وزارة التعليـــم العـــالي والبحـــث العلمـــي
جامعـــة عبـــد الحميد بن باديـــس- مستغانـــم
كليـــة الحقـــوق والعلوم السياسيـــة
قســـم القانون الخاص

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون خاص أساسي
الموسومة بـــ:

سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه.

من إعداد الطالـــبة :
بخدومة حكيمة

تحت إشراف الأستاذ:
بن عديدة نبيل

لجنـــة المناقشـــة

الأستاذ:	مشرفي عبد القادر	رئيسا.
الأستاذ:	بن عديدة نبيل	مقررا.
الأستاذة:	بحري	مناقشا.

السنة الجامعية: 2017/2016

إهـــــــــــــــــــــداء

قال رسول الله صلى الله عليه وسلّم:" من سلك طريقا يبتغي فيه علما سهل الله له طريقا إلى الجنة"

- إلى من منحاني الحياة والسعادة وحرما نفسيهما منها، إلى من حق عليّ أن أعترف بحقهما وفضلهما، إلى من سأبقى مدينة لهما بكل شيء، إلى أروع أمّ في الوجود أمي الحنونة التي لو تدّخر نفسا في تربيتي، إلى الذي تاهت الكلمات في وصفه وعجز اللسان في ذكر مآثره إلى سندي وعوني وقدوتي أبي الكريم الغالي الذي تشققت يداه في سبيل رعايتي.

- إلى من هم في البعد نور وفي القرب زهور الإخوة وزوجاتهم والأخوات وأزواجهم دون أن ننسى رموز البراءة والصفاء.

-إلى الذين جعلوا من الضعف قوة أساتذتي الكرام.

- إلى كل عائلة نقار وبالأخص جدتي أطال الله في عمرها.

- إلى من مشينا يدا بيد ونحن نقطف زهرة تعلمنا صديقاتي.

- إلى زميلاتي وزملائي في الجامعة.

- إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

شـــــــــكـــر وتـــقـديـــر

إن الشكر لله على ما منّ به من نعم علينا من قبل ومن بعد ومن الأقوال المأثورة التي لها مكانة في قلوبنا: "من علمني حرفا صرت له عبدا".

لذا نحن مدينون بحريتنا لأناس مدوا لنا يد العون بمختلف أشكاله فلا يسعنا إلا أن نقدم آيات الشكر لهم، اعترافا بالجميل ونسأل العلي القدير أن يجازيهم جزيل الثواب يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم ونخص بالذكر:

- الأستاذ الفاضل "بن عديدة نبيل" كان نعم الموجه والمرشد والناصح الأمينة التي رعت بحثنا من بدايته إلى نهايته، إلى أعضاء لجنة المناقشة.
- الأساتذة الذين كانوا نعم الناصحين ونعم المربين.
- كل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل سواء من قريب أو من بعيد.

قائمة المختصرات:

ق.م.ج: قانون مدني جزائري.

ق.ع.إ: قسم العلوم الإسلامية.

ج.ر: جريدة رسمية.

ع: عدد.

ط: طبعة.

ج: جزء.

ف: فقرة.

ص: صفحة.

P : page.

Op.cit : option cite.

مقدمة

إن العقود شرعت في مجال المعاملات من أجل إشباع حاجات الأفراد وتحقيق غاياتهم ومقاصدهم، باعتبار أن العقد في مفهومه العام هو الوسيلة الفعّالة التي يستطيع بها الفرد أن يحقق بعض المصالح الاقتصادية والاجتماعية وقوام العقود الوفاء أمّا أساسها فهو المساواة والتوازن في الحقوق والواجبات بين المتعاقدين ابتداء وانتهاءكما أن نظرية العقد تعد من أهم النظريات التي جاء بها القانون المدني، وعالجها ضمن باب مصادر الالتزام على أن العقد يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، ويعني ذلك أن للمتعاقدين الحرية المطلقة في تحديد محتوى العقد والالتزامات التعاقدية، يشترط أن لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة.([1])

ورد تعريف العقد في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية، متمثلة في إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"([2])، وعليه إذا نشأ العقد صحيحا مستوفيا لكامل أركانه من رضا ومحل وسبب وشكلية وكذا توفر جميع شروطه، رتّب مختلف آثاره القانونية، وبالتالي كسب قوته الملزمة من حيث الأشخاص والموضوع، وهذا تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، وفي المرتبة الموالية تأتي مرحلة تنفيذه وترتيبه آثاره القانونية، ومن بين مظاهر سلطان الإرادة كلا المتعاقدان لالتزاماتهم وفقا لما جاء في العقد،حيث يستمد العقد قوته

[1] بلحاج العربي، نظرية العقد في الق.م.ج، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.ص58.

[2] علي فيلا لي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2014.ص44.

من مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 106 من القانون المدني وبالتالي لا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو لأسباب يقررها القانون" ومفاده أنه لا يجوز لأي منهما نقض العقد أو تعديله بإرادته المنفردة، كما يجب على القاضي احترام هذا العقد وتفسيره وفقا لإرادة الطرفين دون تعديل.

غير أنه وردت على هذه القاعدة عدّة استثناءات يجوز للقاضي بموجبها تعديل العقد حيث أوردها ونص عليها المشرع الجزائري وهي في ظل الظروف الطارئة وفيما يخص عقد الإذعان، وكذا الشرط الجزائي، ومنح الأجل القضائي أو ما يطلق عليه بنظرة الميسرة، كما يستوجب توفر حسن النية في تنفيذ العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 107" من القانون المدني "يجب تنفيذ العقد بحسن نية"، ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام([1])، بمعنى ذلك من واجب كل طرف تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه عملا بمحتوى العقد وما تضمنه مع مراعاة حسن النّية، وأن يكون تنفيذ الالتزام أفضل وسيلة وأحسنها من طرف المدين، وألاّ يتعسّف الدّائن في استعمال حقه وحسن النّية في تنفيذ العقد يعتبر من مسائل الواقع التي لمحكمة الموضوع الحق المطلق في تقديرها وعليه استبعد القانون سوء النّية في العقد،

[1] قانون05-10، المؤرخ في يوليو2005، المعدل والمتمم الق.م، ج.ر.ع 44.

ولم يجيزها، وهذا عملا بمبدأ "حسن النّية" الذي يسعى إلى تقييد المدين وذلك بتنفيذ الالتزام، وكذلك تقييد الدّائن في مطالبته بتنفيذ الالتزام وعليه لا يمكن تنفيذ العقد بما يخالف مبدأ حسن النّية، ويتم ذلك من خلال استمرارية التعاون بين طرفي العقد أثناء التنفيذ ومثال ذلك عقد البيع المادة361 قانون مدني التي تنص على التزامات البائع وكذا المادتين371و372قانون مدني، وكذا عقد الوكالة حيث يلتزم فيه الوكيل ببذل عناية الرجل المعتاد في تنفيذ الوكالة وهذا ما تضمنته المادة 576 قانون مدني.

وعليه فإن سلطة القاضي في تعديل العقد جاءت وليدة التطورات وأن له دور إيجابي يكمن في مجال المعاملات،وكذا حماية حقوق الأفراد ومصالح المجتمع، ومراقبة العقد أثناء تنفيذه، ولمعالجة هذا الموضوع الذي كان محل دراستنا ومناقشتنا اتبعنا المنهج التحليلي وذلك وفق تحليل نصوص قانونية، وهذا ما يؤودنا إلى طرح الإشكالية الآتية على أي أساس تمنح للقاضي سلطة تعديل العقد؟ وفيما تكمن هذه السلطة؟ وماهي إمكانيات تدخل القاضي في هذا التعديل أثناء التنفيذ؟ وهل للقاضي الحرية المطلقة في سلطته التعديلية؟

وهذا ما سنتطرق إليه وفق الخطة الآتية،سنتطرق في الفصل الأول إلى سلطة القاضي المدني في تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة وعقد الإذعان، قسّمناه إلى مبحثين وينطوي تحت كل مبحث مطلبين، سنتناول في المبحث الأول سلطة القاضي المدني في تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة، سنتحدث في المطلب الأول

على مفهوم الظروف الطارئة أمّا في المطلب الثاني سلطة القاضي في تحقق الظروف الطارئة وفيما يخص المبحث الثاني سنتناول سلطة القاضي المدني في تعديل عقد الإذعان، ففي المطلب الأول سنتطرق إلى مفهوم عقد الإذعان، أمّا في المطلب الثاني سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية.

وبالنسبة للفصل الثاني سنتحدث عن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح الأجل القضائي قسمناه إلى مبحثين، وفي كل مبحث مطلبين، ففي المبحث الأول سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، ينص المطلب الأول على مفهوم الشرط الجزائي أمّا المطلب الثاني ينص على طرق تعديل الشرط الجزائي، أمّا فيما يخص المبحث الثاني سنتحدث عن سلطة القاضي في منح الأجل القضائي، ففي المطلب الأول نتحدث على مفهوم الأجل القضائي، أمّا المطلب الثاني مدى سلطة القاضي في تعديل الأجل القضائي، وخاتمة تضم أهم النتائج المتوصل إليها.

الفصل الأول

سلطة القاضي المدني في تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة وعقد الإذعان.

إن العقد الصحيح يرتب التزامات في ذمة كلا من المتعاقدين وذلك بالقيام بهذه الالتزامات ويعبر عن ذلك بالقوة الملزمة للعقد وعلى كل طرف احترام العقد في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها القانون. مما يترتب على ذلك أنه لا يستطيع أحد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقضه، أو يتحلل من العقد، ولا يجوز له تعديله ما لم ينص له القانون بذلك.

ومن خلال ذلك نجد القانون المدني الجزائري منح سلطة للقاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في ظل الظروف الطارئة، وهذا ما نصت عليه المادة3/107 من القانون المدني.

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه الإرادة التشريعية الجزائرية فيما يتعلق بعقود الإذعان

حيث أجازت للقاضي تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن. وهذا طبقا لنص المادة 110 من القانون المدني طبقا لقواعد العدالة.وهذا ما نتطرق إليه في المبحثين المواليين:

المبحث الأول

سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه في ظل الظروف الطارئة.

يقوم تنفيذ العقد على رعاية مقتضى العدالة في تحديد حقوق وواجبات أطرافه غير أنه قد يحدث عند حلول أجل تنفيذ العقد، حلول ظروف اقتصادية بسبب حادث غير متوقع فيصبح تنفيذ الالتزام على النحو المتفق عليه شاقا ومرهقا إلى حد يهدد المدين بخسارة فادحة، ونظرية الظروف الطارئة لا تهمنا إلاّ في الحدود التي نبحث فيها عن مجال سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف نفسها.فإذ أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين بسبب الظرف الطارئففي هذه الحالة لا شك في أن العدالة تقتضي تعديل العقد على نحو يخفف من خسارة الطرف المهدد بالخسارة، إذا ما نفذ التزامهولكن القوة الملزمة للعقد تبدو حائلا دون ذلك([1]).

ولامحل لإعمال فكرة الظروف الطارئة إلا ّفي العقود المتراضية في تنفيذها إمّا لدخول المدّة عنصرا فيها أو لطبيعة العقد ذاته، ومن بين ذلك عقود الإيجار والمقاولة والبيع والتوريد إذا كان التنفيذ بالتسليم متراخيا لأجل معين([2]).

---

[1] فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، الإسكندرية، 2004. ص 197.

[2] رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دار النهضة، القاهرة، ط1 1994. ص6.

ولقد واجه القانون المدني هذه المشكلة بنص صريح خول بمقتضاه للقاضي سلطة تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة، في نص المادة 107 فقرة ثالثة تنص على أنه"غير إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة،جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول"

ولقد عرف الفقهاء المسلمون فكرة الظروف الطارئة ومدى تأثيرها في الالتزام العقدي وعبروا عنها بالأعذار أي تعذر الوفاء بالالتزام([1]) في العقود المتراضية في التنفيذ لأسباب لا دخل لإرادة المدين فيها كارتفاع الأسعار أو لظروف طبيعية من إعصار أو فيضان.

لكن نظرية الظروف الطارئة التي أخذ بهاالمشرع حديثة العهد في التقنينات المعاصرة ولم يأخذ القانون المدني الفرنسي بهذه النظرية في المادة 1134.

على أن:" الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقدها"([2]).

---

[1] عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، القاهرة، ط 1983 ص541.

[2] Les conventions légalement formes, donnant lieu de loi à ceux qui les ont fait

لكن بدأت نظرية الظروف الطارئة تنتعش في التقنينات الحديثة، فظهرت في عدة تقنينات كالتقنين اليوناني ثم التقنين الإيطالي الجديد.

لكن القضاء الإداري الفرنسي، قد غاير القضاء المدني وطبق نظرية الظروف الطارئة وقد أخذ المشرع المصري بنظرية الظروف الطارئة في المادة 147 من القانون المدني.

ومن المقرر أن السلطة المخولة للقاضي بموجب نظرية الظروف الطارئة إنما وجدت أصلا بهدف تحقيق التوازن العادل بين طرفي العقد في الرابطة العقدية وللبحث في مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بموجب هذه النظرية، يقضي منّا استعراض الشروط القانونية التي يتطلبها المشرع لتحقيق الظروف الطارئة بالصورة التي تبرر تدخل القاضي في المجال العقدي بغرض إعادة توازنه المختل بسبب هذه الظروف بما يحقق العدالة وهذه الشروط نفسها تقوم عليها سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة([1]).

المطلب الأول

مفهوم الظروف الطارئة.

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، ج2، 2009. ص.300.

إن كان الأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بنقض العقد وتعديله بل ولا يجوز ذلك أيضا من القاضي لأنه لا يتولى إنشاء العقود من عاقدها. وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها، بالرجوع إلى نيّة العاقدين. فقد خرج المشرع عن هذا الأصل العام، نزولا عن اعتبارات العدالة والصالح العام. وبهدف تلطيف أو تخفيف الظروف العقدية. ولعل أهم مثال على سلطات القاضي في مجال تعديل العقود، ما يفعله استنادا إلى الظروف الطارئة([1]).

إن هذه النظرية التي استحدثها المشرع في القانون المدني 1975 تعد انتهاكا صارخا للقوة الملزمة للعقد وتفيد كذلك مبدأ سلطان الإرادة، بحيث أصبح المتعاقد في بعض الحالات غير ملزم بما تعهد به([2]). فما هو تعريف الظروف الطارئة؟ وما هي الشروط الواجبة توافرها لتطبيق أحكامها؟

الفرع الأول

تعريف الظروف الطارئة.

المعنى اللغوي (لكلمة الظرف).

[1] سميت في القانون المدني الجزائري بالظروف الاستثنائية.

[2] علي فيلا لي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2013. ص395.

ترجع هذه الكلمة إلى جذرها اللغوي ظرف وجمعها ظروف، قال ابن فارس (ظرف) الهناء والوفاء كلمة صحيحة، والظروف تأتي على معنى متعدد في اللغة منها:

1-الوعاء، ومنه ظروف الزمان عند النحويين([1])، وظرف الشيء وعاؤه فالظرف وعاء كل شيء. أي ما يقع فيه الشيء ويحويه زمانا ومكانا.

2-البراعة و ذكاء القلب، حسن الهيئة، حسن العبارة، و الحذف بالشيء.

المعنى اللغوي(لكلمة الطارئة).

تؤول إلى أصلها الاشتقاقي طرأ، وهو ما حدث وخرج فجأة وطرأ على القول، أي أتاهم من مكان بعيد، ويقال للغرباء الطراء والطارئة مؤنث الطارئ([2]).

التعريف الاصطلاحي لنظرية الظروف الطارئة.

هي عبارة عن ظروف وأحداث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وغير متوقعة وتطرأ فجأة على الاتفاق في الفترة ما بين إبرام العقد وتنفيذه بحيث تجعل التزام أحد الطرفين مرهقا لأسباب خارجية عن إرادته لا دخل له فيها، كالظروف الطبيعية من إعصار وفيضانات أو زلازل.

---

[1]أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربية، دار الحديث القاهرة، مصر، 2009 ص718.

[2]الفيروز أبادي مجد الدين أبو طاهر محمود بن يعقوب،القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، لبنان، ط8، 2005. ص46.

يقول الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا: أن الأساس الذي تبناه أغلب الفقهاء إلى اليوم هو أساس العدالة،لأنه إن كان من العدالة أن ينفذ المدين ما اتفق عليه وقت إبرام العقد لكن من الصعب أن يلزم المدين بأضعاف ما اتفق عليه لسبب لا يد له فيه، وعليه فإن أحكام العدالة تقتضي تدخل المشرع بحماية ملحة للمدين وذلك بإعطاء القاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول([1]).

عرفها صبحي محمصاني بقوله"ويقصد بهذا التعبير الحوادث غير المنتظرة التي لم تنشأ عن فعل المدين أو خطئه."

يتبين من خلال هذه التعاريف أن نظرية الظروف الطارئة تعالج نتيجة حادث لا يكون للمتعاقد يد فيه كحرب أو كارثة طبيعية.

