درجة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص 44.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

القانون الذي يجب أن يتبع ويحكم العلاقة ما بين المتعاقدين، ذلك الإرادة قوية تلزم الشخص مثلما يلزمه القانون، حيث لا المشرع ولا القاضي باستطاعته أن يحرر المتعاقدين من التزاماتهما التعاقدية.

فالعقد هو بمثابة القانون المصغر بين الأطراف و لذلك يعبرون عن هذه الحقيقة بأن العقد شريعة المتعاقدين ، فالعقد ملزم تماما كالقانون بل هو من نفس طبيعة القانون لأن القانون عقد كبير يبرمه كل الأفراد في المجتمع ، و توجد إلى جانبه عقود صغيرة فيما بين الأفراد و لذلك لا ينبغي أن يقال أن العقد لا ينعقد إلا بإذن المشرع ،لأن المشرع لم يصبح سلطة عامة إلا نتيجة للعقد الذي تم بين الأفراد و هو العقد الإجتماعي.<sup>1</sup>

ومع ذلك ليس المراد بأن العقد يشبه القانون أن يشبهه من جميع النواحي، ذلك أن القانون هو الذي يكسب العقد قوته الإلزامية، وبالتالي لا يمكن جعل هذا الأخير في نفس درجة القانون، كما أن القانون يلزم جميع المخاطبين به بينما العقد لا يلزم إلا المتعاقدين وخلفهما<sup>2</sup>.

ومع ذلك قد يتدخل المشرع و يفرض بعض القيود مباشرة عند التعاقد أي بمعنى القيود التي يوردها المشرع بنصوص قانونية آمرة ومن ثم يتوجب على المتعاقدين التقيد بها في تحديد مضمون العقد.

ونشير في هذا المجال بأن هذه التقييدات قد ترد إما على التنظيم الكامل من حيث المضمون للعقد برمته، حيث يقيد المتعاقد وكأنه مقيدا تقييدا كاملا في تفاصيل العقد، ومثال ذلك تنظيم المشرع لعقد العمل بكامله، نتيجة لما كانت تعانيه الطبقة العاملة من ظلم اجتماعي واقتصادي، حيث أن معظم المسائل الجوهرية في عقد العمل هي محل تنظيم تشريعي ،

<sup>1</sup> حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدية و تطويع العقد ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق ،جامعة تلمسان، سنة 2013، ص19.

<sup>2</sup> محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، المطبعة الجديدة، دمشق سوريا، 1978، ص 331.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

كالأجور وساعات العمل وشروط السلامة والشروط الصحية والعطل والإجازات والضمان الاجتماعي، فأصبح عقد العمل مجرد إقرار للنصوص القانونية أو الاتفاقيات الجماعية وحتى فسخ العقد أصبح محل تنظيم تشريعي ففي هذه الأحوال نجد أن التنظيم القانوني أخذ يضيق الخناق على حرية التعاقد، ولم يبق للفرد من حرية إلا في قدر ضيق ينحصر في قبول إبرام العقد أو الامتناع عن إبرامه .

و قد ترد القيود التشريعية على جزئية من جزئياته كتحديد مدة العقد فسيقيد القانون كلا المتعاقدين أو أحدهما في جزئية معينة من جزئيات التعاقد، مثال ذلك، هو القيد الذي يرد على حرية التعاقد في إنهاء عقده فالعقد الذي انعقد بالتراضي يمكن كذلك أن ينتهي بالتراضي، على أنه ليس للمتعاقدين أن يحددا مدة تزيد عما يجيزه القانون كمدة الشركة مثلا. وقد يتدخل المشرع بطريقة غير مباشرة عن طريق القاضي من أجل تعديل مضمون العقد كما سنأتي عليه لاحقا.

### الفرع الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:

يترتب على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أن تعديل ما جاء في العقد أو نقضه لا يتم إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون وفيما يلي نفضل في عدم جواز نقض أو تعديل العقد بشكل انفرادي.

أولا: عدم جواز النقض أو التعديل الانفرادي للعقد:

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

ما تم الاتفاق عليه من أحد المتعاقدين تستقل إرادتهما كأصل عام بتعديله أو إنهائه ،  
فلهما وحدهما تقرير ذلك ، فلا يجوز بحسب الأصل أن ينفرد أحدهما بنقض العقد أو تعديله<sup>1</sup>.

ومثل ما هو محرم على الأطراف تعديل العقد فإنه كذلك لا يجوز للقاضي تعديل العقد  
أو نقضه، وهذا ما كرسه القضاء الجزائري حيث قضى المجلس الأعلى بموجب قرار له صادر  
بتاريخ 1990/01/15 في الملف رقم: 52061 أنه "من المقرر قانونا أن العقد شريعة  
المتعاقدين، ينفذ طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ  
يعد مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع خالفوا إرادة  
المتعاقدين عندما قبلوا الدعوى المقدمة من المطعون ضده بعد فوات الأجل المتفق عليه بين  
المتعاقدين بخمسة أشهر، يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار  
المطعون ضده"<sup>2</sup>.

كما أن المبدأ القانوني القاضي بتوازي الأشكال يفرض أن يتم تعديل العقد بنفس الأشكال  
فالعقد الرسمي مثلا لا يعدل إلا بموجب عقد رسمي آخر مبرم بنفس شكل العقد الأول، إلا أنه  
لا يرجع سبب استحالة النقص الأحادي للعقد إلى مجرد الحرص على تطبيق قاعدة تطابق  
الأشكال بين إبرام العقد وانحلاله فقط، وإنما يعود كذلك، إلى أن إرادة الموجب بمجرد ارتباطها  
بإرادة القابل لم تعد مستقلة، ومنه لا يمكن لإحدى الإرادتين أن تتسحب مما أقدمت عليه،  
وبمعنى آخر فما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 46.

<sup>2</sup> قرار منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول لسنة 1993، ص 113.

<sup>3</sup> طيب فائزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة مستغانم ، 2019، ص 16.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

وهذا يتطابق مع ما ذهب إليه الفقه موران فالحرية التعاقدية تكمن في الدخول إلى العقد وليس في الخروج منه<sup>1</sup>.

### ثانياً: الاستثناءات على عدم جواز تعديل العقد أو نقضه بصفة منفردة

خروجاً عن القاعدة الأصلية القاضي بعدم جواز تعديل أو نقض العقد كنتيجة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين قرر القانون بعض الاستثناءات التي يجوز فيها تعديل أو نقض العقد.

وذلك سواء بموجب اتفاق بينهما أو بموجب رخصة من القانون يمنحها لأحد المتعاقدين<sup>2</sup>.

إذ قد يتفق المتعاقدان في العقد على أنه يجوز لكل منهما إنهاء العقد بإرادته المنفردة، كأن يتفقا في عقد إيجار محل تجاري على تحديد مدة الإيجار بثلاث سنوات قابلة للتجديد ما لم يرغب أحدهما في إنهاء العقد<sup>3</sup>.

على أن نقض أو تعديل العقد بالإرادة المشتركة لطرفيه بمراعاة كل الأركان التي يتطلبها أي عقد جديد من تراضي، ومحل، وسبب، وشكلية طبقاً للقانون لا يعد خروجاً عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بل هو تكريس فعلي لها<sup>4</sup>.

ومن أمثلة رخصة القانون فقد تقتضي طبيعة بعض العقود أن يبيح القانون لأحد طرفي العقد أن ينقض العقد بإرادة منفردة كما هو الحال في عقد الوكالة حيث نصت المادة 587 من القانون المدني "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدتها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك...".

<sup>1</sup> « Morin : La liberté existe pour entrer dans le contrat mais non pour en sortir » مارغريت نقولا

انطوان ماروديس، العنصر الأخلاقي في العقد، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، 2006، ص 133.

<sup>2</sup> خليفتاتي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 46.

<sup>3</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 363.

<sup>4</sup> طبيب فايزة، المرجع السابق، ص 16.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

وكذلك عقد الشركة غير محدّد المدّة حسب نص المادة 440 من القانون المدني<sup>1</sup> تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة، على شرط أن يعلن الشريك سلفا عن إرادته في الانسحاب قبل حصوله، إلى جميع الشركاء وأن لا يكون صادرا عن غش أو في وقت غير لائق...". ، وكذلك عقد العمل غير محدّد المدّة وذلك حتى لا يتحول عقد العمل إلى عقد أبدي يقيد من حرية الشخص، التي تعد حرية مكرسة دستوريا، وهي من النظام العام<sup>1</sup>. كما أن المشرع ورغبة منه في حماية أحد المتعاقدين أجاز في بعض العقود، لأحد العاقدين دون الآخر أن يستقل بنقض العقد، مثلما هو الأمر بالنسبة لعقد الهبة إذ يحق للواهب الرجوع في الهبة في حالات محددة حصرا في المادة 211 من قانون الأسرة، وفي العارية أيضا يجوز للمعير طلب إنهاء العارية إذا لم يحدد لها أجل لانحلالها في حال توافر حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 547 من القانون المدني.

### المطلب الثاني: ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية.

عند تحديد التزامات المتعاقدين لا يقتصر القاضي إلى البحث في ما ورد في العقد وفقا للإرادة المشتركة للمتعاقدين فقط، وإنما يتعين إلزامهما كذلك بكل ما يعد من مستلزمات العقد. هذا ولم يلزم المشرع الجزائري المتعاقدين بتنفيذ مضمون العقد و مستلزماته فقط ، بل حدد لهما كيفية التنفيذ مشروطا أن تتسم طريقة التنفيذ بحسن النية، وهو مبدأ واجب الاحترام من الدائن والمدين على السواء وفيما يلي نفضل في ما يعتبر مضمونا للعقد وما يعد من مستلزماته ثم نتطرق لضرورة أن يتسم التنفيذ بحسن النية.

### الفرع الأول: ضرورة تنفيذ مضمون العقد ومستلزماته:

نصت القواعد العامة للقانون المدني أن مضمون العقد لا يقتصر على الالتزامات الواردة فيه صراحة بل يتناول أيضا مسائل تفصيلية لم تذكر فيه وكل ما هو من مستلزماته.

<sup>1</sup> طيبب فايزة، نفس المرجع ، ص 18.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

فطبقا لنص 65 من القانون المدني " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان على فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف والعدالة." ونص المادة 2/107 من نفس القانون " يجب تنفيذ العقد وفقا 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".

وفيما يلي نفضل في مضمون العقد وما هو من مستلزماته.

### أولا: تنفيذ مضمون العقد:

يراد بمضمون العقد هو ما اتضاه الطرفان فعلا وتم النص عليه في العقد ، أو هو جملة الحقوق والواجبات الواردة فيه والمحددة بشكل صريح ويكون المتعاقدين ملزمان بتنفيذ كل ما تضمنه العقد ولا يحق لهما الاقتصار على تنفيذ ما يبدوا لهما مهما ، بل ويعتبر الامتناع عن تنفيذ جزء من العقد بمثابة الامتناع عن تنفيذ العقد<sup>1</sup>.

ولأجل ذلك وجب تنفيذ كل الالتزامات الملقاة على عاتق كل طرف وفق الشروط المتعاقد عليها ، فمتى تعلق الأمر مثلا بعملية بيع ، فإن العقد يعين المبيع والثمن وقد يتناول شروطا تفصيلية كتحديد آجال ومكان التسليم ، وشروط تحريم البضاعة وغيرها فالزامية تنفيذ العقد تعني بالنسبة للبائع تسليم البضاعة المتفق عليها كما وكيفا وطبقا لشروط التحريم ، وفي الأجل والمكان المعينين ، وكل تخلف عن تنفيذ أي شرط من شروط العقد يعنى عدم تنفيذه.

<sup>1</sup> علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 364.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

يجد تنفيذ مضمون العقد بما اشتمل عليه من مسائل جوهرية وثانوية أساسه القانوني في المبدأ القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين.

### ثانياً: تنفيذ مستلزمات العقد:

يراد بمستلزمات العقد مجموعة الالتزامات التبعية التي تلازم العقد وتترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحاً، وبصرف النظر عن اتجاه إرادة المتعاقدين إليها، لأن الأثر الأصلي للعقد لا يتحقق بدونها<sup>1</sup>.

فالأصل أن يتم تحديد مضمون العقد بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين، فإذا فشلت تلك الإرادة في ذلك أو لم يحصل اتفاق الأطراف بشأنها هنا يأتي دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين فيضيف القاضي شيئاً جديداً لم تتناوله الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وهذا الشيء الجديد هو ما يستلزمه العقد<sup>2</sup>، بما يعرف بمستلزمات العقد .

علماً أن المشرع الجزائري لم يعرف عبارة مستلزمات العقد، مكتفياً بترتيب المصادر التي يستند إليها القاضي في تكملة العقد طبقاً لما ورد في نص المادة 2/107 من القانون المدني. إذن نستج انه مستلزمات العقد هي القانون ، والعرف ، و مبادئ العدالة وطبيعة الالتزام و هذا ما سنفصله فيما يلي:

<sup>1</sup> سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2012، ص76. سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص 72.

<sup>2</sup> نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص267.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

### أ. القانون:

يعتبر القانون بالنسبة للعقود المسماة المرجع الأول و الرئيسي لاستكمال العقد الذي أغفل بعض التفاصيل ، يكون دور القواعد القانونية في هذا الإطار دورا تكميليا لإرادة المتعاقدين<sup>1</sup>. طبقا لنص المادة 65 و 2/107 من القانون المدني يعتبر القانون عنصرا موضوعيا يستند إليه القاضي عند استكمال مضمون العقد، متى غفلت إرادة المتعاقدين عن تنظيم مسألة ما، علما أن عبارة "القانون" جاءت عامة دون أن يوضح المشرع إن كان المقصود منها القواعد الأمرة أو المكملة .

والراجح حسبنا أن المقصود هنا بالقواعد القانونية تلك القواعد المكملة، لأن أطراف العقد على علم تام أنه لا يجوز الإتفاق على مخالفة القواعد القانونية الأمرة و إلا لحق العقد حكم البطلان بأن أصبح كأن لم يكن ، بحيث يرجع المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

على أنه يمكن للقاضي للقواعد القانونية الأمرة والمكملة معا لكلمة إرادة المتعاقدين ، باعتبار أن معظم الأحكام الواردة في القانون الواردة في القانون المدني بشأن العقد هي قواعد مكملة ، فهي لا تطبق إلا إذا لم يتفق الطرفان على خلافها ، فالمبدأ هو تطبيق القواعد الأمرة ، كما أن للقواعد المكملة دور مهما في تفعيل العقد كلما كان ذلك ضروريا وجائزا، وكذلك حماية المتعاقدين في مواجهة بعضهم البعض مهما كانت درجة عدم التبصر أو عدم الدراية بالمبادئ القانونية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> علي فيلاي، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، مرجع سابق، ص365.

<sup>2</sup> دزيري ابتسام، سلطة القاضي في تكملة العقد، مقال منشور بمجلة بحوث، جامعة الجزائر، العدد 12، الجزء الأول، سنة 2018، ص 148 .

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

### ب. العرف:

يعتبر العرف مصدرا رسميا احتياطيا طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني "... وإذا لم يوجد نص تشريعي،... فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف" و يعتبر العرف طبقا لنص المادة 2/107 من نفس القانون أساسا عقديا، ويرجع ذلك أنه من المفترض أن سكوت المتعاقدين عن تنظيم أمر ما في العقد يفيد اتفاقهما على تطبيق قواعد العرف<sup>1</sup>.

يعرف الفقه العرف على أنه " اطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة، مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا"<sup>2</sup>.

وعمليا يلجأ القاضي للعرف لاستكمال العقد او تفسيره أو لإعطاء الالتزامات مضمونها المتعارف عليه أو لتحديد الالتزامات الفرعية و الثانوية ، عندما لا يحتوي العقد على الايضاح الكافي حول هذا الموضوع أو كان ذلك غائبا كليا عن العقد<sup>3</sup> .

يكمل العرف نطاق العقد خاصة إذا تعلق الأمر بالمسائل التجارية والمعاملات البحرية، وأعمال البنوك والعقود التجارية، وفي الغالب يتم اللجوء للعرف بناء على إحالة من نص تشريعي، فثلا ملحقات المبيع يمكن تحديدها على ضوء العرف، كما يتصل بالعرف أيضا ما اصطلح عليه بالشروط المألوفة، وهي الشروط التي جرت العادة على بتضمينها في العقد أمرا مفروضا، حتى أصبح يعمل بها ويطالب المتعاقدون بتنفيذها ولو لم يتم النص عليها صراحة في العقد، ومثالها ما جرى العرف به في شأن التعامل في بعض المحلات من مثل المطاعم والفنادق، حيث تضاف نسبة إلى قائمة الحساب مقابل الخدمة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> علي فيلاللي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 367.

<sup>2</sup> علي فيلاللي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 250.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الثاني، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات حلي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، 1998 ، ص 440.

<sup>4</sup> طيبب فايزة، المرجع السابق، ص 27.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

ويكون القاضي في اعتماده على قواعد العرف خاضعا لرقابة محكمة النقض<sup>1</sup>.

### ت. مبادئ العدالة :

تعد مبادئ العدالة مصدر من مصادر القواعد القانونية مثلها مثل القانون و العرف يلجأ لها القاضي إذا لم تسعفه الأحكام القانونية و بعدها القواعد العرفية لسد النقص الذي شاب العقد ، فيكمل بموجبها مضمونه و أثاره.

تعرف مبادئ العدالة على أنها : " شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم و يوحى به الضمير المستتير و يهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه " <sup>2</sup>.

أحكام العدالة مستمدة من أحكام القوانين الطبيعية و ليس من القوانين الوضعية، و نجد هذا في مجالات كثيرة، فالعامل الذي يطلع على أسرار مصنع يلتزم بمقتضى العدالة عدم إفشاء هذه الأسرار، و عدم البوح بها لمصنع آخر، و الإلتزام بالسلامة الذي يقع على عاتق الطبيب لفائدة المريض ، و على عاتق صاحب الفندق لفائدة النزيل لديه ، ففي غياب إتفاق الطرفين بشأنه و إذا لم يتضمن القانون حكما بشأنه يتعين على القاضي الحرص على ضمان مصالح الطرف الضعيف في هذا النوع من العقد و تحقيق العدالة فيه<sup>3</sup>.

### ث. طبيعة الإلتزام:

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود من طبيعة المعاملة، التي يسترشد بها القاضي لتكملة العقد، وذهب الفقه إلى أنها " الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه ، أو هو التنظيم القانوني للمادة التي عالجها المتعاقدان في عقدهما<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> دزيري ابتسام، المرجع السابق، ص 149.

<sup>2</sup> دزيري ابتسام، مرجع سابق، ص 149.

<sup>3</sup> طبيب فايزة ، مرجع سابق، ص 29.

<sup>4</sup> دزيري ابتسام، المرجع السابق، ص 149.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

فالقاضي عند تحديده مضمون العقد ، عليه أن يراعي في تحديد الآثار المترتبة عن العقد، طبيعة الالتزام ، فإذا اقتضت طبيعة الالتزام زيادة الالتزامات المترتبة عن العقد حتى ولو لم يذكرها المتعاقدان ، كان عليه أن يقضي بهذه الالتزامات، فمن باع أو نقل ملكية شيء من الأشياء إلى شخص آخر ، فوجب أن ينقل إلى المشتري كل ما يعد من ملحقات الشيء الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها وذلك وفقا لما تقضي به طبيعة الأشياء ، فمن باع متجرا وجب عليه أن يسجل للمشتري السجلات التي تبين ما على المتجر من ديون ما له من حقوق وما يتصل به من عملاء ونحو ذلك<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية:

تعدد طرق تنفيذ العقد ويختار كل المتعاقد تنفيذ العقد الطريقة الأصلح له ، وقد حدد المشرع الطريقة الواجبة التنفيذ حيث أوجب أن يكون هذا التنفيذ طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يجوبه حسن النية حيث نصت المادة 107 من القانون المدني أنه "يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

عرف القانون الروماني قديما تقسيما للعقود إلى عقود حرفية التنفيذ وعقود يجب أن تنفذ بحسن نية، وهو التقسيم الذي لم يعد موجود في القانون الحديث إذ القاعدة التي تنظم سائر العقود هي أن العقد يجب أن ينفذ بالطريقة التي تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، والواقع أن سوء النية في تنفيذ العقد يعتبر من قبيل الغش، وهو يقابل التدليس عند تكوين العقد ، فهما في حقيقتهما شيء واحد، فكما يجب أن يكن العقد خاليا من التدليس في تكوين ، فيجب أيضا أن لا يداخله غش أو سوء النية في تنفيذه<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، 2010، ص 142.

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، لبنان، 1974، ص 473.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

أولاً: أساس مبدأ حسن النية:

إن مبدأ حسن النية أهم المبادئ الأخلاقية فهو مبدأ أخلاقي ، فلسفي يصعب حصره وتحديده ، ويستند إلى أساس أدبي ، وينطوي على استقامة لغرض القيام بالتزام الأدب والعدالة ، فيحمل بالتالي عدة معان كالاستقامة وعدم التعسف في استعمال الحق والإخلاص عند تولي إدارة أعمال الغير ، والإنصاف وعدم الإضرار بالغير والمقصد والغاية وعدم الإثراء الغير المشروع على حساب الغير<sup>1</sup>.

مبدأ حسن النية هو مبدأ يجد مكانه في جل التشريعات التي تعطي دوراً للبواعث و النيات في التصرفات القانونية، وذلك عن طريق مراقبة مشروعية الباعث حيث يبسط القانون ظلال الأخلاق على دائرة التعاقد بين الأفراد و في معاملاتهم ، و يراقب بذلك مشروعية البواعث و النوايا<sup>2</sup>.

تختلف آراء الفقهاء حول النية والباعث فمنهم من اعتبرهما شيء واحد ومنهم من قال باختلافهما عن بعضهما ، وعلى العموم فالبرغم من أن كلاهما أمر شخصي إلا انه الباعث يدفع النية صوب الغاية المحددة و الهدف المراد تحقيقه، فالباعث هو الغرض البعيد الغير مباشر الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد.<sup>3</sup>

لكنه في القانون قد يختلفان بأن يصبح الباعث مشروعاً لكن النية ليست حسنة، مثال ذلك التاجر الذي يروج لبضاعته من خلال إعلان كاذب ، فترويج البضاعة هنا هو باعث

<sup>1</sup> فاطمة نساخ ، أخلاق العلاقة العقدية ، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، عدد 4 ، حجم 52 ، ص 302.