وفي العادة يكون محل إعمال فكرة الظروف الطارئة العقود التراضية في تنفيذها إمّا لدخول المدة عنصرا فيها أو بطبيعة العقد ذاته، ومن ذلك عقود الإيجار المقاولة والتوريد والبيع، إذا كان التنفيذ متراضيا لأجل معين([2]).

يمكن تعريف الظروف الطارئة كذلك أنها حوادث طارئة تسمح للأطراف بإعادة المفاوضات فيما بينهم من أجل تعديل اتفاقهم، أو التزاماتهم وذلك عند حدوث ظروف

---

[1]شارف بن يحي، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في الق.م.ج، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف–الجزائر، السنة 2/ع4/ سنة 2010 ص52.

[2]عبد الرّزاق السنهوري، الوسيط في شرح الق.م الجديد، المجلد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2000 ط 3 .ص716.

استثنائية مؤثرة في التوازن العام للاتفاق أو الالتزام ومعطياته الأساسية التي وقع العقد استنادا إليها، وهي الظروف التي تنشئ صعوبة في الالتزامات ولا تشكل استحالة مطلقة أي أن فكرة العدالة أو التوازن بين المتعاقدين كانت وراء ظهور هذه النظرية([1]).

فقد نص المشرع الجزائري على أحكام هذه النظريات متقيدا بالتقنيات المعاصرة في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري فقرة 3" إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلكل اتفاق على خلاف ذلك"([2]).

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ثلاثة شروط نص عليها التقنين المدني الجزائري يمكن استنباطها من نص المادة 3/107 من القانون المدني، الأول يتعلق بالعقد، والثاني بالظرف أو الحادث والثالث بأثر الظرف وهي:

---

[1] تميمي نجاة، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقها في الدستور الجزائري، بحث ماجستير في القانون، فرع الإدارة والمالية، جامعة الجزائر،2002-2003. ص13.

[2] القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007، المعدل والمتمم الق.م،ج.ر عدد 31.

1-أن يوجد التزام تعاقدي متراخي التنفيذ.

2-أن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام.

3-أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا.

الشرط الأول: أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه.

يشترط في هذا النص أن يتم العقد فعلا، وأن يكون من العقود المتراخية التنفيذ ومؤدى ذلك ضرورة مرور فترة زمنية بين لحظة انعقاد العقد والبدء في تنفيذه، بحيث لا يكون الالتزام قد نفذ عند حدوث الظرف الطارئ وذلك لإمكان تطبيق النظرية من قبل القاضي.

وقد يكون هذا التراخي في تنفيذ العقد بسبب طبيعة العقد ذاته لكونه من العقود الزمنية أو الدورية أو المستمرة كعقد الإيجار، والعمل والتوريد. وقد لا يكون التراخي في تنفيذ العقد راجعا إلى طبيعته وكونه من العقود المستمرة، وإنما لكونه من العقود الفورية ومع ذلك لم يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الفوري راجعا إلى اتفاق الأطراف([1]).ولكن يجب أن لا يحدث التراخي في تنفيذ العقد الفوري بسبب المدين فإذا كان راجعا إلى خطئه وتقصيره أو إهماله، فلا يستفيدهذاالمدين

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في الق.م.ج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2005 ص256.

من أحكام الظروف الطارئة. ولا تطبق هذه النظرية على العقود الاحتمالية([1]) المادة 95 قانونمدني.

الشرط الثاني:أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ.

يمكن تعريف الحادث الاستثنائي:أنه حادث غير مألوف لكونه نادر الوقوعفهو حادث لا يقع في ظروف عادية، ومن بين الحوادث الاستثنائية يذكر الفقهاء على سبيل المثال الفيضان، الوباء، والزلزال، والحرب. ولقد أورد القانون البولوني بعض الأمثلة للحادث الطارئ منها الحرب، والوباء وهلاك المحصول هلاكا كلياّ.كما أنه ينسب بعض الفقهاء وصف الاستثنائية إلى آثار الحادث، وليس للحادث نفسه،فقد يكون الحادث في حد ذاته أمرا مألوفا كالتضخم، إلاّ أن الآثار المترتبة عليه هي التي قد تخرج عمّا هو معتاد، فتغير القوانين مثلا أمرا معتاد، ولكن قد يترتب على تطبيقها آثار غير مألوفة كقانون تأميم المحروقات، أو قانون تحرير الأسعار الذي قد يترتب عليه ارتفاع باهظا للأسعار([2]).

فالحادث الاستثنائي يجب أن يكون عاما فإذا كان خاصا بالمدين فلا تنطبق النظرية مهما كان أثر هذا الحادث على التزام المدين، كإفلاسه أو موته، وفي هذا الصدد يمكن التفرقة بين الظروف الاستثنائية والقوة القاهرة، كونها حادث استثنائي غير

---

[1]علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في الق.م.ج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1998. ص99.

[2]علي فيلا لي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2013. ص397.

متوقع إلاّ أنها ليست عامة، فهي تتمثل في حادث فردي خاص بالمدين دون غيره([1]). ومما سبق شرط عمومية الحادث الاستثنائي،هو وسيلة لتضييق مجال تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية وإلاّ كيف نبرر سقوط هذا الشرط بالنسبة للقوة القاهرة، وهي أشد وطأة إذ تجعل تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا([2])، ويظهر أن المحكمة العليا ترى غير ذلك فتشترط العمومية في الحادث بل ذهبت إلى أبعد من ذلك.

ويشترط في الحادث الاستثنائي أن يكون غير متوقعا،ولم يكن في الإمكان توقعه أي ليس في وسع الرجل العادي أن يتوقعه عند إبرام العقد،والمعيار هنا معيار موضوعي فإن كان متوقعا يمكن دفعه فلا يأخذ به لإعمال هذه النظرية.

الشرط الثالث:أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا.

وهذا الشرط يعتبر جوهر النظرية إذ أنه يتعلق أساسا بأثر الظروف الطارئةعلى الالتزام العقدي.وفي هذه الحالة نميز بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة فهما يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، إلاّ أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي، فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه، أمّا الظرف الطارئ

[1] جميلة بلحية، نظرية الظروف الطارئة في الق.م.ج، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية معهد الحقوق والعلوم الإداري، جامعة الجزائر،1982-1983.ص112.

[2] Nourddine TERKI, (L'imprévision et le contrat international dans le code civil algérien), revue, algérienne des sciences juridique et politique, n 3, 1982, p488.

فلا يقضى الالتزام وإنّما يرده إلى الحد المعقول،فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئا من تبعة الحادث([1]).

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها، إلى نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ10-11-1996،القاضي بإلزام مؤسسة ترقية السكن العائلي بتسليم السكن محل النزاع للمدّعي مع إلزام هذا الأخير بأن يدفع للمدّعى عليها مبلغ مالي في حدود نسبة 10 % من السعر الإجمالي للسكن محل النزاع المحدد باتفاقية البيع المؤرخة في 1990/06/04" حيث أن قضاة الموضوع لم أقرّوا زيادة10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه"([2])، فإنهم تناسبوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا لأحكام المادة3/107 قانون مدني "إذا ما طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام وغير متوقعة من شأنها أن تجعل الالتزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق نص المادة 107قانون مدني، والإرهاق الذي يعتد به هنا هو الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة في التعامل عليه حيث يقدر الإرهاق في هذا الشأن معيار موضوعي، لا دخل للظروف الخاصة بالمدين فيه([3]). ويجب تقديره بالنظر إلى الصفقة التي أبرم العقد بشأنها.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق. ص722، 723.

[2] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1999. ص95.

[3] بلحاج العربي، نظرية العقد في الق.م.ج، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015. ص427.

ولا ينتفي الإرهاق حتى ولو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها،فإذا التزم تاجر بتوريد القمح ثم ارتفع سعر القمح لحادث طارئ أضعاف مضاعفة،جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة حتى لو كان قد قام بتخزين كميات كبيرة منها دون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح، أمّا الكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لغلو السكر فيكون له هولا شأن للدائن به ومعيار الخسارة هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى المدين العادي وما يعتبر خسارة فادحة بالنسبة له حتى لو كان المدين ثري، لا تؤثر فيه هذه الخسارة ومن هنا نرى

أن الإرهاق معيار موضوعي بالنسبة للصفة لا ذاتي بالنسبة إلى الشخص المدين([1]).

كما أن شرط الإرهاق يثير عدد من المسائل الشائكة المعقدة التي تحتاج إلى دراسة فقد تدق التفرقة أحيانا بين الأثر الذي يتضمن إرهاقا، والأثر الذي يصل إلى حد الاستحالة. والاستحالة في حد ذاتها ليست فكرة ثابتة مطلقة ولكنها فكرة نسبية تختلف من شخص لآخر ومن زمان إلى زمان آخر([2]).

المطلب الثاني

سلطة القاضي في ظل تحقق الظروف الطارئة.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق. ص878.

[2] محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، القاهرة، ط 3، 1987. ص54.

يقوم تنفيذ العقد على رعاية مقتضى العدالة في تحديد حقوق وواجبات أطرافه فإذا طرأت ظروف استثنائية تتنافى مع مقتضيات العدالة في تنفيذ الالتزام بالنسبة لأحدهما وتجعل تنفيذ التزامه مرهقا، ففي هذه الحالة يبرز دور القاضي المنوط به إقامة العدل وصيانة الحقوق بتعديل العقد وبتخفيض الالتزام المرهق، وبالتالي إذا توفرت الشروط المتقدمة تعين تطبيق حكم الظروف الطارئة.

والقاضي في هذا التعديل لا يزيل كل الخسارة التي تلحق المدين، وإنّما يقوم بهذا التعديل للحد من هذه الخسارة الفادحة التي تصيب المدين، بقصرها على الحد المعقول وتحقيق هذا التوازن يترك تقديره للقاضي.

فنلاحظ أن المشرع لم يحدد للقاضي طريقة محددة، أو وسيلة بعينها لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بل منح للقاضي في سبيل ذلك سلطة واسعة في اختيار الوسيلة الملائمة لتحقيق ذلك. كما أن للقاضي أن يستخدم وسيلة الإنقاص في الالتزام المرهق كصورة من صور التعديل، فإن له أيضا زيادة الالتزام المقابل الذي يقع على الدائن، أو أن يوقف تنفيذ العقد لفترة محددة.

الفرع الأول

الضوابط التي تحكم سلطة القاضي.

على الرغم من أن المشرع قد منح للقاضي بموجب نص المادة 3/107 من القانون المدني سلطة التدخل في العقد لتعديله بسبب الظروف الطارئة، بغرض إعادة التوازن الذي اختل بسبب تغير الظروف، وذلك تحقيقا للعدالة. إلاّ أن هذه السلطة رغم ما يظهر من اتساعها، إلاّ أنها محكومة ومقيدة من ناحية، بتحقيق الشروط التي يتطلبها المشرع في النص القانوني نفسه([1]).

فالمشرع لم يكن يهدف إلى إطلاق يد القاضي في التصدي لشروط العقد دون قيد أو شرط، فحرص على وضع ضابط آخر، استهدف منه تحديد مدى هذه السلطة حتى لا تكون مطلقة بلا حدود.تكمن هذه الضوابط في:

-مراعاة الظروف المحيطة بالقضية.

-الموازنة بين مصحة الطرفين.

- الحد المعقول لرد الالتزام المرهق.

أوّلا: مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية: نصت المادة 3/107 قانون مدني على أنه: " يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق تبعا للظروف "، وعبارة " تبعا للظروف" كما يقول الأستاذ الفرازي لم تجئ عبثا بل قصد بها المشرع تقييد سلطة

[1] عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، القاهرة، ط 1983.ص565.

القاضي في التدخل في حدود ما تكون عليه ظروف التعاقد أو التنفيذ([1])فسلطته تتحرك في إطار الظروف المحيطة بالقضية، فالقاضي على سبيل المثال لا يستطيع أن يقضي بتعديل المضمون المادي للالتزام إذا ما تبين له من الظروف المحيطة أن الحادثة الاستثنائية كانت وقتية يقدر زوالها في وقت قصير.

ثانيا: قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين.

وضابط الموازنة بين مصلحة الطرفين إنما ينصب بشكل مباشر على نظام توزيع الأعباء الطارئة، فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بإعادة التوازن إلى العقد الذي أدى تطور الظروف إلى اختلال توازن الالتزامات المتقابلة فيه،فالعقد وقت نشأته انعقد على مصالح متوازنة بين الطرفين، فكل منهما يهدف إلى تحقيق مصلحة معينة. فارتبطا بموجب الاتفاق لتحقيقها، غير أن تغير الظروف أدى إلى اختلال توازن تلك المصالح فأصبح طرفا الرابطة العقدية ما بين خاسر وكاسب ولذا حرص المشرع على أن يتم التعديل بالموازنة بين مصلحة الطرفين، وهو ما عبر عنه بقوله:" وبعد مراعاة مصلحة الطرفين"، ومن هذا المنطلق لا يمكن للقاضي أن يرفع كل العبء على المدين لأن في ذلك إضرار به وإثراء للدائن([2]).

---

[1] حسبوا الفرازي، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن ، القاهرة، ط1، ص259.

[2] بن شنيتي حميد، دور القاضي في تعديل العقد رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة1998-1999 ص61.

ثالثا: الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الالتزام.

وهذا الحد هو الذي يحقق العدل، ولا يتعارض مع العقد والمنطق، فبقدر الغنم يكون الغرم، وبقدر الكسب تكون الخسارة والحد المعقول المذكور في نص المادة 3/107مدني يعتبر معيارا مرنا، ينظر فيه إلى ظروف كل قضية على حدة وللقاضي سلطة واسعة في تقديره من خلال بحثه في القضية وموازنة ظروفها ومصلحة طرفي العقد.

الفرع الثاني

وسائل القاضي في تعديل العقد.

إذا توفرت الشروط السابقة تقرر تطبيق حكم الظروف الطارئة. والقاضي في هذا التعديل لا يزيل كل الخسارة التي تلحق المدين، وإنما يقوم بهذا التعديل للحد من هذه الخسارة الفادحة التي تصيب المدين([1])، بقصرها على الحد المعقول وتحقيق هذا التوازن يترك تقديره للقاضي.

الملاحظ من ذلك أن المشرع لم يحدد للقاضي طريقة، أو كيفية محددة، أو وسيلة بعينها لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بل منح للقاضي السلطة التقديرية في

[1] الخسارة الفادحة "هي تلك التي تخرج عن حدود المألوف وتجعل التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضربا من الظلم"، راجع: أسعد الكوراني، (نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مقال منشور بمجلة المحاماة، ص241.

سبيل ذلك، أي له سلطة واسعة في اختيار الوسيلة الملائمة من أجل تحقيق ذلك([1]). كماأنه بوسع القاضي استخدام وسيلة الإنقاص في الالتزام المرهق كصورة من صور التعديل كما له أيضا زيادة الالتزام المقابل الذي يقع على الدائن، أو أن يوقف تنفيذ العقد لفترة محددة.

أولا: التنفيذ في صورة الإنقاص من الالتزام:

استخدم المشرع الجزائري في النص العربي للمادة 107 فقرة 3 من التقنين المدني عبارة "...أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..." أما بالنسبة للنص الفرنسي قد استعمل عبارة "إنقاص"réduire" على الرغم من أن الإرادة الحقيقية للمشرع تظهر من خلال النص الفرنسي، وبالتالي هناك تضييق لسلطة القاضي في تعديل العقد عن طريق الإنقاص، وكلمة " الرّد" توحي بمعنى التعديل عن طريق إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل([2]).

إن إنقاص التزامات المدين المرهق تعتبر من أهم الوسائل التي يتبعها القاضي في توزيع عبء الظرف الطارئ، وذلك بإيجاد توازن في شروط العقد حتى لا تكون أمام تجاوزات فاحشة نتيجة الظرف الطارئ، ولذا يتدخل القاضي لتعديل العقد عن طريق الإنقاص، سواء يمس الإنقاص كم الالتزام، أو قد يمس وصفه أو كيفيته.

---

[1] رمضان أبو السعود،أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004. ص231.

[2] علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق.197.

بالنسبة للصورة الأولى: من حيث كمية التعهد و يعطي الفقه على ذلك مثالا كأن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لأحد مصانع الحلوى ثم تقل كمية السكر المتداولة في السوق لحادث طارئ مما أدى إلى ندرتها إلى درجة كبيرة،(حرب منعت استيراد السكر أو إغلاق بعض المصانع) الأمر الذي يجعل توريد الكميات المتفق عليها أمرا مرهقا ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص من كمية السلعة المتفق عليها حتى يرد الالتزام المرهق إلى الحد الذي يستطيع تاجر القيام بتوريده([1])، ولا ينصب الإنقاص على كميات وعدد الأشياء، بل ينصب على قيم الأشياء، فإذا أدت الظروف الطارئة إلى انخفاض أسعار السلع مما يؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة، وإرهاق في تنفيذ عقود البيع مثلا فيجوز للقاضي في هذه الحالة أن ينقص الثمن المتفق عليه بما يزيل الإرهاق أو يخفف منه بالنسبة للمشتري، أي أنه إذا كان الالتزام المرهق هو ثمن المبيع جاز للقاضي إنقاصه أو إنقاص فوائده أو إسقاط أو مد الآجال التي يدفع فيها.