<sup>2</sup> عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية أثره في التصرفات في الفقه الاسلامي و القانون المدني دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004، ص28.

<sup>3</sup> شيراز عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود ، دراسة في ضوء القوانين الداخلية و الاتفاقات الدولية، الطبعة الأولى ، دار دجاة، عمان، لسنة ، 2008 ، ص213.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

مشروع لكن نيته غير حسنة أي نية سيئة و هي تضليل في إخفاء حقيقة البضاعة المعلن عنها ، و المتعاقد الثاني يكون صادقا مع الطرف المقابل فيكشف له عن عيوب الظاهرة و الخفية للشيء المبيع ، لكن يرمي وراء تعاقد ارتكاب جريمة بحق شخص اخر، ففي هذه الحالة هناك نية حسنة تجاه المتعاقد الذي يتعامل معه ، لكن الباعث إلى التعاقد غير مشروع مخالف للنظام العام و الآداب العامة، فيعد العقد باطلا.

### ثانيا: تعريف مبدأ حسن النية:

المشعر الجزائري لم يعرف حسن النية، كما لم تعرفها جل التشريعات العربية ، و إنما تركت هذه المهمة للأراء الفقهية، هذه الأخيرة تعددت و تناقضت في تعريف هذا المبدأ ،على إعتبار أن مبدأ حسن النية هو مبدأ اخلاقي فلسفي يصعب حصره و تحديده ، يستند على أساس أدبي و ينطوي على استقامة تفرض القيام بموجب الآداب والعدالة.<sup>1</sup>

فعرف على أنه "ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة وتوخي القصد والاعتدال في تنفيذ العقد حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وجالا على العاقد الآخر"<sup>2</sup>، و عرف أيضا على أنه "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشأ من أجلها والتزم بها كل طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة"<sup>3</sup>، عرف أيضا بأنه "الاستقامة و النزاهة و إنتقاء الغش أو الإخلاص في تنفيذ ما إلتزم به الشخص"<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> مارغريت نقولا انطوان ماروديس، مرجع سابق، ص 116.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ايريني للطباعة مطبعة السلام، توزيع دار الكتاب الحديث، الطبعة الرابعة، مصر، 1987، ص 509.

<sup>3</sup> مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 123.

<sup>4</sup> عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود ، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص 03.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

وبذلك فإن مبدأ حسن النية يتوافر عند وجود إرادة مصممة على تنفيذ الإلتزام ببذل الجهد.

و هذا المبدأ يقيد المدين في تنفيذ الإلتزام ، كما أنه يقيد الدائن في مطالبته بتنفيذ الإلتزام فلا يمكن إطلاقا تنفيذ أي عقد مهما كان نوعه أو طبيعته من دون الاستغناء عن مبدأ حسن النية ، فمبدأ حسن النية ما هو إلا ضبط للسلوك الذي يجب أن يكون عليه المتعاقدان ، ففوق مبدأ حسن النية يستبعد كل سلوك سلبي مضر بمصلحة الطرف الآخر ، فيستدعي إبعاد كل نية سيئة أو تعسف بغرض تحقيق مصلحة ضيقة<sup>1</sup>.

فبمقضى مبدأ حسن النية على المتعاقد أن يختار في تنفيذ العقد الطريقة التي تفرضها الأمانة والنزاهة في التعامل فالمقاول الذي يلتزم بتزويد دار معينة بالطاقة الكهربائية ، فهو ملزم بالاضافة الى شروط العقد ، بايصال الأسلاك الكهربائية من أقصر طريق ممكن ، و أن الناقل ملزم بنقل البضاعة عن الطريق الأصلح بالنسبة إلى صاحبها ، و البائع يجب عليه اضافة إلى تنفيذ إلتزامه بنقل الملكية ألا يعيق هذا الإنتقال بجعله مستحيلا أو عسيرا ، كما هو الحال بالنسبة لصاحب سيارة الأجرة بأن يسلك أقرب الطريق ليوصل الراكب إلى مكان الوصول<sup>2</sup>.

وقد أخذ القضاء الجزائري بمبدأ حسن النية في العقود حيث نجد أن هناك قرار المحكمة العليا رقم 28121 ، الصادر بتاريخ 1983/03/21، و الذي يخص حسن النية في عقد العارية جاء في أنه:<sup>3</sup> " إذا كان المطعون ضده اعترف أن الطاعن أعاره السكن المتنازع عليه لمدة 13 شهرا ، فإن القرار الذي اعتبر ان المطعون ضده شاغلا عن حسن نية دون تبرير مصدر حسن نيته يكون قد تناقض في تعليقه و لم يوفق بين المبدأ القانوني المذكور بين ما قضى به من مقتضيات، ان الشخص الذي يجعل تحت تصرفه السكن على وجه الإعارة و

<sup>1</sup> نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر، 2013، ص 247.

<sup>2</sup> محمد جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري ، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1976، ص317.

<sup>3</sup> قرار منشور بالمجلة القضائية لسنة 1989، العدد1 ، ص174.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

الاحسان ثم يسعى ليصبح مستفيدا بدل من أحسن إليه لا يمكن بأي وجه إعتباره ذا حسن النية".

لقد نص المشرع الجزائري مبدأ حسن النية بموجب المادة 107 يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية " في مرحلة تنفيذ العقد ، وهنا يطرح السؤال هل يعني أن المشرع قصره في فترة تنفيذ العقد دون مرحلة إبرام العقد؟ والجواب الذي يمكن أن نصرح به أنه لا يمكن أن نبقي مقيدين بحرفية النص ، والدليل على ذلك أن المشرع كرس مفهوم مبدأ حسن النية ، فنجد إشارة له حتى في مرحلة إبرام العقد وذلك لما رفض مثلا التذليل المنصوص عليه في المادة 86 من القانون المدني و الإكراه المنصوص عليه في المادة 88 من نفس القانون وكذلك عند التطرق إلى ركن السبب لما اشترط المشروعية في المادة 97 من نفس القانون<sup>1</sup> وغيرها من أحكام نجدها تجسيدا لمبدأ حسن النية هذا المفهوم الأخلاقي ، من هنا لا يمكن أن ننكر تفعيل هذا المبدأ على المراحل الأخرى للعقد لا سيما في مرحلة إبرام العقد<sup>2</sup> .

### ثالثا: خصائص مبدأ حسن النية:

من خلال التعريفات التي عددناها سابقا يمكننا أن نلخص خصائص مبدأ حسن النية فيما يلي:

أ. النية الحسنة مفترضة لدى الانسان وسوء النية استثناء ، وعلى من يدعي أن المتعاقد معه سيء النية أن يثبت سوء النية بكافة وسائل الاثبات ، وفقا للقاعدة الشرعية "البينة على من ادعى".

ب. مبدأ حسن النية ينطبق على جميع العقود، فلا يجوز تطبيق هذا المبدأ على نوع معين عقود دون العقود الأخرى كما أنه متعلق بالعقد في جميع مراحلها منذ انشاءه و انعقاده و

<sup>1</sup> تنص المادة 97 من قانون المدني التي تنص على أنه: " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا".

<sup>2</sup> فاطمة نساخ بولقان، أخلة العلاقة العقدية ، مرجع سابق، ص 302. شيراز عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 213.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

إلى غاية تنفيذه ولم يتم النص على ذلك في القانون صراحة<sup>1</sup>، بل ويجب أن يتم ضبط سلوك المتعاقد حتى أثناء مرحلة المفاوضات ذلك أن مرحلة التفاوض بشأن بعض العقود الحديثة أهم من مرحلة التنفيذ<sup>2</sup>.

ت. يستند القاضي إلى مبدأ حسن النية حتى أثناء عملية تفسير العقد وذلك لتفادي اغتنام فرصة وجود تعبيرات خاطئة استعملت من قبل المتعاقد بحسن نية<sup>3</sup>.

ث. يترتب على عدم الأخذ بمبدأ حسن النية المسؤولية العقدية في جانب المتعاقد المخل بالتزامه ذلك أن إخلال المتعاقد بالتزام تنفيذ العقد بحسن النية يعد خطأ عقدياً ، وذلك على الرغم من عدم النص صراحة على ذلك ضمن أحكام المادة 107 من القانون المدني ، فالتقيد بحرفية هذا النص يدفعنا للقول بعدم جدوى مبدأ حسن النية في غياب جاء يترتب على عدم احترامه<sup>4</sup>.

### رابعاً: مظاهر حسن النية:

يمكن تحديد مظاهر حسن النية في تنفيذ العقد في شكل التزامات عقدية يفرضها القانون على المتعاقدان فتتخذ هذه الالتزامات مظهران ، يتجلى الأول في واجب النزاهة ، و الثاني واجب التعاون وهو ما سيتم التفصيل فيه:

#### أ. واجب النزاهة :

واجب النزاهة هو مظهر من مظاهر حسن النية يعرف كذلك بأنه بالالتزام بالأمانة وكما يعرف بأنه الالتزام بالإخلاص وشرف التعامل، وبواجب الصدق<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> طيبب فايزة، مرجع سابق، ص33.

<sup>2</sup> نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، مرجع سابق، ص 248.

<sup>3</sup> طيبب فايزة ، مرجع سابق، ص 34.

<sup>4</sup> طيبب فايزة ، مرجع سابق، ص 3.

<sup>5</sup> طيبب فايزة ، مرجع سابق ، ص 43.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

واجب النزاهة الذي يقع على كل متعاقد معناه عدم ترك المجال مفتوح للغش والكتمان الذي غرضه غش المتعاقد الآخر هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أنه لا يقع على المتعاقد فقط عدم إضرار المتعاقد الآخر بالسلوكات السلبية بل يقع عليه أن يسعى إلى وجود جو تعاقدى تطفى عليه فكرة التلاحم والتماسك و ذلك تكريسا لمبدأ حسن النية، أي أن حسن النية يقضى أن يتصرف المتعاقد اتجاه المتعاقد معه بإخلاص أي الامتناع عن كل غش وتدليس<sup>1</sup> .  
والتالي يراد بالنزاهة والاخلاص أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل في تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا<sup>2</sup>.

على أنه يختلف التدليس في باب النزاهة عن التدليس الذي يقع أثناء تكوين العقد، والذي يلجأ إليه أحد المتعاقدين لدفع المتعاقد الآخر للتعاقد، و يترتب عليها قابلية العقد للإبطال ، فالتدليس هنا بمعنى الإيذاء أي الإضرار بمصالح الطرف الآخر ولا يترتب عنه البطلان.  
يوجب الالتزام بالنزاهة على المتعاقدين الالتزام بعدم رفض التنفيذ بغير سبب مشروع، أو رفض تنفيذ العقد عينا، أو التأخر في التنفيذ، أو التنفيذ الجزئي<sup>3</sup>.

ويؤخذ عند تقدير مدى نزاهة المتعاقدين في تنفيذ التزاماتهما بمعيار سلوك الرجل العادي كما أشار إلى ذلك المشرع في المواد 495، 544، 592 من القانون المدني<sup>4</sup> .

وهو واجب يقع في ذمة كل من الدائن والمدين ، فبالنسبة للمدين مثلا يجب على سائق سيارة الأجرة أن يلتزم الطريق الأقرب للراكب ولا يلجأ إلى طريق طويل بقصد تحميله أجرة مرتفعة، ونفس الشيء بالنسبة للكهربائي الذي يتعين عليه أن يختار المسار الأنسب لعمل التركيبات حتى لا يحمل العميل أعباء و نفقات كبيرة، أما بالنسبة للدائن، فالأمانة والإخلاص

<sup>1</sup> فاطمة نساخ بولقان ، أخلقة العلاقة العقدية ، مرجع سابق، ص 304.

<sup>2</sup> علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 369.

<sup>3</sup> مارغريت نقولا انطوان ماروديس، المرجع السابق، ص 133.

<sup>4</sup> علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 369.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

يقتضيان أن يمتنع عن الغش أو عن الحيلة التي من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام من قبل المدين مرهقا له أو مستحيلا عليه، أو تحميل المدين نفقات وبمصاريف مالية ضخمة لا تتسجم مع الفائدة المرجوة من العقد، ومثال ذلك تراخي المشتري وتقاغسه عن استلام البضاعة بقصد تكبيد البائع مخاطر نفقات تخزينها وصيانتها<sup>1</sup>.

وتنفيذا لمبدأ حسن النية كذلك يقع لزاما على المتعاقد المهني إخبار وإعلام المشتري بكل ما يتعلق بالشيء المبيع ، وتشديدا من الإخبار والإعلام قد يقع على البائع التزام بالتحذير، فيعتبر هذا الالتزام أكثر شدة من الالتزام بالإخبار والإعلام البسيط ، فلا يقتصر على تقديم أو مجرد معلومات بسيطة وإنما يستوجب التنبيه ولفت النظر إزاء خطر يرتبط بالشيء محل العقد مع بيان وسائل تقادي هذا الخطر<sup>2</sup>.

### ب. واجب التعاون :

واجب التعاون يفترض التعاون المستمر بين طرفي العقد أثناء تنفيذ الإلتزام، كما يعتبر التزما أكثر إيجابية من الإلتزام بالنزاهة ، فيلتزم كل طرف اتجاه الآخر بأن يقدمان العون المستمر أثناء تنفيذ العقد و تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد.

و عليه نتيجة لمبدأ حسن النية ، فإنه يجب أن ينفذ العقد بمستلزماته ، و ليس بما ورد فيه من عبارات فحسب ، و هذا وفقا للقانون و العرف و العدالة ، فحسب النية يستلزم تنفيذ العقد بما تتحقق به مصلحة طرفيه ، و مستلزمات العقد تزيد عن قيمة محل هذا العقد، بل قد تكون ضرورية في تنفيذ العقد مثلما هو الحال بالنسبة لتسليم وثائق السيارة للمشتري ، و هو إلتزام يقع على البائع ، و لو لم يتضمنه عقد البيع، لأنه من مستلزماته، مما يجعلها ملزمة للمتعاقدين ، كما

<sup>1</sup> فايزة طبيب ، المرجع السابق، ص 37-38.

<sup>2</sup> نساخ بولقان فاطمة ، أخلة العلاقة العقدية ، مرجع سابق، ص 305.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

لو اتجهت ارادتهما لأول مرة إليها، لأنه ليس من وسع المتعاقدين الإلمام بكل المسائل الجوهرية و التفصيلية الخاصة بالعقد.<sup>1</sup>

فمبدأ حسن النية يفرض ضمناً أن يتعاون كل متعاقد مع المتعاقد الآخر ، وذلك في سبيل تحقيق المصلحة المرجوة من كليهما ، فواجب التعاون يفرض سلوكات تخدم المصلحة التعاقدية المشتركة ، فيقع على المتعاقد إذن أن يقدم الرعاية والمساعدة للمتعاقد الآخر ، وقد يراد به كذلك ضرورة تسهيل تنفيذ العقد واتخاذ في إطار هذا الهدف كل الاحتياطات التي تملئها المعاملات.<sup>2</sup>

علماً أن مبدأ التعاون لا يتنافى ومبدأ تعارض المصالح في العقود، إذ يرمي الالتزام بالتعاون إلى تحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدين هذا الأخير الذي<sup>3</sup>.

و الجدير بالذكر أن هذا التعاون الذي يجب أن يفرض بين طرفي العقد و الذي تناوله المشرع الجزائري ولكن لم ينص عليه أثناء تكوين العقد، إلا أننا يمكننا استخلاصه من واجب الإفضاء المنصوص عليه في المادة 86 / 2 من قانون المدني كما أنه من بين مظاهر التعاون أن يقع على المؤجر أن يقدم للمستأجر وصولات الإيجار لتسهيل له دفع الإيجار، كذلك يعد عقد الشركة من العقود ما تفرض طبيعتها وضرورة استمرارها أن تقوم على التعاون.

<sup>1</sup> طيب فايزة ، مرجع سابق ، ص 43.

<sup>2</sup> فاطمة نساخ بولقان، أخلة العلاقة العقدية ، مرجع سابق، ص 308.

<sup>3</sup> طيب فايزة، مرجع السابق، ص 41.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

### المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد كاستثناء على القاعدة العامة

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين يتعين تنفيذه وفقا لما اشتمل عليه وما هو من مستلزماته، تحقيقا لما يعرف بالأمن التعاقدى وتكريسا لاستقرار المعاملات. إلا أنه خروجا عن هذا الأصل و للحد من شدة مبدأ القوة الملزمة للعقد ، فقد نصت جل التشريعات الحديثة على جواز تدخل القاضي لتعديل العقد متى اختل توازن العقد، وهي سلطة استثنائية بعدما كانت سلطته تقتصر على سلطة تفسير العقد كأصل عام.

ولعل منح القاضي لهذه السلطة الاستثنائية له لغاية قوية ، وتكريس عدالة العقد، و حماية المتعاقد الضعيف في العقد

وفيما يلي نفضل في مضمون سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء التنفيذ في المطلب الأول فيما نخصص المطلب الثاني لدراسة مبررات تدخل القضاة.

#### المطلب الأول : مضمون سلطة القاضي في تعديل العقد

إن كان المشرع قد أطلق للإرادة سلطتها في التعاقد و في تحديد آثار العقود قيد الأطراف والقاضي باحترام مضمون العقد ومستلزماته، إلا أنه قيدها بإقراره سلطة القاضي في تعديل العقد كاستثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد ، و هذا ما نص الجزائري ضمن المادة 106 من قانون المدني "... أو للأسباب التي يقررها القانون" فيما جاءت حالات تدخل القاضي محددة ومتفرقة في القانون المدني.

و منح للقاضي السلطة الاستثنائية تخرج عن نطاق مهامه العادية التي كانت تقتصر على تطبيق ما اتجهت إليه ارادة المتعاقدين، وتفسيرها في أبعد الحدود، يدفعنا إلى البحث في مميزات سلطة القاضي التعديلية وفي ظوابط تدخل القاضي لتعديل العقد.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

### الفرع الأول: تعريف سلطة التعديل:

يخول المشرع القاضي صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد فالقاضي يستطيع أن يغير ويحد من أثر الإرادة الفعلية للأفراد، فقد يوسع من مضمون العقد، ليضيف إليه التزاما لم يفكر فيه الطرفان، كأن يفرضه على أحد المتعاقدين التزاما بضمان سلامة المتعاقد الآخر، خصوصاً في عقد النقل، فأصبح الناقل ملزماً حتى دون اتفاق مسبق بضمان سلامة المسافر، وقد ينتقص مما اتفق عليه العاقدان، كأن ينقص القاضي من الشرط الجزائي<sup>1</sup>.

يقصد بالتعديل هو " إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره ، أو بند من بنوده، إما بإلغاء أو الإضافة أو غير ذلك بحيث لا يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إلغاء العقد أو نقضه" أو هو بمعنى آخر إعادة النظر في البنود التي تضمنها العقد و القيام بإنقاص منها أو الزيادة عليها ، و ينصب التعديل على كم الإلتزام أو كيفية تنفيذه، أو إلغاء بند من بنود العقد أو شرط من شروطه ، كما ينصب على عنصر الزمن في العقد بالزيادة فيه أو إنقاصه أو وقف تنفيذه بصورة مؤقتة إلى غير ذلك من الصور التي قد يظهر فيها هذا التعديل<sup>2</sup> كذلك عرف بأنه "مُكَنَّة يتدخل من خلالها القاضي في العقد في حالات محددة على سبيل الحصر ليعيد التوازن بين أداءات المتعاقدين، برد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول الذي يزول معه الاختلال الفاحش في الأداءات بين المتعاقدين"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> معداوي نجية، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مقال منشور بمجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 4، العدد 2، 2020، ص 61.

<sup>2</sup> عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، معهد العلوم القانونية والإدارية جامعة الجزائر، 1996، ص 8.

<sup>3</sup> أميرة صخري، تعديل القاضي للعقد: تعد على قانون الإرادة أم تكريس لعادلة العقد، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، 2019، ص 768.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

الفرع الثاني: تمييز سلطة القاضي التعديلية عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها:

أولاً: تمييز سلطة القاضي في تعديل العقد عن تفسير العقد :

يراد بالتفسير تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر القاضي بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك الى صلب العقد والعناصر الخارجة المرتبطة به<sup>1</sup> ، أو هو تبيان ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة.<sup>2</sup>

وبذلك نستنتج أنه إذا كان نظام تعديل العقد يتفق مع نظام تفسير العقد في أن كلا منهما ينصب على عقد صحيح مكتمل الأركان، و أن في كلاهما يتم من قبل القاضي بمناسبة الفصل في منازعة عقدية رفعت إليه، وأن يستطيع القاضي في كل منهما الاستعانة بالظروف المحيطة.

وعلى الرغم من ذلك فإن الاختلاف يبقى قائماً بينهما حيث لا علاقة لسلطة القاضي في التعديل بسلطته في التفسير حيث ذهب الفقه إلى القول أن "القاضي عندما يتخطى إرادة الأطراف ، فإنه يقوم بتطويع العقد، وليس تفسيره"<sup>3</sup>.

تناول المشرع الجزائري عملية تفسير العقد في المواد من 111 و 112 من القانون المدني الجزائري، فبعد أن يتأكد القاضي من وجود أركان العقد وصحة شروطه، يتولى عملية البحث عما خفي من مقصود المتعاقدين، وذلك من خلال تفسير عبارات العقد التي شابها الغموض إلى أن يستخلص النية المشتركة لطرفي العقد، على أنه يجب يتقيد القاضي عند القيام بعملية

<sup>1</sup> أميرة صخري، مرجع سابق، ص 769.

<sup>2</sup> علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ص 307..

<sup>3</sup> سمير تناغو، الالتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى ، 2014، ص 78.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

تفسير العقد بشروط نصت عليها المادة 111 و 112 من القانون المدني<sup>1</sup> فتفسير القاضي للعقد يتطلب البحث عن نية المتعاقدين وإرادتهما، أما تعديل القاضي للعقد فيقتضي تعديل التزامات المتعاقدين ورفع الغبن عن المدين لإعادة توازن العقد<sup>2</sup>، وذلك سواء كانت بنود العقد واضحة أم غامضة.

إذ ذهب الدكتور شمس الدين الوكيل إلى القول "القضاة عندما يقومون بتفسير العقد ، لا ينبغي أن يحلو محل الإرادة الصحيحة للأطراف، إرادة أخرى هي إرادتهم" فهذا هو الفرق بين التفسير والتعديل "فالتفسير فيه معنى التحية والاحترام للعقد، بينما التعديل فيه إنكار للعقد"<sup>3</sup>.

ثم أن تفسير العقد و تعديل العقد يختلفان من حيث الغاية و الهدف ، حيث أن تعديل العقد يستهدف تحقيق التوازن العقدي بين الإلتزامات المتقابلة في العلاقة العقدية و منع الإضرار بأي طرف من أطراف العلاقة العقدية تحقيقا للعدالة، في حين يستهدف تفسير العقد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين و كشف كل ما يشوب أو يطرأ على العقد من غموض و إبهام<sup>4</sup> .

كما أن القاضي في نظام التفسير يستند إلى إرادة المتعاقدين لأن الهدف من ذلك دائما البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين دون الحاجة إلى نص صريح يقرر سلطة التفسير ، في حين أن التعديل يكون خارج إرادة المتعاقدين و رغما عنهما لأن أساس التعديل هو مقتضيات العدالة التي هي مقصد المشرع من منح السلطة التقديرية للقاضي في مجال العقد.

<sup>1</sup> فإذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كانت عبارات العقد غامضة يقوم القاضي بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، كما يمكن للقاضي الاستعانة بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات، أما فيما يتعلق بتفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان فتأويلها لا يجب أن يُضّر بمصلحة الطرف المدعّن.

<sup>2</sup> أميرة صخري، مرجع سابق ، ص 769.

<sup>3</sup> سمير تناغو، الإلتزام القضائي، مرجع سابق، ص 78.

<sup>4</sup> عاطف كامل مسلم الشوابكة ، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، 2018، ص 146.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

عملية التفسير التي يقوم بها القاضي في نظام التفسير تتم بموجب سلطة أصلية منحها له المشرع الجزائري ، في حين أن التعديل يقوم به القاضي بموجب سلطة استثنائية على القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين.

وأخيرا للقاضي سلطة تعديل العقد في مرحلتي التكوين و التنفيذ، بينما سلطة القاضي في تفسير العقد تقتصر على مرحلة تكوين العقد فقط.

### ثانيا: التمييز سلطة القاضي في تعديل العقد وتكميل العقد

من المتعارف عليه قانونا أن العقد ينعقد بمجرد صدور القبول المطابق للايجاب في جميع جزئياته ، إلا أنه في بعض الأحيان قد يتفق المتعاقدان على كافة المسائل الجوهرية و يؤجلان الإتفاق بشأن المسائل الثانوية لوقت لاحق، مثال ذلك الإتفاق بين المؤجر و المستأجر في عقد الإيجار على العين المؤجرة و المدة المتفق عليها ، و يقررا تأجيل الإتفاق بشأن تسديد فاتورة الغاز و الكهرباء، و قد يحدث أن لا يتمكن المتعاقدان من التوصل لإتفاق على تلك المسائل الثانوية .

حينها يأتي دور القاضي بإضافة ما نقص من بنود العقد الثانوية الناقصة إلى العقد مسترشدا بعدة عوامل حددها المشرع المدني ، و هي القواعد القانونية و العرف و القواعد المستمدة من مبادئ العدالة بحسب طبيعة الإلتزام<sup>1</sup> وهذا ما يعرف بتكملة العقد.

تتفق سلطة القاضي في تعديل العقد مع سلطته في تكميل العقد في الجوانب نفسها التي تتفق فيها سلطة التعديل مع سلطة التفسير، مع فارق في نطاق الأثر الذي ينجم عن نظام التفسير ونظام الاستكمال و مدى إتفاق كل منهما في ذلك مع نظام تعديل العقد، فحينما يتفق التعديل مع التفسير في إحداث تغيير جزئي في مضمون العقد ويعتبر أمرا عارضا واستثنائيا نادر الحدوث ، فإن نظام الاستكمال يتفق مع نظام التعديل في هذه الناحية بصورة كبيرة تكاد

<sup>1</sup> سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2008، ص104.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

لا تخرج عنه ، إذ أن نظام الاستكمال يترتب عليه على الدوام تقريبا ، إضافة إلتزامات جديدة إلى العقد لم يكن يتضمنها عند تكوينه ، بإعتبارها من مستلزمات العقد و هذه النتيجة تكاد تنحصر في صورة من صور تعديل العقدي التي قد يستعين بها القاضي وهي التعديل بالإضافة<sup>1</sup>.

غير أن التعديل يختلف عن التكملة، فنجد أن نظام الاستكمال ، يستند فيه القاضي إلى إرادة المتعاقدين الضمنية ، كأساس يقوم عليه، بخلاف التعديل، إذ أن القاضي لا يعو على إرادة المتعاقدين عند إجرائه وإنما يجد أساسه في اعتبارت العدالة ، ومن جهة ثانية ، يمكن القاضي ممارسة سلطته في استكمال العقد من تلقاء نفسه دون أن يتوقف ذلك على طلب من أحد المتعاقدين ، باعتبار أنه يقوم بتحديد نطاق العقد، بينما حق القاضي في تعديل العقد يرتبط كمبدأ عام بطلب ذوي الشأن أو من صاحب المصلحة<sup>2</sup>.

ويختلف كل منهما في الهدف أو الغاية منه فالتعديل يستهدف رفع الظلم عن أحد المتعاقدين نتيجة عقد تم بينه وبين المتعاقد الآخر ، وهذا العقد يتميز بعدم توازنه ، فيتدخل القاضي من خلال سلطته في التعديل للقضاء على هذا الاختلال في الإلتزامات ، بينما يستهدف القاضي من خلال ممارسته سلطة استكمال العقد بيان ما يدخل وما لا يدخل ضمن نطاق العقد<sup>3</sup>.

ومنه يختلف نظام تعديل العقد عن نظام تكملة العقد ، هو أن هذا النظام الأخير وسيلة لمعالجة النقص الذي يشوب مضمون العقد و يتحقق ذلك بإضافة بعض الإلتزامات إلى

<sup>1</sup> عبد الحميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص13. محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية و العلوم الاسلامية ،جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2012، ص84.

<sup>2</sup> عبد الحميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص13.

<sup>3</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 332-333.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

مضمونه الأصلي لتنظيم المسائل التفصيلية التي تركها المتعاقدان ، ليكون تنفيذ العقد متقفا مع مبدأ حسن النية و ما يقتضيه من أمانة في التعاقد، أما تعديل العقد فلا يضيف القاضي الإلتزامات إلى المتعاقدين ، و إنما يتدخل ليغير ما تم الإتفاق عليه<sup>1</sup>.

### ثالثا: التمييز بين سلطة القاضي في تعديل العقد وتصحيح العقد:

يلتقى نظام التعديل مع نظام التصحيح في أن كل منهما يقع على العقد بعد تكوينه، كما أن كلاهما يمس آثار العقد ، فيحدث فيها تغييرا جزئيا عما كات عليه، قبل التعديل أو التصحيح(الانقاص) ، بحيث يختلط النظامان عند هذه النقطة، فالانقاص هو إحدى صور التعديل الذي يقوم به القاضي في العقد<sup>2</sup>.

ورغم الاتفاق يميز التعديل عن التصحيح من حيث يرد انقاص العقد على عقد باطل جزئيا، إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله، في حين أن التعديل يرد على عقد صحيح ولكنه ضالم ، كما يعتبر انقاص العقد استثناء على مبدأ عدم تجزئة العقد ، فإن التعديل هو استثناء على مبدأ عدم الاخلال بالعقد<sup>3</sup>.

كما يختلف نظام التعديل عن نظام الانقاص في الغاية أو الهدف المتوخى منه ، فالتعديل يهدف في مختلف صورته إلى إزالة الاختلال الذي شاب توازن العقد ، تحقيقا للعدالة التعاقدية بينما يستهدف نظام الانقاص تطبيق القانون وتلافي البطلان الكامل للعقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سلام عبد الله الفتلاوي ، إكمال العقد - دراسة مقارنة-، المؤسسة الحديثة للكتاب ، الطبعة الأولى ، لبنان، 2012، ص24-25 . أميرة صخري، مرجع سابق، ص 770.

<sup>2</sup> عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص15.

<sup>3</sup> سمير تناغو، الإلتزام القضائي، مرجع سابق، ص 81.

<sup>4</sup> عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص16.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

يرد الانقاص على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين بينما التعديل موجه بصراحة ضد هذه الإرادة، فالقاضي لا يستطيع الحكم بالبطلان الجزئي دون مراعاة إرادة المتعاقدين<sup>1</sup>.

وبذلك فنظامي تعديل العقد وتصحيحه ليسا نظاما واحدا، فتصحيح العقد يرتبط بنظام البطلان حيث يختل فيه ركن من أركان العقد أو شرط من شروطه مما يهدد العقد بالزوال فيتم تصحيحه والإبقاء عليه، أما نظام تعديل العقد فيشترط لتفعيله اختلال التوازن بين أداءات طرفي العقد بحيث يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا ينتج عنه خسارة فادحة<sup>2</sup>.

رابعا: تمييز تعديل العقد عن تكييف العقد:

يعد التكييف جوهر العمل القضائي، و ضرورة من ضرورياته، فالتكييف بشكل عام مسألة تتأثر دائما عند تطبيق أي قاعدة قانونية، و هو الطريق الصحيح الذي يسلكه القاضي للتوصل إلى التطبيق السليم للقاعدة القانونية.

فالتكييف هو الانشغال اليومي للقاضي الذي يتعين عليه تحديد القواعد القانونية التي تحكم كل حالة واقعية معينة، ومنه فالتكييف هو الوسيلة و السبيل الذي يعتمد عليه رجل القانون للنهوض بميامه، أما تكييف العقد فهو العممية الذهنية التي تستهدف ربطه بالوصف القانوني الذي ينسب إليه بغية إعمال أحكامه القانونية الصحيحة، و بناءا عليه فالمقصود من عملية تكييف العقد هو إعطائه الوصف القانوني الصحيح وتصنيفه ضمن نوع معين من العقود بمعنى هل هو عقد بيع أو إيجار أو هبة أو مقاوله مثلا<sup>3</sup>.

يتفق نظام التعديل ونظام التكييف في أن كل من النظامين يعتبران مسألة قانونية من اختصاص القاضي.

<sup>1</sup> سميح تناغو، الالتزام القضائي، مرجع سابق، ص 82.

<sup>2</sup> أميرة صخري، مرجع سابق، ص 770.

<sup>3</sup> جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا عليه، مجلة قانون العمل والتشغيل، مخبر قانون العمل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، العدد الخامس، 2018، ص 419.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

وأن كلاهما قد يرتبان حقوق و إلتزامات أو ينقصانها على ذمة الطرفان بعد تعديل أو التكييف.

كما أن كلا من النظامين قد يكون إتفاقي أو قضائي ، مع احتمالية أن لا يكون التكييف أو التفسير إتفاقيا إلا في حالات نادرة .

ومع ذلك فإنهما يختلفان في كون تعديل العقد قد يكون في غالب الأحيان بإرادة الطرفين(التعديل الاتفاقي)، في حين أن تكييف العقد في غالب الأمر يكون أمام القضاء في حالات شاذة ، و منه فهو لا يخضع لإرادة الطرفين إلا في حالات ضئيلة.

تعديل العقد في مجمله يؤدي إلى خلق إلتزامات من العدم بينما في أصلها لم تكن موجودة، غير أنه تكييف العقد يعيد إكتشاف إلتزامات كانت في الأصل موجودة إلا أنها لم تكن مفهومة.

تعديل العقد يتدخل القاضي لتعديله من أجل إعادة التوازن العقدي في حين أن تكييف العقد هو الفصل في عنصر غير واضح ، و ذلك ليس لإعادة التوازن العقدي إنما لمعرفة طبيعته القانونية.

تعديل العقد يقصد به تغيير يطرأ على شروطه أو أركانه ،ما تكييف العقد يعد وسيلة لمعرفة طبيعة العقد و القواعد القانونية التي تطبق عليه، فهو إعطاء العقد وصفه القانوني .

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

### المطلب الثاني: مبررات تدخل القضاة

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين تحقيقاً لمبدأ الأمن والتعاقد واستقرار المعاملات غير أن الظروف التي ينشأ فيها العقد قد تكون تتغير عن ظروف تنفيذه فيختل التوازن العقدي ونتيجة لذلك خرج المشرع عن هذا الأصل وأجاز تعديل العقد متى دعت إلى ذلك أسباب قانونية وقد يبرر هذا التعديل ضرورة تحقيق العدالة العقدية، وقد يكون التعديل بغرض تحقيق ديمومة العلاقة العقدية أو كآلية لحماية الطرف الضعيف في العقد .

### الفرع الأول: تعديل العقد هو آلية لتحقيق العدالة العقدية .

إذا كان من بين الأسس التي بني عليها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أساس أخلاقي يقضي باحترام التعهدات حتى ولو كانت لا تحقق نفعاً للملتزم، فإن العدالة تقضي بعدم أخذ حقوق الغير بدون وجه حق. فمبادئ الأخلاق و العدالة هي التي يجب أن تصاحب العقود في جميع مراحلها فإذا ما تزعزعت الالتزامات المتقابلة وأصبحت غير متساوية وجب بالضرورة تعديل العقد حتى يساير المجرى الطبيعي المقصود من الاتفاق<sup>1</sup>.

تعتبر العدالة هي المقصد الأول للمشرع لتقرير السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في مجال العقد ، فأساس تدخل القاضي لتعديل العقد هو تحقيق العدالة التعاقدية بين المتعاقدين وأصبحت العدالة التعاقدية تتفوق على الإرادة في آثار العقد<sup>2</sup>.

وبذلك لا يمكن للأطراف التمسك بحرفية العقد في حالة تعرضه لتغيرات اقتصادية واجتماعية وسياسية، لأنه يشكل إجحافاً بالغا وظلماً فادحاً بأحد المتعاقدين، مما يظطر إلى

<sup>1</sup> عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص127.

<sup>2</sup> منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية دراسة مقارنة، نشر المقال بمجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 26، العدد 3، ص6.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

تدخل القاضي لتعديل العقد بناء على قواعد قانونية مرخصة من قبل المشرع بغية رفع الظلم عن أحد المتعاقدين ، فوجب على المشرع وبهدف العقدية أن يمنح القاضي سلطة إعادة توازن الالتزامات المختلفة<sup>1</sup>.

فالعادلة على الرغم من أنها فلسفية إلا أنها ترتبط إرتباطا وثيقا بالقانون ، فهذا الاخير يسعى لتحقيق العدالة و من خلال القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التعاقدية بين الأفراد في جميع مجالات الحياة فمن جهة ترتبط بالقانون و من جهة أخرى تعتبر قيمة أخلاقية إنسانية يسعى لها الفرد جاهدا ، فمنذ القدم كانت العدالة محل جدل فلسفي قانوني ، حيث أسقطت على جميع المعاملات وصولا إلى العقد لتكون عدالة العقد محل جدل بدورها، فالعدالة من منورها الفلسفي القانوني لها عدة معاني ، فمن أهم الفلاسفة الذين تناولوا فكرة العدالة بالتحليل و التنظير نجد الفيلسوف اليوناني أرسطو طاليس ميز بين عدالة التوزيع و عدالة التصحيح ، فالأولى تتجلى على توزيع مظاهر الشرف و الملكية أما النوع الثاني فالعدالة تطبق على التعاملات ذات طبيعة خاصة<sup>2</sup>.

فنتقضي العدالة العقدية التوازن والتناسب في حقوق و إلتزامات طرفي العقد بقدر ما يعطي بقدر ما يأخذ ، فتعرف العدالة العقدية أنها "اشتراط تحقق منفعة مالية للمتعاقد من خلال تحقق توازن اقتصادي بين آداءات الطرفين" فكل فرد يقدم على إبرام عقد ما بغية تحقيق منافع معينة، مثل الثمن بالنسبة للبائع و الشيء المبيع للمشتري في عقد البيع ، والأجرة بالنسبة للمؤجر واستغلال العين المؤجرة في عقد الإيجار و غيرها ، و في الوقت نفسه يحرص الفرد على تحقيق التناسب بين ما يقدمه و ما يأخذه ، فتحقيق المنفعة العقدية و التناسب يعتبران هما عنصرا العدالة العقدية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2002، ص 89.

<sup>2</sup> أميرة صخري، مرجع سابق، ص764.

<sup>3</sup> أميرة صخري، المرجع السابق، ص766.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

وبما أن العقد ما هو إلا وسيلة لتحقيق العدالة فليس من العدل ابطاله، أو فسخه لأنه لو أراد المشرع ذلك لأعطى حق الفسخ للمدين إلا أنه ورغبة منه في الحفاظ على العقد وتوزيع عبئ الظرف الطارئ على كلا المتعاقدين وذلك بقصر حق المطالبة بتعديل العقد دون وانهاؤه<sup>1</sup>.

وبذلك أقر المشرع تدخل القاضي لمنع وقوع الضرر بأحد المتعاقدين ، والعمل على تحقيقي العدل فيما بينهما لأنه ينتج عن عدم المساماة في الالتزامات المتقابلة ضرورة البحث عن التعادل الاقتصادي إذا كانت امكانية إعادة توازنه ممكنة، بما تقتضيه مبادئ العدالة وروح الانصاف واستقرار العلاقات العقدية ، وتنفيذها في أحسن الظروف ، لأن العدالة كمبرر لتدخل القاضي في الحقيقة ، ما إلا رفع للظلم عن أحد المتعاقدين(الطرف المتضرر)، بما يحقق المساواة في الالتزامات المتقابلة حتى وإن لم تكن المساواة حقيقية ومع ذلك تبقى العدالة - رغم ابهامها وغموضها - تمتاز بالمرونة لاعادة التناسب في الالتزامات المتقابلة للأطراف، والمحرك الاساسي لجميع تدخلات القاضي في الميدان التعادي<sup>2</sup>.

**الفرع الثاني: تعديل العقد هو آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد.**

**أولاً: مفهوم الطرف الضعيف:**

ينشأ الضعف التعاقدى من انعدام المساواة الفعلية بين أطراف العقد ويختلف مفهوم الطرف الضعيف باختلاف أسبابه و اختلاف العوامل التي تؤدي إليه، لذلك يمكن أن نستنتج نوعين للضعف في الرابطة العقدية، فقد يكون هذا الضعف مرتبطاً بالشخص المتعاقد وهو ما يتسم بالضعف الذاتي، أي الضعف الذي يعتري المتعاقد ذاته، ويكون ذلك ناتجاً عن عيب في إرادته أو نقص في أهليته أو إصابته بعارض من عوارض الأهلية ، وقد سعت التشريعات إلى حماية المتعاقد من هذا النوع من الضعف في حالات، بحيث يمكنه إبطال العقد الذي قد يكون

<sup>1</sup> خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2002، ص 88.

<sup>2</sup> خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2002، ص 89.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

بطلانا مطلقا وذلك في حالة انعدام أهليته أو مساسه بعارض من العوارض (عوارض الأهلية هي: الجنون، العته) ، كما قد يكون بطلانا نسبيا وهذا في حالة السفه، و الغفلة أو في حالة عيوب الإرادة التي نص عنها المشرع في المواد بين 81 إل 90 من القانون المدني الجزائري وهي: الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال.

لذلك يمكن أن يعرف المتعاقد الضعيف ذاتيا بأنه" هو الشخص الذي يقوم بالتعاقد دون تمييز لتصرفه وقد يكون ذلك ناتجا عن انعدام في أهليته أو تعيب في إرادته<sup>1</sup>". وقد يكون هذا الضعف ناتجا عن ضرورة احتياج التعاقد نظرا لأهمية محل العقد من جهة واحتكاره من الطرف الآخر من جهة أخرى وهو ما يسم بالضعف النسبي، كما قد يكون الضعف ناتجا عن عدم العلم الكافي بالمبيع وهو ما يسمى بالضعف المعرفي.

فالضعف النسبي يحدث عندما يكون المتعاقد كامل الأهلية ولا يشوب رضاه أي عيب، ولكنه مضطر لإبرام العقد ( هو الانضمام للعقد دون إمكانية مناقشته) نظرا لاحتياج محله أو لانعدام خيار مناقشة شروط العقد، ويجد هذا النوع تطبيقاته في عقود الإذعان وعقود العمل، وفي المقابل لهذا أقر المشرع للمتعاقد الضعيف وسائل تحميه من هذا الضعف، كإمكانية تدخل القضاء لحمايته كتعديل العقد مثلا وقد وردت تشريعات تحمي هذا النوع من الضعف كما هو الحال في قانون العمل الذي يحمي بعض الفئات مثل العمال المسنين والمرأة ، وبالتالي يمكن أن نعرف المتعاقد الضعيف نسبيا بأنه" الشخص الذي يتمتع بالإرادة التامة لإبرام عقدا اضطراري لسد احتياجاته مع إمكانية عدم التفاوض سواء كان هذا الضعف دائما أو مدينا<sup>2</sup>".

**أما الضعف المعرفي** يسمى أيضا بالضعف التعاقدية ويتمثل في عدم المساواة بين أطراف العقد من حيث المعرفة والخبرة وذلك يرجد إل جهل أحد الأطراف لمعلومات وبيانات

<sup>1</sup> شرشاري فاطنة، مجاجي منصور، حماية الطرف الضعيف بين المساس بالقواعد العامة وتحقيق العدالة العقدية، مقال

منشور بمجلة دفاتر السياسية والقانون، المجلد 12، العدد 2، 2020، ص 17

<sup>2</sup> شرشاري فاطنة، مجاجي منصور، المرجع السابق، ص 17.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

تتعلق بالعقد ويحوزها المتعاقد الآخر، وهذا الجهل يؤدي إلى التفاوت بين الأطراف في العلم، وقد يؤدي هذا إلى التأثير عن رضا المتعاقد الضعيف، وعدم العلم أو المعرفة قد تكون حول الشيء محل العقد وهو ما نجده جليا في الأشياء المعقدة والحديثة والأشياء الخطرة، لذلك فرض الالتزام بالإعلام على طائفة المحترفين، وذلك لاستقرار المعاملات وعدم تهديد العقود بالإبطال بسبب جهل المتعاقد الآخر بالمعلومات والبيانات، وبالتالي يعتبر الالتزام بالإعلام أحد وسائل حماية الطرف الضعيف وآلية للتوازن العقدي وهذا في حالة الضعف المعرفي، ومنه يمكن أن يعرف الضعف المعرفي بأنه " جهل أحد المتعاقدين بمعلومات تتعلق بمحل العقد أو بالشخص العاقد جهلا مشروعا يؤدي إلى عدم التوازن المعرفي<sup>1</sup> ".