أما بالنسبة للصورة الثانية المتمثلة في إنقاص الالتزام من ناحية الكيف وتختلف عن الأولى، كون الدائن غالبا ما يشترط في حمل الالتزام شروط معينة تتعلق بنوعيته ودرجة جودته وأثناء تنفيذ الالتزام يطرأ ظرف استثنائي يؤدي إلى صعوبة الحصول على النوع المتفق عليه كأن يلتزم شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح ق.م الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 2000.ص726،727.

ومن صنف متفق عليه، ثم تطرأ حوادث استثنائية مما تجعل الحصول على هذا الصنف بالذات مرهقا للمدين، سواء بسبب ارتفاع الأسعار أو لندرة هذه السلع، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يرخص للمدين بإحضار نفس الكمية ولكن من صنف أقل جودة([1]).

يرى بعض الفقهاء أن هذه الوسيلة الوحيدة التي يمكن العمل بها في مجال العقود الملزمة لجانب واحد، لأنه لا يمكن زيادة التزام الطرف الآخر لعدم وجود التزام مقابل لذلك فالواقع يفرض إنقاص التزامات المدين.

ما يمكن قوله أن هذه الوسيلة، وإن كانت تبدو جد فعالة، لأنها حتى وإن لم تقضي على الإرهاق، فإنها تؤدي إلى تخفيفه دون أن يؤدي ذلك إلى إضرار بالدائن([2]).

ثانيا: الزيادة في الالتزامات المتقابلة:

إذا أدى الظرف الطارئ إلى ارتفاع فاحش في الأسعار، في هذه الحالة يقوم القاضي بزيادة السعر المبين في العقد، حتى يتحمل الطرفان الزيادة غير المألوفة، وذلك بزيادة التزامات الدائن، بهدف الوصول إلى التوازن بين مصلحة الطرفين. كأن يتعهد شخص بتوريد كمية معينة من البن بسعر مائتا دينار للكيلوغرام([3])، وفي الوقت بين انعقاد العقد والتنفيذ طرأ ظرف طارئ أدى على ارتفاع الأسعار إلى تسعمائة دينار للكيلوغرام فالقاضي عند ارتفاع السعر لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا

---

[1] حسبوا الفرازي، أثر لظروف الطارئة على الالتزام العقدي في الق. المقارن، المرجع السابق، ص701.

[2] سليمان مرقص، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة،ط 4، 1965. ص420.

[3] جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص130.

السعر بل يخيره بين الشراء والفسخ، فإذا اختار الفسخ كان ذلك أصلح للمدين إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر الحادث الطارئ([1]).

لذا فإن الزيادة في التزامات الدائن تقلل من الخسارة التي يتحملها المدين إلاّ أن المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 03/107 من التقنين المدني عبارة "الرّد" لها معنى ضيق، كما أن النص الفرنسي لم يأخذ بوسيلة زيادة قدر الالتزام المقابل بل اكتفى بعبارة الإنقاص"réduire" أما النص العربي فاستعمل عبارة "يرد" التي تقابل التعديل، سواء عن طريق الإنقاص أو زيادة قدر الالتزام المقابل، حيث يرى أنصار هذا الرأي أنه في كلتا الحالتين يتحمل كل متعاقد جزء من الخسارة المترتبة على الظرف الاستثنائي([2]).

ولكن المشرع الجزائري لو أراد إضافة وسيلة الزيادة لنص عليها صراحة كما هو الشأن في المادة 561 من التقنين المدنيعلى أنه "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامةلم تكنفي الحسبان وقت التعاقد...جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر..."

والملاحظ في حالتي الإنقاص للالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل، أن القاضي لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلى بالنسبة للحاضر، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح الق.م.ج، المرجع السابق. ص726.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح الق.م.ج. الجزء الأول، الجزائر.ص113.

معروف فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيرجع العقد على ما كان عليه قبل التعديل وتعود له قوته الملزمة كما كان في الأصل([1]).

ثالثا:وقف تنفيذ العقد:

القاضي عند معالجته للوضع المطروح أمامه، يلجأ إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد إذا تبين له أن الظرف الطارئ مقدر له الزوال في وقت قصير، وأن اللّجوء إلى وسيلة الإنقاص أو الزيادة يؤدي إلى اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وفي هذه الحالة يأمر القاضي بوقف التنفيذ لفترة محددة أو غير محددة حتى تزول آثار الظرف الطارئ([2]).

إذا لم يكن في ذلك إضرار بالدائن ثم يعود العقد إلى السريان. خير مثال على ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار بعض مواد البناء ارتفاع فاحش بسبب حادث طارئ، لكن هذا الارتفاع يوشك أن يزول بقرب انفتاح باب الاستيراد، ففي هذه الحالة يوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن بالقيام من التزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى والحكم بوقف التنفيذ لا يؤثر على مضمون العقد، سواء من الناحية الموضوعية أو المادية، فتظل الالتزامات فيه طيلة الظرف الطارئ محتفظة

---

[1] بن شنيتي حميد، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق. ص66.

[2] أنور سلطان، أحكام الالتزام،النظرية العامة،دار النهضة العربية،بيروت، 1980.ص236.

بقيمتها ومقدارها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت([1]) أي أن مضمون العقد لا يتأثر بالوقف إلاّ أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الوسيلة كونها ناجعة لمواجهة الظروف غير المتوقعة. والملاحظ أن القاضي سلطته مقصورة على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ولا يجوز له الحكم بفسخ العقد.

تطبيقات تشريعية للنظرية.

لم تكتف بعض التشريعات التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة، ومنها المشرع الجزائري، بإقرار النظرية بنص تشريعي عام، بل أوردت لها تطبيقات في نصوص خاصة. تخضع هذه التطبيقات لأحكام واردة بشأنها.

كما أنها تختلف في كثير من المواضع عن الأحكام التي تقتضي بها النظرية العامة فزيادة على نص المادة 03/107 قانون مدني، الذي يقرر المبدأ العام للنظرية، نلاحظ أن القانون أورد بعض الحالات الخاصة بها. ومن بين الأمثلة الواردة على ذلك، ما نراه في عقد الإيجار،حقالارتفاق وعقد المقاولة.

أولا: التطبيق الخاص للنظرية على عقد الإيجار.

[1]فؤاد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، الإسكندرية، 2004. ص234.

بموجب نص المادة510 ق.م التي تنص على أنه" لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر

ولا بموت المستأجر.غير أنه إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا فسخ عقد الإيجار أو إذا أثبتوا أنه سبب موت مورثهم، أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار يتجاوز حاجتهم، وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة 477 وأن يكون طلب فسخ العقد في ظرف 6 أشهر من موت المستأجر"، وباستقراء نص المادة نجد أن المشرع الجزائري منح لورثة المستأجر حق طلب فسخ عقد الإيجار وذلك من خلال إثبات أحد الأمرين:

*إما أن أعباء العقد أصبحت أثقل من أن تتحملها مواردهم.

*وإما أن العين المؤجرة تتجاوز حدود حاجتهم.

وإذا كان نص المادة الواردة بشأن عقد الإيجار تطبيقا تشريعيا خاصا للنص العام للنظرية، حيث يشترط لفسخ عقد الإيجار حدوث ظرف طارئ وهو موت المستأجر وأن استمرار العقد يلحق بهم إرهاقا.

ومع هذا يختلف عنها في أن النص الخاص بخلاف النص العام لم يشترط أن يكون الحادث الاستثنائي عاما، فموت المستأجر حادث خاص، كما أجاز طلب الفسخ على خلاف النص العام الذي اكتفى برد الالتزام المرهق إلى حد معقول.

كما تنص المادة 513 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجوز للموظف أو المستخدم إذا غير محل إقامته لمصلحة العمل أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة. مع مراعاة المواعيد المبينة من خلال نص المادة 477 قانون مدني ويكون باطلا، كل اتفاق يخالف ذلك."

من استقراء هذا النص نجد أن المشرع سمح للموظف المنقول أن يطلب إنهاء عقد الإيجار وذلك بتوفير شروط لذلك:

*أن يكون الموظف مستأجر لمدة معينة.

*أن يكون عمل الموظف هو الذي أوجب تغيير محل إقامته. ولا يكون النقل بناءا على طلبه أو خطئه.

ويتفق هذا الحكم مع النص العام في أن كلاهما من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على خلافهما، بينما يتميز عنه في أنه، لا يشترط عمومية الحادث الطارئ في نقل الموظف ظرف شخصي خاص بالمستأجر. كما لا يشترط أن يكون غير متوقع بالإضافة إلى أن الجزاء يختلف في حالتين:

فالنص العام للنظرية لا يسمح إلاّ برد الالتزام للحد المعقول، في حين يتعداها في هذا النص الخاص إلى التحلل نهائيا من العقد.

ثانيا: التطبيق الخاص للنظرية على عقد المقاولة:

وذلك واضح من خلال نص المادة 561 منالق.م.ج على أنهى " إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول بأن 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 منه واتفق مع المقاول على أجره، ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلاّ إذا كان العقد الأصلي ذاته 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 التعاهد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقرير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو يفسخ العقد"

يتضح من خلال نص المادة استثناء جواز تعديل الأجر المتفق عليه في الأجر في عقد المقاولة، أو فسخ العقد، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول.

ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقد المقاولة لابد من توافر شروط:

*أن تطرأ حوادث استثنائية عامة بعد إبرام العقد كارتفاع أسعار المواد الأولية.

* أن تكون هذه الحوادث غير متوقعة وقت التعاقد.

* أن تكون هذه الظروف لجعل الالتزام مرهقا.

وما يلاحظ حول هذه الشروط أن تتفق مع المبدأ العام للنظرية، لكن تختلف عنه في كون المادة 561 قانون مدني تجيز فسخ العقد، إذا اختل التوازن في حين تكتفي المادة 107 من القانون المدني برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

المبحثالثاني

سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان.

المبدأ في التعاقد أن يتم إجراءه بحرية النقاش والمساومة، بحيث تترك لكل من طرفيه الفرصة في أن يجعل الآخر يرتضي أفضل الشروط بالنسبة إليه. وهذا هو عقد المساومة الذي يكون فيه توافق الإرادتين نتيجة مساومة بين طرفين متساويين، يؤدي كل منهما دورا في إبرام العقد مساويا للدور الذي يؤديه الآخر([1]).

وهناك نوع آخر ينشأ من هذه القاعدة، فلا تكون هناك مساومة أو نقاش في شروطها وإنما يضع أحد الطرفين هذه الشروط، ولا يكون أمام الطرف الثاني إلاّ أن يذعن لها ويقبلها أو يرفضها كما هي، ويكون قبوله لها بالتسليم والإذعان وهذا ما تناوله المشرع الجزائري بنصوص خاصة والمتمثلة في المواد 70،110،112

[1] عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة الكويت، ط 1982 ص200.

من القانون المدني التي من شأنها تخويل القاضي سلطات إضافية عما كان يتمتع بها في ظل القواعد العامة.

وقد نشأت عقود الإذعان في الفكر القانوني المعاصر، نتيجة الوضع الاقتصادي المتمثل في قيام قوة هائلة توصلت إلى هذا التحكم عن طريق الاحتكار. وقد ساعد على ذلك أن هذه السلع أو الخدمات تتطلب لأدائها مجهودات كبيرة وأموال طائلة لا تستطيع القيام بها إلا شركات ضخمة لا تجد لها منافسة. ومن هذه الحاجات أو الخدمات على وجه الخصوص تقديم الضروريات المنزلية كالكهرباء، الغاز والنقل والتأمين...الخ([1]).

وقد نص المشرع في المادة 70قانون مدني:"يحصل القبول في عقود الإذعان لمجرد التسليم لشروط مقررة يصفها الموجب و يقبل مناقشة فيها".

المادة 110 ق، مدني:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدّل في هذه الشروط أو يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

المادة 2/112 مدني:" غير أنه لا يجوز تأويل العبارات الغمضة في عقد الإذعان ضار بمصلحة المذعن".

[1] عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق. ص 294.

وهذا ما حرص على معالجته المشرع في عقد الإذعان بحكم خاص يعتبر استثناء من الأصل القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، أي ما تقضيه هذه القاعدة هو عدم تدخل القاضي في تعديل العقد أو إلغائه، وذلك احتراما لإرادة المتعاقدين.

وللبحث عن مدى سلطة القاضي وحدود هذه السلطة، ومبرراتها، وأهميتها هذا ما سنتطرق إليه في المطلبين المواليين:

المطلب الأول

مفهوم عقد الإذعان.

لقد أقر الفقه في تقسيم العقود عدّة تقسيمات وذلك بالنظر إليها من وجهات مختلفة ومنها من حيث مدى مساهمة إرادة كل من الطرفين في تكوينه، إمّا أن يكون عقد مساومة أو عقد إذعان.ما دام أن المشرعالجزائرياكتفى بالحديث عن كيفية التراضي عن عقد الإذعان، ولم يعط له تعريفا دقيقا ومفصلا، يسمح لنا بتحديد خصائصه فإنه من الموجب علينا، ونحن بصدد هذا الموضوع أن نبدأ بتعريف عقد الإذعان أولا ثم تناول شروط عقد الإذعان ثانيا.

الفرع الأول

تعريف عقد الإذعان.

لقد سمي هذا النوع من العقود بعقد الإذعان([1]) وأول من استعمل مصطلح contrat d'adhésion هوالفقيه الفرنسي سالي، وهذه الكلمة مشتقة من فعل adhérer ومعناه أن يوافق شخص على قرار اتخذه غيره.

ومعنى الإذعان: هو الإسراع مع الطاعة والإذعان، الانقياد وأذعن الرجل انقاد وسلس وقال في المعجم الوجيز أذعن انقاد وسلب وأذعن بالحق أقر به وقال في مختار الصحاح أذعن خضع وذل.

أمّا اصطلاحا: عقود الإذعان هي صيغة من صيغ العقود تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد، عرفه الأستاذ سالي:" عقد الإذعان هو محض تغليبلإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة ونفرضها مسبقا، ومن جانب واحد وينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد.

عرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة([2]) بأن "عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو

[1] Dreux(a) : de la nature juridique des contrats d'adhésion droit civil 1910, p530.

[2]. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية، ج1، دار النهضة العربية القاهرة، 1990.ص35.

مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنها.

ولعل أهم ما يميز عقود الإذعان هو تعلق العقد بسلعة أو مرفق أو خدمة ضرورية للجمهور، ويكون محل العقد هذا مرهون بسيطرة جهة واحدة أو عدة جهات، بحيث تقل فيها المنافسة على نحو يجعل من هذه الجهة تضمن عقودها شروطا تحقق مصالحها دون أن تعتد بمصالح الجمهور وذلك نتيجة احتكار السلعة أو الخدمة([1]) والقانون الفرنسي يطلق على عقود الإذعان عقود الانضمام، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون مناقشة، وقد أطلق الأستاذ السنهوري على هذا النوع من العقود عقود الإذعان وهي أصح من التسمية السابقة، لأن الإذعان يدل على الاضطرار في القبول لكن الانضمام أوسع من الإذعان، إذ يشمل عقد الإذعان و كافة العقود الأخرى التي ينضم إليها القابل دون مناقشة.([2])

كما تتميز عقود الإذعان بعدم وجود اتفاق مسبق أو مساومة سواء من أحد أطرافه أو من الغير بل أن محتوى العقد ومضمونه كان بإرادة منفردة، هذه الإرادة لا يحوزها سوى انضمام إرادة أخرى وهي إرادة القابل التي لا تستطيع إهمالها كونها تساهم مساهمة فعالة لإعطاء الفعالية القانونية في إثبات وصف العقد على هذه الفئة.

---

[1] لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في الق.م.ج و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1990. ص26.
ـــ سعيدا سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة. 2002ص37.

[2] فؤاد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق. ص240.

أغلب التشريعات العربية تعرضت إلىعقد الإذعان دون وضع تعريف له من ذلك المشرع الجزائري في المادة 70 من القانون المدني الذي أورد كيفية حصول القبول فيها " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها."

وبمعنى أدق أن التعاقد في عقود الإذعان يتم بناءا على إيجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة ثم قبول الطرف المذعن الذي يتم برضوخه للشروط التي وضعها مقدم الخدمة أو السلعة دون مناقشة، لأن الموجب وحده هو الذي يحتكر توريد السلعة أو الخدمة أو أن عرضه أفضل أو لغير ذلك([1]).