### ثانيا: آثار حماية المتعاقد الضعيف على النظرية العامة للعقد

بطبيعة الحال لقد أدى التوجه التشريعي لحماية الطرف الضعيف إل خرق عدة قواعد في القواعد العامة أهمها مبدأ الرضائية والقوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية أثر العقد، وقد كان لها أثر كبير منها ما هو إيجابي وذلك يخدم صالح الطرف الضعيف ويحقق التوازن العقدي، ومنها ما هو سلبي حيث أثر على القواعد العامة من جهة وأدى إلى إعادة التوازن العقدي من جهة أخرى والذي قد يكون ضحيته المحترف أو المتدخل، وفيما يأتي عرض لهاته الآثار الإيجابية والسلبية.

#### أ. الآثار الإيجابية:

لقد كان التدخل التشريعي لحماية المتعاقد الضعيف أثر إيجابي لصالح المتعاقد الضعيف ويتجل ذلك فيعدة نقاط أهمها:

#### 1. تحقيق المساواة العقدية الواقعية :

بما أنّ مبدأ المساواة المفترض في قواعد القانون المدني والمجسد لمبدأ سلطان انرادة وتشجيع الحرية التعاقدية التي كرسها المشرع الجزائري في القانون المدني لا يحمل أي فائدة

<sup>1</sup> شرشاري فاطنة، مجاجي منصور، المرجع السابق، ص17

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

للمتعاقد الضعيف، ذلك أن القانون المدني مبني على المساواة القانونية بين الأشخا ولا يحمل أي حماية خاصة بالمتعاقد الضعيف لذلك فإن التوجهات التشريعية سعت إلى حماية الطرف الضعيف بسن قوانين خاصة تحمي المتعاقد ذاته وحالته الخاصة. كذلك حاول القضاء تطويع بعض النصوص الموجودة في القانون المدني والتوسع فيها لخدمة الفئة الضعيفة ومثل ذلك تطويد دعوى ضمان العيوب الخفية وذلك بتوسيع معنى العيوب الخفية وافترضه في جانب المحترف وترك المجال لهذا الأخير إثبات العكس، لكن كل هذه الجهود كانت لها آثار إيجابية في تحقيق توازن عقدي بين الأطراف<sup>1</sup>.

### 2. الانتقال من وحدة المجال إلى تفرع وتعدد المجالات :

تمتاز النظرية العامة للعقد بعمومية مجال تطبيقها وتعتبر المرجع الأصلي لكل العقود المتعلقة بالتصرفات القانونية التي تمتاز بالتعميم، لكن ومع ظهور الفئات والأصناف المتعاقدة الخاصة أصبحت العلاقات أكثر تفرعا واستقلالاً عما كانت عليه في السابق، فكل صنف انفرد بقواعده وأحكامه ومجاله وهو ما نجده في قانون الاستهلاك والقانون التجاري وقانون العمل، وهذا دائماً من أجل البحث عن التوازن العقدي، وإرساء حماية كفيلة للفئة الضعيفة<sup>2</sup>.

### 3. الانتقال من الحماية الشاملة إلى الحماية الخاصة :

فالأصل العام أن قواعد القانون المدني لا تقبل إعادة التوازن لكن هذه الفرضية ليست مطلقة فهناك حماية ملموسة للمتعاقد الضعيف في القواعد العامة وإعادة التوازن بينه وبين الطرف الآخر ومثل ذلك حماية رضا المستهلك عبر نظرية عيوب الإرادة وعن طريق الغبن ونظرية الظروف الطارئة وبالتالي فالقواعد العامة تكاد توفر حماية لكافة المتعاقدين بغض النظر عن صفاتهم، فالقواعد العامة توفر الحماية للأطراف مهما كان مركزهم القانوني لكونها قواعد عامة وهو ما دفع بالتشريعات نحو تقصي حماية خاصة لكل فئة في مركز الضعف.

<sup>1</sup> شرشاري فاطنة، مجاجي منصور، المرجع السابق، ص 22.

<sup>2</sup> شرشاري فاطنة، مجاجي منصور، المرجع السابق، ص 22.

### ب. الآثار السلبية:

من أجل توفير حماية فعالة وملموسة للفئة الضعيفة واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك وتحقيق العدالة العقدية إلا أن هذا الأمر أدى إلى المساس بالقانون الأساسي أو القواعد العامة في القانون المدني والذي جعل منها حبرا على ورق، وبالتالي يمكن القول أن هناك آثار سلبية نتجت عن حماية المتعاقد الضعيف وهزت من القانون المدني وسنلخصها كالتالي<sup>1</sup>:

#### 1. تمييز الحماية بين المتعاقدين :

المقصود منها أن الحماية المقررة من خلال المساس بالقواعد العامة هي لصالح الفئة الضعيفة فقط على غرار القواعد العامة التي لا تخص أحد الأطراف بالحماية وبالتالي تعيدنا هاته الحماية إلى إعادة التوازن فالمحترف لا يتمتع بأية ميزة لأن القواعد الخاصة اهتمت بالفئة الضعيفة فقط وبالتالي يعتبر هذا الاجراء تمييزا غير مبرر .  
كذلك الحقوق التي منحت في بعض القوانين للفئة الضعيفة ولا نجدها تخدم كافة الفئات فمثلا الحق في الرجوع منح للمستفيد من القرض فقط.

#### 2. تعارض مبدأ سلطان الإرادة مع معطيات التعامل الحديثة:

تطلبت المعطيات والمعاملات الحديثة ضرورة تدخل الدولة للحدّ من الحرية التعاقدية التي أدت إل انخلال الهاهر بين المتعاقدين وهذا التدخل يتعارض مد مبدأ سلطان انرادة الذي يقدر الحرية التعاقدية ومنه ينتج خرق وتقهقر للإرادة وللقواعد المبنية عل مبدأ سلطان انرادة، ومن أهم صور تدهور مبدأ سلطان الإرادة فرض العقود النموذجية والتي تعتبر الشكلية التي هي قيد من قيود هذا المبدأ، ضف إلى ذلك تولي المشرع تحديد آثار العقود بموجب نصوص قانونية غير قابلة للمخالفة مثل ما هو الحال في عقود العمل، لذلك لم يدم مبدأ سلطان انرادة بمعناه الأصلي، فالتدخل التشريعي أدى إلى إتباع نهام العقد الموجه، كما أدى اهتزاز مبدأ سلطان الإرادة إلى اقرار بأن العقد ليس ضمانا كافيا لتوليد التزامات عادلة فالتغيير والاختلاف

<sup>1</sup> شرشاري فاطنة، مجاجي منصور، المرجع السابق، ص 22

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

ظاهرة طبيعية في أي مجتمع وقد يؤدي هذا التغيير إلى اضطراب وعدم انتظام فلم تعد المتغيرات تسير وفق منحناها الطبيعي بل أصبحت هناك حالات من الانقلاب في الحياة الاجتماعية وذلك بفعل العديد من المؤثرات الثقافية والتكنولوجية والاقتصادية وهو ما انعكس على الحياة.

### 3. التعدي على القوة الملزمة للعقد:

لقد أصبحت تدخلات التشريع في تنظيم العقود أمراً مرناً مما هزّ القوة الملزمة للعقد، وذلك بفسح المجالات في تحديد آثار العقود بموجب نصوص وفسح المجال للقضاء للتدخل فيها، وهو ما يؤدي إلى عدم الجدوى من نصوص القانون المدني، حيث أدى انتشار هذه النصوص الأمرة التي تراجع الشريعة العامة للعقود لصالح التشريعات الخاصة فداخل كل عقد تتعدى الاختلافات تبعاً لطبيعة التصرف أو لصفة المتعاقد، ووصل الأمر ببعض الفقهاء إلى درجة التنبؤ بنهاية العقد، فالعقد سيختفي إذا أخل التوزيع حسب الحاجات والضرورات محل التبادل الاقتصادي.

### ت. نظرة توفيقية بين الآثار السلبية والإيجابية

تعتبر الغاية الحمائية للمتعاقد الضعيف من أهم المتطلبات خاصة مع التطور الاقتصادي والتكنولوجي، هذا الأمر الذي أجبر تدخل التشريعات في فرض حماية قانونية له حتى ولو كانت على حساب النظرية العامة للعقد، كون الفئة الضعيفة لا تحتمل البقاء على الحال دون وجود حلول توقف المتعاقد القوي عند حده، ولعل أهم هذه الحلول معالجة بعض العقود معالجة خاصة عبر قوانين تعتبر متفرعة عن القانون المدني وذلك كله يصب في قالب ما يسمى بالمصلحة العامة، لكن الأخذ بهذه الحلول والقوانين الخاصة يجب أن يكون وفق دائرة ضيقة منحصرة وفق نطاق شخصي محدد ونطاق موضوعي صارم، ومن هنا يصبح الأصل هو القاعدة العامة التي تحافظ على القوة الملزمة للعقد وتمنع المساس بها ويستثنى منها حماية الطرف الضعيف الذي تتوفر فيه الشروط المحددة في دائرة ضيقة ليكون البحث عن الانشغال

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

الجديد ذو هدف حقيقي أي عمومية القواعد العامة ومحدوديتها في مواجهة حصرية ونوعية قواعد الحماية عبر التمرکز البحث في تجاوز كلا المنطقين للوصول إلى حماية شاملة وعامة بقواعد نوعية ومعقولة وبالتالي يمكن القول أن النظرية العامة للعقد وتطويعها لخدمة الطرف الضعيف لا توفر الحماية المنشودة مع التطور الخاص خاصة مع التوجه التشريعي، لكن مع تطور العقود والمعاملات يبتغ تحديد للحماية وهذا ما يجعلنا نتوقع عدم فعالية للنصوص الموجودة في القواعد العامة لكن لو اعتمدنا مرونة النصوص في القواعد العامة وأمددناها بصلاحيات واسعة للقضاء بالتدخل والتفسير الواسع المبني على مبدأ التناسب ليكرس توازن وتعادل الأداءات هذا من جهة ومن جهة أخرى الاهتمام بالتضامن التعاقدية الذي تبنى عليه القواعد القانونية سيتم المحافظة على القواعد العامة مع حماية الطرف الضعيف الذي يجب البحث عن التوازن بينه وبين الطرف القوي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> شرشاري فاطنة، مجاجي منصور، المرجع السابق، ص 23.

### الفصل الثاني: مدى تدخل القاضي أثناء مرحلة تنفيذ العقد

من نتائج القوة الملزمة للعقد التزام المتعاقدين بتنفيذ مضمون العقد بحسن نية وليس لهما ولا للقاضي التدخل في تعديل العقد ولو كان ذلك بدافع تحقيق العدل وهذا هو الأصل ، غير أنه استثناء من هذا الأصل أجاز المشرع للقاضي التدخل لمعالجة اختلال التوازن العقدي أثناء التكوين إذا نشأ العقد مختل التوازن أو أثناء تنفيذ العقد متى نشأ العقد متوازنا واختل التوازن أثناء التنفيذ.

لقد منح المشرع الجزائري للقاضي في مرحلة التنفيذ سلطة التدخل في العلاقات العقدية من خلال الاستثناء الثاني الوارد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تحت عبارة " للأسباب التي يقرها القانون" المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني ،

وإن كان المشرع قد جاء بالاستثناء المتضمن جاوز تعديل العقد ضمن نص المادة 106 من القانون المدني فقد نص على حالات تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد في مواد متفرقة من نفس القانون حيث أجاز تدخل القاضي في تعديل العقد بموجب نص المادة 2/107 فيسمح للقاضي بتعديل العقد الذي تم إبرامه في ظل ظروف عادية إلا أن حوادث طرأت بعد إبرامه وقبل تمام تنفيذه لم يكن من الممكن توقعها بحيث أدت هذه الحوادث إلى جعل تنفيذ الالتزام على الوجه الذي تم التعاقد عليه مرهقا فيما يعرف بنظرية الظروف الطارئة ونص على سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي الذي كان يبذوا للوهلة الأولى أثناء إبرام العقد عادلا، غير أنه أثناء تنفيذ العقد ظهر أن أنه لا يتوافق مع الضرر الحقيقي وذلك بموجب أحكام المادة 183 وما يليها من نفس القانون.

و من هذا المنطلق ارتأينا إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين خصصنا المبحث الأول لدراسة سلطة القاضي في الحد من آثار الظروف الطارئة، فيما تطرقنا في المبحث الثاني تدخل القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي.

### المبحث الأول: سلطة القاضي في الحد من آثار الظروف الطارئة

قد تكون إلتزامات المتعاقدين متوازنة في مرحلة تكوين العقد، إلا أنها قد تختل هذه في مرحلة تنفيذ العقد نتيجة حصول حوادث طارئة استثنائية عامة و غير متوقعة تجعل تنفيذ الإلتزام المدين مرهقا له، أي أن تنفيذ المدين لإلتزامه سوف يلحق به خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في العلاقة العقدية دون أن يبلغ درجة القوة القاهرة التي تجعل الإلتزام مستحيلا.

الواقع أنه كل متعاقد يسعى إلى الإرتباط التعاقدى لأجل تحصيل منافع له مقابل تحصيل أداء الإلتزامات التي تفرض عليه، إلا انه قد يتعرض المتعاقد المدين إلى إحتمال تغير ظروف التعاقد عند تنفيذ العقد عما كان عليه وقت الإبرام ، و ذلك خارج عن إرادة المتعاقدين و كان أثر هذه الظروف يتمثل في جعل تنفيذ الإلتزام من قبله مرهقا له ومما لاشك فيه أنه يؤدي إلى ظهور نزاع بين أطراف العقد، و من هذا المنطلق ظهرت نظرية الظروف الطارئة.

وفيما يلي قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق في الأول منهما إلى شروط تدخل القاضي بسبب الظروف الطارئة فيما خصصنا المطلب الثاني لدراسة وسائل القاضي في الحد من شدة الظروف الطارئة.

### المطلب الأول: شروط تدخل القاضي بسبب الظروف الطارئ

تتلخص فكرة نظرية الظروف الطارئة أن هناك عقود يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال ، ويحصل عند حلول أجل التنفيذ أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا، فيصبح تنفيذ الإلتزام شاقا على المدين ومرهقا له إلى الحد الذي يجعله مهددا بخسارة فادحة، الأمر الذي يجيز للقاضي أن يتدخل ليوزع تبعه الحادث على عاتق الطرفين وبذلك يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ومثال ذلك أن يتعقد شخص بتوريد سلعة، ثم يحصل قبل حلول ميعاد التوريد أن يتقع ثمن هذه السلعة إلى أضعاف ثمنها وقت العقد، وذلك بسبب قيام حرب فجائية أدت إلى تعذر ورودها من الخارج، فيصبح هذا الشخص مهددا

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

بخسارة جسمية تجاوز الحد المألوف في مثل هذه الحالة ، وحينئذ يجوز للقاضي أن يعدل التزام المدين بحيث يقف به عند الحدود المعقولة<sup>1</sup>.

لنظرية الظروف الطارئة ركنان لا بد من توافرها هما :العقد و الظرف الطارئ الغير متوقع و غير مستطاع دفعه، و لقد قيد المشرع نظرية الظروف الطارئة بشروط موضوعية نص عليها في المادة 3/107 من قانون المدني "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي ، و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعده مراعاة لمصلحة الطرفين ان يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

سندرس شروط تدخل القاضي وفقا لما تضمنته المادة 3/107 من قانون المدني لتدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.

### الفرع الأول: شروط متعلقة بالعقد:

أولا: أن يكون الإلتزام التعاقدي متراخي التنفيذ:

لا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا مصدر الإلتزام هو العقد<sup>2</sup> ويشترط أن يكون العقد المتراخي التنفيذ من عقود المعاوضة<sup>3</sup>.

المقصود أن يكون تراخي التنفيذ راجعا إلى طبيعة العقد ، كما هي الحال في عقود المدة، أو بمقتضى الإتفاق كما هي الحال في العقد الفوري الذي يجب أن ينفذ فور انعقاده، ولكن تراخي تنفيذه بسبب قهري لا يد للمدين فيه<sup>4</sup> ، أما إذا كان العقد واجب التنفيذ فورا ولكن تراخي

<sup>11</sup> عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 478.

<sup>2</sup> طيبب فايزة ، مرجع سابق ،ص 349.

<sup>3</sup> محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 36.

<sup>4</sup> عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 479.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

تنفيذه بخطأ من المدين ، فإن النظرية لا تنطبق عليه تطبيقاً للمبدأ القائل أنه " لا يجب ان يستفيد أحد من تقصيره أو إهماله" ، وفي هذه الحالة يتحمل المدين تبعه تقصيره<sup>1</sup>.

يتسع تطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها و تنفيذها مدة زمنية يطرأ خلالها حادث استثنائي عام يجعل من تنفيذ الإلتزام مرهقا.

فنظرية الظروف الطارئة تقتصر على العقود المتراخية التنفيذ، و التي تشمل العقود الزمنية سواء كانت مستمرة كالإيجار و عقد العمل، أم كانت عقود دورية كالتوريد فمثل هذه العقود تتم بطبيعتها في الزمن<sup>2</sup>.

كما تضم العقود المتراخية التنفيذ العقود الفورية إذا ما تم تأجيل تنفيذها لإتفاق الطرفين، فمثل هذه العقود وإن لم يكن بطبيعتها تمتد في الزمن إلا أنه إضافة إلى تنفيذها إلى أجل أو آجال متقاربة من شأنه أن يسمح بحدوث ظروف جديدة طارئة تجعل التنفيذ مرهقا عند حلول الأجل لتنفيذ العقد.

ولا تنطبق النظرية على العقود الاحتمالية حتى ولو حدد ميعاد تنفيذها إلى المستقبل ، لأنها بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لكسب كبير<sup>3</sup>.

كما لا تنصرف هذه النظرية إلى عقود القرض، لأنه عملاً بنص المادة 95 من القانون المدني لا يلتزم المدين في هذه العقود إلا بمقدار عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع هذه النقود أو انخفاضها أي أثر<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2007، ص 152.

<sup>2</sup> محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع نفسه، ص 152.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص970.

<sup>4</sup> العربي بلحاح ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الجزء الأول ، التصرف القانوني العقد والارادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004، ص256.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

ويلاحظ أن شرط التراخي لا يلزم توافره في الالتزامين المتقابلين معا بل يكفي توافره في أحدهما وإن كان الالتزام المقابل قد تم تنفيذه فور صدور العقد<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني: أن يواجه العقد ظروف استثنائية عامة غير متوقعة :**

ليس كل ظرف أو حادث يكون سببا في تطبيق نظرية الظروف الطارئة بل يتعين في هذا الظرف أن يتصف بأوصاف معينة ، وهي أن يكون الظرف استثنائيا بمعنى أنه خارج عن المألوف وأن يكون عاما لا خاصا بالمدين، وان يكون غير متوقع ، اي ليس في وسع المتعاقد توقعه وقت التعاقد.

**أولا: أن يكون الحادث استثنائيا:**

يقصد بالحادث الطارئ " ذلك الحادث الذي يندر حصوله بحيث يبداوا شاذا بحسب المألوف من شؤون الحياة"<sup>2</sup>.

ومن الحوادث الطارئة ما يعتبر استثنائيا بمجرد، وذلك لندرة وقوعه كحرب أو زلزال أو وباء ومنها ما يكثر وقوعه فلا يكون استثنائيا بحيث يؤدي إلى انطباق النظرية إلا إذا بلغ حدا يجاوز المألوف كفيضان عال إلى درجة يندر وقوعها أو ارتفاع في الأسعار إلى حد كبير أو غارة لأسراب هائلة من الجراد تزيد عن القدر المألوف بدرجة كبيرة<sup>3</sup>.

وبذلك لا يقتصر الحادث الاستثنائي على الحوادث الطبيعية و التقلبات الاقتصادية بل قد ينجم عن أية واقعة مادية أخرى كإعلان حرب أو صدور قانون أدى إلى ارتفاع وانخفاض الأسعار<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحميد بن شنيطي ، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 56.

<sup>2</sup> عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع نفسه، ص 57.

<sup>3</sup> عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 484.

<sup>4</sup> عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق ، ص 57.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

ويقع على القاضي بناء على سلطته التقديرية تحديد اللحظة التي تبدأ فيها الحوادث الاستثنائية وتحديد لحظة صدور العقد بالفعل ومتى لا يعتبر أنه قد تم تنفيذه لأنه إذا صدر العقد و نفذ ثم بعدها جد الحادث الطارئ بعد التنفيذ فلا أثر لهذا الحادث وبالتالي لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، أما إذا صدر العقد ثم طرأ الحادث قبل التنفيذ أو أثناء التنفيذ فيكون العقد عرضة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لوجود الحادث الطارئ<sup>1</sup>.

**ثانياً: أن يكون الحادث استثنائي عاماً:**

استوجب المشرع في نص المادة 107 / 03 من قانون المدني الجزائري وقد أراد المشرع بوصف العمومية ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصاً بالمدين وحده ، بل يجب أن يكون عاماً شاملاً لطائفة من الناس كسكان مدينة أو قرية أو طائفة معينة من التجار أو المزارعين في جهة معينة من البلاد.

و تجدر الإشارة إلى أن شرط العمومية عبارته غير واضحة الدلالة ، فعمومية الظرف الطارئ قد تتحدد بمعيار شخصي و ذلك بالنظر إلى الناحية الشخصية ، أي أنه يكون شاملاً لطائفة معينة أي بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف ، و قد تنصرف إلى الناحية الإقليمية فيتحدد معيار الإقليمية بالنظر إلى المساحة الإقليمية المتأثرة بذلك الظرف ، كما أنه قد يندمج المعيارين معاً المعيار الشخصي و المعيار الإقليمي في تحديد شرط العمومية.<sup>2</sup>

ويقع على عاتق القاضي سلطة تقدير مدى العمومية التي يتمتع بها الحادث الاستثنائي، المقصود من ذلك أن القاضي له السلطة التقديرية فإن كان الحادث عاماً يستدعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة أم أنه مجرد ظرف خاصاً بالمتعاقدين وحده وفقاً لظروف الأخير

<sup>1</sup> طيبب فايزة، المرجع السابق، ص 350.