عقود الإذعان لا تقتصر على العقود المكتوبة وإنما يلحق وصف الإذعان حتى العقود الشفوية، لكن نظرا لأهميته وحجم المعاملات التي يقع عليها ومدتها فإنه غالبا ما يكون مكتوبا يعده المحترف سلفا ويعرضه على زبائنه أو تعده هيئة أو منظمة مهنية لاستخدامه من قبل أعضائها، ويتضمن هذا العقد شروطا عامة ترد في قائمة ترفق مع العقد الذي يحيل إليها صراحة أو ضمنا. كما يتخذ صورة عقد نموذجي مكتوب تتضمنه وثائق مطبوعة يوقع عليها المستهلك، وقد يتخذ صورة

[1] محمد الشريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، عقود الإذعان، دار النهضة،ط 2006. ص36.

إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في محلات استقبال الجمهور، كما هو الحال بالنسبة لشركة التأمين([1]).

ثانيا: خصائص عقد الإذعان.

من خلال التعريفات السابقة لعقد الإذعان يمكننا استخلاص خصائصه والتي تنحصر في أربعة وهي:

1-أن يكون الموجب محتكرا فعليا أو قانونيا:

يجب أن يكون الموجب محتكرا فعليا أو قانونيا، أو على الأقل مسيطرا سيطرة تجعل المنافسة على المرافق المحتكرة محدودة النطاق([2]).

وهذه الخاصية تفترض عدم المساواة الاجتماعية والاقتصادية بين المتعاقدين كون الموجب فيها يكون في مركز اقتصادي متقلب، أن هذا الاحتكار موجود فعلا ودائما.

2-أن يعد المحتكر شروطا محددة تقبل جملة أو ترفض:

يعد المحتكر شروطا محددة، ويصدر إيجابه غالبا في قالب نموذجي، ويعرض ككل ليعدّل جملة أو يرفض، وكثيرا ما يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة

[1] بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007.
[2] بن شينيتي حميد، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق. ص42.

لا تجوز فيها المناقشة وأغلبها لمصلحة الموجب([1])،فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية أو تعفى منها، وتارة أخرى تشهد في مسؤولية الطرف الآخر وتجاري التقصيرات المحتملة منه، وتصاغ هذه الشروط في صيغة تنطوي على كثير من الدقة والتعقيد بحيث يتعذر على أوساط الناس فهمها.

3-أن يكون العرض موجها للجمهور بصورة عامة و دائمة:

بمعنى أن يوجه العرض إلى أشخاص غير محدودين، كما يلزم أن يكون إيجاب الموجب قائما ودائما وصادر على نحو مستمر([2])، ويكون ملزم لمدة أطول بكثير ممّا عليه الحال في العقود العادية، وعليه لا يمكن لمحتكر السلع أو الخدمة التحلل من هذا الإيجابعن طريق تصرف سلبي، وإلاّ وقعت عليه المسؤولية.

4-أن يتعلق الإيجاب بمرفق أو سلعة ضرورية:

إذ أنه من الواجب أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين حيث لا يمكن تصور الاستغناء عن هذه السلعة أو الخدمة دون أن يلحقهم أذى أو مشقة([3])، فالاشتراك في الماء والغاز والكهرباء كلها تتعلق بمرافق

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية، المرجع السابق. ص65.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح ق.م.ج، ج 4 "عقد البيع"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000 ص28.

[3] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق،1998. ص246.

أساسية، وتجدر الإشارة هنا إلى أن السلعة أو الخدمة يجب أن تكون ضرورية وأساسية ليس بالنسبة لفرد معين ولكن بالنسبة لجمهور الناس.

الفرع الثاني

شروط عقد الإذعان

من خلال نص المادة 110 قانون مدني جزائري التي تنص على أنه:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المدعي منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة..."، يتضح من خلال النص السابق أن المشرع اشترط شرطين حتى يتسنى للقاضي إعمال سلطته الاستثنائية في تعديل عقد الإذعان، وفي تحديد الشرط المجحف، ولا يمكن الاتفاق على استبعاد تدخل القاضي([1])، وهما:

الشرط الأول: أن يتعلق النزاع بعقد الإذعان.

[1] زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، مع الإشارة إلى الموقف الإسلامي من بعض المسائل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2013. ص133.

إن القاضي في عقد الإذعان لا يتدخل إلاّ إذا رفع إليه نزاع يتعلق بوجود شرط تعسفي أو أكثر في هذا العقد([1])، أي أنه عند إعمال السلطة الحمائية المنصوص عليها في المادة 110قانون مدني جزائري لابد من البحث عنها إذا كان موضوع النزاع عقد إذعان أم لا؟ إذ يفترض لسريان هذه السلطة أن نكون أمام عقد صحيح، توافر له عنصرا التراضي من إيجاب وقبول، وكان هذا التراضي صحيحا خاليا من العيوب التي تشوبه، فإذا ثبت للقاضي انعدام هذا التراضي قضى بإبطال العقد لا بتعديل شروطه. كما يجب أن تتوفر في هذا العقد الخصائص المميزة لعقد الإذعان وهي الخصائص السابق ذكرها، ومنها تبدأ مهمة سلطة القاضي المدني المختص في بحث عناصر العقد وأهم تلك العناصر هي:

العنصرالأول: مدى أهمية موضوع التعاقد، وما إذا كان متعلقا بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية التي يصعب على المستهلكين الاستغناء عنها دون ضيق أو حرج وتحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لا؟ مما يخضع لسلطة القاضي التقديرية، باعتبارها مسألة من مسائل الواقع([2]).

العنصر الثاني: الذي يبحثه القاضي، هو كون أحد العاقدين محتكرا لما يدخل في موضوع العقد سواء كانت سلعة أو خدمة، وسواء كان هذا الاحتكار قانونيا أو فعليا

---

[1] بن شنيتي حميد، دور القاضي في تعديل العقد،المرجع السابق.ص.44

[2] Samir Tanagho : de l’obligation judiciaire, thèse pour le doctorat d’état, faculté de droit et des sciences économiques, universités de Paris, 1964, p319.

أو أن تكون على الأقل حسب تعبير الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي" المنافسة بينه وبين غيره، في تقديم تلك السلعة أو الخدمة، محدودة ضيقة النطاق"([1]).

العنصر الثالث: فهو قيام مقدم السلعة أو الخدمة بعرضه على الجمهور وفق شروط مقررة سلفا ولا يقبل نقاشا فيها، فإذا توافرت في العقد موضوع الدعوى المعروضة على القاضي كان العقد عقد إذعان، وبالتالي ينتقل القاضي بعد بحثه في تلك العناصر والتأكد من توافرها إلى المرحلة التالية وهي البحث في جوهر الدعوى أوموضوعها، والمتمثل في مدى تعسفية الشروط التي يتضمنها العقد، وبالتالي إعمال سلطته التقديرية بتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، أمّا إذا تبين له بأن العقد المثار بشأنه النزاع هو عقد عادي لا تنطبق عليه الخصائص الثلاث المميزة لعقود الإذعان فإنه يلتزم بأحكام العقد طبقا للقاعدة العامة([2]).

الشرط الثاني: أن يتضمن العقد شروطا تعسفية.

بعد تحقق القاضي من أن النزاع المطروح أمامه أن يتعلق بعقد من عقود الإذعانيبحث فيما كان هذا العقد يتضمن شروط تعسفية تبرر تدخله، ذلك أن الهدف من إعطاء القاضي هذه السلطة هو حمايةللطرف الضعيف المذعن من الشروط التي تؤثر على التوازن العقدي للمراكز القانونية في العقد وتمثل إجحافا في بحقه، فإن القاضي

---

[1] عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق. ص207.

[2] عزت حنورية ، سلطة القاضي في نقض و تعديل المعاملات، دار الطباعة الحديثة، ط1994، ص319ــ320.

في هذه الحالة يكون له الحق في تعديل هذه الشروط أو إلغائها كلية، بحيث يعفى الطرف المذعن منها، بما يعيد إلى العقد التوازن الذي يجب أن يكون له.

ولكن متى يعتبر الشرط تعسّفيا يبرز تدخل القاضي لإعمال هذه الحماية وكيف يقدر القاضي ذلك؟، وماهوالمعيار الذي يستطيع القاضي بواسطته الوصول إلى تعسفية الشرط؟

لم يعمد المشرع إلى تحديد المقصود بالشروط التعسفية تاركا ذلك لقاضي الموضوع الذي يتمتع بسلطة تقديرية في قياس مدى التعسف، والإجحاف بالنظر إلى الظروف الشخصية لأطراف التعاقد ويستطيع أن يبينها في ضوء مدى ما في هذه الشروط من جور وشدة. وقد سبق من خلال دراستنا لسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن أوالاستغلال توضح لنا أن الأمر الذي أدى بالمشرع إلى تقرير تلك السلطة هو حرصه على تحقيق العدالة التعاقدية، ورفع الضرر الذي لحق بأحد طرفي العقد نتيجة استغلال الظروف المحيطة بالطرف الضعيف، وحصل بموجب العقد على أكثر ممّا دفع أو التزم به، وهنا فالأمرلا يختلف في عقود الإذعان عنه في العقود التي شابها الغبن والاستغلال فالضرر المتوقع حصوله على الطرف الضعيف المذعن بسبب سيطرة الطرف القوي واستغلاله بفرض الشروط التي يتضمنها العقد هوالذي أدى بالمشرع إلى تلك السلطة وهذا تحقيقا لنفس الهدف، وهو حماية الطرف الضعيف ورفع الضررعنه في عقود الإذعان، وليس على القاضي من حدود في ذلك إلّا ما

يقتضيه العدل([1]).وقد ذهب البعض إلى التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها([2]). فالشروط الأولى يظهر التعسف فيها منذ إدراجها في العقد، وتكشف عنه ذات ألفاظه فتأتي متناقضة مع جوهره، وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها، من ذلك مثلا. الشرط الذي يقضي بإعفاء الموجب من المسؤولية أو بإمكان رجوعه في العقد أو وقف تنفيذه.

أمّا النوع الثاني فهو الشروط التعسفية بحكم الاستعمال، وهذه الشروط لا تظهر صفة التعسّف فيها عند إدراجها بالعقد، وإنما عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها، ومثالها في عقد التأمين الذي يعتبر من أهم وأبرز عقود الإذعان، الشرط الذي يلزم المؤمن له بإعلان المؤمن بأمور معينة خلال فترة سريان العقد، وإلّا سقط حقه في التعويض، فهذا الشرط لا يعد شرطا تعسفيا عند إدراجه في العقد، ولكن يعدّ كذلك إذا تمسك المؤمن به لإسقاط حق المؤمن له حسن النية، بالرغم من أنه لا يعود على المؤمن بأية فائدة منالناحيةالعملية([3]).

---

[1] بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،2015.ص191.

[2] محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه في العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2011ـــ2012.ص95.

[3] خالد محمد السباتين، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين. ص130ـــ131.

ويرى الدكتور عبد الحكم أن المادة149مدني مصري المقابلة للمادة 110 قانون مدني تتعلق بالنوع الأوّل من الشروط، وهي الشروط التعسفية في ذاتها.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية لعقد الإذعان.

حرص المشرع على أن يهيئ حماية خاصة للطرف المذعن في عقود الإذعان، تتجلى هذه الحماية من خلال صورتين، هذا ما سنتناوله في الفرعين المواليين:

الفرعالأول

مفهوم الشروط التعسفية

أوّلا: تعريف الشرط التعسفي.

كلمة الشرط في المعنى اللّغوي: إلزام الشيء والتزامه في البيع و نحوه.([1])

أمّا معنى التعسف اللّغوي: تعسف، تعسفا (عسف) عن الطريق، مال عنه وعدل وتعسف الأمر ركبه بلا روية.

[1] ابن منظور، لسان العرب، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر، ج7، 2005.ص329.

وتعسف فلانا ظلمة، استخدمه وتعسف في القول أخذ على غير هداية حملة على معنى لا تكون دلالته عليه ظاهرة.

أمّا الشرط التعسفي في الاصطلاح: فهو الشرط الذي يرفع موجب العقد والشرط الذي يؤدي إلى جهالة في المعقود عليه واشتراط أمر غير مشروع([1]).

التعريف التشريعي للشروط التعسفية:

أغلبية التشريعات في القانون المدني لم تقم بتعريف الشروط التعسفية، إذ أن تعريفها غالبا ما نجده في القوانين الخاصة بحماية المستهلك.

عرّفها المشرع الفرنسي على أنها: "تكون في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحددها موضوعها وآثارها ضررا بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"([2]).

[1] جمال عبد الناصر، موسوعةفي الفقه الإسلامي يصرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مطابع الأهرام التجارية مصر، ج11. ص201.

[2] قانون رقم 90 –96 الصادر في مارس 1990 المتضمن قانون الاستهلاك المادة 132.

عرّفه المشرع الجزائري: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد([1]).

التعريف الفقهي: تعددت التعريفات واختلفت الآراء في تعريف الشروط التعسفية

الرأي الأوّل: ينظر للشرط من جهة أطرافه العلاقة العقدية فيه ومصدره حيث عرّفه "الشّرط الذي يفرض على غير المهني أوالمستهلك منقبل المعني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة([2]).

الرأي الثاني: من حيث طريقة فرضه فعرّفه "الشرط المحررمسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر"([3]).

الرأي الثالث: من حيث أثره على العلاقة العقدية وتوازنها حيث عرّفه بأنه: "شرط في العقد، يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة على عقد الاستهلاك، تتمثل في مكافئة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك"([4]).

---

[1] قانون 04-02 الصادر في 23 يونيو 2004 ،الخاص بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،ج.ر، مؤرخة في 29 يونيو، 2004،ع41.ص6.

[2] عاطف عبد الحميد حسنا، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996. ص 92.

[3] سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002. ص50.

[4] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004. ص 402.

ثانيا: خصائص الشرط التعسفي: يمكن إجماعها فيما يلي:

1ــ أن الشرط التعسفي شرط صحيح، غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وغير مخالف للقواعد الآمرة في القانون.

2ــ أن قياس التعسف في الشرط لا يكون بالنظر إلى كل شرط من شروط التعاقد على حده، بل بالنظر إلى مجموع تلك الشروط، فقد يكون أحد هذه الشروط ميزة أو منفعة للمشترط المحترف ففي حين يكون هناك شرط آخر قد أعطى للطرف الضعيف ما يقابل هذه الميزة أو المنفعة.

3ــ أن الحماية من الشروط التعسفية إنما وجدت للتفاوض في القدرة الفنية([1]) والاقتصادية بين المحترف والمستهلك، فإذا كانت الأطراف في منزلة واحدة معا حيث القدرة الاقتصادية والفنية، فلا سبيل لإثارة موضوع الشروط التعسفية لأن على كل متعاقد واجب السهر والمحافظة على حقوقه لأنه ليس بحاجة للحماية.

الفرع الثاني

حالات تدخل القاضي في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية.

أوّلا: تدخل القاضي في التعديل:وذلك بالطريقة التي يراها ملائمة إمّا بتداول الالتزامات بين الطرفين بالزيادة أو النقصان بما يحقق التوازن بين المتعاقدين أو بتعديل الشروط

[1] عمر محمد عبد الباقي، نفس المرجع، ص408.

التعسفية قصد إزالة الغبن عن الطرف الضعيف، إذا كان هناك غبن معاصر لتكوين العقد([1]).

1- تعديل التزامات الطرفين بالزيادة أو النقصان:

إن الشروط التعسفية في عقد الإذعان قد تكون شروط جوهرية فيه، فلا يمكن للقاضي إلغاؤها دون المساس بالعقد ككل،لذا يكون التعديل أنسب الحلول لرفع الغبن عن الطرف الضعيف، ويتحقق هذا التعديل من خلال إزالة المظهر التعسّفي للشرط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي يتوخاه المشرع وذلك بمنح القاضي هذه السلطة، وهو التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد([2])، وذلك بالإنقاص من مبلغ الإنجاز، أو الإنقاص من قيمة الأقساط أومن قيمة المبيع إذا كان المغبون أو المشتري أو بزيادة التزامات الطرف المحتكر، كزيادة المقابل الذي يحصل عليه المؤمن له أو المستفيد في عقد التأمين عند حدوث حادث المؤمن منه، أو زيادة الأجرة بالنسبة لعقد العمل أو الثمن في عقد البيع إذا كان المغبون هو البائع.

2- تعديل الشرط الجزائي:

المقصود بالشرط محل التعديل هو الشرط الجزائي وهو عبارة عن تعويض متفق عليه بين المتعاقدين، وفي حالة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ يعتبره الطرفان كجزاء

---

[1] زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، المرجع السابق. ص134.

[2] محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، عقود الإذعان، دار النهضة العربية القاهرة، 2006. ص87.

كما قد يرد هذا الشرط في العقد ويكون بمثابة شرط لاحق عن العقد، وهذا الشرط الجزائي لابد أن يكون موجود في عقد الإذعان حتى يتدخل القاضي لتعديله، والقاضي له السلطة التقديرية في ذلك حسب ما تبين له من الظروف مثلا إذا رأى أن الشرط الجزائي المفروض على الطرف المذعن مبالغ فيه، جاز له أن يخفف قيمته بما يتناسب مع قيمة الضرر([1]) أي إذا كان مرتفع إلى درجة كبيرة، فإنه يكون بمثابة تهديد مالي أو غرامة تهديديه لحمل المدين على الوفاء، وعليه يجب أن يأخذ حكم الغرامة التهديدية إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غش أو خطا جسيم.

3 تعديل الشرط من أجل إزالة الغبن عن الطرف المذعن:

قد يكون الشرط التعسّفي في عقد الإذعان في نفس الوقت صورة من صور الغبن بمعناه المادي، فيقوم القاضي بالإنقاص بما من شأنه إزالة الغبن، وقيامه بالتعديل هنا يستند على الطعن فيه بتعسفية الشرط الوارد في العقد طبقا لنص المادة 110 من القانون المدني، ولا يستند على الطعن بالغبن أو الاستغلال([2]).

ثانيا: حالات تدخل القاضي بإلغاء الشروط التعسفية.

قدخول المشرع للقاضي سلطة إلغاء الشروط التعسفية لعقد الإذعان وإعفاء الطرف المدعي منها، كون أن بعضالشروط التعسفية لا يؤدي تعديلها إلى تحقيق العدالة

---

[1] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح الق.م.ج،المرجع السابق، ص34.

[2] حميد بن شنتيني، دور القاضي في تعديل العقد في الق.م.ج،المرجع السابق. ص27.

التعاقدية، لأن الشرط قد يمثل في حدّ ذاته مظهر تعسف في العقد وبالتالي فلا جدوى من تعديله، بل لابد من إلغائه بصفة كلّية([1]).

كما أن القاضي يلجأ إلى استخدام سلطته في الإعفاء، حينما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام لمقابل ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسّف الذي اتّسم به الشرط، وهذا لا يحقق العدل إلاّ بإزالة وإعفاء الطرف المذعن منه.

فالقاضي مثلا عندما يتبين له وجودبند من بنود العقد أي عقد التأمين يقضي بسقوط حق المؤمن له في التأمين، عندما تستر على بيانات معينة أو منحه عنها تقريرات غير صحيحة حتى ولو كان ذلك بحسن نية، يمكنه إعفاء المؤمن له من هذا الشرط لأن ليس من العدل أن يقوم المؤمن بتقديم الأقساط، ثم لا يتحصل على أي مقابل لذلك ودون أي مبرر مقنع([2]).

ونفس الشيء يطبق ويمكن قوله في حالة ما إذا وجد القاضي بندا في عقد العمل بتسريح العامل أو بتوقيع غرامات عليه دون أي موازنة، حتى ولو كان خطأه بسيطا فهناك يمكن للقاضي إلغاء هذا الشرط التعسفي.

كما يرى الفقه أن هذه الشروط تكون من نوع الشروط المألوفة في العقد والتي جرت العادة إلى إدراجها فيه.

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة ع، القاهرة، مصر 1992. ص128.

[2] لشعب محفوظبن حامد، عقد الإذعان في الق.م.ج، المرجع السابق، ص31.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح الأجل القضائي.

يطرح موضوع الشرط الجزائي عدّة إشكالاتمن الناحية العملية لهذا يتطلبالأمرالمعرفة الدقيقة لماهيته كي تتضح لنا الحلول المناسبة وما يمكن ترجيحه منها.

الأصل أن يقوم القاضي بتقدير التعويض المستحق، وعليه أن يراعى في ذلك ما لحق الدّائن من خسارة وما فاته من كسب جرّاء عدم تنفيذ المدين التزامه، وهذا ما يعرف بالتعويض القضائي، أمّا التعويض القانوني ففيه يتدخل المشرّع بنصوص تشريعية لتحديد مقدار التعويض كتحديده لمقدار الفوائد على أساس نسبة مئوية من رأس المال تحسب سنويا، كما يمكن أن يتّفق الطرفان مقدما على التعويض المستحق وهذا ما يسمّى بالتعويض الإتفاقي أوالشرط الجزائيإلى جانب الأجل القضائي الذي نصعليه المشرّع الجزائري بموجب المواد 119،210،281 من القانون المدني الجزائري على أنّه وصف يقترن بالالتزام فيجعله متراخي النفاذ(الأجل الواقف)،أو محدد النفاذ (الأجل الفاسخ) ويجد مصدره في الاتفاق، القانون والقضاءوهذا ما سنتطرقإليه في المبحثين المواليين:

المبحث الأوّل

سلطة القاضي المدني في تعديل الشرط الجزائي.

تقرّر نظام المسؤولية المدنية لمواجهة إخلال أحد الطرفين بالتزامه، ويتمثل أثرها في الحكم على المدين بالتعويض،مفاده ما يعمد المتعاقدان إلى تضمين اتفاقاتهما وتعاقداتهما إضافة إلى الالتزامات الأصلية اتفاقا على تعويض مقدر، هذا ما يسمّى بالشرط الجزائي، فهو في أغلب الأحوال يهدف إلى تحذير الملتزم من الإخلال بالتزامه وتهديده بالجزاء الشديد المشترط لحمله على الحرص على الوفاء وفي موعده

ذلك أن"الجزاء" المشترط لا يقدر قياسيا على ضرر معين، بل يقدر تقديرا جزافيا([1]). وهنا يمكن للطرف المتضرر من هذا الشرط المبالغ فيه أن يلجأ إلى القاضي لإعادة تقدير التعويض بما يتناسب مع الضرر،وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني، نجد أن المشرّع الجزائري قد نظمه في المواد 183،184،185مدنيمن هنا تظهر الأهمية العملية للشّرط الجزائي، سيّما وأنه يطرح عدّة مسائل قانونية كانت محل خلافات فقهية وقضائية بدءا بطبيعته القانونية، ثمّ من حيث شمول نطاق المسؤولية التقصيرية والانتهاء بالإشكالات التي يثيرها استعمال القاضي لسلطتهفي

[1]محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة للنشر، القاهرة ط2001 ص67.

تعديل أحكامه فنتناول في المطلب الأوّل مفهوم الشّرط الجزائي، وفيما يخصالمطلب الثاني طرق تعديل الشرط الجزائي.

المطلب الأوّل

مفهوم الشّرط الجزائي.

يختلف ويتنوع التعويض من حيث تقديره إلى تعويض قضائي وتعويض اتفاقي وتعويض قانوني، كما أن التعويض الإتفاقي يكون في الحالة التي لا يرى فيها الطرفان ترك تقدير التعويض للقاضي فيضمنان العقد المنشئ للالتزام، وهذا ما يعرف بالشّرط الجزائي وللوقوف على مفهومه أكثر نتناول مختلف التعاريف التي أدرجها الفقه بشأنه([1]).

ولقد نظّم المشّرع الجزائري أحكامه وشرعيته القانون المدني الجزائري، ولهذا فما المقصود بالشّرط الجزائي وما هي طرق تعديله؟ هذا ما سنتطرق إليه في الفرعين المواليين:

الفرع الأول

تعريف الشرط الجزائي و خصائصه.

[1]ــفؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق. ص307.

أوّلا: تعريف الشّرط الجزائي.

1ــ التعريف اللغوي:إن أصل معنى كلمة الشّرط لغة: يدلّ على علم وعلامة، وما قارب ذلك من علم، ومن ذلك الشّرط العلامة، وأشراط الساعة علاماتها([1])، وتسمى الشّرط لأنّهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها، والشّرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه.

2ــ معنى الجزائي في اللغة:

قال ابن فارس "الجيم والزاي والياء قيام الشيء مقام غيره ومكافأته إيّاه، يقال: جزيت فلان أجزيه جزاءً، وجازيته مجازاة، وهذا رجل جازيك من رجل، أيحسبك، ومعناه أنه ينوب كل أحد كما تقول: " كافيك وناهيك"

ثانيا:تعريف الشرط الجزائي اصطلاحا.

التنفيذ بطريق التعويض، فالتنفيذ غايته الأصلية، غير أن التعويض هو غايته البديلة وعلى هذا فالتعويض هو محور الشرط الجزائي.

[1]ابن فارس، مقاييس اللّغة. ص 260.

والتنفيذ بطريق التعويض ناشئ من أنه قد يحصل من المدين خطأ يؤدي به إلى عدم التنفيذ العيني أو إلى تأخيره، أو إلى الإخلال بما اتّفق عليه من المواصفات، فإذا وقع شيء من هذا،التجأ الدائن إلى طلب التنفيذ بطريق التعويض([1]).

عرّفه الأستاذ الدكتور جمال زكي([2]) " تقدير اتفاقي للتعويض" أي مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدما التعويض الذي يستحق لأحدهما على الضررالذي يلحقه نتيجة خطأ يقترفه الآخر. ويعتبر اتفاقا يتعلق بالمسؤولية ويفترض من ثمة توافر جميع عناصرها لأنه لا يعدو أن يكون استبدالا بالتقدير القضائي للتعويض تقديرا اتفاقيا له، لا يترتب عليه أدنى تغيير في طبيعته القانونية".

الشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه الطرفان المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدّائن إذا لا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه، وسمّي كذلك لأنّه يوضع ضمن شروط العقد الأصلي([3]).

كما عرّفه الأستاذ منير قزمان بأنّه"اتفاق المتعاقدان مقدما على مقدار التعويض الواجب أداؤه إذا أخل المدين بالتزامه بعد تنفيذه وبالتأخير في تنفيذه، و يشترط لاعتبار هذا الاتفاق شرطا جزائيا أن يتمّ قبل الإخلال بالالتزام أما لم تم بعد ذلك فإنه يعتبر

---

[1]حسني محمد جاد الرب، التعويض الإتفاقي عن عدم التنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والق.الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر2006.ص10.

[2]محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، المرجع السابق. ص69.

[3]ــ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005. ص175.

اتفاقا على تعويض مستحق بالفعل([1]). وعليه فالشّرط الجزائي لاعتباره اتفاقا يستمد قوته الإلزامية من العقد الأصلي، فإنّه يسعى إلى ضمان تنفيذ العقد من جهة، وهو وسيلة لضمان حق الدائن في حالةما إذا لحق به ضرر من جهة أخرى، لهذا يلجأ إليه المتعاقدون باعتباره وسيلة ناجعة تفاديا للجوء إلى العدالة([2]).

ويستخلص من هذه التعاريف أن الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض، سواء من عدم التنفيذ أو التأخر فيه، ويحدد مقدما قبل وقوع الضرر بحكم المادة 183قانون مدني التي تنصّ على أنّه" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176إلى181 مدني، أمّا ما يحصل

بعد وقوعه فهوعقد صلح تحكمه المادة 459 وما بعدها من القانون المدني وليس شرط جزائي.تنصّ المادة 176من القانون المدني أنّ التعويض الذي يحكم به القاضي على المدين في حالة استحالة التنفيذ العيني إمّا لعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، والشّرط الجزائي كتعويض حسب المادة السالفة الذكر يمكن أن يتخذ إحدى الصورتين([3]).

1ــ الشرط الجزائي لعدم التنفيذ: يمكن تضمين العقد الذي يبرم بين طرفي العقد شرطا جزائيا مقرّرا لعدم التنفيذ، ويكون الهدف منه تعويض الضرر المترتب عن عدم تنفيذ

---

[1]ــ منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002. ص105.

[2]-Denis Mazeaoud ,la notion de clause pénale, Tome 223, L.G.D.J : Paris, 1992,p 396.

[3]نجاري عبد اللّه، الشرط الجزائي في الق.م.ج، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر،1983. ص205.

الالتزام من طرف المدين، لأنه قد تضيع الظروف على الدائن أمل الحصول على التنفيذ مثل: هلاك أو فقدان محل العقد وقد يكون محل العقد كلّيا أو جزئيا في كلتا الحالتين ويتحول عدم التنفيذ إلى التعويض و ذلك على مسؤولية المدين.

2ــ الشّرط الجزائي المقرر للتأخير: يكون الهدف في هذه الحالة هو تعويض الدّائن عن الضرر المترتب عن تأخر المدين في التنفيذ، ويرد هذا التعويض بشكل نسبة مئوية يدفعها المدين للدائن عن كل تأخير في التنفيذ ويكثر استعمال هذا النوع من التعويض في مجال القانون الإداري، خاصة في العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع المتعاقد معها.

هذا كان محل تمييز عند الفقهاء بين الشّرط الجزائي المقرر للتنفيذ و المقرر للتأخير في التنفيذ هو التنفيذ نفسه، فإذا كانت قيمة الشّرط الجزائي تقارب قيمة الالتزام فهو التعويض عن عدم التنفيذ، أمّا إذا كان مبلغ الشّرط الجزائي يقل عن مبلغ الالتزام الأصلي بدرجة كبيرة فهو مقرر التأخير في التنفيذ.

ثانيا:خصائص الشّرط الجزائي:

للشّرط الجزائي خصائص أجمع عليها الفقهاء وسايرتهم في ذلك التشريعات وخصائص أخرى خضعت لاختلاف الآراء الفقهية، فمن التشريعات من أخذت بها ثم عدلت عنها،ومن التشريعات من لم تأخذ بها كخاصية ثبات الشّرط الجزائي واعتباره تعويض

جزافي غير مسموح للقاضي تعديله وخاصية الصفقة الجزائية، وما يهمنا نحن هو ما أخذ به المشرّع الجزائري في القانون المدني من حيث اعتباره.

- الشّرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض.

- الشّرط الجزائي طريق احتياطي.

- الشّرط الجزائي التزام تابع.

1ــ الشّرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض: يستخلص من نص المادة 183 من القانون المدني الجزائري أنّ الشّرط الجزائي يبنى على إرادة المتعاقدين، فهذه الإرادة هي أساسه القانوني، أي أنّ المشرّع تركحرية الاتفاق للطرفين في إعمال الشرط وحرية تقدير التعويض الذي يريانه، ولا يتصور أن يكون بهذا النظام القانوني. وإن كانت ترمي إلى نفس أهداف الشّرط الجزائي([1]).

وقد يدرج هذا الاتفاق في بند من بنود العقد المتضمن الالتزام الأصلي دون حاجة إلى اشتراط شكل معين،لأنّ القانون لم يقيّد الأطراف وكل عبارة تدل على اتجاه نيّة الأطراف إلى إدراج الشّرط الجزائي في العقد فهي مقبولة، كما قد يضمن الشّرط الجزائي في اتفاق لاحق على الالتزام الأصلي وهنا في هذه الحالة يشترط اتخاذ الشكل المقرر للالتزام الأصلي، باعتبار الاتفاق اللّاحق التزاما تابعافإذا كان الالتزام الأصلي في عقد رسمي وجب أن يكون الاتفاق اللّاحق في الشكل ذاته.

[1]- محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط والفوائد القانونية، مرجع سابق. ص88.

ويترتب على ذلك أنّ التعويض الاتفاقي وتقديره يتقيد بما يتقيد به التعويض بوجه عام وبما تتقيد به كافة الاتفاقات والعقود من شروط الصّحة وأسباب الانقضاء والبطلان فيجب أن تتحقق شروط استحقاق التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية واعذاره كما لا يجوز الخروج على قيود التعويض المقررة قانونا.لا سيّما ما يتعلق منها بكيفية وحدود تقدير التعويض فلا يشمل التعويض إلّا الضرر الحال الذي وقع فعلا أو الضرر المستقبل المحقق الوقوع، أمّا الضرر المحتمل غير المحقق الوقوع مستقبلا فلا يشمله الشّرط الجزائي ويجوز علاوة على ذلك أن يشتمل الشّرط الجزائي الضرر المتمثل في تفويت الفرصة([1]).

ولكي تتحقق الطبيعة القانونية للشّرط الجزائي كتقدير اتفاقي للتعويض يجب أن يكون سابقا على الإخلال بالالتزام، فالاتفاق اللّاحق على تحقق الضرر يعتبر إمّا صلحا إمّا تجديد الدّين، ويخلو من صفة التعويض التي يتميز بها الشّرط الجزائي هذه الصفة التي كرّسها المشرّع الجزائري بصراحة متجاهلا الفكرة العقابية أو الجزائية وذلك باشتراطه وقوع الضرر لاستحقاق الشّرط الجزائي، وهذا ما قضت به المادة

[1] ــنجاري عبد اللّه، الشرط الجزائي في الق.م.ج، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، 1983 1984.ص38.

1/184 قانون مدني([1]).وكذا المادة181 بإحالتها إلى تطبيق المواد176 إلى181 المتعلقة بالتعويض بمقابل لتطبيقها على الشّرط الجزائي.

2- **الشّرط الجزائي طريق احتياطي:** فهو تعويض والتعويض طريقة احتياطية عند عدم التنفيذ العيني، فلا يطالب الدائن بقيمة الشّرط الجزائي ولا يعرضها المدين إلاّ إذا استحال التنفيذ عينيا بخطأ المدين، أي ما يقضي به المبدأ العام في التنفيذ أن يكون عينيا ولا يحكم بالتعويض إلاّ في حالة استحالة التنفيذ أو التأخر فيه وهو الذي يطبق على الشّرط الجزائي وذلك باعتباره تعويضا وهذا ما يبرز الصفة الاحتياطية للشرط الجزائي فباعتباره تعويض لا يجوز المطالبة به أو إعماله إلاّ إذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن ويبرز الطابع الاحتياطي بصورة أكثر وضوحا في حالة ما إذا كان التنفيذ العيني ممكنا إذ لا يمكن للدّائن عندئذ أن يجمع بين التنفيذ العيني والشّرط الجزائي، إلاّ إذا كان مقرر للتأخير في التنفيذ، فالأصل العام هو المطالبة بالتنفيذ العيني أولا فإذا كان غير ممكن (الاستحالة)،جازالمطالبة بالشّرط الجزائي.

غير أنّ المشرّع الألماني خرج عن هذه القاعدوأجاز المطالبة بالشّرط الجزائي حتى لو كان التنفيذ ممكنا، ولكن يجب عليه أن يتنازل عن التنفيذ العيني المادة 340

[1]تنص المادة 184 الفقرة 1 على ما يلي: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا ثبت المدين أنّ الدائن لم يلحقه أي ضرر"

قانون مدني ألماني، كما يرى بعض الفقراء أنّه مستمد من القواعد العامة، حيث يمكن للدائن أن يطالبه بدلا من التعويض بتنفيذ عينا في حين يرى البعض الآخر أن هذا حق.

3ــ الشّرط الجزائي التزام تابع:

معنى ذلك أنّه ليس التزام أصلي فلا يمكن أن يقوم وحده وإنّما هو دائما التزام تابع ويقوم مستندا إلى التزام أصيل، هذا الأخير الذي يتولّد من العقد أو من أي مصدر آخر من مصادر الالتزام الذي يكون محله إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ولكي يتمّ تنفيذ هذا الالتزام فإنّ الطرفين يتفقان على أنّه في حالة إخلال المدين بالتزامه فإنّه يلتزم بتعويض نقدي أو بأي شيء آخر ويترتب على هذه الخاصية نتائج أهمها:

1ــ بطلان الالتزام الأصلي سيتبع بالضرورة بطلان الشّرط الجزائي وهو محصلة لتطبيق قاعدة عامة معلومة من القوانين بالضرورة إلاّ أنّ هناك من التشريعات من أكّدت ذلك بالنّص عليه المادة1227 من القانون المدني الفرنسي([1])أي لا يكون كذلك مخالفا للنظام العام والآداب([2])، وكذلك في حالة ما إذا أبرم الاتفاق الأصلي المترتب للالتزام الأصلي شخص عديم الأهلية، كان الالتزام بالشّرط الجزائي التابع له باطلا غير أنّه وردت على هذه القاعدة العامة استثناءات، معناه أنّ الشّرط الجزائي رغم بطلان الالتزام الأصلي يبقى صحيحا،وذلك بالنسبة لبيع ملك الغير،

[1]- l’abrogation de l’engagement originel suit l’abrogation de la condition pénale mais ne suit pas. l’abrogation de l’engagement originel."

[2]-منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق. ص106.

والذي يترتب عليه بطلان البيع بالتبعية ينشأ للمشتري الحق في طلب التعويض عند استحقاق البيع في يده المادة 399 قانون مدني من هنا يصاغ الإشكال التّالي: كيف يمكن تبرير بقاء الشّرط الجزائي صحيحا رغم بطلان الالتزام الأصلي وفي ذلك خروجعلى قاعدة التبعية؟.

معناه بطلان الالتزام الأصلي في هذا البيع لا يخل بصحة الشّرط الجزائي ولا بخاصية التبعية.

2ــ بطلان الشّرط لا يتتبع بطلان الالتزام الأصلي وذلك لأنّ مصير الأصيل لا يتعلق بمصير التابع، وأنّ انعدام التابع لا يقضي إلى انعدام المتبوع كأن يشترط الدائن المرتهن على المدين أنّه إذا لم يوفه حقه عند حلول أجل الدين بإمكانه بيع أو تملك العين المرهونة دون إتباع الإجراءات القانونية، ففي هذه الحالة رغم صحة الالتزام الأصلي لكن يبطل الشّرط الجزائي.

الفرع الثاني

شروط تحقق الشّرط الجزائي

يشترط لاستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه توافر مجموعة من الشّروط اشترطها المشرّع الجزائري لتطبيق الشّرط الجزائي، توافر الشروط العامة في المسؤولية المدنية وهي وجود خطأ من المدين، وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية بين

الخطأ والضرر، وإعذار المدين، وبالرجوع إلى المادة 183 قانون مدني نجدها تنص "... حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه.."([1]).

1ــ الخطأ:هوالإخلال بالتزام قانوني، وعرّفه إيمانويل بأنّه إخلال بالثّقة المشروعة ويشترط الخطأ أن يقع من جانب المدين، وغالبا ما يكون عقديا وعلى الدائن إثباته طبقا للقواعد العامة، إذا لم يكن الخطأ الواقع من طرف المدين فلا مجال للتعويضأي غير ملزم بالتّعويض، ولا محل لإعمال الشّرط الجزائي لأنّه تقدير للتعويض غير المستحق([2]).

وللخطأ عنصران: عنصر مادي يتمثل في سلوك الشّخص العادي هو عنصر موضوعي وعنصر معنوي يتمثل في الإدراك وسن التمييز ويقصد به القدرة على فهم الأشياء والتمييز بين النّفع والضّرر([3]). فالمسؤولية لا تقوم دائما على الخطأ، تنصّ المادة 124 قانون مدني بعد تعديل 2005 " كل فعل أي كان يرتكبه الشّخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض"([4])وفي مجال الشّرط الجزائي لا يعتبرعدم التنفيذ أو التأخر فيه هو عين الخطأ دائما مثال الالتزام العقدي

---

[1]سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات (الفعل، الضار والمسؤولية المدنية)، الجزء الثاني، دار

الكتاب الحديث، ط5،1988. ص188.

[2]ــمحمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، النظرية العامة للالتزامات، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006. ص82.

[3]ــزهدور كوثر، محاضرات القانون المدني المقارن، السنة أولى ماستر تخصص قانون خاص أساسي 2016-2017.

[4]ــقانون رقم05-10 المؤرخ في 20 يوليو 2005، المعدّل والمتم للقانون مدني، ج.ر.ع44.

المبرم معلقا على شرط، ويصدر غشّا من الدائن في تحقيق الشّرط، يشترط أن يكون عدم التنفيذ نهائيا من أجل استحقاق الدّائن مبلغ التعويض الإتفاقي، كما يجب أن يكون عدم التنفيذ كليا.

2ــ الضرر: هو المساس بحق أو مصلحة مشروعة يحميه القانون، وهو نوعان ضرر مادي الضرر الذي يصيب المضرور في جسمانه أو ماله أو مصلحة ماديّة مشروعة أمّا الضرر المعنوي يمسّ الشخص المضرور في مشاعره أوعواطفه أوشرفه أوعقيدته([1]). فالقاضي لابد أن يبحث عن ما إذا كان قد نجم عن الخطأ ضرر بالدائن باعتبار أنّ الشّرط الجزائي لن يكون مستحقا إذا لم يترتب على عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ ضرر الدّائن، بحيث نصّ المشرّع صراحة في نص المادة 1/184 " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر " أي لابدّ من وقوع ضرر بالدائن وعليه إثباته".

غير أن القضاء الفرنسي جرى على عدم اشتراط إثبات الضرر وأنّ الشرط الجزائي معناه أنّ الطرفين سلما بأنّ إخلال المدين بالتزامه يحدث ضررا، وأنّهما اتّفقا مقدما على مقدار التعويض اللاّزم له منعنا لأي جدل مستقبلا.

[1]ــعلي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998 ص162.

3ــ علاقة السببية: النتيجة الحتمية بين الخطأ والضرر، وهي امتناع المدين عن التزامه العقدي، أو تأخره في تنفيذه هو الذي ألحق بالدائن ضررا، لكن يجوز للمدين قطع هذه العلاقة إذا أثبت أنّ الضرر راجع لسبب أجنبي أو قوة قاهرة أو حادث فجائي أو كان ضرر غير مباشر أو غير متوقع لأنّه يجوز الاتفاق على تشديد المسؤولية وتحميل المدين تبعة الحادث الفجائي([1]). معنى ذلك القاضي عند بحثه في الشّروط اللاّزمة لتطبيق الشّرط الجزائي المقررة قانونا والتي تتيح التّدخل في تعديل مضمونه ثبوت الخطأ من جانب المدين وثبوت أن ضررا لحق بالدائن، إذ العبرة بارتباط الضرر الذي لحق الدائن بالخطأ الذي اقترفه المدين([2]).

4ــ شرط الإعذار: أي أن يكون الدائن قد أعذر المدين متى لزم الإعذار قانوناهذا واضح من خلال نص المادة 179 قانون مدني" لا يستحق التعويض إلاّ بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك"، ويكون الإعذار شرط لاستحقاق الشّرط الجزائي في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين، رغم أنّ التعويض لا يستحق إلاّ بالإعذار في الأحوال التي يجب فيها فإنّه إذا لم يقم الدائن بإعذار المدين في هذه الحالة فإنّ التعويض الاتفاقي لم يستحق([3]).

---

[1]ــمحمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص84.

[2]ــ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق. ص227.

[3]ــ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح الق.م.ج، مرجع سابق. ص859.

كما يجوز للأطراف الاتفاق مقدما على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى الإعذار، سواء كان الاتفاق ضمنيا كاشتراط وجوب التسليم فورا في عقد التوريد أو صريحا إلاّ أنّه لا ينبغي أن يفهم من وضع الشّرط الجزائي اتجاه إرادة الأطراف إلى الإعفاء من شرط الإعذار، المادة 180 قانون مدني أشارت إلى جواز توجيه الإعذار عن طريق البريد، وذلكبإرساله إلى المدين ضمن ظرف موصى عليه قد يتم الإعذار بما يقوم مقام الإنذار([1]).

المطلب الثاني

طرق تعديل الشرط الجزائي.

اختلفت التشريعات من حيث منحها للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي

فمنها من أخذ بالأثر المطلق للشرط الجزائي من بينهم القانون المدني الفرنسي قبل تعديله المادة1125 بأنه" إذا تضمن الاتفاق أن يدفع من يخل بتنفيذه مبلغا معينا على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطي الطرف الآخر مبلغا أكثر أو أقل منه" الواضح من نص المادة أن القاضي عليه احترام إرادة الطرفين، وأنه لا يجوز له أن يقوم بتعديل التعويض المتفق عليه سلفا إلى حدود الجزاء الحقيقي حسب ما لحق الدّائن من ضرر، أي يتدخل بتعديل مضمون الشرط عن طريق التخفيض سواء كان الشرط الجزائي

[1]ــ نجاري عبدالله، الشرط الجزائي في الق.م.ج، مرجع سابق. ص127.

مبالغ فيه أو قام المدين بالتنفيذ الجزئي المادة2/184 قانون مدني، استثناء فإن المشرع منح للقاضي سلطة التعديل، وهذا واضح من خلال الفرعين المواليين:

الفرع الأول

تعديل الشرط الجزائي بالزيادة.

بالرجوع إلى نص المادة185 من القانون المدني الجزائرينجد أن المشرع قد منع القاضي من زيادة الشرط الجزائي مبدئيا، وهذا واضح من خلال نص المادة السابقة الذكر عل أنه" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدّائن أن يطلب أكثر من هذه القيمة"

كمبدأ عام عدم جواز زيادة الشرط الجزائي وفق المادة 185 بمعنى إذا كانت قيمة التعويض المتفق عليها بين الدائن والمدين تقل عن الضرر الذي وقع للدّائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام من قبل المدين، فإن الدّائن ليس له الحق في مطالبة المدين بتعويض أكثر ممّا اتفق عليه، ولا يجوز للقاضي كأصل عام أن يزيده لكي يكون مساويا للضرر([1])

الاستثناء: جواز زيادة الشرط الجزائي، ما أورده المشرع الجزائري، حيث أتاح الفرصة في حالة واحدة وتتمثل في حالة ارتكاب المدين غش أو خطأ جسيما بمعنى

[1]خليل أحمد حسن قداده، الوجيز في شرح الق.م.ج، عقد البيع، ج 4، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،2001.ص67.

الأصل أن يلتزم المدين بقيمة التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي ولو زادت قيمة الضرر عنها عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لكن إذا كان إخلال المدين بالتزامه قد أخذ صورة الغش أي الخطأ العمدي أو صورة الخطأ الجسيم، فالدّائن أن يطلب بأكثر من قيمة التعويض المتفق عليه([1])ويشترط توافر شرطان:

1-**ارتكاب المدين غش أو خطأ جسيم:** معنى أن تنفيذ الالتزام مقترنا بنيّة سيئة للمدين فلا يمكنه الاستفادة من أحكام الشرط الجزائي، وعلى الدّائن أن يثبت أنّ المدين قد ارتكب غش أو خطأ جسيم وأنّ الضرر اللاّحق به أكبر بكثير من مقدار التعويض المتفق عليه لكي يستفيد من أحكام الزيادة([2])، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي عن طريق الزيادة، كما يسعى إلى زيادة مقدار التعويض حتى يتساوى مع الضرر الواقع، حتى لو كان أكثر من قيمة الشرط الجزائي، وعليه متى أثبت الدائن سوء نية المدين كان يمتنع عن التنفيذ رغم قدرته على ذلك عمدا،حتى لو لم يقصد الإضرار بدائنه، أو كان ذلك نتيجة خطئه الجسيم فعلى القاضي ألاّ يتقيد بالشرط الجزائي، ويحكم بتعويض إضافي، أمّا إذا ثبت للقاضي أن المدين لم يقصد عدم تنفيذ التزامه بل يرجع ذلك إلى ظروف مستقلة عن نيّته، فله أن يحرم الدّائن من طلبه في

[1]إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية، المكتب الجامعي الحديث، ط1، 2003.ص75.

[2]محمد صبري السعدي،أحكام الالتزام، مرجع سابق.ص88.

زيادة الشرط الجزائي([1]) ولا يلزم بتسبيب حكمه بأسباب خاصة عندما يرفض تعديل الجزاء المنصوص عليه إذ أن الأصل هو ألاّ يتدخل في اتفاق الأطراف.

2-**زيادة الضرر عن قيمة الشرط الجزائي:** يقتضي تدخل القاضي وجود زيادة في الضرر مقارنة بالشرط الجزائي، ولكي يتمكن من ذلك على الدّائن إثبات مقدار الضرر الذي لحق به، وأن الإخلال بالالتزام نشأ نتيجة غش المدين أو خطئه الجسيم ليمنع نفاذ التعويض الاتفاقي، كما تجدر الملاحظة أنه لا يجوز للطرفين الاتفاق على مخالفة هذا الحكم بإضافة بند إلى الشرط الجزائي، يقضي بعدم قابليته للزيادة في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم([2]) هنا يثار الإشكال: على أي أساس تبنى مسؤولية المدين في هذه الحالة؟

هناك من ذهب إلى تأسيسها على فكرة الخطأ التقصيري استنادا إلى أن الضرر الناشئ غير متوقع وقت التعاقد،ومن جانب آخر نرى أنّها حجة غير كافية خاصة وأن المشرع في المادة 182 قانون مدني، قد وسّع من مجال الضرر ليشمل الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية إذا ارتكب المدين غش أو خطأ جسيم وهي الحالة التي نحن بصددها.

---

[1] إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية، مرجع سابق. ص76.

[2] محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة ط1.ص159.

وعليه للقاضي سلطة تقديرية واسعة في البحث عن حسن النّية وسوئها وله الحرية الكاملة في رفض طلب الدّائن الرّامي إلى الزيادة في مقدار التعويض، وذلك عن طريق الاستعانة بأهل الخبرة والنظر.

الفرع الثاني

تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض.

إن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة في تخفيض الشرط الجزائي وأجاز له ذلك أي تخفيض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفد في جزء منه([1])، وهذا واضح من خلال نص المادة2/184 قانون مدني، حيث منحت للقاضي حالتين لتخفيض الشرط الجزائي وهما:1 –المبالغة الكبيرة في تقدير الشرط الجزائي.

2–التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي.

وما أخذت به التشريعات العربية ومنها القانون المدني المصري في نص المادة2/224 على أنه" ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وأن الالتزام الأصلي قد نفد ..."([2])، وتنص

[1]محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، مرجع سابق. ص87.

[2]عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح الق.م.ج، مرجع سابق.ص875.

المادة 4/266 من قانون الواجبات والعقود اللبناني على أنه" وللقاضي أن ينقص البدل المعين في البند الجزائيإذا كان قد قسما من الموجب الأصلي([1]).

1-المبالغة الكبيرة في تقدير الشرط الجزائي:

المقصود بالمبالغة:عدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ، بحيث يترتب على ذلك نوع من المضاربة، لكي يتخلص المدين من الشرط عليه إثبات أن الدّائن لم يلحقه ضرر، بمعنى إذا وقع ضرر يمكن له إثبات أن تقدير التعويض لم يكن متناسبا مع الضرر الذي وقع للدّائن، بمعنى إثبات أنّ الزيادة في التقدير مبالغ فيها([2]) تنص المادة2/184 قانون مدني جزائري "يجوز أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا" والإفراط معناه عدم التناسب الكبير بين قيمة التعويض المتفق عليه والضرر اللاّحق بالدّائن ممّا يؤدي إلى التعسف، أي عدم التناسب ممّا إلحاق ظلم بأحد المتعاقدين، مثال الشرط الجزائي المبالغ فيه عقد البيع بالتقسيط على أن يتفقا إذا حل الميعاد ولم يدفع الأقساط، يلزم بدفع شرط جزائي يحدد مقداره بالأقساط الباقية، فهذا شرط مخالف لمقتضيات العدالة ، وحتى يمارس القاضي سلطته في التخفيض وجب أن تكون المبالغة كبيرة، لأنه يترتب عليه إثراء الدّائن على حساب المدين، وعلى القاضي أن ينظر أثناء تقديره فيما إذا كان عدم التناسب فاحشا أو معقولا، وأن يراعي مصالح الأطراف بهدف إيجاد

[1]محمد مرعي صعب، البند الجزائي، «دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، مصر، 2006.ص35.

[2]رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998. ص109.

التناسببين الضرر وقيمة التعويض والتخلص من كل التجاوزات التي تلحق ظلما بأحد المتعاقدينعلى أساس العدالة،أمّا إذا كان عدم التناسب معقولا فلا جدوى من إجراء عملية التخفيض أمّا في حالة ما تبين له أنه فاحش هنا السلطة التقديرية للقاضي بعد الانتهاء من عملية التقدير ينتقل إلى عملية التخفيض([1])، حيث لا رقابة عليه من المحكمة العليا فيما يقرره وينفيه من مبالغة في تقدير التعويض المتفق عليه أو فيما يراه حدا مناسبا لتخفيضه.

2-تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام:

في حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مشروطا لضمان التنفيذ، وكان الالتزام الأصلي تم تنفيذ جزء منه، فإن للقاضي تخفيض الشرط الجزائي الذي اتفق عليه وبموجب مجموعة من المبررات منحت للقاضي هذه السلطة ولتحقيق العدل أحيطت هذه السلطة بعدد من الضوابط، وتنص المادة1231من القانون الفرنسي على أنه" حق القاضي في تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي بالرغم مما كان سائدا منه من تقرير لمبدأ الثبات الذي غل بموجبه يد القاضي من تعديل الشرط الجزائي([2]).

معنى التنفيذ الجزئي: المادة2/184: أن كل تنفيذ جزئي للالتزام يمكن أن يؤدي على تخفيض الشرط الجزائي، ما أغفله المشرع الجزائري، فلو اتفق الطرفان على مبلغ يدفعه المدين، وفي حالة ما إذا أخل بالتزامه بتوريد كمية من السلع ثم قام المدين

[1] عبد الحميد الشورابي، المشكلات العلمية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،ط1988.ص68.
[2]Jacques fleur Jean -lus Aubert, Eric sa vaux :Les obligations, le rapport d'obligation, op, cit, p:154.

بتوريد جزء من هذه السلع، ثم قام المدين بتوريد جزء من هذه السلعة ثم توقف يعتبرهذا تنفيذا جزئيا للالتزام([1])،ويدعم سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي عدة مبررات :

1-إن احترام المتعاقدين يفرض هذا التخفيض لأن إرادتهما اتجهت إلى تغطية الشرط

الجزائي لعدم التنفيذ الكلي، فإذا لم يتوفر هذا الوضع وجب التخفيض ليتناسب مع ما تم فعلا.

2-إن الضرر في حالة التنفيذ الجزئي أخف من الضرر في حالة عدم التنفيذ الكلي ويصبح من العدل أن يخفض الجزاء ليتناسب مع الضرر الذي حل.

3-أن عدم التخفيض سيؤدّي إلى تناقض، فالتنفيذ الذي يقوم به المدين سيكون سببا في زيادة مسؤوليته بدلا من تخفيضها، وبالتالي يكون وضعه أسوء ممّا لو نفذ التزامه.

[1] نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في الق.م.ج، المرجع السابق.ص194.

المبحث الثاني

سلطة القاضي المدني في منح الأجل القضائي.

ارتباطات الناس ومعاملاتهم وما عليهم من التزامات قد تكون منجزة يتم تنفيذها فورا وهذا هو المعمول به في مجال المعاملات اليومية في مجال عقد البيع، ورغم ذلك إلاّ أن هذه الالتزامات احتمال تكون مؤجلة، وللزمان شأن في تنفيذها، وتوقيت الالتزامات إلى زمن لاحق أو معيّن، كثيرا ما يلجأ إليه الناس في عديد من التصرفات وهذه المدة ما يطلق عليها بالأجل وهذا الأجل غالبا ما يكون محدد بزمن معين أو نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين، وهذا محل دراستنا وموضوعنا كإحدى الحالات التي يعتمدها القاضي ويتدخل في تعديل العقود وهذا ما سنتطرق إليه في المطلبين المواليين:

المطلب الأول

مفهوم الأجل القضائي.

معظم التشريعات قد نظمت فكرة الأجل في الالتزام، والذي يعنيها من ذلك هو السلطة التقديرية الواسعة التي منحت للقاضي في تعديل الأجل المتفق عليه ومنحه والأجل المقصود هنا هو الأجل الذي يكون وصفا للالتزام ويكون مصدره هو القضاء.

وهذا الأجل نظمه المشرع الجزائري بموجب نصوص قانونية مبينة في المواد 119 210 ،281 قانون مدني.

الفرع الأول

تعريف الأجل القضائي وأنواعه.

أولا: تعريف الأجل القضائي.

الأجل لغة:هو مدة الشيء، أي مدة لأمر ما.

الأجل غاية الوقت في الموت،وحلول الدين، ومدة الشيء(وجمعه آجال)،والتأجيل تحديد الأجل، واستأ جلته فأجلني إلى مدّة.

كما ورد تعريفه في الموسوعة الفقهية: الأجل هو المدة المستقبلية التي يضاف إليها أمر من الأمور سواء كانت هذه الإضافة أجلا للوفاء بالتزام، أو أجلا لإنهاء الالتزام سواء كانت هذه المدّة المقررة بالشّرع أو بالقضاء،أو بإرادة الملتزم فردا أو أكثر([1]).

ويمكن تعريف الأجل القضائي: هو ذلك الأجل الذي يمنحه القاضي ويكون محدد بزمن معيّن، أو هو ذلك الزمن الذي يضاف إليه الالتزام أو يمتد خلاله التنفيذ، ويمكن

[1]W.w.w.balagh.com/mosoa/page/tex.php ?tid=382.27/03/2017.18: 15: 30.

الاصطلاح على الأجل القضائي بنظرة الميسرة ويوليها القاضي للمدين حسن النّية إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم([1]).

من خلال التعاريف يتضح أن يتضح أن للأجل خاصيتان:

1- يجب أن يكون الأجل أمر مستقبلي: وهذا واضح من خلال نص المادة1/209 من القانون المدني، كما أن للأجل تاريخ معين يحدد لنفاذ الالتزام أو لانقضائه ومن أمثلة ذلك تحديد تاريخ معين في عقد القرض يتعهد في المدين برد مبلغ القرض.

أمّا إذا كان الأمر مضاف إليه التزام يعد الالتزام منجزا.

2- يجب أن يكون الالتزام محقق الوقوع: وهذا واضح من خلال نص المادة2/209 قانون مدني. يعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه.

ثانيا: أنواع الأجل القضائي.

1- من حيث الأثر:

أ- الأجل الواقف: أمر مستقبلي محقق الوقوع يتوقف على تحقيقه نفاذ الالتزام مثال ذلك:تعهد محمد لسفيان بدفع مبلغ 500 ألف دينار بعد ستة أشهر.

[1] جلال علي العدوي، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني الدار الجامعية مصر،1993.ص243.

ب-الأجل الفاسخ: هو الذي يترتب عليه انقضاء الالتزام مثال ذلك: كأن يقوم علي بتأجير منزله مدّة معينة مثلا لمدة أربعة أشهر، هو طريق من طرق انقضاء الالتزام([1]).

2- من حيث المصدر:

أ- أجل اتفاقي: قد يكون صريح، وهو الأجل الذي يحدد العاقدان، كما قد يكون ضمنيا مثال: تعهد محمد لسفيان بأن يدفع له500 ألف دينار بعد سنة أو التزام سفيان بتوريد أغذية للمدارس وهذا الاتفاق ضمنيا على أن الأجل يحل مع بداية العام الدّراسي.

ب-أجل قضائي: يكون ذلك في الحالة التي يمنح فيها المدين مهلة للوفاء بالتزامه إذا كان هناك مبرر من الظروف ويطلق على الأجل القضائي نظرة الميسرة أي هو الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين مراعاة لظروفه السيئة([2])

ج- الأجل القانوني: يكون بنص يحدّده القانون مثال ذلك عقد الإيجار وهو المهلة التي يمنحها القانون للمدينين للوفاء بديونهم بسبب أزمة اقتصادية كما هو الحال بالنسبة لحق الانتفاع، فإن القانون يقرر أجلا له ينتهي بوفاة المنتفع م852 قانون مدني.

---

[1] الأجل الفاسخ تعبير دقيق، لأن الفسخ لا يكون إلاّ للعقد، أمّا الالتزام فهو يسقط وينتهي وينقضي.

[2] أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.ص212-213.

3- من حيث التعيين:

أ- الأجل قد يتحدد وقت التاريخ ونوع الأمر ليقال إنه أجل معيّن مثال، يتعهد أحمد بدفع مبلغ لعلي في01-01-2017.

ب-الأجل غير المعيّن مثال: يتعهد علي لأحمد بدفع 500 ألف دينار حتى الوفاة (وفاة أحمد) أي بوفاة أحمد علي لا يدفع 500 ألف دينار وميعاد الوفاة غير معلوم([1]).

الفرع الثاني

شروط منح الأجل القضائي.

رغم أن للقاضي سلطة في منح الأجل إلاّ أنه ينبغي توافر شروط معيّنة في منح الأجل القضائي، تتمثل هذه الشروط في:

1-ألا يوجد نص قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة.

2- أن تستدعي حالة المدين منحه الأجل القضائي.

3- ألاّ يلحق الدائن ضرر جسيم من منح الأجل القضائي.

4- أن يكون الأجل الذي منحه القاضي معقولا.

[1]أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق. ص214.

1-ألاّ يوجد نص قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة: منح المشرع الجزائري سلطة في هذا الميدان، وتعتبر ممارستها تطبيقا النصوص القانونية، كما أن هذا الشرط يبدو لأول مرة أمر منطقي، وعليه فإذا ورد نص قانوني في إحدى الحالات يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة فإن القاضي احتراما لهذا النص لا يستطيع منحها، لأنه يتقيد في هذه الحالة بقيد قانوني ملزم، لا يجوز له الخروج على مقتضاه([1])ومثال ذلك في نص المادة 467 من القانون المدني على أن الأجل القضائي لا يمنح في قضايا السفاتج والسندات لأمر والشيكات.

2-أن تستدعي حالة المدين منحه الأجل القضائي: ومفاد هذا الشرط أن يكون المدين حسن النيّة في تأخره في الوفاء بالتزامه،وعنده مالا يكفي للوفاء بالتزامه.

كما أن هذا الشرط يستخلص من نص المادة2/119مدني نصت على أنه"يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف"،وحالة المدين هي الظروف التي قد تقتضي مع نظرة الميسرة لأن منح هذه النظرة لا يكون إلا لدواعي مصلحة المدين.وكذا نصت المادة281 مدني بقولها:"غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمحو آجالا ملائمة للظروف" والمقصود بعبارة مركز المدين حالته الاقتصادية وهي إحدى الظروف التي تستدعي منح أجل قضائي للمدين

[1]محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1992. ص402.

حتى يتمكن من تنفيذ التزاماته([1])، كما أنه لا يجوز أن يكون معسرا، وإلا فلا فائدة من هذه النظرة.وعليه يجب أن يكون عنده من المال ما يكفي بالتزامه وليس في مقدوره مؤقتا بيع المال للقيام بالوفاء، أو يكون للمدين موارد يقتضيها في مواعيد متعاقبة، كأجر عمله.

3-ألاّ يلحق الدائن ضرر جسيم من منح الأجل القضائي

الملاحظ من هذا الشرط أن المشرع الجزائري لم ينص عليه على عكس المشرع المصري في بداية الأمر حيث نص على وجوب الإضرار بالدائن، عند منح الأجل القضائي. وعليه ليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن فإذا كان يلحق بالدائن من جراء التأجيل ضرر جسيم يمتنع القاضي عن منح الأجل كأن يكون الدائن معولا على الدين لإبرام الصفقة يعود فواتها بضرر جسيم أو لأداء دين عليه لا يستطيع التأخر في وفائه. وخلاصة هذا الشرط أنه يقتضي الموازنة بين المصلحة والضرر([2]).

4-أن يكون الأجل الذي منحه القاضي معقولا وليس طويلا:

المقصود من ذلك أنه لا يمكن للقاضي منح أجلا طويلا يعطل فيه على الدائن حقه بل يجب قياس الأجل بقدر ما هو ضروري ليتمكن المدين من الوفاء، وقد نصت

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح الق.م.ج، المرجع السابق. ص781.

[2] فؤاد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجعالسابق.ص485،484.

المادة281 من القانون المدني "غير أنه يجوز للقضاء نظرالمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمحو آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة".

ونخلص أنه يجوز للقاضي منح آجالا متعاقبة لا أجلا واحدا، بمعنى الدين يكون على أقساط يلاحظ من بينها قدرة المدين على الوفاء، وهذا الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يراعي إذا كان يستدعي منح المدين نظرة الميسرة، وأن تقديره في ذلك موضوعي،ولا رقابة له من قبل المحكمة العليا.

المطلب الثاني

مدى سلطة القاضي في تعديل الأجل القضائي.

سلطة القاضي في هذا المجال واسعة غير مقتصرة وغير متوقفة على دعوى التنفيذ بل تشمل أيضا دعوى الفسخ، والملاحظ أن هذه السلطة تكمن في عدّة حالات([1]).

-حالة ما إذا كان تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المدين محددا بأجل معين متفق عليه مسبقا، وعليه فحل الأجل المتفق عليه للتنفيذ، ولم يتمكن المدين من ذلك بسبب إعساره.

-حالة ما إذا كان الاتفاق على الوفاء بالالتزام عند المقدرة أو الميسرة،فنشأ الخلاف بين الطرفين حول ذلك،كما أن دور القاضي يكمن في تحديد أو تعيين أو منح وقت مناسب لحلول الأجل.

[1] محمد علي الخطيب، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق. ص288.

-حالة الإخلال بالالتزام من قبل أي من العاقدين في عقد من عقود المعاوضة الملزمة للعاقدين خلال طلب الفسخ من الطرف الذي حصل بحقه سواء صراحة أو ضمنا([1]) وذلك بمناسبة النّزاع المرفوع إلى القاضي حول ذلك وبشرط أن تتوفر في هذه الحالة شروط الفسخ ([2])، هنا يمنح القاضي للمدين أجلا للوفاء بالتزامه، وعليه يكون المستفيد من الأجل القضائي هو المدين المعسر إذا تقرر الأجل لصالحه، أما فيما يخص الحالة الثانية فكلا من المتعاقدين يستفيد من ذلك،فالملاحظ من الحالات الثلاث إمّا التعلق بخلاف أثناء دعوى التنفيذ، ففي هذه الحالة يتدخل القاضي لتحديد الأجل أو منح نظرة الميسرة، أو تتعلق بحالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه فيطلب الطرف الآخر الفسخ هنا تقوم سلطة القاضي قبل حكمه بالفسخ ، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرعين المواليين:

الفرع الأول

سلطة القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ.

الملاحظ أن سلطة القاضي في منح الأجل القضائي واسعة بغض النظر إن كان الضرر بسيطا أو جسيما، جاز للقاضي أن يمنح المدين هذا الأجل أو هذه الآجال المعقولة والأمر في النهاية يرجع إلي تقديره، فهو الذي ينظر حتى بعد

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح الق.م.ج،المرجع السابق. ص707.

[2] محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق.307.

توافر هذه الشروط إن كان ثمة ما يستدعي منح المدين نظرة الميسرة، وتقديره في ذلك تقدير نهائي، لا معقب عليه من المحكمة العليا.

ولا ينال المدين من القاضي نظرة الميسرة إلاّ أثناء الدعوى التي يرفعها الدائن ويطالب فيها بالدين، أو أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ بموجب سند رسمي ففي الحالة الأولى يستطيع المدين أن يطلب من القاضي أثناء الدعوى منحه نظرة الميسرة على النحو

الذي قدمناه، بل يجوز للقاضي من تلقاء نفسه ودون طلب من المدين أن يمنحه أجلا قضائيا.وفي الحالة الثانية أين لا يتيسر للمدين أن يطلب نظرة الميسرة في دعوى مقامة عليه، لا يبقى أمامه إلا أن يستشكل في التنفيذ ويطلب من قاضي الأمور المستعجلة منحه أجلا قضائيا بالشروط المتقدم ذكرها.([1])

ويقوم القاضي بعد التحقق من مدى توافر الشروط السابقة الذكر ومدى جدوى منح المدين لهذا الأجل والضمانات التي يقدمها للوفاء بالتزاماته عند حلول الأجل أن يوقف التنفيذ حتى ينقضي الأجل الذي منحه القاضي للمدين.وإذا كان الدائن ينفذ بموجب سند رسمي ثم منح المدين أجلا قضائيا، وجب وقف إجراءات التنفيذ، وإذا استمر الدائن فيها كان ما باشره منها بعد نظرة المسيرة باطلا ولكن ما تم من إجراءات التنفيذ قبل منح المدين أجلا قضائيا يبقى قائما حافظا لآثاره.فإذا ما انقضى الأجل الذي منحه

[1] فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق.ص490.

القاضي للمدين، ولم يوف المدين بالدين([1])فإن الدائن يتابع إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفة، ولا يحتاج إلى إعادة هذه الإجراءات من جديد.

ولكن يجوز للدائن أن يتابع الإجراءات التحفظية، كقطع التقادم وقيد الرهن وتجديد قيده ونحو ذلك، فإن الأجل الواقف لا يمنع من اتخاذ هذه الإجراءات، فمن باب أولى لا يمنع منها الأجل الممنوح من القاضي.

ولنظرة الميسرة أثر نسبي، فهو مقصور على المدين الذي منح له الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه، مادام هؤلاء لم يمنحوا مثله أجلا قضائيا ولكن كفيل المدين إذا منح المدين أجلا قضائيا ينتفع بذلك.وإلاّ جاز للدائن أن يرجع علىكفيل المدين بما وفاه للدّائن، وإلاّ فلا تكون هناك فائدة من منح المدين نظرة الميسرة. وأثر نظرة الميسرة مقصورة كذلك على الدائن الذي حكم في مواجهته بها، فلا يتعدى إلى الدائنين، الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدّائن الأول. والواجب على المدين أن يدخل كل الدّائنين المتضامنين في الدعوى، ليحصل على حكم في مواجهتهم جميعا بمنحه أجلا قضائيا.

الفرع الثاني

سلطة القاضي بمناسبة دعوى الفسخ.

[1]وهذا على خلاف القاعدة التي تقضي بأن ما يفيد أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقي ذلك لأن الأجل القضائي إنما تمنح للمدين نظرا لظروفه الشخصية، فلا يتعدى أثرها إلى غيره من المدنين ممن ليست لهم هذه الظروف.

للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال منح الأجل القضائي للمدين في حالة لم يفي بالتزامه، وهذا لتمكينه من الوفاء به حسب الظروف وهذا ما نصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري، وكذا قرار المحكمة العليا القاضي من المقرر قانونا أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يفي أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إذا اقتضى الحال ذلك، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرفا للقانون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها لم تنكر وجود عقد الوعد بالبيع بينها وبين الطاعن، وأنها طالبت بفسخ هذا العقد دون إعذار المدين، وهي بذلك قد أخلت بالتزامها التعاقدي مسببة ضرر للمدعي الذي من حقه أن يطالب بتعويض عما أصابه منه طبقا للمادة 124قانون مدني، فإن اكتفاء قضاة الاستئناف برفض دعوى تعويض الطاعن تأسيسا على أنه هو الآخر قد ارتكب خطأ لكون المطعون ضدها أكدت بأنها طالبته بدفع باقي الثمن بهدف الإسراع في عملية إتمام البيع، ولكنه رفض وتماطل فإنهم بقضائهم هذا لم يسببوا قرارهم تسببا ومتى كان ذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه.

الغرفة العقارية.رقم القرار225843، تاريخ القرار2002/02/20.

قضية (ب.ب) ض د(م.د).

إن القضاء بفسخ العقد مع منح التعويض دون أن يطالب بذلك الطاعن الذي تمسك بتنفيذ العقد هو تطبيق سيّئ للمادة 119 قانون مدني إذا كان يتعين على قضاة الموضوع التقيد بالدعوى وطلباتها.

وعليه فإذا ما حل الأجل المتفق عليه دون قيام أحدهما بتنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر طلب فسخ العقد، وعلى القاضي المختص إذا ما تأكد من توافر جميع الشروط القانونية للفسخ إما أن يستجيب لذلك أو يرفض إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات أو منح أجل للمدين([1]).

يقع الفسخ بحكم القضاء، مادام أن ليس هناك اتفاق في هذا الشأن ويجب على الدائن بعد الإعذار أن يرفع طلب الفسخ إلى القضاء في صورة دعوى، لأن الفسخ لا يتقرر إلاّ بحكم القضاء وحكم القاضي في هذا المجال يعتبر منشئا للفسخ لا كاشفا عنه وذلك بخلاف الفسخ الإتفاقي أو الانفساخ([2]) وللدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ أن يعدل قبل الحكم به إلى طلب التنفيذ عينيا أو بمقابل العقدي، ولا يبقى إلاّ التعويض عن التأخير في حالة ما إذا المدين تعمد عدم التنفيذ أو أهمل فيه إهمالا جسيما برغم قيام الدائن بإعذاره، فلا يجد ما يمنعه من القضاء بالفسخ([3]).

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، (نظرية العقد)، المرجع السابق.ص955.

[2] بلحاج العربي، نظرية العقد في الق.م.ج،المرجع السابق.ص485.

[3] رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام،المرجع السابق، ص486.

وقد يتضح للقاضي أن المدين قد بدأ في تنفيذ التزامه وأن الجزء الباقي بدون تنفيذ قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته، فيرفض القضاء بالفسخ، لأن القاضي يراعي ظروف المدين، فيقوم بمنحه أجلا للتنفيذ، وهنا يمكن القول أن القاضي قد مارس سلطته في تعديل العقد وهذه السلطة تتمثل في منح نظرة الميسرة للمدين وكذلك يمنح القاضي للمدين أجلا إن تبين له أن الضرر الحاصل لم يكن بفعل المدين وإنما بفعل الدائن طالب الفسخ وأن الضرر الحاصل قليل الأهمية على أن القاضي لا يمنعه منح المدين أجلا للتنفيذ، أن يكون الدائن قد سبق له إعذار المدين قبل رفع الدعوى.وإذا القاضي منح المدين أجلا حسب الظروف،وجب على هذا الأخير أن يقوم بتنفيذالتزاماته وليس للقاضي أن يمنحه أجلا آخر لتنفيذه، بل يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه حتى ولو لم ينص عليه القاضي في حكمه أو أغفله([1]).

ونخلص أن الرخصة المخولة للقاضي بمنح المدين أجل للتنفيذ وهذا ما يسمى بالمهلة القضائية للوفاء، ماهي إلاّ تطبيقا للقاعدة العامة التي تبيح للقاضي في حالات استثنائية أن يمنحه أجلا معقولا ينفذ فيه التزامه، إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم وهذا ما اتبعته المحكمة العليا في قراراتها المشهورة الحديثة.

[1] بلحاج العربي، نظرية العقد في الق.م.ج،المرجع السابق.ص486.

خاتمة

نخلص في الأخير وتطبيقا للمبدأ العام أن القاضي ليس له سلطة في تعديل العقد لكنه مجبر بتطبيقه، لأنه القانون الذي يحكم الطرفين، وذلك احتراما لإرادتهما المشتركة وتحقيقا لرغبتهما، وسعيا لاستقرار المراكز القانونية، وتحقيقا للعدالة والمساواة بين الأفراد والتقليل من المنازعات التي تثار أمام القضاء أو الحد منها،ولذا فإن سلطة القاضي تنحصرفي كشف وتطبيق إرادة المتعاقدين، وذلك بواسطة عملية التفسير وتحديد النطاقوهذا ما أورده المشرع الجزائري في النصوص القانونية وواضح في نص المادتين111و112 من القانون المدني المتعلقة بالتفسير،وكذا نص المادة107المتعلقة بتحديد النطاقلكنه أغفل نص خاص بالتكييف.

ولكن خروجا عن المبدأ العام، ونظرا لعدم صحة افتراض تكافئ وتعادل إرادتي الطرفين واستطاعة تغيّر الظروف التي أبرم فيها العقد، منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة في تعديل العقد في حالة خاصة ومتى تباينت ظروف ذلك، ففي ما يخص الظروف الطارئة منح المشرع للقاضي سلطة في تعديل العقد، وهذا واضح من خلال المادة 3/107 من القانون لمدني، وذلك حماية للطرف الضعيف وبهدف تحقيق التوازن العادل بين طرفي العقد، وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد في حالة اختلاله، والمحافظة على بقاء العقد وتنفيذه في ظروف حسنة بعكس اللجوء إلى فسخ العقد الذي يعني إنهاءه.

أمّا بالنسبة لعقد الإذعان منح المشرع للقاضي سلطة استثنائية تتمثل في تعديل العقد مع إلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان وذلك حماية للطرف المذعن وحرصه على تحقيق العدالة التعاقدية ورفع الضرر الذي لحق بأحد طرفي العقد، أي منح له سلطة خطيرة، وهذا بموجب المادة110 من القانون المدني الجزائري، وذلك بإلغاء الشرط التعسفي كليّا دون الاكتفاء بتعديله، مع العلم أن المشرع لم يحدد نوعية العقود الملغاة أومحل التعديل.

أمّا بالنسبة للشرط الجزائي يتدخل القاضي طبقا لأحكام المواد184و185 لتعديله بالإنقاص في حالة ما إذا كان التقدير للشرط الجزائي مبالغا فيه أوفي حالة تنفيذ المدين للالتزام جزئيا، وبالزيادة في حالة استخدام المدين الغش أو خطأ جسيم، وذلك احتراما لمبدأ سلطان الإرادة، وبهدف حماية المدين الذي اعتبره الطرف الضعيف في العقد.

وكذلك يتدخل القاضي في تعديل الأجل القضائي أو ما يطلق عليه بنظرة الميسرة ويتم التعديل بواسطة دعوى الفسخ المادة 119 قانون مدني، وذلك بمنح أجلا للمدين متى تبين له أن الضرر الحاصل لم يكن بفعل المدين وإنما بفعل الدّائن أو الضرر الحاصل قليل الأهمية وكذا بواسطة دعوى التنفيذ.

وعليه فإن التعديل هو وسيلة ايجابية للقضاء على الاختلال في التوازن العقدي وذلك بهدف حماية العقد من مخاطر الفسخ وعدم التنفيذ.

قائمة المصادر

1. النصوص القانونية

1. قانون رقم90-96 الصادر في مارس1990، المتضمن قانون الاستهلاك.
2. قانون رقم04-02 الصادر في23 حزيران 2004، الخاص بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر مؤرخة في 29 يونيو2004، ع44.
3. قانون رقم07-05 المؤرخ في 13 ماي2007، المتضمن الق.م،ج.ر ع31.
4. قانون رقم05-10 المؤرخ في يوليو سنة2005، المعدل والمتمم لق.م،ج.ر ع 44.

2-المراجع بالعربية

أ-المراجع العامة

1. إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ط2003،1.
2. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ج7، 2005.
3. أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث القاهرة، مصر2009.
4. أنور سلطان، أحكام الالتزام، النظرية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، 1980.

5. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2005.
6. بلحاج العربي، نظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في الق.م.ج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1998.
7. بلحاج العربي، نظرية العقد في الق.م.ج، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2015.
8. جلال علي العدوي، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، 1993.
9. جمال عبد الناصر، موسوعة في الفقه الإسلامي يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية مطابع الأهرام التجارية، مصر.
10. حسني محمد جاد الرب، التعويض الإتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام والتأخر فيه، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر 2006.
11. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح الق.م.ج، ج1، الجزائر.
12. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح الق.م.ج، ج4، (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

13. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

14. زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة مع الإشارة إلى الموقف الإسلامي من بعض المسائل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2013.

15. سليمان مرقس، الواضح في شرح الق.م في الالتزامات(الفعل الضار والمسؤولية المدنية ج2) ، دار الكتاب الحديث، ط5 ،1988.

16. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية،القاهرة، 1965.

17. عاطف عبد الحميد حسنا، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

18. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العلمية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ط1988.

19. عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة الكويت، ط1982.

20. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح الق.م الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام،(مصادر الالتزام)، منشورات الحلبي الجديد، بيروت لبنان، طبعة جديدة، 1998.

21. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح الق.م الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ط1، 2000.

22. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة الق.م المصري، القاهرة ط1983.

23. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية، دار النهضة العربية، القاهرة 1992.

24. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في الق.م.ج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1992.

25. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر،الجزائر، ط3، 2013.

26. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

27. الفيروز أبادي مجد الدين أبو طاهر محمود بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، لبنان، ط8 ،2005.

28. محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، النظرية العامة للالتزامات، دار الكتاب الحديث الجزائر، 2004.

29. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح الق.م.ج، دار الهدى، الجزائر، 2009.

30. محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

31. منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، 2002.

ب-المراجع الخاصة

1. بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007.

2. حسبو الفرازي، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، القاهرة ط1.

3. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دار النهضة القاهرة، ط1، 1994.

4. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية القاهرة، 2002.

5. عزت حنورية، سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات، دار الطباعة الحديثة ط1994.

6. محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2001.

7. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة ط2006.

8. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، القاهرة، ط3، 1987.

9. محمد مرعي صعب،"البند الجزائي"، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006.

3-الرسائل والمذكرات

أ-الرسائل

1. بن شنيتي حميد، دور القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،1998-1999.

2. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في الق.م.ج والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والإسلامية جامعة باتنة-2011-2012.

3. محمد علي الخطيب، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المصري والفقه الإسلامي رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1992-1993.

ب-المذكرات

1. تميمي نجاة، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقها في الدستور الجزائري، بحث ماجستير في القانون، فرع الإدارة والمالية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،2002-2003.

2. جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في الق.م ج، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،1982-1983.

3. خالد محمد السباتين، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة القدس فلسطين.

4. نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في الق.م.ج، دراسة مقارنة، بحث ماجستير، جامعة الجزائر1983-1984.

4- المقالات

1. شارف بن يحيى، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في الق. م.ج، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، السنة2/ع4/2010.

5-المحاضرات

1. زهدور كوثر، محاضرات في الق.م. المقارن، سنة أولى ماستر، تخصص قانون أساسي خاص،2016-2017.

6-المواقع

1. www.balagh.com/mosoa
2. www.startimes.com

7-المراجع بالفرنسية

1. Denis Mazeaud, la notion de la clause pénale, Tome223, L.G.D.J : paris, 1992.
2. Jaque Fleure Jean-Luc : Aubert. Eric sa veaux :Les obligations, Le rapport d'obligation,1995.
3. Nourddine Terki,(L'imprévision et le contrat international dans le code civil algérien),revus algérienne des sciences juridiques et politique, n°03,1982.
4. Samir Tanagho : de l'obligation juridique judiciare, thése pour le doctorat d'état, la faculté de droit et des sciences économiques, universités de paris, 1964.

الفـــــــــــهـــــــــــــرس

العنـــــــــــــــــاويـــــــــــــــــن	الصفحة
مقدمة:	1
الفصل الأول: سلطة القاضي المدني في تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة وعقد الإذعان.	5
المبحث الأول: سلطة القاضي المدني في تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة.	6
المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة.	8
الفرع الأول: تعريف الظروف الطارئة.	9
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.	12
المطلب الثاني: سلطة القاضي في ظل تحقق الظروف الطارئة.	17
الفرع الأول: الضوابط التي تحكم سلطة القاضي.	18
الفرع الثاني: وسائل القاضي في تعديل العقد.	20
تطبيقات تشريعية للنظرية.	26
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان.	30
المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان.	32
الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان وخصائصه.	33
الفرع الثاني: شروط عقد الإذعان.	38
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية لعقد الإذعان.	42
الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية.	43
الفرع الثاني: حالات تدخل القاضي في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية.	46
الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح الأجل القضائي.	50
المبحث الأول: سلطة القاضي المدني في تعديل الشرط الجزائي.	51
المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي.	52
الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي وخصائصه.	53

الفرع الثاني: شروط تحقق الشرط الجزائي.	61
المطلب الثاني: طرق تعديل الشرط الجزائي.	64
الفرع الأول: تعديل الشرط الجزائي بالزيادة.	65
الفرع الثاني: تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض.	68
المبحث الثاني: سلطة القاضي المدني في منح الأجل القضائي.	72
المطلب الأول: مفهوم الأجل القضائي.	72
الفرع الأول: تعريف الأجل القضائي وأنواعه.	73
الفرع الثاني: شروط منح الأجل القضائي.	76
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الأجل القضائي.	79
الفرع الأول: سلطة القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ.	80
الفرع الثاني: سلطة القاضي بمناسبة دعوى الفسخ.	82
خاتمة.	86
قائمة المصادر	88