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق، ص 484.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

الشخصية، واعتبار الظرف عاما أو خاصا، هو من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا<sup>1</sup>.

### ثالثا: ألا يكون الحادث الطارئ متوقعا وقت التعاقد:

هذا هو الشرط الجوهرى الذي سميت النظرية باسمه، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر ، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر و يزنها عند إبرام العقد ، فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل عبء تقصيره ، أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده هو الظرف الذي يفوق كل التقدير يمكن أن يتوقعه المتعاقد<sup>2</sup>.

والمقصود بعدم التوقع أي أن يكون المتعاقد المدين ليس بوسعه أن يتوقعه حين التعاقد، وإلا سقط حقه في طلب تعديل الإلتزام استنادا إليه لأنه يكون قد ارتضى الإلتزام بوجود هذا الحادث، غير أن توقع الحادث أو غير توقعه من الأمور الباطنية التي تختلف من شخص إلى آخر ، و بالتالي يصعب تحديده بوجه دقيق و بذلك يؤخذ بالمعيار الموضوعي<sup>3</sup>.

وفضلا عن هذا الشرط ، يجب ألا يكون في استطاعة المدين أن يدفع هذا الحادث عن نفسه ، فلو أن فيضانا عاليا بدرجة غير عادية كان في وسع المدين أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، ولكنه لم يفعل ، فلا يحق له أن يستفيد من حكم النظرية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> طيبب فايذة، مرجع سابق ، ص 355.

<sup>2</sup> نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2004، ص 289.

<sup>3</sup> العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 257.

<sup>4</sup> عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق، ص 485. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 306.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

الفرع الثالث: أن تجعل هذه الظروف تنفيذ العقد مرهقا للمدين

يعتبر شرط الارهاق من أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، فمهما توافرت الشروط السابقة فإنها تكون عديمة الجدوى إذا لم ينتج عنها إرهاب في تنفيذ العقد<sup>1</sup>.

وجود الإرهاب على أحد المتعاقدين سبب كافي لتقرير الحماية له، و يعتبر هذا الوضع تجسيدا لوجود عدم التعادل في الإلتزامات أحد المتعاقدين و حقوقه الناشئة عن العقد<sup>2</sup>.

شرط الارهاق يميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة ، فكلاهما هو أمر غير متوقع الحدوث عند التعاقد ولا يمكن دفعه ، إلا أنهما يختلفان من حيث أن القانون اشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاما ، و يترتب عليه تعديل العقد، و رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، في حين أنه قد تكون القوة القاهرة حادثا فرديا أو عاما و تؤدي بالضرورة إلى استحالة التنفيذ وبالنتيجة انقضاء الإلتزام طبقا للمادة 127 من القانون المدني، بينما النظرية الأولى تؤدي إلى إرهاب المدين الملتزم في التنفيذ دون أن تبلغ به حد الاستحالة وبالتالي تهدده بخسارة فادحة وبالنتيجة امكانية تعديل العقد طبقا لنص المادة 107 من القانون المدني<sup>3</sup>.

المقصود بالإرهاب هو " وصف يلحق بالإلتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لإلتزامه مهددا إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الإلتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد"<sup>4</sup> ، أي أن يكون من شأن

<sup>1</sup> بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر، 1983، ص121. نسير رفيق، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص 519.

<sup>2</sup> نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص169.

<sup>3</sup> اقصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الإلتزام التعاقدية، مقال منشور بالمجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة أحمد دراية ، ادار ، الجزائر، المجلد 02، العدد 02، 2018، ص 133.

<sup>4</sup> محمد محي الدين ابراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 282.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

الظرف الطارئ الذي وقع أن يجعل تنفيذ الإلتزام بالغ الإرهاق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة خارجة عن الحد المألوف ، و إذا لزم أن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يجعل الإلتزام مرهقا في التنفيذ للمدين ، فإنه يتعين على تطبيق نظرية الظروف الطارئة التوقف عن هذا الحد فإن تعده ووصل إلى جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا ولو في جزء منه ، فإنه لا يكون سببا في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، و إنما يقوم مقام نظرية أخرى وهي تطبيق نظرية القوة القاهرة التي من شأن تطبيقها أنه ينقضي الإلتزام كليا و يصبح تنفيذه مستحيلا، في حين أن أثر نظرية الظروف الطارئة يقتصر على تخفيف من عبء الإلتزام المرهق على المدين فحسب ، وذلك برد الإلتزام المرهق إلى حد معقول.

ولم يحدد المشرع مقدار الخسارة حسابيا ، بل إكتفى بوصفها بالخسارة الفادحة، أي الخسارة الغير المألوفة، مما يستدعي تدخل القاضي لتقدير مدى فداحة الخسارة ، فهو في هذا المجال يتمتع بالسلطة التقديرية الواسعة.<sup>1</sup>

يتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبيرا بين قيمة الإلتزام المحدد في العقد ، وقيمة العقد الفعلية عند تنفيذ ولو كان المدين يملك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء.<sup>2</sup>

فالإرهاق فكرة موضوعية بمعنى أن الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة في التعامل يقدر بمعيار موضوعي، فينظر إلى الأداء بحد ذاته بغض النظر عن الظروف الاقتصادية الخاصة بالمدين<sup>3</sup> ، و حساب الخسارة يقتصر على الصنف المبرمة التي أصبحت مرهقة ، ولا ينتفي الإرهاق حتى و لو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصنف التي أصبحت مرهقة في ذاتها و على ذلك فإذا التزم التاجر بتوريد قمح و خزن منه كمية كبيرة

<sup>1</sup> علي فيلالي ، النظرية العامة للعقد ، مرجع سابق، ص 377. حامق ذهيبية، المقاربات بين القانون المدني والشريعة الاسلامية، أحكام نظرية الظروف الطارئة مثلا، مقال منشور بمجلة حويات جامعة الجزائر، مجلد 27، العدد الأول، ص 99.

<sup>2</sup> بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص122.

<sup>3</sup> سمير عبد السيد تاغو، مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر ، 2009، ص193.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

دون ان تكون هناك صلة بين هذا التخزين و بين إلتزامه بتوريد القمح ثم علا سعر القمح لحادث طارئ أضعاف مضاعفة جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لغلو السعر يكون له هو ولا شأن للدائن به.<sup>1</sup>

و بالنظر إلى الظرف الصحي و الذي شهده العالم في أواخر شهر ديسمبر 2019، في تفشي فيروس كوفيد 19 الطارئ و المعروف بجائحة الكورونا ، والذي ظهر في الأول بمدينة ووهان الصينية ، و الذي أربع العالم لانتشاره بسرعة عبر كل أنحاء العالم خاصة في ظل إنعدام اللقاح لهذا الفيروس بانتظار اكتشاف مضاد فيروس الكورونا ، خرج الوضع عن السيطرة لارتفاع الهائل في حصيلة الاصابات و الوفيات ، مما أدى هذا الوضع ببعض بعض الدول باعلان حالة الطوارئ . و التزمت الجزائر مثل باقي الدول بفرض الحجر الصحي و ضرورة احترام الاجراءات الوقائية الصارمة للحد من تفشي هذا الفيروس ،فمن ناحية التدابير التنظيمية و بالنظر للاحصائيات التي سجلتها الجزائر ،صرح الرئيس عبد المجيد تبون بغلق جميع الحدود و أعلن وقف التنقل و غلق الولايات التي تعتبر بؤرة لانشار الفيروس و منع كل أشكال التجمعات و المظاهرات و اصدار جملة من التعليمات في مختلف القطاعات و التي غيرت من نمط الحياة ، من بينها في إطار تعزيز إجراءات الوقائية و الحماية المتخذة من وزارة التعليم العالي و البحث العلمي الهادفة إلى تفشي فيروس الكورونا أمرت الوزارة بتوقيف المؤقت لتنتقل الأساتذة و الطلبة إلى الخارج وفقا لتعليمية صادرة بتاريخ 15 مارس 2020 التي تضمنت غلق الجامعات و ودراسة عن بعد و العديد من التعليمات ، أما قطاع الشؤون الدينية و الأوقاف صدر بيان يقضي بتعليق صلاة في المساجد و اكتفاء بالأذان و هذا بتاريخ 2020/03/17 وغيرها من التدابير التنظيمية التي شهدتها جل القطاعات .

ناهيك عن صدور تعليمية وزارة العدل بوقف العمل القضائي ، باصدار مذكرات وزارية ترمي لتوقيف سير جلسات محكمة الجنايات و كل الجلسات على مستوى المحاكم و المجالس

<sup>1</sup> طبيب فائزة ، مرجع سابق،ص 370-371.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

باستثناء الجلسات المتعلقة بالمسجونين و التي أصبحت عبارة عن جلسات مغلقة عن طريق تقنية المحاكمة عن بعد متى لزم الامر ذلك و توقيف جلسات المدنية و الادارية ماعدى القضايا الاستعجالية، و مجموعة من اجراءات أخرى لم يشهدها هذا القطاع من قبل ، مما جعلتنا أمام وضع استثنائي غير مألوف، مما يجعلنا نتساءل :هل يعتبر فيروس كوفيد 19 الطارئ أثناء التنفيذ مبرر كافي لتدخل القاضي لتعديل العقد على أساس نظرية الظروف الطارئة، أم أنه قوة قاهرة تجعل من تنفيذ الإلتزام مستحيلا و تؤدي بالضرورة إلى إنقضائه؟.

المشرع الجزائري لم يعرف النظريتين و ترك ذلك للفقهاء، فالقوة القاهرة أشار اليها في صلب القانون المدني الجزائري كسبب معفى من المسؤولية، مثل المواد 138،127،851،... الخ و كما أشار اليها في ق.أ.م.ا في المادة 322 كاستثناء لسقوط الحق أو سقوط حق الطعن بسبب عدم احترام الآجال المقررة في القانون من أجل ممارسة الحق أو من أجل حق الطعن.<sup>1</sup>

لم يتدخل المشرع الجزائري لوقف المواعيد الإجرائية المنصوص عليها في مختلف القوانين على عكس التشريعات المقارنة مثل المشرع الفرنسي الذي أصدر قانون الطوارئ رقم 2020/290 المؤرخ في 2020/03/23. لمواجهة فيروس الكورونا(كوفيد 19)و الذي تلاه صدور الامر 2020/303، المؤرخ في 2020/03/25 المتضمن تكييف قواعد الاجراءات الجزائرية على أساس قانون الطوارئ<sup>2</sup>.

ولعدم وجود نص قاني خاص في الجزائر يواكب الوضع الصحي العام و يوقف سريان المواعيد الاجرائية، فإن حل الإشكال يكون بتفعيل المادة 322 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، باستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة ، و تفعيل أحكام المادة 322 من الاجراءات المدنية و الإدارية يبقى هو السبيل الوحيد

<sup>1</sup> عبد الرشيد طبي، القوة القاهرة و أثرها على التشريع و القضاء، فيروس كوفيد 19 . نموذج . ، مقال نشر بوزارة العدل في 2020/06/04، ص04.

<sup>2</sup> عبد الرشيد طبي، المرجع السابق، ص06.05.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

للمحافظة على حقوق المتقاضين و إذا كان من السهل إثبات القوة القاهرة من خلال وجود مراسيم الحجر الصحي المذكورة أعلاه ، فإن اجراءات ممارسة هذه الحقوق حسب احكام هذه المادة سيطرخ لا محال عدة اشكالات من الناحية العملية ينبغي على القضاء التكفل بها من خلال الاجتهادات القضائية.<sup>1</sup>

وقياسا على ذلك تأخذ جائحة كورونا حكم القوة القاهرة بالنسبة للمعاملات والعقود المتراخية التنفيذ أو حتى الفورية التنفيذ التي أبرمت قبل الجائحة متى جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا فيما تأخذ حكم نظرية الظروف الطارئة متى كان من شأنها جعل تنفيذ الالتزام مرهقا.

وبناء على ما سبق نقول أنه بتقرير المشرع لنظرية الظروف الطارئة يكون قد راعى مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في هذه الحالة وهو المدين ليكون هناك توازن بين مراكز المتعاقدين وفي هذا قيد على دور الارادة في تنفيذ العقد بما يضمن ويحقق مقتضيات العدالة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عبد الرشيد طبي ، المرجع نفسه، ص08.

<sup>2</sup> خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 86.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

**المطلب الثاني: مضمون سلطة القاضي في الحد من شدة الظروف الطارئ و حدودها**

إذا توافرت الشرط السالفة الذكر فإن نص القانون يجيز للقاضي تبعا للظروف النظر في إعادة التوازن بين التزامات الطرفين ، فيجوز له أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بحيث يتوازن مع التزام الدائن، ويجوز له إذا رأى ان الظروف الطارئة مؤقتة ولن تلبث طويلا حتى تزول أن يأمر بوقف تنفيذ التزام المدين، متى لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن علما أن سلطة القاضي غير مطلقة، و إنما مقيدة بضوابط يتعين مراعاتها تطبيقا لنص المادة 2/107 من القانون المدني.

وللوقوف على حدود سلطة القاضي في حالة الظروف الطارئة قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول فيما نخصص الفرع الثاني لدراسة ضوابط رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول .

### الفرع الأول: رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول

باستقراء نص المادة 3/107 من قانون المدني الجزائري "... جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول" يتبين لنا جليا أن المشرع لم يحدد للقاضي الوسيلة التي من خلالها يرد الإلتزام المرهق إلى حد معقول، بل منح القاضي السلطة الواسعة في اختيار الوسيلة المناسبة لذلك و الأكثر ملائمة في تحقيق الهدف<sup>1</sup>.

يقصد بالإلتزام المرهق الذي وقع فيه أحد المتعاقدين هو تعرضه إلى خسارة فادحة مما يسبب اختلال التوازن الاقتصادي للعقد إختلالا كبيرا، مع العلم أنه لا بد ان يستمر المدين بتنفيذ إلتزامه مع أن التنفيذ مرهق له ، و هذا ما يفسح المجال للقاضي للتدخل من أجل تعديل العقد و ذلك برد الإلتزام المرهق إلى حد معقول.

<sup>1</sup> دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مقال منشور بمجلة القانون، العدد 06، جوان 2016، ص 144.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

عبارة "رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول" وردت في المادة 3/107 من قانون المدني الجزائري باللغة العربية على عكس ذلك استعمل النص باللغة الفرنسية كلمة "reduire" أي "إنقاص" ، هذا الإختلاف قد يؤدي بالبعض إلى القول بأن استعمال كلمة الإنقاص الواردة باللغة الفرنسية ، لا تؤدي معنى التعديل بأي حال ، بل تنقص من سلطة القاضي في التعديل ، إذ لم تخول له إلا سلطة ضيقة في التعديل ، تتمثل في إنقاص الإلتزام ، وإذا أخذنا بهذا المعنى فإن الإنقاص قد لا يكون الوسيلة المناسبة لإعادة التوازن العقدي المختل ، و بذلك فهو لا ينطبق على بعض الحالات.<sup>1</sup>

أما كلمة "رد" الواردة في النص القانوني باللغة العربية فتتسجم تماما مع معنى التعديل الذي هو مقصود المشرع من إيراد النص، إذ تمثل ضمانا كبيرة لتحقيق العدالة المتواخاة من سلطة القاضي في هذا المضمار، فكلمة "يرد" تعني إعادة الوضع المختل إلى حالة التوازن التي كان يتسم بها العقد أثناء انعقاده ، بما يمنع الغبن الفاحش و الثراء الفاحش في آن واحد ويحقق التوازن بين مصالح الطرفين المتعاقدين في هذه الظروف الجديدة ، قياسا على ما كانت عليه في ظل الظروف القديمة عند نشر الاتفاق موضوع النزاع.<sup>2</sup>

عدد الفقه والممارسة القضائية ثلاث وسائل لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك بانقاصه ، أو بزيادة التزام الدائن ، أو بوقف تنفيذ العقد إذا توقع وقف زوال الظرف الطارئ لمدة محددة.

<sup>1</sup> عبد الحميد بن شنيطي ، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق ، ص62.

<sup>2</sup> عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع نفسه، ص 62.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

### أ. التعديل بإنقاص الإلتزام المرهق:

ولا يقصد بالإنقاص، الانقاص المادي للإلتزام، وإنما يقصد به تعديله بتخفيف عبئه<sup>1</sup> ، ويعتبر الانقاص العنصر الأكثر شيوعاً<sup>2</sup>.

للقاضي أن يقوم بإنقاص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، بحيث يستبقي القاضي الخسارة المألوفة مع توزيع الخسارة غير المألوفة على الطرفين<sup>3</sup>. أو بمعنى آخر لا يوزع القاضي سوى الزيادة غير المألوفة في عبء الإلتزام<sup>4</sup>.

تعتبر هذه الوسيلة من وسائل القاضي في تعديل الإلتزام المرهق و الإنقاص قد ينصب على ناحية الكم من الإلتزام المرهق كما قد ينصب على ناحية الكيف<sup>5</sup>.

### 1 . الإنقاص من حيث الكم:

قد يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية، ثم يقل المتداول في السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارئ كحرب منعت استيراد السكر ، أو إغلاق بعض مصانع السكر ، أو نحو ذلك فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها فيجوز للقاضي أن يخفض من هذه الكمية للحد المعقول أي الحد الذي يستطيع معه التاجر القيام بتوريده<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 486.

<sup>2</sup> نسير رفيق، مرجع سابق، ص 520.

<sup>3</sup> خليل احمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 113.

<sup>4</sup> عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 486.

<sup>5</sup> بولحية جميلة، مرجع سابق، ص 134 .

<sup>6</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام، الجزء الأول ، دار احياء التراث العربي، لبنان، 1952 ، ص 648.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

ولا تقتصر سلطة القاضي في الانقاص على التقليل من الكمية فحسب ، فله فضلا عن انقاص الكمية إنقاص الثمن الذي يدفعه المدين أو يقسطه أو بنقص فوائده أو ينقصها كلياً<sup>1</sup> ومثال الإنقاص من قيم الأشياء، فإذا حدث ظروف طارئة أدت إلى نزول قيمة السلعة محل الإلتزام في عقد البيع بدرجة كبيرة، فيصبح التزم المشتري بالثمن المتفق عليه -والذي أصبح مرتفقا بعد انخفاض ثمن السلعة في السوق- مرهقا مما يبرر تخفيض هذا الثمن إزالة للارهاق<sup>2</sup>.

### 2. الإنقاص من حيث الكيف:

يثور الجدل عن مدى سلطة القاضي في إنقاص الإلتزام المرهق من حيث الكيف؟

ذهب أغلب الفقه إلى أن إنقاص الإلتزام لا يقف عند الكم فقط ، بل قد ينصب هذا الإنقاص على الإلتزام من حيث الكيف كذلك ، و مثال ذلك كأن يتعهد شخص بتوريد كميات من سلعة معينة ومن صنف معين ، ثم تطرأ أحداث استثنائية تجعل الحصول على هذا الصنف مرهقا، ففي هذه الحالة يستطيع القاضي أن يرخص للمدين في أن يفي بنفسالكمية ولكن من صنف أقل جودة<sup>3</sup>، أو أن يتعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة، و يتم الإتفاق بين الأطراف على أن يلتزم المدين بتسليم الكمية المتفق عليها من السلعة محل التعاقد في مكان يتم تحديده مسبقا، يستلزم من المورد في الأحوال العادية إيصال السلعة إليه مع تحمله نفقات النقل، فيطرأ حادث استثنائي من شأنه أن يجعل تحمل المدين لنفقات النقل مرهقة له و تهدده بخسارة فادحة ، إذا ما تم تنفيذ الإلتزام بتوريد السلعة و إيصالها إلى المكان المتفق عليه ، فيتدخل القاضي بتعديل العقد و يقضي بإنقاص الإلتزام من حيث الكيف، متمثلا في ذلك في

<sup>1</sup> طيبب فايزة، المرجع نفسه، ص 374.

<sup>2</sup> بولحية جميلة، مرجع سابق ، ص 135 .

<sup>3</sup> بولحية جميلة، مرجع سابق، ص136. عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد ، مرجع سابق، ص 64.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

تغيير مكان تسليم السلعة أو إعفائه من النقل إلى المكان المتفق عليه و تسليم السلعة في ميناء الوصول .

فيما ذهب رأي آخر إلى القول بعدم جواز تدخل القاضي لتعديل العقد عن طريق الإنقاص من الإلتزامات المدين من حيث الكيف فإذا كان المشرع منح القاضي سلطة مطلقة في اختيار الوسيلة الأنسب لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، غير أنه لم يسمح له بالتلاعب بمقدرات العقد وتغيير جوهر الإلتزام على عكس ما اتفق عليه الطرفان لأنه مقيد بالضوابط المنصوص عليها ضمن أحكام المادة 3/107 من القانون المدني ومن بينها الموازنة بين مصلحة الطرفين ولا شك أنه ليس من مصلحة الدائن الحصول على صنف أقل من الصنف المتعاقد عليه لأنه نوعية السلعة قد تكون مقصودة لذاتها كما إذا كانت نوعا من الغزل يستعمل في نوع معين من مواد ماكينات النسيج ولا يصلح لغيره أو نوعا معينا من مواد البناء لا بديل له فكيف يمكن إلزام الدائن بقبول هذا الصنف الذي لا يستخدمه، والقول بجواز ذلك يؤدي إلى إنكار روح العلاقة العقدية وتشويه للعقد، والقول بجواز ذلك يضرب عرض الحائط أحكام المادة 276 من قانون المدني و التي تنص على أنه "الشيء المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر على الدائن قبول شيء غيره و لو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى" ومن هذا السياق فإن سلطة القاضي تقف عند حدود رد الإلتزام المرهق إلى حد معقول عن طريق إنقاصه دون المساس بطبيعة الإلتزام ذاته من حيث الكيف<sup>1</sup>.

علما أن القاضي يتمتع بسلطة إنقاص الإلتزام المدين دون أن تصل إلى درجة إعفاء المدين من إلتزامه ، و هذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا حيث قضت في قرار لها صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2007/03/21 ملف رقم :351258 بأنه "يجوز للقاضي

<sup>1</sup> طبيب فائزة ، مرجع سابق، ص 369.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

،إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ،رد الإلتزام المرهق إلى حد معقول ،من دون إعفاء المدين من إلتزامه" <sup>1</sup>.

### ب. التعديل بزيادة الإلتزام المقابل:

للقاضي سلطة إختيار الطريقة التي من شأنها أن تحد من الإرهاق في تنفيذ الإلتزام ، فله أن يزيد في الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق ، وبالتالي على القاضي في هذه الحالة ألا يعفي المدين إلا من الخسارة الفادحة ، والابقاء على الخسارة المألوفة<sup>2</sup>.

ذهب أغلب الفقه إلى القول أن القاضي قد يقدر أن الحل الملائم لرفع الإرهاق عن المدين وإعادة توازن العقد، هو زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق، غير أنه يتعين على القاضي أن يبقي على عاتق المدين ما يعتبر زيادة مألوفة في عبء الإلتزام لأنه كان من الممكن توقعها وقت التعاقد، وبذلك لا يوزع على عاتق المتعاقدان سوى الزيادة غير المألوفة، كما أن القاضي عندما يرفع السعر لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر، بل يخيره بين أن يشتري به أو يفسخ العقد، فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين، إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحوادث الطارئ<sup>3</sup>.

علما أنه طبقا المادة 561 من القانون المدني<sup>4</sup> يقع على القاضي زيادة على التحقق من مدى توافر الشروط العامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة -أن يكون العقد متراخي التنفيذ، وأن

<sup>1</sup> قرار منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007، ص 135.

<sup>2</sup> خليل احمد حسن قداة ، مرجع سابق، ص 113.

<sup>3</sup> طبيب فايزة، مرجع سابق، ص 370.

<sup>4</sup> تنص المادة 561 من القانون المدني " إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة غير متوقعة تجعل الالتزام مرهقا- ، يجب عليه عند زيادة الأجر أن يراعي ألا يزيد حتى يثقل كاهل رب العمل، ولأجل ذلك يبدأ بتحميل المقاول الخسارة المألوفة وما زاد عن ذلك يقسمه بين المقاول ورب العمل منصفة، وإرهاق المقاول لا ينظر فيه إلا للصفقة التي أبرمت في شأنها المقاول، فلو أن خسارته كانت فادحة في هذه الصفقة، ولكنها هينة بالنسبة إلى ثروته الضخمة، أو لو كان في صفقة أخرى حصل على مكسب كبير يعوض عليه الخسارة الفادحة في الصفقة الأولى، لم يعتد بشيء من ذلك، بل وجب أن يقف القاضي عند الخسارة الفادحة التي يتحملها المقاول في الصفقة محل النزاع، ولا ينتفي الإرهاق ولو كان المقاول قد خزن كمية كبيرة من المواد الأولية دون أن يتوقع علو الأسعار، ثم طرأت حوادث استثنائية غير متوقعة جعلت الأسعار ترتفع أضعافا مضاعفة، فيجوز للمقاول أن يحتج بارتفاع الأسعار ويطلب زيادة الأجر أو فسخ العقد، لأن معيار الإرهاق موضوعي وليس شخصي كما سبق لنا بيان ذلك، وبذلك تكون شروط تطبيق النظرية في تطبيقها الخاص بعقد المقاول تتفق مع شروط نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام، غير أن الجزء يختلف في التطبيق الخاص عنه في المبدأ العام، إذ يجوز للقاضي أن يعدل العقد و يحكم بزيادة الأجر، أو أن يحكم بفسخ العقد، وهذا بخلاف النظرية العامة التي لا تمنحه لا سلطة التعديل بالزيادة في الالتزام المقابل، ولا سلطة الفسخ<sup>1</sup>.

---

ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة.

على 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 المقاول، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

<sup>1</sup> طبيب فائزة، مرجع سابق ، ص373-274. مرومية صبرينة، تعديل العقد في المرحلة التنفيذية ودوره في تعزيز مراكز المتعاقدين، مقال منشور بحوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، العدد 01، 2020، ص459.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

و للقاضي أن يجمع بين زيادة الالتزام المقابل وإنقاص الالتزام المرهق فيزيد من التزام الدائن وينقص من التزام المدين<sup>1</sup>.

### ت. وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الظرف الطارئ الاستثنائي:

يلجأ القاضي إلى هذه الوسيلة في حالة ما إذا قدر أن الظرف الطارئ مؤقت و أنه على وشك الزوال كأن تنفذ مواد معينة مؤقتا غير أن تواجهها مرة أخرى أمر متوقع<sup>2</sup> وأن اللجوء إلى وسيلة الانقاص أو الزيادة يؤدي إلى اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد<sup>3</sup> فيأمر بوقف تنفيذ العقد لفترة زمنية محددة أو غير محددة حتى تزول آثار هذا الحادث الطارئ<sup>4</sup>.

ووقف تنفيذ العقد يكون لفترة معينة يحددها القاضي ، ويكون هذا التحديد تقريبا بقدر الامكان أذ ليس في مقدور القاضي أن يتنبأ مقدما بالوقت الذي يزول فيه أثر الظرف الطارئ، لكنه بدراسة الظروف في الوقت الحاضر يستطيع أن يكون فكرة تقريبية عن المستقبل<sup>5</sup>.

مثال ذلك ان يتعهد المقاول بإقامة مبنى و يقوم حادث طارئ يؤدي إلى ارتفاع أسعار مواد البناء ارتفاعا فاحشا ، و يتبين للقاضي من الظروف المحيطة أن الارتفاع على وشك الزوال بسبب اقتراب فتح باب الاسترداد مما يؤدي إلى انخفاض أسعار هذه المواد، فيحكم القاضي بوقف التنفيذ التزام المقاول بتسليم المبنى في المعد المتفق عليه حتى يتمكن المقاول

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 488.

<sup>2</sup> خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 81.

<sup>3</sup> فاضل خديجة، مرجع سابق، ص 93.

<sup>4</sup> عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 66.

<sup>5</sup> بولحية جميلة، مرجع سابق، ص 137.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

من من الوفاء بالتزامه دون تعرضه للإرهاق، و يتعين على القاضي مراعاة عدم إلحاق الضرر الجسيم بصاحب المبنى من قرار وقف تنفيذ العقد<sup>1</sup>.

من خلال المثال نلاحظ أن وقف تنفيذ العقد ماهو إلا إجراء يلجأ اليه القاضي، المقصود منه أجل تنفيذ الإلتزام ووقف التزامات العقد فترة استمرار أثر الظرف الطارئ و بمجرد زوال الأثر تعود الأمور إلى حالتها الطبيعية .

إن الحكم بوقف تنفيذ العقد لا يمس بمضمون العقد سواء من الناحية الموضوعية أو المادية فتظل الإلتزامات فيه طيلة الظرف الطارئ محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت<sup>2</sup>.

كما أن لجوء القاضي لرد الإلتزام المرهق إلى حد معقول من خلال وسيلة وقف تنفيذ العقد مشروط بأن لا يلحق ذلك ضرر بالدائن، ويبقى ذلك حسب سلطة القاضي التقديرية وفقا لمجريات و ظروف الدعوى المعروضة أمامه، كذلك يتعين على القاضي عند تطبيق وسيلة وقف التنفيذ العقد أن يأخذ بعين الإعتبار ظروف المدين و يتأكد من حسن نيته<sup>3</sup>.

وقد يتداخل ويشتبه وقف التنفيذ الذي يحكم به القاضي في نظرية الظروف الطارئة ، بنظرة الميسرة التي نص عليها المشرع في نص المادة 2/281 من قانون المدني<sup>4</sup> ، فيتشابهان من حيث أن كلاهما يتضمن ترحيلا للأجل الأصلي لأداء الإلتزام لأجل لاحق يحدده القاضي، إلا أنهما نظامان مستقلان عن بعضهما لاختلافهما من حيث أن السبب الذي يدعو إلى منح

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام، الجزء الأول ، مرجع سابق، ص558.

<sup>2</sup> فاضل خديجة، مرجع سابق، ص 94.

<sup>3</sup> مارغريت نقولا انطوان ماروديس، مرجع سابق، ص186.

<sup>4</sup> تنص المادة 2/281 من القانون المدني " غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، و مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحو آجال ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة و أن يوقف التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

نظرة المسيرة هو حادث فردي خاص بالمدين وحده أو بأحد أفراد أسرته، بينما الوقف في نظرية الظروف الطارئة يكون لحادث استثنائي عام وليس خاص بالمدين وحده، كما يختلفان من حيث أن المعيار الذي يمنح على ضوءه القاضي نظرة المسيرة هو معيار شخصي يرجع إلى ظروف المدين الخاصة، بينما معيار وقف تنفيذ الالتزام في ظرف الطارئ هو معيار موضوعي لا ينظر فيه إلى ظروف المدين بل إلى الرجل المعتاد في مثل ظروف المدين، كذلك لا يتقيد القاضي بحد أقصى للمهلة التي يمنحها للمدين في ظرف الطارئ بينما يتقيد بفترة محددة وهي عدم تجاوز سنة في نظرة المسيرة<sup>1</sup>.

إذا استمرت الظروف الطارئة التي استدعت وقف تنفيذ العقد طوال المدة المحددة للعقد، حيث لم تبقى جدوى لتنفيذه، عندئذ لا مناص من الحكم بفسخ العقد، لاشك أن الظروف الطارئة في مثل هذا الافتراض تعد قوة قاهرة نظرا لاستحالة التنفيذ، ولا يجوز اعتبارها ظرفا طارئا لاقتصار هذا على حالة الارهاق دون الاستحالة<sup>2</sup>.

ويلاحظ أن سلطة القاضي في تعديل العقد بالانقاص أو الزيادة أو الوقف بمناسبة الظروف الطارئة لا تكون إلا حيث توجد الظروف الطارئة التي أدت إلى تفعيل سلطته، وهذا يعني أنه في حالة زوال أثر الحادث الطارئ قبل انتهاء مدة العقد، تعود إلى العقد قوته الملزمة كاملة كما كانت في الأصل<sup>3</sup>.

### ث. فسخ العقد:

ولكن هل يجوز للقاضي فسخ العقد بدلا من الزيادة أو الانقاص أو وقف تنفيذ الالتزام؟ صحيح أن سلطة القاضي مطلقة في تعديل الالتزام المرهق، ولكن هذه السلطة لا يجوز أن

<sup>1</sup> طيب فائزة، مرجع سابق، ص 377.

<sup>2</sup> طيب فائزة، مرجع سابق، ص 384.

<sup>3</sup> خليل احمد حسن قعادة، مرجع سابق، ص 113.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

تتجاوز حدود تعديل الالتزام ، ففي تعديل الالتزام توزيع عادل للخسارة بين طرفي العقد ، أما الفسخ فسيؤدي إلى أن الدائن هو الذي يتحمل تبعه الحادث الطارئ ، مع أن أساس نظرية الظروف الطارئة تقوم على نوع من التضحية التي يقدمها الطرفان لا على أساس أن يخلي ذمة أحد طرفي العقد من الالتزام<sup>1</sup>. ومع ذلك يجوز للدائن وحده أن يطلب فسخ العقد ، إذا لم يقبل ما طرحه القاضي من حلول لأنه لا يجوز فرض الحل الذي رآه القاضي مادام الدائن يؤثر التخلي عن العقد، والفسخ في هذه الحالة لا يؤثر على المدين لأنه يخلصه من التزام يهدده بخسارة فادحة<sup>2</sup>.

أما المدين فواضح أنه لا يحق له طلب الفسخ ، وإنما يتعين عليه أن يؤدي التزامه وفق التعديل الذي يراه القاضي ، فحقه قاصر على طلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: ضوابط رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

إن سلطة القاضي في التدخل لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إضافة إلى وجوب توافر شروط تطبيق نرية الظروف الطارئة المنوه عنها في المطلب الأول أعلاه، مقيدة بضوابط وقيود كما أن هذه السلطة تعتبر من النظام العام.

### أولاً: مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية:

طبقاً لنص المادة 3/107 من القانون المدني "... أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف..." ، ومنه يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعاً للظروف ، وأن عبارة "تبعاً للظروف" لم تأت عبثاً بل قصد منها المشرع تقييد سلطة القاضي ، والقاضي

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 488.

<sup>2</sup> خليل احمد حسن قداد ، مرجع سابق، ص 113. دالي بشير، مرجع سابق، ص 146.

<sup>3</sup> عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 489.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

مثلا ملزم بالجوء إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد بدلا من الزيادة في الالتزامات المقابلة ، أو الانقاص إذا ما تبين من الظروف أن الحادثة الاستثنائية وقتية وقريبة الزوال<sup>1</sup>.

كما تعبر نظرية الظروف الطارئة عن فكرة العدالة في تنفيذ العقد، إذ ليس من العدل أن ينفذ المتعاقد (المدين) التزامه بما اتفق عليه مع المتعاقد الآخر مع وجود ظروف طرأت بعد إبرام العقد تجعل تنفيذه بالصورة المتفق عليها أمرا مرهقا بالنسبة له<sup>2</sup>.

### ثانيا: مراعاة مصلحة الطرفين:

من المقرر فقها وقضاء أن نظرية الظروف الطارئة لا تعني رفع الارهاق كله عن كاهل المدين واللقاء به على عاتق الدائن، ومن ثم ينبغي على القاضي أن يتوخى الدقة في توزيع العبئ الطارئ بين المتعاقدين وأن يجري موازنة بينهما، فإذا هو اتجه إلى زيادة عبء الدائن ، فلا ينبغي أن يبالغ في هذه الزيادة إلى الحد الذي يزيل كل أثر للإرهاق على عاتق المدين<sup>3</sup>.

### ثالثا: الحد المعقول الذي يصل إليه القاضي:

وهو الحد الذي يحقق العدل ولا يتعارض مع العقد والمنطق، فبقدر الغنم يكون الغرم ، وبقدر الكسب تكون الخسارة ، والحد المعقول المنصوص عليه في المادة 3/107 من القانون المدني يعتبر معيارا مرنا ينظر فيه إلى ظروف كل قضية على حده ، وللقاضي سلطة اسعة في تقديره من خلال بحثه في القضية وموازنة ظروفها ومصلحة طرفي العقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> فاضل خديجة، مرجع سابق، ص103. اقصاصي عبد القادر، مرجع سابق، ص 139.

<sup>2</sup> خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 81.

<sup>3</sup> بولحية جميلة مرجع سابق، ص 138. نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مقال منشور بمجلة البحوث والحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، ص 37.

<sup>4</sup> عبد الحميد بن شنيطي، مرجع سابق، ص61. نورة سعداني، مرجع سابق، ص 37.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

بوجود هذه الضوابط لا يدع مجالاً للتخوف من تدخل القاضي، فهو لا يملك سلطة تقديرية مطلقة، وإنما أجاز له القانون التدخل إذا ما تبين له توافر شروط معينة، وهو في ممارسته لهذه السلطة خاضع لرقابة المحكمة العليا<sup>1</sup>.

### رابعاً: قيد الطلب القضائي

يعتبر مبدأ الطلب القضائي الإطار العام لسلطة القاضي التقديرية فلا يجوز له إذا اقتصر طلب المتعاقد المغبون على انقاص الالتزامات، كما لا يجوز بدل أن ينقص من التزامات المتعاقد المغبون، أن يرفع التزامات الطرف المستغل، حتى ولو كانت من طلبات المدعي المغبون<sup>2</sup>.

إذ لا يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه فهو مقيد في ممارسة سلطته على طلب أحد المتعاقدين، ذلك أن القاعدة العامة تقضي بأنه لا يجوز أن يحكم القاضي بما لم يطلب منه، ولا بأكثر ما طلبه المتخاصمين، وإلا عرضه حكمه للنقض والإبطال، وبذلك يكون متعسفاً في استعمال سلطته.

### خامساً: ارتباط سلطة القاضي بالنظام العام:

جواز تعديل الالتزام المرهق جعله المشرع من النظام العام، إذ جاء في نهاية نص المادة 2/107 من القانون المدني "... ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، وإذا لا يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على استبعاد تطبيق حكم نظرية الظروف الطارئة، وقد أراد المشرع بهذا المنع أن يتفادى تحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف، وبذلك يضمن الأخذ بحكم تمليه قواعد العدالة، وهذا ما يميز أيضاً الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة فضلاً عن

<sup>1</sup> بولحية جميلة، مرجع سابق، ص 139. يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر، العدد 31، الجزء الأول، ص 125.

<sup>2</sup> نورة سعداني، مرجع سابق، ص 31. يوسف بوشاشي، المرجع السابق، ص 125.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

---

الفوارق التي تقدم ذكرها حين فصلنا في شروط تطبيق النظرية ، إذ أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة ، بالرغم من كون الحادث الطارئ أقل خطرا من القوة القاهرة ، فالأول أكثر وقوعا في الحياة العملية من الثانية ، وهذا يجعل المتعاقد القوي يتجه إلى الاحتياط ضد الحادث الطارئ أكثر مما يتجه إلى ذلك ضد القوة القاهرة، إنما يجوز للطرفين أن يتفقا بعد وضوع الحادث الطارئ على ما يخالف حكم النظرية ، فإذا قبل المدين في هذا الوقت أن ينفذ التزامه كاملا بالرغم من وقوع الحادث فقبوله صحيح لأنه حينئذ تنتفي شبهة الضغط عليه<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، 489-490. اقصاصي عبد القادر، المرجع السابق، ص 131.

### المبحث الثاني: تدخل القاضي في مراجعة التعويض الاتفاقي

أجاز المشرع الجزائري بموجب نصوص المواد 184 و185 من القانون المدني للقاضي سلطة تعديل مقدار الشرط الجزائي بالتخفيض في حالة إن قام المدين بتنفيذ جزء من الالتزام الأصلي ، وبالزيادة كاستثناء في حالة تجاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي ، وأثبت الدائن أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما وذلك بهدف تحقيق العدالة والتوازن بين التعويض والضرر اللاحق.

وفيما يلي نتطرق في المطلب الأول لشروط تدخل القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي وفي المطلب الثاني لآثار تدخل القاضي لتعديل التعويض الإتفاقي.

#### المطلب الأول: شروط تدخل القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي:

الأصل أنه إذا تحققت شروط التعويض الاتفاقي فعلى القاضي أن يحكم به دون زيادة أو نقصان ، غير أن المشرع الجزائري قد أعطى القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي بالتخفيض منه أو الزيادة فيه استثناءا ، وقبل أن يمارس القاضي سلطته في التعديل ، يتعين عليه أن يتأكد من تضمن العقد على التعويض الاتفاقي، وفيما يلي نبحت في مفهوم التعويض الاتفاقي وفي شروطه.

#### الفرع الأول: مفهوم التعويض الاتفاقي

أولا: تعريف التعويض الاتفاقي:

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي هو " بند يلحق بالعقد يحدد فيه المتعاقدان مقدار التعويض إذا أخل أحدهما بالالتزام، غما بالامتناع أو الاخير في التنفيذ، أو لتعويض الضرر الناشئ عن التنفيذ المعيب"<sup>1</sup> و يرد به أيضا " أنه الشرط الذي يحدد ضمنه أطراف العقد مبلغ التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزامات التي تضمنها العقد، وتعود لهم الحرية التامة في تحديده لأنه خاضع لتقديرهم المطلق، كما يعود لهم تحديد هذا التعويض في حالة عدم تنفيذ العقد كليا أي البند الجزائي يمثل في هذه الحالة التعويض البدلي"<sup>2</sup>.

وعرفه الفقيه توليه TOLLIER بأنه " ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداءه مبلغ أو شيء كجزء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه" وعرفه الفقيه قيو GUIHO "اتفاق تبقي للاتفاق بمقتضاه يتفق الاطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ"<sup>3</sup>.

وعرفه الشيخ شبير بأنه "اتفاق المتعاقدين في ذات العقد أو في اتفاق لاحق ، وبشرط أن يكون ذلك قبل الاخلال بالالتزام على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخير عنه فيه"<sup>4</sup>.

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة مثلا أن يرد في عقد النقل تحديد مبلغ يدفعه الناقل للراكب في حالة فقد الطرود والأمتعة أو أن يرد في عقد مقاوله اتفاق على أن يلتزم المقاول بدفع مبلغ معين لصاحب العمل يحدد مقدما عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل الذي تعهد به .

<sup>1</sup> فرقاني قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، العدد 02، جوان 2020، ص 1658.

<sup>2</sup> نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، مرجع سابق، ص 180.

<sup>3</sup> داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2011، ص 22.

<sup>4</sup> داودي مخلوف، مرجع سابق، ص 24.

### ثانيا: أهمية التعويض الاتفاقي:

إن الشرط الجزائي كثير الاستعمال في الحياة العملية، لما له من فائدة والتي تتمثل عموما فيما يلي:

#### أ. ضمان تنفيذ الالتزام الوارد بالعقد:

يعتبر التعويض الاتفاقي وسيلة وضمانة تكفل تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فالمتعاقد إذا أدرك مسبقا أنه في حال تخليه عن تنفيذ التزاماته أو تراخيه في ذلك، يكون ملزما بدفع تعويض اتفاقي، حمله ذلك على الوفاء بما التزم به وفي الأجل المحدد للوفاء<sup>1</sup>.

#### ب. إعفاء الدائن من إثبات ركن الضرر:

وفقا للقواعد العامة في التعويض يقع على عاتق الدائن إثبات الضرر الذي لحقه لاستحقاق التعويض، غير أن التعويض الاتفاقي يعتبر استثناء من هذه القاعدة، حيث يكون الضرر مفترضا ويعفى الدائن من إثباته، وبالتالي يستحق التعويض الاتفاقي بمجرد الإخلال بالالتزام التعاقدية<sup>2</sup>، والتالي ينقل الشرط الجزائي عبء إثبات الضرر من الدائن إلى المدين<sup>3</sup>.

#### ت. تجنب المتعاقدين الإجراءات القضائية والطويلة والمعقدة والمصاريف القضائية

#### المكافئة:

<sup>1</sup> هشام إبراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي - الشرط الجزائي - دراسة مقارنة، المصدر القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2011، ص 25.

<sup>2</sup> نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص 16. عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 71.

<sup>3</sup> داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 42.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

إذا تضرر الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين التزامه ، له أن يلجأ إلى القضاء ليطالب بتعويض الضرر الذي أصابه ، وإذا حكم له القاضي بذلك فعلى الدائن أن يستوفي جملة من الإجراءات القانونية التي تكون معقدة في كثير منها ومكلفة (مصاريف الخبرات القضائية، والمعاینات، والترجمة، والدفاع، والاستدعاء...)، للحصول على حكم قابل للتنفيذ، لتبدأ مرحلة أخرى من الإجراءات وهي مرحلة التنفيذ تكون معقدة أكثر من سابقتها، ومكلفة أكثر من حيث مصاريفها<sup>1</sup>.

### ث. المساهمة في تخفيف الضغط والإرهاق على المحاكم:

مثلاً يكون اللجوء إلى التعويض الاتفاقي في مصلحة المتعاقدين بحيث يجنبهما اللجوء إلى القضاء إلا استثناءاً، في حالة طلب تعديل العقد بسبب التعويض الاتفاقي ، حيث لا يمكن الحصول على التعويض بمجرد إتمام العقد بالصيغة التنفيذية في حال كان العقد رسمياً أو الحصول على أمر أداء لتوافر شروطه متى كان العقد عرفياً، وبذلك فوجوده يخفف إلى حد كبير الضغط الكبير والإرهاق على العدالة.

### ج. وسيلة لتعديل أحكام المسؤولية:

إن نظام المسؤولية العقدية ليس مفروضاً على الأطراف بل لهما تعديل أحكامها سواء بتشديدها أو بتخفيفها إعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية، ففي بعض الأحيان يكون الهدف من إدراج التعويض الاتفاقي هو محاولة التخفيف من التعويض الذي يمكن أن يحصل عليه المتضرر من جراء عدم تنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزام التعاقدية - إذا كان التعويض المتفق عليه أقل من قيمة الضرر-، وفي هذه الحالة يتخذ التعويض الاتفاقي شكل الشرط المخفف للمسؤولية أو

<sup>1</sup> نجاري عبد الله، مرجع سابق، ص 16.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

النافي لها، وهو شرط جائز بموجب نص المادة 178 من القانون المدني<sup>1</sup>، أما إذا كان التعويض الاتفاقي مرتفعا أمكن اعتباره وسيلة لتشديد المسؤولية<sup>2</sup>.

### ح. تجنب المتعاقدين المصاريف القضائية:

أصبحت المصاريف القضائية التي يدفعها المتعاقدون في الدعوى القضائية مرتفعة جدا وذلك إذا ما ادخلنا في عين الاعتبار مصاريف رفع الدعوى وأتعاب المحامين والمحضرين القضائيين، وبفضل تضمن العقد شرطا جزائيا كتعويض مسبق لعدم التنفيذ والتأخير يمكن التخفيف على المتعاقدين من هذه المصاريف<sup>3</sup>.

### ثالثا: خصائص التعويض الاتفاقي:

يتميز التعويض الاتفاقي بعدة خصائص أهمها أنه تقدير اتفاقي للتعويض، وأنه التزام تابع للالتزام الأصلي وأنه التزام احتياطي.

### أ. التعويض الاتفاقي: تقدير اتفاقي للتعويض:

أشارت إلى ذلك المادة 183 مدني جزائري بقولها "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق"... فقد ترك المشرع حرية الاتفاق للطرفين في أعمال الشرط الجزائي و حرية تقدير التعويض الذي يريانه و لا يتصور أن يكون للشرط الجزائي مصدرا آخر غير الاتفاق كالقانون مثلا ، فالجزاءات القانونية لا علاقة لها بهذا النظام

<sup>1</sup> تنص المادة 178 من القانون المدني "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة. وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

<sup>2</sup> طيب فائزة، مرجع سابق، ص 394. نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 16.

<sup>3</sup> نجاري عبد الله، مرجع سابق، ص 14.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

القانوني و إن كانت ترمي إلى نفس أهداف الشرط الجزائي وقد يدرج هذا الاتفاق في بند من بنود العقد المتضمن الالتزام الأصلي دون حاجة إلى اشتراط شكل معين لأن القانون لم يقيد الأطراف و كل عبارة تدل على تجاه نية الأطراف إلى إدراج الشرط الجزائي في العقد فهي مقبولة<sup>1</sup>.

كما قد يضمن الشرط الجزائي في اتفاق لاحق على الالتزام الأصلي و هنا في هذه الحالة يشترط اتخاذ الشكل المقرر للالتزام الأصلي باعتبار الاتفاق اللاحق التزاما تابعا فإذا كان الالتزام الأصلي في عقد رسمي و يجب أن يكون الاتفاق اللاحق في الشكل ذاته. والشرط الجزائي ليس هو مصدر التعويض ذلك أن استحقاق التعويض مصدره العقد أو العمل غير المشروع و سببه عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في ذلك<sup>2</sup>.

يترتب عن ذلك أن التعويض الاتفاقي و تقديره يتقيد بما يتقيد به التعويض بوجه عام وبما يتقيد به كافة الاتفاقات و العقود من شروط الصحة و أسباب الانقضاء والبطان، فيجب أن تتحقق شروط استحقاق التعويض من خطأ و ضرر و علاقة سببيه و اعداره، كما لا يجوز الخروج على قيود التعويض المقررة قانونا لاسيما ما يتعلق منها بكيفية و حدود تقدير التعويض فلا يشمل التعويض إلا الضرر الحال الذي وقع فعلا أو الضرر المستقبل المحقق الوقوع أما الضرر المحتمل غير المحقق الوقوع مستقبلا فلا يشمل الشرط الجزائي ، ويجوز علاوة على ذلك أن يشتمل الشرط الجزائي الضرر المتمثل في تفويت الفرصة، ولكي تتحقق الطبيعة القانونية للشرط الجزائي كتقدير اتفاقي للتعويض يجب أن يكون سابقا على الإخلال بالالتزام فالاتفاق اللاحق على تحقق الضرر يعتبر إما صلحا وإما تجديدا للدين . و يخلو من صفة التعويض التي يتميز بها الشرط الجزائي هذه الصفة التي كرسها المشرع الجزائري بصراحة متجاهلا الفكرة العقابية أو الجزائية و ذلك باشتراطه وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> نجاري عبد الله، مرجع سابق، ص 37.

<sup>2</sup> نجاري عبد الله، مرجع سابق، ص 38.

<sup>3</sup> نجاري عبد الله، مرجع سابق، ص 38.

### ثانيا: التعويض الاتفاقي: التزام تابع للالتزام الأصلي

الالتزام الدائن بالأداء المحدد بموجب التعويض الاتفاقي ليس التزاما أصيلا بل هو التزام تابع للالتزام الأصلي لا التزام أصيل<sup>1</sup>، ويترتب على ذلك أن التعويض الاتفاقي لا يكون له وجود بدون الالتزام الأصلي ولا بقاء بعده<sup>2</sup>. وبذلك فالشرط الجزائي لا ينشأ بصفة مستقلة، بل بالتبعية للالتزام الأصلي.

وهذه الخاصية يترتب عليها نتائج كالاتي:

#### - العبرة بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي:

الشرط الجزائي لا ينشأ التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الأصلي بدليل أن المدين لا يتمسك إلا بالالتزام الأصلي لينفذه المدين مادام ممكنا ، وعلى هذا فهو ليس التزام تخييري ، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي، فيطلب تنفيذ أيهما ، بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلي مادام هذا ممكنا، ولأن المدين هو أيضا لا يملك هذا الخيار ، بل هو لا يستطيع إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلي ما أمكنه ذلك، والشرط الجزائي ليس بالتزام بدلي لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا ممكنا ، إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي<sup>3</sup>.

#### - بطلان الالتزام الأصلي يستلزم بطلان الشرط الجزائي دون العكس:

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 860.

<sup>2</sup> نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 49. محمد مرعي صعب، البند الجزائي -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 125.

<sup>3</sup> داودي مخلوف، مرجع سابق، ص 49.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

تعتبر هذه النتيجة من أهم نتائج تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي، وهنا وجب التفريق بين أثر بطلان الالتزام الأصلي على الشرط الجزائي والأثر المعاكس أي أثر بطلان الشرط الجزائي على الالتزام الأصليين فأما أثر بطلان الالتزام الأصلي على الشرط الجزائي ، فالشرط الجزائي ما هو إلا التزام تبعي فمصيره هو مصير الالتزام الأصلي، فإذا كان هذا الأخير باطلا استتبع بطلان الشرط الجزائي ، وأما أثر بطلان الشرط الجزائي على الالتزام الأصلي، فإن بطلان الشرط الجزائي لا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي ، وذلك لأن مصير الأصيل لا يتعلق بمصير التابع ، وإن انعدام التابع لا يفضي إلى انعدام المتبوع<sup>1</sup>.

### ثالثا: التعويض الاتفاقي: طريق احتياطي

لا اعتبار للتعويض الاتفاقي في مواجهة الالتزام الأصلي، فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكنا، كما لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي الوارد بالعقد فالعبرة بالالتزام الأصلي لا بالتعويض الاتفاقي الذي لا يمثل سوى التزاما تبعيا واحتياطيا فقط<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض الاتفاقي

يستلزم لتطبيق الشرط الجزائي توافر الشروط العامة في المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية وقد نصت المادة 183 من القانون المدني على شروط المسؤولية ، وعليه فإن القاضي عمله يبدأ ببحث توافر هذه الشروط قبل التدخل لإجراء التعديل:

### أولا: خطأ عقدي:

إن عنصر توافر الخطأ من جانب المدين هو أول ما يبحثه القاضي، والخطأ في جانب المدين مفترض بمجرد عدم التنفيذ أو التأخر عن التنفيذ ويقع على عاتق المدين إثبات السبب

<sup>1</sup> داودي مخلوف، مرجع سابق، ص 50-51.

<sup>2</sup> طبيب فايزة، مرجع سابق، ص 402.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

الأجنبي لنفي المسؤولية عنه وغالبية الفقه تؤكد ضرورة توافر عنصر الخطأ كأساس للحكم بالشرط الجزائي<sup>1</sup>، فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين فلا يلتزم بالتعويض، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي لأنه تقدير للتعويض الذي لم يستحق<sup>2</sup>.

وينتفي الخطأ بإثبات السبب الأجنبي.

### ثانياً: حصول ضرر في جانب المدين:

لا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن، ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة.

وهو أذى يلحق بالمتضرر نتيجة خطأ ينسب للمدين بوجه عام، سواء كان مادياً أو معنوياً<sup>3</sup>. ونظراً لأهمية الضرر لإعمال الشرط الجزائي فقد خصه المشرع الجزائري بنص المادة 1/184 من القانون المدني "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

وبتحقق الضرر تدفع القيمة المحددة وفق الشرط الجزائي دون أن يثبت أن المدين ارتكب خطأ وكذلك دون أن يثبت أن مدى الضرر الذي حصل له، فالدائن معفى من إثبات الضرر، فالضرر مفترض بوجود الشرط الجزائي وهذا استثناء من القواعد العامة في التعويض، حيث أنه يقع على الدائن إثبات الضرر الذي لحقه لاستحقاق التعويض، بينما يعتبر الشرط الجزائي

<sup>1</sup> عبد الحميد بن شنيطي، مرجع سابق، ص 76.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الإلتزام، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 86.

<sup>3</sup> فرقاني قويدر نور الاسلام، مرجع سابق، ص 1660.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

خروجاً عن هذه القواعد حيث لا يكلف الدائن بإثبات الضرر ويستحق الشرط الجزائي بمجرد الإخلال بالعقد<sup>1</sup>.

### ثالثاً: علاقة السببية:

لا يستحق الشرط الجزائي إلا في حالة قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر، أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي، أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشر ولكنه غير متوقع، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض، فلا محل لإعمال الشرط الجزائي<sup>2</sup>.

والسبب الأجنبي الذي يقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر، هو كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام أو إلى الحق الضرر بالدائن، وهو إما أن يكون حدثاً لا ينسب لأي شخص وهو ما يعرف بالقوة القاهرة، وإما أن يكون صادراً من الدائن ذاته، أو من فعل الغير<sup>3</sup>.

### رابعاً: شرط الإعذار:

المقصود بالإعذار هو وضع المدين في مركز الطرف المتأخر في تنفيذ التزامه، وبذلك فطالما أن الدائن لم يطالب المدين بتنفيذ التزامه لا يعتبر هذا الأخير متأخراً من الناحية القانونية وإن كان متأخراً من الناحية الفعلية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، مرجع سابق، ص 182. عبد الحميد بن شنيطي، مرجع سابق، ص 76.

<sup>2</sup> داودي مخلوف، مرجع سابق، ص 244.

<sup>3</sup> فرقاني قويدر نور الاسلام، مرجع سابق، ص 1661.

<sup>4</sup> داودي مخلوف، مرجع سابق، ص 245.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

لكن المدين يمكنه التنازل عن حقه في التمسك بعدم قيام الدائن بإعذاره، وطالما لم يتمسك به من قبل البدء في الموضوع ، فيسقط حقه تلقائياً ، ولا يجوز له التمسك به أمام جهة الاستئناف لأول مرة<sup>1</sup>.

علما أن هناك حالات يعفى فيها طالب التعويض من الإعذار، بقوة القانون، ويعتبر مجرد حلول أجل الدين إشعارا كافيا للمدين بوجوب تنفيذ التزامه، وإلا كان مسؤولا عن التعويض، والعلة من عدم ضرورة قيام الدائن بإعذار مدينه أن الفائدة منه تنتفي عندئذ، ومادامت الغاية قد انتقت فلا داعي للوسيلة، وذلك تطبيقا لنص والمادة 181 من القانون المدني" لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات التالية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجدي بفعل المدين،
- إذا كان محل الالتزام تعويضا قد ترتب عن عمل مضر،
- إذا كان محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ إلتزامه".

وبناء على ذلك ، فإنه يجب على القاضي ومن خلال سلطته التقديرية أن يبحث في كل من الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، ويضاف إلى ذلك ما إذا كان الدائن قد أعذر المدين بضرورة التنفيذ، وإزاء كل عنصر من هذه العناصر ، يقوم بتقديره سواء كان ذلك موضوعيا أو ذاتا حتى يصل إلى مضمون الشرط الجزائي، وأنه متى وجد الشرط الجزائي في العقد وتحقق فإن معنى ذلك أن الضرر قائم في تقدير المتعاقدين، وعليه بمقتضى ذلك أن يحكم بالتعويض المقرر في الشرط الجزائي ، والحكم بالتعويض إنما هو حكم بتعويض مقدار ارتضاه مقدما

<sup>1</sup> فرقاني قويدر نور الاسلام، مرجع سابق، ص1662.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

بنفسه، وللقاضي في حالات نص عليها المشرع في القانون المدني أن يعدل الشرط الجزائي<sup>1</sup>، والتي سنفصلها لاحقاً.

### المطلب الثاني: آثار تدخل القاضي لتعديل التعويض الاتفاقي

إذا إنتهى القاضي من رقابته على مشروعية التعويض الإتفاقي بعد تحققه من توافر شروط التعويض الإتفاقي التي تقوم عليها مسؤولية المدين، فإنه فإنه ينتقل إلى المرحلة الموالية و هي مرحلة التدخل في تعديل الشرط الجزائي ، سواء بالزيادة في مقدار التعويض الإتفاقي أو بالتخفيض من قيمته ، أما سلطته في حالة الاستبعاد الكلي للتعويض الإتفاقي فتترتب على عدم تحقق شروط استحقاقه أو تخلف أحد هذه الشروط.

أحيطت سلطة القاضي في حالة تعديل التعويض الاتفاقي بجملة من الشروط والقيود التي تضمن عدم تحكم القضاة في التعديل وتضمن عدم زعزعة الثقة في العقود المبرمة وهو ما سيتم التفصيل فيه كالاتي:

### الفرع الأول : تعديل القاضي للتعويض الإتفاقي:

يتم تعديل التعويض الإتفاقي بإحدى الطريقتين إما بالتخفيض منه وإما بالزيادة فيه ، ونفصل في ذلك فيما يلي:

### أولاً: حالة تعديل التعويض الإتفاقي بالتخفيض منه:

الأصل في الشرط الجزائي أنه يستحق كاملاً إذا توافرت شروطه وأثبت الدائن إخلال المدين بالتزامه إعمالاً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، إلا أن المشرع أدخل استثناء على هذا المبدأ بمنح القاضي سلطة التدخل بتخفيض مقدار الشرط الجزائي، وذلك تطبيقاً لنص المادة

<sup>1</sup> عبد الحميد بن شنيقي، مرجع سابق، ص 77.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

2/184 من القانون المدني " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه " .

يتضح لنا من هذه الفقرة بأن القانون منح القاضي سلطة تقديرية في اخفيض الشرط الجزائي المتفق عليه بين أطراف العلاقة العقدية في حالتيهما:

أ. أن تقدير الشرط الجزائي كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة:

أجاز القانون للقاضي في هذه الحالة تخفيض الشرط الجزائي المقدر بالاتفاق ومناطق ذلك التخفيض أن يكون التقدير مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، ويتضح أن المقصود من ذلك معالجة حالة ما إذا كانت المبالغة في التقدير قد خرجت بالشرط الجزائي عن معناه الأصلي كالتعويض المقدر بالاتفاق فجعلت منه شرطاً تهديدياً ليس إلا ، وعندئذ يكون التخفيض لازماً ولا شك أن سبب التخفيض في هذه الحالة هو سبب داخلي يجد أساسه في العقد ذاته<sup>1</sup>.

وطالما أن الشرط الجزائي في أصله لا يخرج عن كونه تعويضاً اتفاقياً، فإنه من المفروض أن يكون مقدار هذا التعويض مساوياً أو قريباً من قيمة الضرر الواقع فعلاً ، أما إذا كان التعويض المقدر مبالغاً فيه بحيث تصل هذه المبالغة إلى درجة كبيرة تلفت الانتباه أو تجاوزت بدرجة مرتفعة عن الحد المألوف، فإن الأمر يستدعي من القاضي تخفيضه إلى القدر الذي يحقق التناسب مع الضرر الواقع فعلاً .

والمشرع عندما أعطى أطراف العقد الحق في الاتفاق فيما بينهم على تحديد مقدار الشرط الجزائي بما يرونه مناسباً مع الضرر الذي يلحق بهم من جراء الإخلال بالالتزامات ، فكان الهدف من ذلك تطبيق حرية التعاقد في تقدير التعويض، وإفساح المجال لسلب صلاحية تحديد التعويض من قبل القاضي، إلا أن الهدف بالتأكيد لم يكن المقصود منه منع القاضي من ممارسة سلطته في الرقابة على الأعمال القانونية ، إذ ففي مطلق الأحوال يجب أن لا تخرج

<sup>1</sup> فرقاني قويدر نور الإسلام ، مرجع سابق، ص1663.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

غاية هذه الأعمال عن الغاية التي رسمها المشرع ، عند وضع النصوص القانونية المتعلقة بهذا الشأن<sup>1</sup>.

ومادام القانون قد سمح للأطراف أن يقوموا مقام القاضي في تقدير التعويض فإن اتفقاتهم هذه تخضع في هذا الشأن لسلطة واسعة من القضاء تمكنه من الرقابة على مدى التزامه بقواعد تقدير التعويض بلا مغالاة أو تعسف ومن المبررات التي يوردها البعض بشأن هذه الحالة ، أن المدين لم يقبل مقدما الاتفاق على شرط جزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، إلا أنه كان يعتقد الوفاء بالتزامه الأصلي حسب الاتفاق ، وبالتالي لن يتعرض إلى جزاء عدم التنفيذ أو التأخير فيه، ولو توقع الصعوبات التي ستحول دون التنفيذ لما قبل ذلك مقدما، لاسيما وإنه سيدفع تعويضات جسيمة<sup>2</sup>، ولكن لو حصل الدائن على التعويض المتفق عليه رغم المبالغة فيه لكان في ذلك نوع من الظلم بالنسبة للمدين ، ومن ثم يغدوا التخفيض أمرا متوافقا ومبادئ العدالة، فكان تدخل القاضي في هذه الحالة ضروريا لتحقيق شيء من التوازن المعقول بين الأداءات المشروطة كجزاء وبين ما كان ينبغي أن يشترط عند حدوث هذا الاخلال وفقا لمعيار يراعي فيه موقف المتعاقدين وظروفهما مع الأخذ بالاعتبار فكرة عدم جواز إثراء أحدهما على الآخر دون سبب، ويحدث ذلك الإثراء في الجزء من التعويض المبالغ فيه فيتدخل القاضي ليرفع هذه المبالغة ويحقق عدالة التعويض<sup>3</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن عبئ إثبات المبالغة في مقدار الشرط الجزائي يقع على المدين، ويترتب على ذلك أنه لا يكفي أن يثبت أن مقدار الشرط الجزائي مبالغا فيه ، بل يجب عليه أن يثبت أن هذا التحديد للتعويض انطوى على مبالغة إلى درجة كبيرة بحيث لا يناسب مع حجم

<sup>1</sup> محمد مرعي صعب، البند الجزائي -دراسة مقارنة-، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص 363.

<sup>2</sup> فرقاني قويدر نور الإسلام ، مرجع سابق، ص1664.

<sup>3</sup> عاطف كامل مسلم الشوابكة، مرجع سابق، ص 429.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

الضرر الواقع فعلا ، فإذا أثبت ذلك فإن القاضي يخفض مقدار الشرط الجزائي إلى الحد الذي يراه معقولا ولا يلزم أن يخفضه إلى الحد الذي يكون مساويا للضرر، وهذا الأمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، وبشأن تحديد حجم المبالغة في التعويض أو مسألة تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد المناسب فإنه لا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا إذا كان حكمه قائما على أسباب سائغة<sup>1</sup>.

### ب. أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه:

ذكرت الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني حكما آخر مؤده أنه يجوز للقاضي أن يخفض مقدار الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، ويستخلص من هذا الحكم أنه يمكن للمدين طلب تخفيض التعويض الإتفاقي إذا اثبت واقعة التنفيذ الجزئي. فإذا اتفق الطرفان على تعويض يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام وقام المدين بتنفيذ جزء منه فمن الطبيعي أن يخفض هذا التعويض وعلة ذلك أن الضرر في هذه الحالة يكون أقل بالنسبة لعدم التنفيذ الكلي<sup>2</sup>.

التنفيذ الجزئي الذي يؤدي إلى إمكانية تخفيض التعويض الاتفاقي هو ذلك الذي يستطيع الدائن أن يستفيد منه بحيث يعود عليه من ورائه مصلحة أو فائدة محققة، وهذه الفائدة التي يجنيها الدائن هي المبرر الرئيسي لإعطاء القاضي سلطة تخفيض التعويض الاتفاقي<sup>3</sup>.

ويراعي أنه في حالة التنفيذ للالتزام، فإن التخفيض لا يكون إلى حد التساوي بين المبلغ المحكوم به وقدر الضرر الذي وقع فعلا ، وإنما يكون الأساس هو المبلغ المقدر في الشرط الجزائي ، فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي من دون تنفيذ من الالتزام

<sup>1</sup> طيبب فايزة، مرجع سابق، ص 417.

<sup>2</sup> نجاري عبد الله، مرجع سابق، ص 193.

<sup>3</sup> عبد الحميد بن شنيطي، مرجع سابق، ص 90. طيبب فايزة، مرجع سابق، ص 427.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

الأصلي، ويحكم بالمبلغ الباقي ولو كانت قيمة الضرر الذي أصاب الدائن تقل فعلا عن هذا المبلغ ، إلا إذا كان الفرق يصل إلى الحد الذي يصبح فيه هذا المبلغ كتعويض عن الضرر الواقع ، مبالغ فيه إلى حد كبير، عندئذ يجوز تخفيضه إلى الحد المناسب<sup>1</sup>.

و يقع على المدين عبئ الإثبات<sup>2</sup>، حيث يتعين عليه أن يثبت أن تقدير التعويض الاتفاقي كان مبالغ فيه لدرجة كبيرة، فإذا ما أثبت المدين ذلك، فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تخفيض التعويض الاتفاقي، وذلك بغية إعادة التناوب بين الضرر ومبلغ التعويض، لا إلى الحد المساوي للضرر<sup>3</sup>.

### ثانيا: حالة تعديل التعويض الإتفاقي بالزيادة فيه.

تنص المادة 185 من قانون المدني الجزائري على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيم".

الواضح من نص المادة 185 من القانون المدني أن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بقيمة الشرط الجزائي الذي يعتبر في هذه الحالة بمثابة تخفيف من المسؤولية ، والإتفاق على تخفيف المسؤولية جائز، و لذا فإن القاضي لا يحكم إلا بقيمة الشرط الجزائي حتى و لو كانت تقل عن الضرر الذي أصاب الدائن<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> داودي مخلوف، مرجع سابق، ص 259.

<sup>2</sup> عبد الحميد بن شنييتي، مرجع سابق، ص 82. محمد بوكماش، مرجع السابق، ص 338.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 89.

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 90.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

الأصل أن يحكم القاضي بالشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد إحتراماً لإرادة أطراف العقد، إلا أن هذا الشرط لا يترك على إطلاقه ، حيث منح المشرع الجزائري على سبيل الاستثناء لقاضي الموضوع سلطة التعديل من قيمة التعويض الإتفاقي بالزيادة في هذه القيمة إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي و مع ذلك ووفقاً لنص المادة المذكورة أعلاه فقد قيد المشرع هذه السلطة بقيدتين هما: أن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً، وأن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب خطأ جسيماً<sup>1</sup>.

وعلى ذلك فالقاعدة هي أنه إذا ثبت أن مقدار الضرر قد جاوز قيمة التعويض المنصوص عليه في العقد فإن الدائن لا يستحق سوى مقدار التعويض الإتفاقي المتفق عليه ، فالشرط الجزائي يمثل الحد الأقصى للتعويض، فإذا كانت قيمة الضرر النهائية تزداد عن قيمة الشرط الجزائي فلا يستحق الدائن سوى مقدار الشرط الجزائي ولا يستحق أي زيادة في التعويض مقابل زيادة الضرر الواقع، إلا ان هناك استثناء أورده النص المذكور سابقاً وهو جواز زادة الشرط الجزائي إذا كان الضرر يرجع إلى غش المدين أو خطئه الجسيم ، وقد يثبت لدى القاضي ان زيادة الضرر عن قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه يتضمن اتفاق على الإعفاء من المسؤولية ، بقدر هذه الزيادة، ولما كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية جائز قانوناً فيتعين على القاضي أن يحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه في هذه الحالة ولو كان يقل في مقداره عن الضرر الواقع ، وفي هذا نزول على إرادة المتعاقدين التي اجتمعت لها وقت الاتفاق على الشرط الجزائي على تقدير الضرر المتوقع حصوفه ، غذا لم ينفذ المدين التزامه وقصدت مع ذلك غلى التخفيف من مسؤوليته، والطبيعي أن هذه الإرادة لا يعتد بها إلا بالنسبة إلى العادي وهو المتصور وقوعه من المدين، فإن تجاوز الخطأ هذه الدرجة بأن لجأ المدين إلى الغش أو

<sup>1</sup> طيبب فايذة، مرجع سابق، ص 433. فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 101.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

ارتكب خطأ جسيماً وقع الاتفاق باطلاً وتعين على القاضي تقدير التعويض بما يتفق والضرر  
اللاحق<sup>1</sup>.

على أنه يجوز الاتفاق على تقدير تعويض اتفاقي يكون مستحقاً من جراء تحقق مسؤولية  
الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، ولا يجوز للقاضي زيادة هذا التعويض  
حتى ولو تجاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين استخدمهم  
المدين في تنفيذ التزامه، ذلك أن التعويض الاتفاقي في هذه الحالة يعتبر اتفاقاً على تخفيف  
المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من تابعي المدين ومثل هذا الاتفاق جائز  
بموجب نص المادة 2/178 من القانون المدني<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة القاضي بمناسبة الشرط الجزائي:

إن إقرار المشرع للقاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي، وجد لحماية الطرف الضعيف،  
إلا أن سلطته ليست مطلقة، بل مقيدة، لأن إطلاقها إلى ظلم الطرف الضعيف أو السماح  
بإثراء أحد المتعاقدين على حساب المتعاقد الآخر دون قيام القاضي بدوره كأمين على العدالة،  
ولهذا يكون تدخل القاضي مقيداً في مظاهر سلطته.

فلا يجوز للقاضي ممارسة سلطته في التعديل، إلا إذا بلغ الشرط الجزائي درجة كبيرة من  
الارتفاع، أو الانخفاض، مما يؤدي إلى ضرر كبير بالطرف الضعيف، وبالتالي خرق  
مقتضيات العدالة.

والقول أن درجة الإفراط تشكل قيدا في تدخل المشرع، لأن الإرتفاع أو الانخفاض البسيط  
لا يؤخذ به في تدخل القاضي، ولا يشكل قيدا على سلطته فمثلاً إذا كان مقدار الضرر يقدر  
بـ3000 دج وقيمة الشرط الجزائي تساوي 6000 دج، ففي هذه الحالة رغم ارتفاع النسبة نوعاً

<sup>1</sup> عاطف كامل مسلم الشوابكة، مرجع سابق، ص 424.

<sup>2</sup> طبيب فايضة، مرجع سابق، ص 435.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

ما ، إلا أننا لسنا بصدد الإفراط، ونكون أمام حالة الإفراط ، إذا كان مقدار الشرط الجزائي يقدر بـ 8000 دج ، وبما أن للقاضي الحرية الكاملة في تخفيض الشرط الجزائي، إلا أنه جرى العمل ، أن يحذ تخفيض الإفراط يعني بالضرورة التكفل لحماية مصالح الأطراف ، ويكون القاضي ملزماً بتسبيب حكمه ، سواء تعلق الأمر بالإفراط أو بالتنفيذ الجزئي ، أو حتى زوال مقدار التعويض، فهي مسائل قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا ، وإن قضاة الموضوع ملزمون بتسبيب أحكامهم في حالة قبولهم التعديل ، وذلك بتبيان المبلغ المتفق عليه كان مبالغاً فيه<sup>1</sup>.

كما يتقيد القاضي بمبلغ الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي ، ويتفق هذا الحل مع روح القانون وإرادة الأطراف، أي تكريس إرادة الأطراف في حالة اتفاقهم المسبق على التنفيذ الجزئي وبالتالي حمای مصالح الأطراف ودون إجحاف بأحدهم ، فيقوم القاضي بالتخفيض إلى الحد المناسب مراعيًا مصلحة المدين والدائن، فلا يتحمل المدين مضاعفة التزاماته ، ولا يخسر الدائن حقه في ضمان تنفيذ الالتزام وبالتالي فالقاضي مقيد بالوصول إلى حد يتناسب فيه الضرر مع قيمة الشرط الجزائي دون تحقيق المساواة<sup>2</sup>.

### - لا يجوز للقاضي النزول بالتعويض الاتفاقي إلى ما يساوي الضرر:

القاضي لا يبحث عن مساواة حقيقية ، بل يبحث عن التخلص من التجاوزات الفاحشة، لأن القاضي لا يتوقف على الفائدة والضرر ، بل يلجأ إلى عناصر أخرى تتماشى مع العدالة العقدية من حسن النية وسونها، لأن المدين إذا كان سيء النية ، فإنه لا يستحق مقدار التعويض المتفق عليه في التنفيذ الجزئي، فهو مقيد بإرادة الأطراف إذا تم الاتفاق المسبق على التنفيذ الجزئي، فهو مقيد بإرادة الأطراف إذا تم الاتفاق المسبق على التنفيذ الجزئي، ويكون التخفيض في حدود التناسب مع الضرر الناجم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 106.

<sup>2</sup> عبد الحميد بن شنيبي، مرجع سابق، ص 91.

<sup>3</sup> فاضل خديجة، مرجع سابق، ص 107.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

ويتقيد القاضي بحسن النية الذي يفترضه، لأن تنفيذ تنفيذ العقد طبقاً لنص المادة 1/107 من القانون المدني واجب التنفيذ وفقاً لمضمونه وبحسن النية، أي أن المدين ملزم بتنفيذ التزامه الأصلي، أما في حالة زيادة مقدار التعويض بسبب غش المدين أو خطئه فسوء النية هنا واجب الإثبات، ويقع عبئ الإثبات على الدائن، لأن هذا الأخير ملزم بإثبات أن المدين قد تعدد عدم تنفيذ التزامه، ففي هذه الحالة جاز للقاضي زيادة مقدار التعويض، حتى يتساوى مع الضرر اللاحق بالدائن من جهة، وتطبيق القواعد العامة المتعلقة بالتعويض من جهة أخرى<sup>1</sup>.

- لا يجوز للقاضي النزول بالتعويض الاتفاقي إلى ما يساوي الضرر:

كذلك لا يجوز للقاضي النزول بما يحكم به إلى ما يساوي قيمة الضرر، لأن في هذا إهدار للتعويض الاتفاقي، ويكون هذا بمثابة إبطال له، وتقتصر سلطته على رفع "المبالغة الكبيرة" في تقدير التعويض<sup>2</sup>.

- لا يجوز للقاضي أن يعدل التعويض الاتفاقي المفرط من تلقاء نفسه:

يقيد القاضي كذلك في ممارسة سلطته على طلب أحد المتعاقدين، الذي يكون قد تضرر من عدم التناسب بين الضرر اللاحق به ومقدار التعويض، لأن القاضي مقيد بمبدأ "لا يحكم القاضي إلا بما يطلبه الخصوم" وإلا كان متعسفاً في استعمال سلطته<sup>3</sup>.

- اعتبار سلطة القاضي من النظام العام:

سلطة القاضي في التعديل لها صفة النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على استبعادها فلو تركت سلطة التعديل بدون هذه الخاصية، لما تردد الطرف القوي في إلزام الطرف الضعيف بم

<sup>1</sup> نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، مرجع سابق، ص 189

<sup>2</sup> طيب فائزة، مرجع سابق، ص 424.

<sup>3</sup> فاضل خديجة، مرجع سابق، ص 107.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

يكفل استبعادها كمن قبل على نفسه شرطاً جزائياً مرتفعاً أو منخفضاً إلى درجة كبيرة سيرضى بحكم هذا الخضوع، باستبعاد سلطة القاضي إذا كان الأمر كذلك ، أو في حالة ما إذا قام بتنفيذ جزئي لالتزامه الأصلي ، ورضائه هنا كما يقول البعض "أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول"<sup>1</sup>.

وتطبيقاً لذلك فإن أي اتفاق على استبعاد سلطة القاضي يقع باطلاً وذلك طبقاً لأحكام المادة 184 من القانون المدني " ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

- لا يجوز للقاضي أن يرتب على التعويض الاتفاقي تخفيف المسؤولية حينما يكون هذا التخفيف من النظام العام:

إذا جاز أن للقاضي أن يخفف من مسؤولية المدين في حالة الخطأ العادي، فإنه لا يستطيع أن يخفف من مسؤوليته في حالتي الغش والخطأ الجسيم<sup>2</sup> طبقاً لنص المادة 178 من القانون المدني.

<sup>1</sup> عبد الحميد بن شنيطي، مرجع سابق، ص 94.

<sup>2</sup> طبيب فايذة، مرجع سابق، ص 424.

### الخاتمة:

المعروف قانونا أنه بمجرد تمام إبرام العقد صحيحا، يصبح قانون المتعاقدين إذ ارتضى كل منهما بما تم الاتفاق عليه، والتزما بالنتيجة لذلك بتنفيذه ومستلزماته بما يتفق و مبدأ حسن النية الواجب توافره في جميع العقود، وفقا لما يعرف بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وهذا ما أقره المشرع الجزائري ضمن نص المادة 106 و 1/107 من القانون المدني.

لم يعد لمبدأ سلطان الإرادة الأثر السابق من مغالاة وتمجيد للحرية التعاقدية ولم تعد قداسة العقد أثناء تنفيذه مطلقة و لم تعد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي القاعدة الملزمة على إطلاقها ، وإنما تم تقييدها لاعتبارات تتعلق بالعدالة أهمها استمرارية العلاقة العقدية وسعي لتنفيذ التزاماتها ، والموازنة بين المصالح المتعاقدة وحماية الطرف الضعيف لإعادة التوازن العقدي.

و لم يعد دور القاضي سلبيا في مجال المعاملات، بل أصبح في حالات محددة يقوم بدور إيجابي فعال، ذلك أن دوره السلبي يتجسد في حدود سلطته ، فيتدخل متى توافرت شروط محدوديته فلا يجوز له أن يتجاوز ما حدده له المشرع ذلك أنه قد يعرض حكمه للنقض و الإبطال.

إذ تجاوز الزمن ذلك الجدل الفقهي وتجاوزته جل التشريعات وأصبح لا يجدي نفعا والذي ثار بين فريقين أحدهما ينكر على القاضي سلطة تعديل العقد والآخر يؤيدها، إذ أن سلطة القاضي في تعديل العقد خرجت عن هذا الجدل العقيم وأصبحت حقيقة راسخة، تستند إلى نصوص قانونية صريحة لا مجال للجدال حولها، إذ لم تعد حالة واقع تستدعي حماية القانون بل أضحت واقعا قانونيا ملموسا.

توصلنا إلى أن سلطة القاضي التعديلية هي سلطة استثنائية تخرج عن نطاق مهامه العادية والتي تقتصر على تطبيق ما اتجهت إليه إرادة الطرفين أو على الأكثر تفسيرها و

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

تكييفها ، وذلك في حالات محددة حصرا منصوص عليها بنصوص خاصة ضمانا منه للأمن التعاقدى و استقرار المعاملات و احترام منه لقواعد القانون و العدالة ، و هو في ذلك غير مقيد سوى بالنصوص القانونية التي تمنحه هذه السلطة الاستثنائية.

وبذلك فإن كانت هذه السلطة تنتهك مبدأى الحرية التعاقدية و الأمن التعاقدى و تهدد استقرار المعاملات و إلا انها ترسخ مبادئ عدة وهي التوازن العقدي و العدالة العقدية و حماية الطرف الضعيف واستمرار المعاملات.

وقد منح المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد أثناء تكوينه، بل قرر هذه السلطة للقاضي في مرحلة تنفيذ العقد، ذلك أنه قد ينشأ العقد متوازنا في نظر طرفيه، غير أنه قد تجد ظروف لم يكن بالإمكان توقعها تؤدي إلى اختلال هذا التوازن وتجعل بذلك من تنفيذ العقد مرهقا يهدد المدين بخسارة فادحة.

ففي هذه المرحلة أعطى المشرع للقاضي بموجب نص المادة 2/107 من القانون المدني استنادا لنظرية الظروف الطارئة أن يعدل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

كما منحه سلطة تعديل التعويض الاتفاقي، وذلك بالإنقاص من قيمته متى تبين له أثناء تنفيذ العقد أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه، أو بالزيادة في قيمة هذا التعويض إذا تبين له أن الضرر الواقع قد جاوز قيمة التعويض المحدد في الاتفاق متى أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

كما توصلنا إلى أنه تأخذ جائحة كورونا حكم القوة القاهرة بالنسبة للمعاملات التي أبرمت قبل الجائحة متى جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا فيما تأخذ حكم نظرية الظروف الطارئة متى كان من شأنها جعل تنفيذ الالتزام مرهقا.

قائمة المراجع:

أولاً: المؤلفات:

1. العامة:

1. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، 2010.
2. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -في الالتزامات- الجزء الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ايريني للطباعة مطبعة السلام، توزيع دار الكتاب الحديث، الطبعة الرابعة، مصر، 1987.
3. سمير عبد السيد تتاغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.
4. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ،الجزء الثاني، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، 1998 .
5. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، لبنان، 1974.
6. العربي بلحاح ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الجزء الأول ، التصرف القانوني العقد والارادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004.
7. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010.
8. علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
9. محمد جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري ، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1976 .

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

10. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الإلتزام، دار الهدى ، الجزائر، 2010.
  11. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009.
  12. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، المطبعة الجديدة، دمشق سوريا، 1978.
  13. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
  14. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ،دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
2. المتخصصة:

1. سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية ،2008.
2. سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2012.
3. سمير تتاغو، الإلتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للإلتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى ، 2014.
4. شيراز عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود ، دراسة في ضوء القوانين الداخلية و الاتفاقات الدولية، الطبعة الأولى ،دار دجاة، عمان، لسنة ، 2008 .
5. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية أثره في التصرفات في الفقه الاسلامي و القانون المدني دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، 2004.
6. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود ، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2006.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

7. لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
8. مارغريت نقولا انطوان ماروديس، العنصر الأخلاقي في العقد، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، 2006.
9. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2007.
10. محمد مرعي صعب، البند الجزائي -دراسة مقارنة-، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006.
11. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.
12. هشام إبراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي -الشرط الجزائي- دراسة مقارنة، المصدر القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2011.

### ثانيا: الرسائل والمذكرات:

#### أ. الرسائل:

1. سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016.
2. طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم ، 2019.
3. عاطف كامل مسلم الشوابكة ، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، 2018.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

4. عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، معهد العلوم القانونية والإدارية جامعة الجزائر، 1996.
5. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2012.
6. نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2013.

### ب. المذكرات:

1. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر، 1983.
2. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدية و تطويع العقد ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق ،جامعة تلمسان، 2013.
3. خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة لنيل درجة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987.
4. داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2011.
5. نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.

### ثالثا: المقالات:

1. اقصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الإلتزام التعاقدية، مقال منشور بالمجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة أحمد دراية ، ادرار ، الجزائر، المجلد 02، العدد 02، 2018.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

2. أميرة صخري، تعديل القاضي للعقد: تعد على قانون الإرادة أم تكريس لعدالة العقد، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد 10، العدد 01، 2019.
3. جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا عليه، مجلة قانون العمل والتشغيل، مخبر قانون العمل ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، العدد الخامس، 2018، ص 419.
4. حامق ذهيبية، المقاربات بين القانون المدني والشريعة الاسلامية، أحكام نظرية الروف الطارئة مثالا، مقال منشور بمجلة حويات جامعة الجزائر، مجلد 27، العدد الأول.
5. دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مقال منشور بمجلة القانون، العدد 06، جوان 2016.
6. دزيري ابتسام، سلطة القاضي في تكملة العقد، مقال منشور بمجلة بحوث، جامعة الجزائر، العدد 12، الجزء الأول، سنة 2018.
7. عبد الرشيد طبي، القوة القاهرة و أثرها على التشريع و القضاء، فيروس كوفيد 19 . نموذج . ، مقال نشر بوزارة العدل في 2020/06/04.
8. فاطمة نساخ ، أخلقة العلاقة العقدية ، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، عدد 4 ، حجم 52.
9. فرقاني قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، العدد 02، جوان 2020.
10. مراومية صبرينة، تعديل العقد في المرحلة التنفيذية ودوره في تعزيز مراكز المتعاقدين، مقال منشور بحوايات جامعة الجزائر، المجلد 34، العدد 01، 2020.
11. معداوي نجية، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مقال منشور بمجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 4، العدد 2، 2020.

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

12. نسير رفيق، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018.
13. نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مقال منشور بمجلة البحوث والحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني.
14. يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر، العدد 31، الجزء الأول.

### رابعاً: الاجتهادات القضائية:

1. المجلة القضائية للمحكمة العليا، سنة 1989، العدد 1.
2. المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول لسنة 1993.
3. مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007.

### خامساً: النصوص القانونية:

1. الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، المعدل والمتمم.

### سادساً: المراجع باللغة الفرنسية:

1. (P)Malaurie ,(L) Aynès,(P)Stoffel–Munck ,Droit civil, Les obligations, 2<sup>ème</sup> édition, Defrénois, Paris , 2005.

الفهرس:

- المقدمة: 1.....
- الفصل الأول: القوة الملزمة للعقد بين الأصل والاستثناء 5.....
- المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة كقاعدة عامة 6.....
- المطلب الأول: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين 6.....
- المطلب الثاني: ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية 13.....
- المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد كاستثناء على القاعدة العامة 28.....
- المطلب الأول : مضمون سلطة القاضي في تعديل العقد 28.....
- المطلب الثاني :مبررات تدخل القضائي 37.....
- الفصل الثاني: مدى تدخل القاضي أثناء مرحلة تنفيذ العقد 46.....
- المبحث الأول: سلطة القاضي في الحد من آثار الظروف الطارئة 47.....
- المطلب الأول: شروط تدخل القاضي بسبب الظروف الطارئ 47.....
- المطلب الثاني: مضمون سلطة القاضي في الحد من شدة الظروف الطارئ وحدودها... 58.....
- المبحث الثاني: تدخل القاضي في مراجعة التعويض الاتفاقي 72.....
- المطلب الأول: شروط تدخل القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: 72.....
- المطلب الثاني: آثار تدخل القاضي لتعديل التعويض الاتفاقي 83.....

## سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ

---

93..... الخاتمة:

95..... قائمة المراجع:

101..... الفهرس:

