جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

سلطة القاضي في تعديل العقد في ضوء القانونين الجزائري و الفرنسي

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطلبة:
.بومراو سارة
.بويش وردة

إشراف الأستاذ:
الدكتور حمادي زوبير

لجنة المناقشة:

الأستاذ القرعيش السعيد، جامعة بجاية رئيسا.

الدكتور حمادي زوبير، أستاذ محاضر (أ)، جامعة بجاية .....مشرفا ومقررا.

الأستاذة شيخ أعمر يسمينة، جامعة بجاية .....ممتحنا.

السنة الجامعية
2023-2022

إهداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، أما بعد:

اليقين التام أن بعد الكفاح يأتي النجاح، وبهذه المناسبة

أهدي تخرجي:

لمن أحمل اسمه بكل افتخار، لصاحب السيرة العطرة و

الفكر المستبشر وسندي في هذه الحياة

أبي الغالي " محمد".

ولمن وضع الله عزَّوجلً الجنة تحت قدميها ووقرها في كتابه العزيز

أمي الحبيبة" فضيلة".

من بهم أكبر وعليهم أعتمد وبوجودهم أكتسب قوة ومحبة

أخوتي "وسيم"و"نسرين".

إلى روح جدي الطاهرة طيَّب الله ثراه وأكرم مثواه وجعل الجنة مستقره ومأواه.

وإلى صديقاتي ورفيقات المشوار" وردة"،"رشال"،"إلهام".

ولكل من وسعهم قلبي ولم يذكرهم قلمي...

سارة

إهداء

الحمد الله رب العالمين والصلاة والسلام علي سيدنا محمد اشرف المرسلين، أما بعد:

أهدي تخرجي هذا وثمرة جهدي وفرحتي التي انتظرتها طيلة حياتي إلى أغلى ما عندي :

سبب وجودي ومنبع الحنان ومن رسخت فيني الأمل وحب العلم **أمي** الغالية زادها الله شئنا وافتخارا وأطال الله لها عمرا

إلى سندي وقدوتي ومن أحمل اسمه بكل فتخر واعتزاز **أبي** زاده الله شئنا وأعلى له قدرا وأطال الله له عمرا

وإلى من تجمعني بهم صلة الرحم ولهم في الفؤاد شوقا وحنينا وحبا أخواتي

يديا، صارة، لينا

و القلب النابض الذي يبعث البهجة والأمل في حياتي

أخي العزيز **نائل**

وإلى الأرواح الطاهرة التي رحلت ولازالت أرواحهم متعلقة بي

جدي يوسف و جدتي طاووس

رحمهم الله وأسكنهم فسيح جناته وجعل مثواهم الفردوس الأعلى.

وإلى من تجمعني بهم أقدس صلة و أحلى الأيام

سارة، رشال،الهام، هاني.

وردة

شكر وتقدير

نشكر الله سبحانه وتعالى أولا ونحمده كثيرا علي تيسير أمرنا للقيام بهذا العمل.

كما نتقدم باسم آيات الشكر والتقدير والامتنان الكبير للأسرة الجامعية لجامعة بجاية

الذين رافقونا طيلة الخمس سنوات.

ونشكر الأستاذ الفاضل الدكتور"حمادي زوبير" علي توليه الإشراف على هذه المذكرة

وعلى الملاحظات والتوجيهات القيمة التي قدمها لنا لإتمام مذكرتنا.

كما نشكر أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة موضوعنا..

سارة ووردة

قائمة المختصرات

1 - باللغة العربية:

1. ج ر ج ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية.
2. ص: صفحة.
3. ص.ص: من صفحة إلى صفحة.
4. ط: طبعة.
5. ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
6. ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري.
7. د.م.ن: دون مكان النشر.
8. د.س.ن: دون سنة النشر.

2 – باللغة الفرنسية:

1. Ed : édition.
2. *Ibid* : Dans le même ouvrage.
3. J.O.R.f : Journal officiel de la république française.
4. n° : Numéro .
5. *op.cit* : Opus citatum .
6. p : Page.
7. Pp : de la page à la page.
8. vol. : volume.
9. Art : article.

مقدمـــــــــة

يعرف مصطلح الالتزام على أنه كل رابطة قانونية بين شخص أو عدة أشخاص (المدين أو المدينون) في مواجهة شخص أو عدة أشخاص آخرين (الدائن والدائنون) تسمح أو تخول لأحدهما أن يقتضي من الأخر أداءًا ماليا معينا، وقد يتمثل هذا الأداء المالي في التزام المدين بإعطاء شيء أو أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل[1]، و هذا في إطار ما يسمى بالعقد و الذي بدوره عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 54 من الق.م.ج ويقوم على مبدأ أساسي و هو أن للأطراف الحرية الكاملة في إبرام العقود و تحديد مضمونها و أثارها و ذلك من خلال مجموعة من البنود و الشروط شريطة أن لا تكون مخالفة للنظام و الآداب العامة[2]. وهذا المبدأ هو مبدأ سلطان الإرادة.

وقد ازدادت أهمية مبدأ سلطان الإرادة[3] وكان له حظ كبير نتيجة انتشار الأفكار الفردية في القرنين السابع عشر والثامن عشر، إذ انطبعت هذه الأفكار في ذهن واضعي القانون. و تم الأخذ بهذا المبدأ في قانون نابليون سنة 1804م و هذا على إثر تطور النظم الاقتصادية في نطاق القانون الخاص[4].

[1]- محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ط02، القاهرة، 2002، ص03.

[2]- جريباتة منى، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، ص. أ.

[3]- عرف كانت سلطان الإرادة بأنه صفة تلحق الإرادة و مؤداه أن الإرادة لا يمكن أن تتحدد إلا بذاتها، و بمعنى أخر بالقانون العالمي الأخلاقي بعيدا عن أي باعث أخر ملموس » . أنظر سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016/2015، ص02 .

[4]- بلخير نور الهدى، حاج بن علو جوهر، دور القاضي المدني في إعادة التوازن الاقتصادي للالتزامات التعاقدية، مذكرة الماستر، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تيموشنت، 2022/2021، ص.02.

وأصبح ينظر إلى الإنسان من زاويتين: الأولى أنه غاية في ذاته فلا يجوز اعتباره وسيلة و يترتب على ذلك عدم التزامه بإرادة غيره، و الثانية أنه كائن ذو إرادة حرة ويترتب على ذلك أنه يلتزم بإرادته وحدها باعتبارها قانونه الخاص و مقابل ذلك يتحمل نتائجها[5].

إضافة إلى أن هذا يقوم المبدأ على عنصرين أساسيين، أولهما هو كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية وهو ما يعبر عنها بالرضائية والتي تجد أساسها في القران الكريم. و ثانيهما تتمثل في قدرة الإرادة على تحديد أثار التصرف القانوني كون أن العقد شريعة المتعاقدين [6] الذي نصَ عليه المشرع الجزائري في نص المادة 106 من الق.م.ج ، و لهذا يتعين على القانون أن يحترم إرادة المتعاقدين ويضمن تنفيذها و يعتبرها مهمة سامية أسندت له و يضطلع إلى تحقيقها، و ليس له بعد ذلك أن يتدخل في العقد لا على أساس أخلاقي و لا على أساس عدم اتفاق مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة. واعتبار أي التزام يفرض على الفرد دون رضاه تصرف يمس بحريته واعتداء على حقه، فالفرد لا الجماعة هو الذي يحميه القانون[7].

لكن تعرض مبدأ سلطان الإرادة لعوائق كثيرة خاصة مع ظهور الصناعات الكبيرة، و الانتشار الواسع للعلاقات التعاقدية التبادلية الذي مهد للمذاهب الاشتراكية سبيل للتوسع و بالتالي تقلص المبدأ وأصبح لا يتلاءم مع الواقع المعاش و تحول إلى وسيلة للظلم والضغط يمارسه الطرف القوي على الضعيف بعد أن كان رمزا للعدالة وذلك بسبب فرضية المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية، فنتج عن ذلك أن ظهرت العديد من مظاهر اختلال التوازن العقدي الذي أدى إلى تزايد اتساع الخلل بين الأطراف[8].

---

[5]- عبد الرؤوف دبابيش، حملاوي دغيش، "مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون "، *مجلة العلوم الإنسانية* ، ع.44، جامعة محمد خيضر بسكرة، جوان 2016، ص 258.

[6]- عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2016/2015، ص02.

[7]- طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2019، ص.01.

[8]- عبيد نجاة، مرجع سابق، ص03.

ونتيجة لهذه التغيرات التي بينت عيوبه ومخاطر الأخذ به على إطلاقه، اهتزت سمعة مبدأ سلطان الإرادة وقل صداه لكون أن الإرادة لا تكفي وحدها لإنشاء العقد كأصل عام. فوجد بذلك الاشتراكيون المناخ الملائم للمناداة بضرورة تدخل المشرع لتعديل العقد وبالتالي ضمان حماية الطرف الضعيف مما يحقق التوازن المختل في العقد[9].

و سرعان ما تبنى المشرع الجزائري لسلطة القاضي في تعديل العقد، و هذا ما يظهر عند استقراء مواد القانون المدني الذي يُظهر بوضوح أن المشرع أدرج نصوصا قانونية آمرة تحد من حرية الإرادة في مرحلة تكوين العقد وأثناء تنفيذه. وأصبح بإمكان القاضي أن يستعمل سلطته كاستثناء عن مهامه العادية، ولا يبيحه المشرع إلا في حالات يبدوا فيها أن العقد أصبح مخالفا لمبادئ العدالة[10].

أولا-أهمية موضوع دراستنا

من خلال عنوان بحثنا " سلطة القاضي في تعديل العقد في ضوء القانونين الجزائري و الفرنسي" تظهر أهمية هذا الموضوع وذلك فيما يلي:

موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد يندرج ضمن الموضوعات الهامة في القانون المدني الجزائري باعتباره من أدق موضوعات هذا القانون التي أثارت الكثير من التساؤلات، وأكثرها صعوبة كونها تعتبر استثناءا عن القاعدة العامة. كما أنها تنصب على العقد بحيث أنه من أهم مظاهر التصرفات المنشأة للالتزام.

وللعقد صور عديدة يصعب حصرها، وهذا ما سنشير إليه. كما أن سلطة القاضي في تعديل العقد لا تقتصر فقط على دراسة العقد بحد ذاته وإنما دراسته من كل نواحي هذه السلطة والتي تشمل على أهمية ووظيفة القاضي وحقيقة الدور الإيجابي الذي يبقى على القاضي القيام به من أجل تحقيق العدالة التعاقدية للقضاء على مظاهر التعسف والاستغلال.

[9]- طبيب فايزة، مرجع سابق، ص02.

[10]- مرجع نفسه، ص03.

ثانيا-أسباب اختيار الموضوع

تعددت الأسباب التي حملتنا إلى اختيار هذا الموضوع بالتحديد لدراسته وأولهما:

- سبب ذاتي والذي يكمن في شغفنا وميولنا لمجال القضاء وتعلقنا بمهنة القضاة لما فيها من أمن واستقرار حيث يكفي أن ليس كل من يختص بالقانون أو يدرسه بوسعه الوصول إلى هذا المنصب. وكذلك كون أن القاضي له دور أساسي في الحفاظ على النظام الاجتماعي من خلال حل النزاعات بين الأفراد.

-أما عن الأسباب الموضوعية فتكمن في عدم وجود دراسات كثيرة حول موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد والمقارنة بين القانون الجزائري بنظيره الفرنسي.

- يتمتع هذا الموضوع بأهمية بالغة على الصعيد العملي للقاضي كما له العديد من الأحكام القانونية على كافة المجالات المتعلقة بالعقود الإدارية والمدنية التي تمنح فيها للقاضي السلطة التقديرية للاجتهاد.

ثالثا-أهداف الدراسة:

-دراسة ومعالجة التفاصيل المتعلقة بسلطة القاضي في مجال العقد المدني بالبحث في جميع حالات تدخله وتبيان دوره.

-التأصيل لمختلف المفاهيم والمبادئ المتداولة في المذكرة (سلطة القاضي التقديرية، العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ سلطان الإرادة، نظرية الظروف الطارئة، الشرط الجزائي).

-دراسة المواد التي لها علاقة مع سلطة القاضي في تعديل العقد.

-إظهار مدى سلطة القاضي في تعديل العقد.

-السعي إلى تبيان أهمية وظيفة القاضي ودوره في تحقيق العدالة.

رابعا: الصعوبات المعترضة

-تشبع الموضوع أدى بنا إلى عدم القدرة على التحكم فيه.

-قلة المراجع الفرنسية المتخصصة وصعوبة تحميل بعضا منها من المواقع الإلكترونية.

-قلة الاجتهادات والقرارات القضائية الخاصة بسلطة القاضي في تعديل العقد.

لكن بالرغم من ذلك، ازددنا قوة وعزيمة وأنجزناه بفضل عون الله عز وجل. وناقشنا الإشكالية التي طرحها موضوع بحثنا وهي كالتالي:

ما مدى سلطة القاضي في تعديل العقد في ظل القانونين الجزائري و الفرنسي؟

خامسا-منهج البحث

سلكنا في هذا البحث منهجا مركبا بين المنهج التحليلي والاستقرائي والمنهج المقارن.

حيث أننا احتجنا إلى المذهب التحليلي كون أن الدراسة المقارنة في أساسها تقوم على عملية الاستقراء وإلا أدت إلى احتمالية الفهم الخطأ من قبل المطلعين والباحثين.

أما المنهج الاستقرائي احتجنا له وذلك عند إدراج الآراء الفقهية والآراء القانونية المتنوعة سواء من جانب المشرع الجزائري أو من جانب المشرع الفرنسي على حد سواء فيما يتعلق بدور وسلطة القاضي في تعديل العقد بمختلف مراحله (أثناء التكوين وأثناء التنفيذ).

وأخيرا المنهج المقارن الذي تقتضيه طبيعة الدراسة، حيث قصرنا واستهدفنا في دراستنا المقارنة بين القانون المدني الجزائري والقانون الفرنسي فيما يتعلق بدور القاضي في تعديل العقد، وتبيان نقاط التشابه والاختلاف بين أحكام هذين القانونين.

سادسا-خطة البحث

من أجل الإجابة على إشكالية موضوعنا، اقتضت دراسة الموضوع بفصله إلى فصلين:

- الفصل الأوّل: سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء إنشائه.
- الفصل الثانّي: سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء تنفيذه.

الفصل الأوّل

سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء أنشائه

الأصل في العقد الحرية في ابرامها، إذ للأشخاص مطلق الحرية في التعاقد وابرام ما شاءوا من التصرفات القانونية، فالأصل أنّ مرحلة إنشاء العقد هي مرحلة يتحكم فيها الأطراف، ولا يجوز لأي كان أن يتدخل فيها، غير أنّ المشرع ولاعتبارات معينة أجاز للقاضي أن تدخل ويراقب مرحلة إنشاء العقد.

فيجيز القانون للقاضي إذن أن يتدخل في مرحلة إنشاء العقد، وذلك من أجل تعديله وإعادة توازنه ومراعاة مصلحة الأطراف، فيراقب مدى توافر الأركان الأساسية لتكوين العقد، وكذا مدى كون الرضا خالي من العيوب وكذا مدى تعادل التزامات المتعاقدين وعدم وجود تفاوت فادح في تلك الالتزامات.

وتتسم سلطة القاضي في هذه المرحلة بطبيعة وقائية، بحيث تتمثل في أن المتعاقدان أثناء إنشاء العقد سيدخلان في اعتبراهما وللقاضي سلطة مقدمة له بموجب القانون تسمح له بمعالجة هذا الاتفاق وتعديله.

ولتبيان سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء إنشائه قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب عقد الإذعان.

المبحث الأوّل

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال

ينعقد العقد بمجرد تبادل الأطراف لإرادتهما، ويجب حتى يكون العقد صحيحا ومنتجا لأثاره أن يكون خاليا من عيوب الإرادة، إذ أن العبرة فيه هي سلامة رضا المتعاقد من عيوب الإرادة المعروفة.

يعتبر الغبن والاستغلال أكثر الحالات شيوعاً في المعاملات التعاقدية، والتي تعيب الإرادة وترتب اختلالا في توازن العقد. ولهذا أجاز المشرع الجزائري للقاضي كلما توافر في العقد غبن أو استغلال بأن يتدخل لإرجاع التوازن العقدي.

انطلاقا مما سبق ذكره، فإنه أضحى مشروعاً ابراز في مرحلة أولى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن **(المطلب الأوّل)** ثم الانتقال في مرحلة ثانية إلى إبراز سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال **(المطلب الثانّي)**.

المطلب الأوّل

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

أشار المشرع الجزائري إلى الغبن في العديد من المواد من قانون المدني والقوانين الخاصة وجعل لها جزاء خاص في حالة تحققها. ولما كان الأصل في العقود هو التناسب بين التزامات المتعاقدين، لذا كلما اختلت العلاقة التعاقدية وكانت غير متوازنة وذلك بسبب وقوع أحد الطرفين في الغبن، جاز للقاضي التدخل من أجل رفع الغبن.

ولكي تتضح سلطة القاضي في حالة الغبن لابد أولاً من بيان المقصود بهذا الغبن **(الفرع الأوّل)**، ثم الانتقال ثانياً إلى إبراز آليات تدخل القاضي الارجاع التوازن العقدي **(الفرع الثانّي)**.

الفرع الأوّل

المقصود بالغبن

يعتبر الغبن كعيب من عيوب الإرادة من المسائل المستقرة فقها وقانونا، والذي بسببه يكون العقد مختلا في توازنه ويكون قابلا للإبطال، ولهذا يجب تعريف الغبن (أولاً)، وكذا تحديد أنواعه (ثانياً).

أولاً-تعريف الغبن

يقصد بالغبن عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه في العقود المعاوضة وقت إتمام العقد[12] بمعنى أن يكون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير مكافئ للأخر وقت انعقاد العقد. أي أنه هو إحداث اختلال التوازن الاقتصادي في المعاوضات أو الضرر الذي يمس أحد المتعاقدين في عقد الاستبدال[13].

وعرّفه البعض على أنه نقص في أحد العوضين أو عدم تساويها، بأن يكون أقل قيمة أو أكثرها عند التعاقد، ولهذا يقوم الغبن على عدم التعادل بين الالتزامات بحيث لا يوجد التوازن بين ما يعطيه وما يأخذه، فلهذا فإن الغبن في العقد لا في الإرادة[14].

وتجدر ملاحظة أنّ الغبن لا يكفي لوحده للإبطال العقود ولكن الغبن الذي يعيب العقد هو الذي ينص عليه المشرع في حالات خاصة.

وخارج عن نطاق تلك الحالات لا يكفي الغبن بذاته ليجعل العقد قابلا للإبطال أو الطعن فيه، والسماح بهذا يؤدي إلى الاضطراب في نطاق المعاملات خاصة أنّ المتعاقد يحب دائما أن يشعر أنه قد فاز في الصفقات التي أبرمها، بحيث أن تفاوت بين قيمة الأداءات

---

[12] - أنظر عبد الناصر محمد عبد عابدين، الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص من كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2013، ص.14.

[13] - أنظر محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر 2011، ص.95.

[14] - أنظر محمد علي الرشدان، الغبن في القانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص.22.

يقع كثيرا. فلهذا فإن في العقود أي غبن يؤدي إلى الاضطراب، مما جعل المشرع لا يدخل الغبن في الاعتبار إلا في حالات استثنائية مهما بلغ قدرا من الجسامة[15].

ثانياً-أنواع الغبن

ينقسم الغبن إلى نوعين هما: الغبن المجرد والغبن الاستغلالي.

أ-الغبن المجرد

يراد بالغبن المجرد ذلك الضرر الذي يسببه العقد لأحد المتعاقدين أو عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه بحيث أن الغبن يقع في عقود المعاوضة المحددة المدة، وهو عيب يقع في العقد نفسه مستقل عن عيوب الرضا.

ويثبت هذا الغبن على واقعة عدم التعادل والتوازن بين التعاملات في العقد، بحيث أن هذا الاختلال الواقع يقيم بوسيلة مادية وهي محددة كالخمس أو الربع أو النصف[16].

وقد أخذت بعض التشريعات بهذا النوع من الغبن على غرار التشريع الفرنسي الذي نص على الغبن في المادة 1118 من القانون المدني القديم وذلك بصدد حديثه عن عيوب الإرادة، حيث جاء فيها: **" أن الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا في بعض العقود وتجاه بعض الأشخاص "**[17]. وترتيبا على ذلك، لا يعتد بالغبن إلا في أحوال استثنائية بحيث وردت في القانون على سبيل الحصر[18].

---

[15] - أنظر توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام (نظرية العقد)، القسم الثاني، الدار الجامعية، 1993، ص .12.

[16] - أنظر زازومة الشيماء، سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف-المسيلة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020، ص.10.

[17] - Voir, L'art. 1118 du code civil français avant la modification, disposait que: « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section ».

[18] - أنظر عبد الحميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الجزائر، 1996، ص.26.

إلا أن المشرع الفرنسي نظراً لاعتبارات متعددة تراجع عن موقفه خلال تعديل 2016، حيث تدخل ليعدّل أحكام نظرية العقد التي كانت سائدة لأكثر من قرنين من الزمن، وذلك بموجب الأمر رقم 16-131 المؤرخ في 10 فبراير 2016 المصادق عليه بموجب القانون رقم 2018-287 لتاريخ 20 أبريل 2018[19].

إذ لم تتضمن الأحكام الراهنة الخاصة بعيوب الإرادة الغبن، لكنه أشار إليه في بعض الأحكام الأخرى كتلك المتعلقة بالبيع والقسمة وكذا في التصرفات التي يقوم بها القصر[20].

ب-الغبن الاستغلالي

يقصد بالغبن الاستغلالي ذلك الغبن الذي يقع على الإرادة بحيث يري أحد المتعاقدين في الأخر طيشا بينا أو هوى جامح في أمر من الأمور من أجل قيادة ذلك الشخص الإبرام تصرف يستغله لجره إلى العقد ويغبنه فيه، ويعتبر الاستغلال عيب من عيوب الرضا في الغبن الاستغلالي يؤدي إلى عدم التفاوت بين الادعاءات في العقد بحيث لا يحدد برقم معين[21].

الفرع الثانّي

آليات تدخل القاضي في رفع الغبن

يُعتبر الغبن من أكثر الأمور وقوعا أثناء إبرام وذلك يظهر عند تفاوت بين حتمية التزامات الطرفين، وهذا ما دفع المتعاقد المغبون إلى رفع دعوى أمام القضاء للمطالبة برفع الغبن. لذا فإن تدخل القاضي لرفع الغبن يختلف من حالة إلى أخرى قد يتدخل لتعديل العقد عن طريق تكملة الثمن (أولاً) أو يتدخل بطلب دعوى نقص إذا كان الأمر مرتبط بعقد القسمة (ثانياً).

---

19 Voir, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016.

20- Voir, les Art 435, 4588,489, 1144, 1149, 1151,1674.

21 - أنظر زازومة الشيماء، مرجع سابق، ص.11.

أولاً-دعوى تكملة الثمن

في حالة توفرت شروط الطعن في عقد بيع عقار بالغبن للمتعاقد المغبون، يحق للبائع خلال مدة 3 سنوات من يوم انعقاد العقد البيع أن يرفع دعوى مطالبة بتكملة الثمن دون المشتري. وهذا استنادا لنص المادة 1/358 ق.م.ج، التي جاء فيها أنه: **"إذا بيع عقار بغبن يزيد عن (1/5) الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة (4/5) أخماس ثمن المثل. ويجب التقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس (1/5) أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".**

وبناءً على هذا النص يجوز للبائع البالغ سن الرشد الذي أغبن في بيع عقار بمقدار يقوق الخمس أن يطلب من القاضي إلزام المشتري بأن يكمل الثمن إلى أربعة أخماس، وإذا لم يقم المشتري بالتكملة فللقاضي الحكم بفسخ العقد بطلب من البائع لإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد[22].

وأما إذا كان البائع ناقص الأهلية، فالأولوية تعود لوليه أو الوصي فالخيار إما إبطال العقد أو إجازة العقد.

ثانياً-إنقاص القسمة الاتفاقية

تنص المادة 1/732 من ق.م.ج **" يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة".**

يتضح من خلال هذه المادة أنه في حالة ما إذا تحقق غبن في القسمة الاتفاقية يزيد عن الخمس، فالشريك المتقاسم الذي لحقه الغبن جراء القسمة له حق المطالبة بنقض القسمة، ولمعرفة مدى ورود الغبن في القسمة يجب تقدير المال الشائع محل القسمة وتقدير نصيب كل الشركاء من هذا المال ويكون التقدير بحضور خبير عند الاقتضاء. وبعد ذلك للقاضي أن يزيد قيمة الشريك المتقاسم كما يمكن أن ينقصها ب العودة. وهذا

[22] -أنظر سعدان كهينة، ايقي فاطمة زهراء، دور القاضي في مجال العقد المدني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020، ص.12-13.

بالعودة إلى نص الفقرة 02 من نفس المادة ، حيث يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة[23].

وتضيف الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته. ومعنى ذلك أن دعوى نقض القسمة الودية تسقط بتمام سنة من وقت إجراء هذه القسمة. وهذا خلافاً للمشرع الفرنسي الذي جعل هذه المدة سنتين[24].

ويسري هذ الأجل بالنسبة لناقص الأهلية سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث أكدت على أنه تسقط الدعوى الرامية إلى نقض القسمة الودية إذا لم ترفع خلال سنة من بلوغ القاصر سن الرشد[25].

المطلب الثانّي

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال

يعد الاستغلال من بين عيوب الرضا يمس إرادة المتعاقدين ويجعلها معيبة، وكما يعرف الاستغلال على أنه انتهاز المتعاقد لحالة طيش البين أو هوى جامح فيجعل المتعاقد يبرم العقد ويتحمل التزامات لا تتعادل مع العوض أو يكون دون عوض.

[23] - أنظر سعدان كهينة، ايقي فاطمة زهراء، مرجع سابق، ص.13.

[24] - Voir, l'art. 889 du code civil français, préc.

[25] - القرار رقم 993497 الصادر عن الغرفة المدنية، المحكمة العليا، بتاريخ 2016/06/16. منشور على الموقع الاتي:

https://droit.mjustice.dz/ar/

وعلى هذا الأساس أجاز القانون للطرف الذي وقع ضحية استغلال أن يلجأ إلى القضاء وذلك للمطالبة برفع هذا الاستغلال. وعندئذ يلعب القاضي دوراً مهما في التحقق من مدى توافر عنصر الاستغلال **(الفرع الأوّل)**، متى تبين له ذلك جاز له أن يرفع هذا الاستغلال **(الفرع الثانّي)**.

الفرع الأوّل

تحقق القاضي من تو افر عنصر الاستغلال

يجوز لكل شخص أن يرفع دعوى قضائية ضد المتعاقد معه متى كان ضحية استغلال. ويتعين على القاضي عندئذ أن يتأكد من صحة هذا الإدعاء وذلك عن طريق التحقق من مدى توافر عنصر الاستغلال وتحقق شروطه. ولما كان الأمر كذلك كان لابد من ابراز تعريف هذا الاستغلال (أولاً) وتحديد شروطه (ثانياً).

أولاً-تعريف الاستغلال

يمكن تعريف الاستغلال على أنه انتهاز ضعف طرف الأخر الذي عيبت إرادته بطيش بين أو هوى جامح الذي يعتري المتعاقد ويدفعه لإبرام عقد وتحمل الالتزامات[26].

فالاستغلال «أمر نفسي أو شخصي، بحيث الغبن لا يعتبر إلا مظهرا ماديا له. فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة ضعف أو مرض المتعاقد الاخر أو نقص التجربة التي يكون فيها هذا المتعاقد وذلك للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير؛ أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتا كبيرا غير مألوفا»[27].

وهذا ما ذهبت إلية الفقرة الأولى من المادة 90 ق م ج حين نصت على أنه: « إذا تفاوتت التزامات أحد المتعاقدين كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر ».

[26] - أنظر علي فيلالي، الالتزمات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.217.

[27] - أنظر بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.127.

ويتضح من خلال هذا النص أن للاستغلال عنصرين: عنصر مادي (أ) وعنصر معنوي (ب).

أ-العنصر المادي للاستغلال:

يتجلى العنصر المادي للاستغلال في اختلال التعادل الفاحش اختلالا فادحا بين ما يأخذه وما يعطي وينجم عنه التفاوت بين التزامات المتعاقد والعوض الذي تحصل عليه ومثال ذلك: في عقد البيع لا يشترط التعادل التزامات البائع والتزامات المشتري، فقد يغبن احد المتعاقدين ولا يمنع الغبن من صحة البيع، ولكن إذا اختل التعادل اختلالا فادحا بين قيمة المبيع الذي التزم به البائع والثمن الذي التزم به المشتري، فإن العنصر المادي (موضوعي) للاستغلال يتحقق[28].

ب-العنصر المعنوي للاستغلال

يتمثل في أنه عنصر مزدوج يقوم في جانب كلا الطرفين بحيث يعتبر لأحد الطرفين ضعف نفسي ولطرف الأخر الاستفادة من هذا الضعف بحيث يمكن أن يكون إما طيش بين أو هوى جامح حسب ما هو منصوص في المادة 90 ق م ج[29].

ثانيا-شروط الاستغلال

يُشترط لقيام الاستغلال ضرورة مجموعة من الشروط يتعين على القاضي التحقق من وجودها. وتتمثل هذه الشروط في: وجود حالاتي الطيش البين أو الهوى الجامح (أ)، و وأنهما الدافع إلى التعاقد (ب)، مع وجود اختلال في التوازن العقدي (ج).

أ-وجود طيش بين أو هوى جامح

يُقصد بالطيش البين تلك الخفة وقلة الخبرة والتسرع الذي يصطحبه التهور وعدم التبصر وما ينتج عنه من عدم الاكتراث بالعواقب والوقوف عند النزوة العاجلة ويجب أن

[28] - أنظر عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004، ص.296.

[29] - أنظر بلحاج العربي، مرجع سابق، ص.472.

يكون الطيش واضحا وظاهرا مثال ذلك شخص يرث ميراث ويأخذ يسرف منه بسفهه فيستغل شخص أخر طيشه ويبيعه بأضعاف مضاعفة.

أما الهوى الجامح؛ فيقصد به ذلك الولوع أو الرغبة الشديدة الدافعة تحت ضغط عاطفة شديدة تعمي صاحبها عن التمسك بما هو في صالحه سواء كانت عاطفة دافعة لشخص أو شيء. «أي المتعاقد يشتهي شيء ينجذب إليه مما يدفعه فيقع في الغبن بسبب إرادته المقهورة. ومثال ذلك: شخص مولع بالمظاهر فيشتري سيارة بثمن باهض، وللقاضي السلطة علي تعديل العقد وعلي الأطراف إثبات الطيش أو الهوى الجامح[30].

ب- أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد

تشترط المادة 90 ق م ج أن يكون الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد مع علم أحد المتعاقدين بظروف التي يتواجد فيها الطرف الأخر بقولها «...**و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الأخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا...** » فقد استغل هنا الضعف النفسي للمغبون، وقيام هذا الأخير تحت تأثير هذا الاستغلال للإبرام يجعل إرادته معيبة.

ويعود تقدير هذا الاستغلال إلى قاضي الموضوع دون رقابة المحكمة العليا[31].

ج- وجود اختلال في التوازن العقدي

لا يكفي أن يتعاقد شخص مع من تلازمه صفة الطيش البين أو الهوى الجامح لكي يتحقق عنصر الاستغلال وإنما فوق ذلك لابد أن يترتب عن ذلك عدم التعادل أو التناسب في الالتزامات وما يأخذه المتعاقد وما يعطيه.

[30] - أنظر طبيب فايزة، مرجع سابق، ص.186.

[31] - أنظر عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص ص.33،34.

وتجدر ملاحظة أنّ معيار تقدير عدم التعادل في الاستغلال يكون بالنظر إلى القيمة الاقتصادية، وتقدير اختلال الفاحش للالتزامات يعود إلى قاضي الموضوع باعتبار أنها مسالة تعود إلى سلطته التقديرية، وهذا التقدير يكون أيضا وقت إبرام التصرف[32].

الفرع الثاني

سلطات القاضي في رفع الاستغلال

سبق الإشارة إلى أنّ القانون يجيز للطرف الذي وقع ضحية الاستغلال أن يلجأ إلى القضاء وذلك للمطالبة برفع هذا الاستغلال، ومتى تحقق القاضي من توافر عنصر الاستغلال له أن يحكم إما بإبطال العقد (أولاً) أو أن ينقص من التزامات الطرف المغبون (ثانياً).

أولاً-إبطال العقد

يسعى المشرع من خلال نظرية الاستغلال إلى حماية مصالح الشخصية للمغبون إذا قام المتعاقد المغبون برفع دعوى إبطال العقد للقاضي أن يستجيب لطلبه بإبطال ذلك العقد، إذا وجد أن الاستغلال قد مس وعاب رضا الطرف المغبون بحيث أن لولا هذا الاستغلال ما ابرم المتعاقد العقد[33].

لكن لو وجد القاضي أن هذا الاستغلال لم يفسد رضا احد الطرفين كثيرا، وان المتعاقد كان دون استغلال سيبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن مرهقة فهنا القاضي لا يرفع دعوى إبطال العقد مهما كان نوعه «معاوضة أو تبرع» فيكتفي بإنقاص الالتزامات هذا الطرف بما يرفع الغبن علي الالتزامات من اجل استقرار المعاملات بدل من البطلان،

[32] - أنظر بوداود خليفة، بوزيان السعيد، دور القاضي في اعادة التوازن المالي للعقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018، ص.11.

[33] - أنظر عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص.303.

وفي حالة إذا العقد لا يعدل من المستحسن أن يحكم بإبطاله والسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[34].

ثانياً-إنقاص الالتزامات

أقر المشرع إلى جانب إبطال العقد وسيلة أخرى لرفع الاستغلال، وهي إنقاص التزامات للمتعاقد المغبون حق في أن يرفع دعوى للمطالبة بإنقاص الالتزامات الباهظة والقاضي ملزم بتطبيق هذه الدعوى التي طلب بها المتعاقد مخيرا إذا أرادا البقاء على العقد أو لا فسلطة التقديرية للقاضي وفقا للملبسات القضية.

ويلعب القاضي هنا دور في أن يحكم بإنقاص التزامات المتعاقد الذي مسه الاستغلال حتى ولو كانت الدعوى التي رفعها قد طلب فيها بإبطال العقد، وذلك إذا رأى القاضي أن الحكم بالإنقاص التزاماته يرفع به كل أثر لاستغلال أو قد يطلب الطرف المغبون زيادة في الثمن لرفع الاستغلال، والقاضي يرى أن ذلك الطلب كافي لرفع الاستغلال، للقاضي إذن الاكتفاء بذلك الطلب وامتناع عن إبطال العقد[35].

ثالثاً-آجال رفع دعوى الاستغلال:

تنص المادة 2/90 من ق.م.ج على أنه: «**يجب أن ترفع الدعوى لذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة**».

وبناءً على هذا النص، ترفع دعوى الطعن في العقد بسبب الاستغلال سواء كانت بطلب إبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون خلال مدة سنة من تاريخ إبرام العقد، وليس من تاريخ اكتشاف العيب وإلا كانت تلك الدعوى باطلة، وهذه المدة (سنة) تعتبر ميعاد سقوط وليس مدة التقادم فلهذا لا تقبل الانقطاع كمدة التقادم.

[34] - أنظر طبيب فايزة، مرجع سابق، ص.196.

[35] - أنظر بوداود خليفة، بوزيان السعيد، مرجع سابق، ص.14.

وعند انقضاء مدة سنة تصبح دعوى الاستغلال غير مقبولة، فبذلك تختلف عن دعاوى الغلط والتدليس والإكراه التي قد تصل مدة التقادم عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد[36].

إذا كان قصر المدة يجعل الحماية صعبة، وجعلها تبدأ من تاريخ إبرام العقد تكون الحماية شبه مستحيلة لا تتحقق إلا في حالات نادرة، ولكي يتمكن المشرع من الوصول إلى الهدف وراء نص المادة 90 ق م ج وهي حماية الطرف المغبون الضعيف يجب أن يخطى هذا الهدف ليصل إلى نهايته كي لا تكون الحماية عرجاء، إذا يجب أن يقدم للطرف المغبون حقه في الوقت الذي يكون فيه قادرا على ممارسة وإلا لا فائدة من تقرير هذا الحق[37].

المبحث الثانّي

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب عقد الإذعان

شهد العالم في القرون الأخيرة ثورة صناعية أدت إلى تطور واضح شمل مجالات عديدة. مما أدى إلى ظهور أنواع عديدة من العقود لم تكن موجودة سابقا، حيث سيطرت الدولة عليها واحتكرتها، وقيدتها بشروط وبنود لعامة الأفراد ولا يحق لأحد مناقشتها أو تعديلها بأية وسيلة كانت، إذ له خيارين لا أكثر ولا أقل إما عليه قبول جميع الشروط الواردة وبالتالي يصبح هو الطرف الضعيف في تلك العلاقة التعاقدية أم يرفضها كليةً.

وعموماً يتم قبولها لأنّ الخدمات أو السلع التي تقدمها من ضروريات الحياة التي لا غنى عنها. وفي حالة ما رفضها فهو الخاسر الأكبر لا غير، كعقود الكهرباء والغاز وهذا النموذج الجديد للعقود هو عقد الإذعان الذي ظهر حديثاً وخرج عن الأصل العام في المعاملات والعقود التي تعَود عليها الأطراف، حيث القبول فيه مجرد إذعان.

---

[36] - أنظر المادة 101 من ق.م.ج.

[37] - أنظر طبيب فايزة، مرجع سابق، ص.ص.202-204.

لكن الثقل الاقتصادي الذي يتمتع به الطرف القوي لا يرقى لدرجة تعيب رضا المتعاقد ما دام أن الإرادة حرّة، والمشرع لم يهمل هذا النوع من العقود وراعى التفاوت في الإمكانيات وذلك بأن قيده بقيد عدم التعسف في وضع الشروط، كما منح للقاضي سلطة في تحديد الشرط التعسفي وتعديله إذا ثبت له ذلك أو إعفاء الطرف المذعن منها كلية [38].

ولما كان لعقد الإذعان خصوصيات تختلف عن سائر العقود، كان لابد من إبراز كيفية تدخل القاضي في هذا النوع من العقود **(المطلب الثانّي)**، غير أنه لا يمكن بيان السلطة التي يتمتع بها القاضي إن لم نشرع مسبقاً في تحديد المقصود بعقد الإذعان **(المطلب الأوّل)**.

المطلب الأوّل

المقصود بعقد الإذعان

تعتبر عقود الإذعان من العقود المستحدثة وذلك نتيجة للتطور الاقتصادي والصناعي [39] الذي يشهده العالم الحالي مقارنة لما كان عليه الحال سابقا. وتندرج ضمن العقود الغير الرضائية التي يتم وضع بنودها بواسطة طرف واحد فقط وهو الطرف القوي؛ وما على الطرف الثاني سوى القبول أو الرفض [40].

ولما كانت هذه العقود تشكل خروجاً عن القاعدة العامة في مبدأ التراضي، كان لابد من تحديد تعريف عقد الإذعان أولاً (الفرع الأوّل)، وتحديد طبيعته القانونية ثانياً (الفرع الثانّي).

[38] - أنظر عبيد نجاة، مرجع سابق، ص ص50،51.

[39] - أنظر دحمون أنيسة، بوزيد لويزة، حدود القوة الملزمة للعقد (الظرف الطارئ، الشرط التعسفي)، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص.64.

[40] - أنظر أنس بن عبد الله العيسي، عقد الإذعان (دراسة مقارنة)، قسم السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، السعودية، 1426-1427هـ، ص03.

الفرع الأوّل

تعريف عقد الإذعان

أ-التعريف الفقهي لعقد الإذعان:

تعددت التعاريف الفقهية التي قيلت بشأن تعريف عقد الإذعان أو الانضمام (contact d'adhésion) كما يطلق عليه في فرنسا[41]. إذ يرى القاضي روسو هول أن ما يميز بشكل أساسي عقد الانضمام عن عقد التفاوض هو التحديد الأحادي الجانب من قبل أحد الطرفين أو من قبل طرف ثالث للمحتوى التعاقدي [42]، هناك من اعتبر أن القبول الذي يكون في هذا هو مجرد إذعان لما يمليه الموجب [43]. وذهب بعضهم على غرار الأستاذ محفوظ لعشب إلى تعريف عقد الإذعان على أنه: " ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة"[44]. بينما الأستاذ " جوسران" اعتبر عقد الإذعان على أنه عقد نموذجي، شروطه محددة ومتكررة، ولا توجد فيها إرادة للطرف المذعن [45]. ويرى القاضي روسو هول أن ما يميز بشكل أساسي عقد الانضمام عن عقد التفاوض هو التحديد الأحادي الجانب من قبل أحد الطرفين أو من قبل طرف ثالث للمحتوى التعاقدي[46].

ب-التعريف التشريعي

---

41 - أنظر ربيعة ناصري، "سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري "، *مجلة القانون العقاري والبيئة*، مجلد 09، عدد 09، 2021، ص.121.

42 -voir, Brigitte LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion » , *Revue du Notariat*, vol.105, n° 02, septembre 2003, p.446.

43 - أنظر خولة بوعروج، سليم بودليو، "الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقد الإذعان مصدر الالتزام"، *مجلة العلوم الإنسانية*، مخبر العقود وقانون الأعمال، مجلد 32، عدد 04، 2021، ص. 249.

44 - أنظر جريباتة منى، مرجع سابق، ص17.

45 - نقلاً عن: سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد- الإرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون، مكتبة الوفاء القانونية، 2009 ،القاهرة، ص. 469.

46 -voir, Brigitte LEFEBVRE, *op.cit*, p.446.

لم يعرف المشرع الجزائري عقد الإذعان، وإنما اكتفى بالإشارة إليه في المواد في المواد 70 و110، 112 من القانون المدني الجزائري، وهذا ما سارت عليه أغلب التشريعات الغربية، فعلى سبيل المثال كان القانون المدني الفرنسي قبل سنة 2016 لا يتضمن تعريفاً لعقد الإذعان ولم يشير إليه المشرع حينما استعرض أنواع العقود. غير إنه عدّل من نظرته تلك، فعرّف الإذعان في ظل القانون الحالي بموجب المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي على أنه: **" عقد الإذعان هو العقد الذي يتضمن بنودا أو شروطا غير قابلة للتفاوض ومحددة مسبقا من قبل أحد الأطراف "**[47].

ومن بين التشريعات الغربية كذلك التي وضعت تعريفا لعقود الإذعان، نذكر التشريع المدني الكندي في مقاطعة كيباك " Québec". وعرفه على أنه ذلك العقد الذي ينفرد أحد طرفيه بتحريره ويفرضه على الطرف الآخر محقق بذلك مصلحته دون أن يكون للطرف الآخر الحرية في مناقشة بنوده[48].

كما عرفت عقود الإذعان في النظام الأنجلو أمريكي بأنها العقود التي يقدم فيها أحد الطرفين العقد في شكل بنود نموذجية معدة مسبقا ولا يملك الطرف الآخر سوى قبولها أو رفضها[49].

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فقد تناولت عقد الإذعان، غير أنّ أغلب هذه التشريعات لم تتصدى لتعريف هذا العقد[50] وإنما وضعت أحكاما خاصة بالقبول في عقد

[47] -voir, L'art.1110 du code civil français, dispose que :« Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

[48] - نقلاً عن: بن النوي خالد، " التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد واشتراط الشروط المقترنة بالعقد"، *مجلة الحقوق والعلوم السياسية*، جامعة عباس لغرور، خنشلة، مجلد 02، عدد08، جوان2017، ص. 881.

[49] - أنظر فاطمة جلال عبد الله، "بطلان العقد لاختلال التوازن المجحف كأثر لعدم تكافؤ المتعاقدين (نظرة في القانون الأمريكي ودعوة للإقرار في القانون المصري)"، *مجلة البحوث الفقهية والقانونية*، كلية الحقوق جامعة عين شمس، عدد39، أكتوبر 2022، ص.540.

[50] - أنظر خولة بوعروج، سليم بودليو، مرجع سابق، ص.249.

في هذا النوع من العقود[51]، باستثناء المشرع اللبناني عرّف عقد الإذعان بمناسبة حديثه عن تكوين العقد في المادة 2/172 من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث نصت على ما يلي: "**حينما يقتصر أحد الطرفين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه، ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما يتضمنه، يسمى العقد إذ ذاك عقد مو افقة (كالتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد ضمان أي عقد التأمين**"[52].

الفرع الثانّي
الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

يتولد على الطريقة التي يتم اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان من رضوخ الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي انقساما فقهيا وتعددا في آراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود. وترتيباً على ذلك سنحاول استعراض موقف الفقه في مرحلة أولى (أولاً)، ثم استخراج موقف المشرع الجزائري (ثانياً).

[51] - أنظر علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط،2011، ص.25.

[52] - مرجع نفسه، ص.25.

أولاً-موقف الفقه من طبيعة عقد الإذعان.

لقد كان من شأن إذعان الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي وخضوعه ورضوخه لمشيئته أن أثار في فرنسا وفي غيرها من الدول خلاف حاد وعنيف حول الطبيعة القانونية لعقود الإذعان[53].

إذ لا يخفى علينا أن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر من فائدة [54]، وذلك حماية لأطراف العلاقة التعاقدية من أية مشاكل قد تنشأ من العقد.

وهذا ما أدى إلى انقسام الفقهاء في هذا الصدد إلى فريقين. فحسب الفريق الأول فيرى أن عقد الإذعان يتميز بالصفة التعاقدية، إذ يتجه هؤلاء وهم غالبية فقهاء القانون المدني، أن عقد الإذعان عقد كسائر العقود الأخرى. ويتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، إذ يتمثل أنصار هذا الرأي في جمهور فقهاء القانون المدني في فرنسا وجميعهم في مصر[55].

ذلك لأن المساواة القانونية محققة فيها على أساس أن مهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن لكن لا يصل لحد الإكراه أو الإلزام الذي يعدم الرضا أو يفسده. أما المساواة الاقتصادية فليست لازمة لأن اتفاق الإرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل لدور آخر، ولا يشترط قانونا لاتفاق الإرادتين اتفاقا صحيحا أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أن يكون من عمل الطرفين[56].

وقد جاء في قول "سليمان مرقس" الراجح في فقه القانون المدني أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقفا تحته لا يبلغ عدد الإكراه الذي يعدم الرضا ولا حتى الذي

---

[53] - أنظر علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص29.

[54] - أنظر سهلة لخضر، دور القاضي في العقد، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم،2019، ص34.

[55] - أنظر علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص31.

[56] - المرجع نفسه، ص31.

يفسده، وبالتالي فإن القبول بطريق الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي [57].

أما الفريق الثاني أنكر الصفة التعاقدية لعقد الإذعان. وهم من فقهاء القانون العام. وعلى رأسهم الأستاذ "سالي"، حيث يرى أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار أما عقد الإذعان فالقبول فيه مجرد إذعان لا يصدر عن إرادة حرة [58]. فلا يمكن أن يقال إن من يتعاقد مع شركات الاحتكار يقف معها موقف الند للند، بل هو لا يستطيع إلا أن ينزل على حكم هذه الشركات، فالرابطة القانونية التي تجمعهما في الواقع إرادة المحتكر وحدها وهذه الإرادة المنفردة هي بمثابة قانون يجبر المذعن على إتباعه [59].

إذ أن هذا النوع من العقود لا يمكن أبدا أن نجد فيه الإرادة التعاقدية والمشتركة؛ فهي منعدمة. كما لا نجد المساواة التي تفترضها فكرة العقد والنقاش فيه معدوم بين الأطراف، إضافة إلى المذعن في هذه العلاقة ليست له أية حرية وبينة. كما أن فكرة العقد لا تكفي لتفسير أغلبية آثاره القانونية حسب ما يراه. هذا حسب ما يراه الأستاذ "ديموج"[60].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من طبيعة عقد الإذعان:

اتجه المشرع الجزائري إلى اعتبار أن عقد الإذعان من العقود الحقيقية [61]، له الصفة العقدية، كما يخضع للقواعد العامة ما عدا القبول الذي أخرجه من القواعد العامة فأخضعه لحكم المادة 70 من ق.م.ج والتي تنص على ما يلي: **"يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا تقبل المناقشة فيها".**

[57] - أنظر دحمون أنيسة، بوزيد لويزة، مرجع سابق، ص.75.

[58] - أنظر عبيد نجاة، مرجع سابق، ص.56.

[59] - أنظر خولة بوعروج، سليم بودليو، مرجع سابق، ص.250.

[60] - نقلاً عن: عزيري حديقة، مشوب وردية، سلطة القاضي في تفسير العقد، مذكرة ماستر، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021، ص58.

[61] - أنظر بوزيد كيحول، مسعودة حداوي، ص.66.

ونظرا لخصوصية عقود الإذعان وما يحتويه من إذعان. فقد حاول المشرع الجزائري أن يخفف من غلوائها، بحيث أنه في الأصل وحسب نص المادة 112 من الق.م.ج أنه في حالة ما ورد شك في العقد فسيقوم القاضي بتفسيره لمصلحة المدين كما ورد في نص المادة **"يؤول الشك في مصلحة المدين"**. لكن كاستثناء فإن في عقود الإذعان نجد أن القاضي يقوم بتفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة (المذعن) بغض النظر عن صفته القانونية كونه هو الطرف الجدير بالحماية عكس الموجب[62].

المطلب الثانّي

صوروضوابط سلطة القاضي
في تعديل الشروط التعسفية

لا ينحصر دور القاضي في التفسير والنظر في الخصومات والدعاوى وإصدار الأحكام طبقا للقانون. إنما دوره يمتد إلى إعمال سلطته التقديرية في حالة كشفه لأي شرط تعسفي في العقد.

وعرّف المشرع الجزائري الشرط التعسفي في القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة 3 فقرة 5 كما يلي: **"كل بند أوكل شرط بمفرده أو مشتركا، مع بند واحد أوعدة بنود أوشروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"**[63].

في حين أن المشرع الفرنسي عرف الشرط التعسفي في القانون رقم23/78 الصادر في1978/01/10 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات كما يلي: **"في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين، أو المستهلكين، قد تكون محظورة، أو محددة، أو منظمة... الشروط المتعلقة ب...متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين**

[62] - أنظر دحمون أنيسة، بوزيد لويزة، مرجع سابق، ص.77.

[63] - قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. عدد 41 لتاريخ 27 جوان 2004. معدّل ومتمّم.

أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر. والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة"[64].

ولقد تبنت محكمة النقض الفرنسية المفهوم الذي تبناه المشرع للشرط التعسفي واعتبرته على أنه ذلك الشرط الذي يعتبر تعسفيا متى تضمن تصرفا غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكل غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية " العقدي"[65].

الفرع الأول

صورتدخل القاضي في عقد الإذعان

تتمثل صور تدخل القاضي في عقد الإذعان في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، إذ يعرف هذا الأخير على أنه **" الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"**[66].

بالنسبة للمشرع الفرنسي عرفه كما يلي **" تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من أثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد"**[67].

أولاً-سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان

أولى المشرع الجزائري حماية خاصة للطرف المذعن في عقد الإذعان وهذا ما يظهر جليا في نصوص المادتين 110و112 من ق.م.ج.

---

[64] - أنظر رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، *مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا*، مجلد 04، عدد05، 2008، ص.ص 344، 345.

[65] - أنظر مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، بحث مقدم لنيل شهادة ماجستير فرع حماية المستهلك والمناقشة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص41

[66] - أنظر عبير مزغيش، " الضوابط الحمائية المصوبة للاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفي"، *مجلة الحقوق والحريات*، جامعة محمد خيضر بسكرة-الجزائر، عدد 04، 2017، ص103

[67] - المرجع نفسه، ص ص103،104.

حيث منح نص المادة 110 سلطة للقاضي لتعديل العقد إذا كان قد تضمن شروطا تعسفية[68]. إذ تنص المادة سالفة الذكر على أن في حالة ما تم العقد بطريقة الإذعان، وقد تضمن شروطا تعسفية، سمح للقاضي أن يقوم بتعديل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها.

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

أ - وجود عقد إذعان.

ب-أن يحتوي على شروط تعسفية مرهقة للطرف المذعن.

وقد أشار الأستاذ نبيل إسماعيل عمر في كتابه "سلطة القاضي التقديرية" إلى تعديل الشروط التعسفية حيث قال:" ومن جهة أخرى فإنه إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، فإنه جاز أن يعدل هذه الشروط."[69].

ويتدخل القاضي من أجل تعديل الشروط التعسفية بالطريقة والكيفية التي يراها مناسبة، فإما يكون التعديل بالإنقاص بحيث يتحقق ذلك بإزالة المظهر التعسفي للشرط وبالتالي تتحقق الغاية التي أرادها المشرع بمنحه مثل هذه السلطة. أو بالتعديل الذي يتعلق بالمقابل الذي يفرضه الموجب على الطرف الضعيف بعد تقديمه لخدمة معينة، إذ يعتبر هذا الحل الأفضل والأنسب في مثل هذه الحالات لتفادي الإضرار بكلا الطرفين، وبذلك يتم حفظ حقوق الموجب ورفع الغبن عن الطرف المذعن[70].

نستخلص في الأخير أن القاضي لا يتصرف في العقد بتعديله إلا إذا استدعى الأمر ذلك وهو في حالة ما إذا أصيب الطرف المذعن بضرر، فيتدخل لإنقاذ العقد وحمايته من خطر الفسخ. مثل الشرط المتعلق بعدم المسؤولية في عقد النقل وذلك في الحالة التي يكون

---

[68] - أنظر بوكماش محمد، مرجع سابق، ص136.

[69] - أنظر نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 245.

[70] - أنظر مولود بغدادي، مرجع سابق، ص ص.88-89.

فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد ولا تتحقق العدالة إلا بإعفاء الطرف المذعن منه.

وفي المقابل لا يتوقع أن يتفق الطرفين على القيام بسلب القاضي حقه في تعديل العقد أو إلغائه لبعض الشروط التعسفية كونه يتعلق بالنظام العام[71].

ثانياً-سلطة القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية.

إلى جانب إمكانية القاضي من تعديل أي شرط تعسفي وارد في العقد بعد إعماله سلطته التقديرية، فله كذلك أن يقوم بإلغاء أي شرط تعسفي حسب نص المادة 110 من ق.م.ج، وذلك خلاف للمبادئ العامة في أثر القوة الملزمة للعقد وهذا حماية للطرف المذعن [72] الذي يحتاج إلى حماية قانونية، لعدم وجود اندماج بين الإرادتين ولكن تلبية لمصلحتين [73]. ولا يجوز للأطراف أن يتفقوا على خلاف ذلك.

مثال عن ذلك: ذلك الشرط الذي يلزم المؤمن له بإعلام المؤمن بأمور معينة خلال فترة سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض. فنلاحظ على أن هذا الشرط هو شرط طبيعي لا تعسف فيه، لكن التعسف يظهر عند التنفيذ، وذلك حين يتمسك المؤمن بحرفيته من أجل إسقاط حق المؤمن له رغم حسن نية هذا الأخير خاصة وأن البيانات التي أغفل إخطار المؤمن بها ليس من شأنها زيادة جسامة الخطر [74]

والمشرع الجزائري نص في المادة 110 من ق.م.ج صراحة على إمكانية القاضي إلغاء الشرط التعسفي واعتباره كأن لم يكن مع بقاء العقد ساريا، إذ ما يتوجب عليه القيام به كخطوة أولى عند احتواء العقد على أي بند تعسفي يرتب نتائج غير عادلة أن يبحث عن

[71] - أنظر زازومة الشيماء، مرجع سابق، ص17.

[72] -أنظر سعدان كهينة، إيقي فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص18.

[73] - voir, Georges BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, 2e éd, L.G.D.J, Paris, 1976, p276.

[74] - أنظر خولة بوعروج، سليم بودليو، مرجع سابق، ص 254.

إرادة ومقصود الطرفان، فإذا تبين له أن هذه البنود تعسفية ومخالفة لمبدأ حسن النية في العقود فسيبطلها حماية للطرف الضعيف[75].

ومن أمثلة الشروط التعسفية التي يتدخل القاضي بإلغائها فيما يتعلق بعقود التأمين نذكر:

1-كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

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

3-الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه، أو عدم تقديم دليل في حالة ما كان التأخر لسبب معذور[76].

أما عن المشرع الفرنسي، فنجد أنه لم يقم بالإشارة إلى إمكانية القاضي من تعديل الشروط التعسفية الواردة في العقد المعروض أمامه أو الإعفاء منها[77]. ومعنى ذلك أن يقوم القاضي بإضافة بعض الالتزامات التبعية التي لم تنصرف إليها إرادة الطرفين إلى الالتزامات الواردة والمنصوص عليها في العقد [78]. مثلما فعل المشرع الجزائري في نص المادة 110 السالفة الذكر، إلا أنه وضع نصوصا أكثر وضوحا في مجال تفسير العقود لصالح الطرف الضعيف أو المستهلك، حيث أن المشرع الفرنسي حصر نطاق الشروط التعسفية في مجال واحد وهو الاستهلاك كما وسبق لنا الإشارة.

إضافة إلى نص المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه لا يمكن للعقد أن ينتقص من النظام العام سواء بنصوصه أو لغرضه، سواء كان هذا الأخير

---

[75] - أنظر إرناتن وسام، دموش نبيلة، عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2017، ص.51.

[76] - أنظر دحمون أنيسة، بوزيد لويزة، مرجع سابق، ص104.

[77] -أنظر مولود بغدادي، مرجع سابق، ص87.

[78] - أنظر بوكماش محمد، مرجع سابق، ص80.

معروفا أم لا من قبل جميع الأطراف [79]. فنجد نص المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي الذي يلزم البائع بأن يوضح ما يلتزم به المشتري. فإذا تبين وجود غموض فسيفسر مباشرة ضده سواء كان دائنا أو مدينا [80]، وهذا لاعتبار أن البائع هو الطرف القوي في العلاقة التعاقدية كونه على علم تام بالشيء المبيع [81]، حيث نصت المادة 02/133 من قانون الاستهلاك: **"يجب تفسيرها في حالة الشك في الاتجاه الأكثر ملائمة للمستهلك أو غير المهني"**[82].

ونشير هنا إلى أن المشرع الفرنسي تدخل وأعطى قاضي الموضوع سلطة واسعة في تحديد الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك كونها غير موجودة، وهذا طبقا لما ورد في القانون الصادر في 18 يناير 1992[83].

ولا يمكن للقاضي من حيث المبدأ أن يتدخل في العلاقة التعاقدية التي تربط الأطراف فيما بينهم، إذ لا يمكن له أن يعدل العقد أو يلغيه إلا بموافقة الطرفين فدوره يتمثل في احترام وتنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه مسبقا [84]. فهو يخضع "لقانون الأطراف". لكن مع ذلك فإنه غالبا ما يكون الأطراف مصدرا للتقاضي الذي يكون التدخل القضائي فيه ضروريا. فيجب على القاضي بعد ذلك الحكم على العقد وتنفيذه مع احترامه [85].

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن المشرع الفرنسي بيّن نوع البطلان في حالة ما تضمن العقد شرطا تعسفيا، عكس المشرع الجزائري الذي لم ينص على نوع البطلان المقرر في

---

[79]- Art.1162 du code civil français dispose que : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties »

[80]- Art.1602 du code civil français dispose que : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. »

[81] -أنظر سي طيب محمد أمين، الشرط التعسفية في عقود الاستهلاك-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص47.

[82] - أنظر قانون رقم 03/09، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر، عدد 15 الصادرة بتاريخ 8 مارس 2009.

[83] - أنظر علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص42.

[84]- voir, Charlotte CARRÉ, Le juge et la sécurité du contrat, mémoire de Master II Droit des affaires – Droit des PME/PMI, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2017, p 10.

[85]- voir, PAULINE CASTELOT, *op.cit* , p 07.

العقود. وهذا حسب نص المادة 132 -1/ 08 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي نصت على أن العقد يظل ساريا في جميع أحكامه ما عدى تلك التي تعتبر تعسفية إذا كان من الممكن أن يستمر بدون البنود المذكورة[86].

الفرع الثاني:

ضوابط سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

بهدف إعادة التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختل بسبب الشروط التعسفية منح المشرع للقاضي في سلطة التدخل عقد الإذعان بعد وضع عدة ضوابط لهذه السلطة، و تتمثل في: أولا مراعاة طبيعة عقد الإذعان وثانيا مراعاة مقتضيات العدالة.

أولا- مراعاة طبيعة عقد الإذعان

يجب على القاضي أن يعمل على عدم تغيير طبيعة العقد عند ممارسته لسلطته في تعديل عقد الإذعان أثناء مواجهته للشروط التعسفية، سواءًا بتعديلها أو الإعفاء منها كون أن هذا يعتبر خروجا عن سلطته مثلا من عقد البيع إلى عقد العارية .

ثانيا- مراعاة مقتضيات العدالة

يقوم القاضي عند ممارسة سلطته في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها على معيار أساسي و هي العدالة ، حيث يهدف إلى تحقيق المساواة بين طرفي العقد على نحو يقيم التوازن بينهما و البعد عن انحياز القاضي و عدم الميل إلى الطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف على حساب الطرف القوي، إلى جانب ذلك أن القاضي

[86] - « *Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans les dites clauses* ».

وجب عليه التحلي بالموضوعية التي يقدر من خلالها مصلحة الطرفين فلا يحصل المتعاقد إلا على ما يستحقه و بالتالي يتساوى الطرفان في عنصر الحماية[87].

كخلاصة عقد الإذعان هو استثناء عن العقود الأخرى أين يمكن فيه للأطراف مناقشة بنود العقد بكل شفافية، هو عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب وقبوله لم يأتي بعد مفاوضة ومناقشة. العقد قائم فإما يقبل أو يترك، لكن في الغالب يتم القبول وهذا لحاجته الضرورية للخدمة أو السلعة كمصالح اتصالات الهاتف النقال.

[87] أنظر دحمون أنيسة، بوزيد الويزة، مرجع سابق، ص107.

الفصل الثانّي

سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء تنفيذه

أصبح للقاضي دور هام، بحيث أضحى يتدخل في معاملات الأفراد ومراجعتها وتعديلها، ودوره لم يكن وليدا لصدفة وإنما يعود إلى الفلسفة والقانون فكان نتيجة لصراع الإنسان في بحثه عن الحرية معا.

والقاضي في نهاية الأمر نتيجة لصراعات أصبح يراقب العمليات التعاقدية بين الافراد، وصار يتدخل كلما وجد ميزان العدالة مختلا ليعيد للعقود توازنها وعدالتها مما يجعل له دورا هاما وقائيا في مرحلة تكوينه وله سلطة ممنوحة بموجب القانون تسمح له بتعديل العقد.

لتبيان سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التكوين قسمنا هذا الفصل المبحثين. خصصنا المبحث الأوّل لسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة **(المبحث الأوّل)**، وخصصنا المبحث الثاني لسلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة **(المبحث الثانّي)**.

المبحث الأوّل

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب قيام الظروف الطارئة

أحيانا قد تقع ظروف طارئة غير محتملة ولم يكن توقعها عند إبرام العقد فتحدث اضطربا في توازن العقد، وهذا ما يسمى بظروف الطارئة.

بحيث مؤدي هذه النظرية تحدث بعد إبرام العقد أو قبله (أي قبل تمام تنفيذه بحيث تسبب إحداث غير متوقعة يتعذر دفعها، وبسببها يصبح تنفيذ العقد شديد الإرهاق بالمدين تهدده بخسارة فادحة لذا يمكن للقاضي التدخل للإصلاح والتعديل العقد برد التزامات المدين إلى حد المعقول.

ومن أجل فهم نظرية الظروف الطارئة، سنتطرق في مرحلة أولى إلى تحديد المقصود بنظرية الظروف الطارئة وبيان موقف المشرع الجزائري منها **(المطلب الأوّل)** ثم ننتقل في مرحلة ثانية إلى إبراز ووسائل القاضي في تعديل العقد **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأوّل

المقصود بالظروف الطارئة وموقف المشرع منه

لقد نال المقصود بنظرية الظروف الطارئة وتحديد موقف المشرع قدرا كبيرا من اهتمام التشريعات والفقه وذلك من اجل التمكن من تطبيقها على الحالات التي تتوفر فيها الشروط المحددة قانونا، بحيث يقصد بالظروف الطارئة أنها كل حالة عامة غير متوقعة الحدوث أثناء إبرام العقد مما يجعل تنفيذ الالتزام المدين مرهق[88].

[88] - أنظر أيوب بشار سخل، ربيع حاتم عرعر، أثر الظروف الطارئة في المواد المدنية في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2022، ص.7.

الفرع الأوّل

تعريف نظرية الظرف الطارئ

عرف الفقه نظرية الظروف الطارئة على أنها ظروف استثنائية عامة لم تكن محتملة الوقوع، بحيث يترتب على حدوثها تنفيذ الالتزام التعاقدي انه يصبح مستحيلا للمدين ويصيبه بخسارة فادحة[89].

وتعرف أيضا بأنها تلك الحوادث المفاجئة التي لم تكن في الحسبان عند التعاقد مما تجعل من وفاء المدين بالتزامه مرهق[90].

وعرفها الفقه الفرنسي منه الفقه (**pequignot**) نظرية الظروف للطارئة (إذا وقعت ظروف طارئة عامة غير متوقعة عند إبرام العقد وكان من شانها قلب توازنه مما يجعل تنفيذه مرهقا ولم يكن مستحيلا ولم يكن بإمكان المتعاقدين توقع ذلك الارهاق فلذا للمتعاقد أن يطلب من الإدارة أن تساعده في تنفيذ العقد عن طريق مقاسمة الظرف الطارئ في صورة تعويض يحسب على أساس عجز الذي يتحمله الطلاق المتعاقد مراعاة جميع ظروف العقد)[91].

ويرى العديد من المختصين أن نظرية الظروف الطارئة تجد أسسها في القانون الجزائري في نص المادة 107/ 3 من ق م التي تقضي بأنه: «**غير أن إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**».

---

[89] - جريباتة منى، مرجع سابق ، ص. 29.

[90] - مرجع نفسه، ص.29.

[91] - أنظر حميمي عبد المالك، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية، مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020، ص 9.

ونجد أن القضاء الفرنسي رفض الأخذ بهذه النظرية رغم محاولات الفقه لإيجاد السند لهذه النظرية في مبادئ العامة للقانون المدني ومع ذلك اضطر المشرع الفرنسي بتدخل في عدة حالات لأخذ بهذه النظرية وفق النصوص خاصة، لأن نظرية الظروف الطارئة تطورت وازدهرت في مجال إدارى واخذ بها مجلس دولة الفرنسي منذ حرب العالمية الأولى[92].

الفرع الثانّي

موقف المشرع الجزائري من نظرية الظروف الطارئة

ساير المشرع الجزائري تدخل القضائي في العقد بسبب الظروف الطارئة، عملا بأغلب التشريعات المعاصرة، بإقراره إجازة تعديل التزامات التعاقدية من طرف القاضي من خلال نص المادة 3/107 ق م ج « ... **غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ التزام تعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد التزام المرهق إلى حد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك** ». تنص على شروط مراجعة التزامات من جهة وكيفية مراجعتها من جهة أخرى .

والمشرع الجزائري قد جعل قواعد هذه النظرية من نظام العام، الذي يقوم على تعادل التزامات المتعاقدين ومصالحهم المستمدة من العقد إذا نشأت ظروف قد تخل بهذا التعادل وذلك حسب نصه في أخر المادة 107 ق م ج تنص على ما يلي ... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[93].

---

[92] - اقصاصي عبد القادر، " نظرية الظروف الطارئة وآثارها على تنفيذ التعاقدي" ، *المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية* ،مجلد 02،عدد 02، 2018،ص.129.

[93] - بوداود خليفة، بوزيان السعيد، مرجع سابق، ص.27.

الفرع الثالث

شروط نظرية الظروف الطارئة

باستقراء المادة **3/107 من القانون المدني م ج** يتضح بأن المشرع الجزائري يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع (أولاً)، وأن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة (ثانياً)، أن يشكل الحادث الطارئ حالة استثنائية عامة (ثالثاً)، أن يكون العقد الذي تثار في شأنه متراخيا (رابعاً).

أولاً-أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع

يمكن أن يكون الحادث الذي وقع لم يكن في الحسبان أي لم يكن متوقع ولا يمكن منعه، أما إذا كان ممكن توقعه « كانتشار دودة القطن» أو أمكن منعه « كتعطل المواصلات » بحيث يمكن هنا تغلب عليه باستعمال طرق أخرى، إذن لا يمكن تطبيق هذه النظرية، لأنه يجب أن يكون ظرف الطارئ غير متوقع للمدين أثناء التعاقد[94].

ثانياً-أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة

يقصد بهذا الشرط ألا يبلغ تنفيذ الالتزام درجة الاستحالة، إذ أنّ الاستحالة المطلقة تدخل في عداد القوة القاهرة التي تعفي من المسؤولية وترتب انقضاء الالتزام. خلافاً للظرف الطارئ، الذي يتم فيه برد التزام المدين إلى حد معقول، بحيث يتحمل شيء من تبعية الحادث.

ولهذا أجاز المشرع للقاضي أن يتدخل متى أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وذلك لتعديل العقد بفرض إعادة التوازن للعقد[95].

ثالثاً-أن يكون الحادث حالة استثنائية عامة

---

[94] - أنظر فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص ص. 218 ، 219.

[95] - أنظر نورة سعداني، "سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري"، *مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية*، عدد 2، 2015، ص. 36.

يقصد بتشكيل الظرف الطارئ حالة استثنائية عامة أن تكون هناك حوادث عامة بكونها لا تخص المدين وحده كإفلاسه أو موته، بحيث هذه الحوادث تكون غير مألوفة[96].

بحيث أن الحوادث الاستثنائية هذه لا تقتصر على حوادث الطبيعية فقط وإنما تمتد إلى كل واقعة مادية اهرى كإعلان على الحروب أو صدور أي قانون أو قرار أدى إلى ارتفاع أو انخفاض الأسعار.

وعندما كانت هذه النظرية استثناء عن القاعدة العامة للعقد شريعة المتعاقدين ولما كانت القوة الملزمة للعقد الدعامة الرئيسية لهذا الاستثناء هي ان يكون هذا الظرف مولد عن حادث استثنائي، فانه لا يعتد به إلا إذا كان مألوفا ولا تعتبر الخسارة الملحقة بالمدين مرهقة لان الشيء المألوف أحيانا ما محتمل الوقوع سواء بسبب العادة أو التعامل[97]، وهذه الحوادث أو الظروف استثنائية تحدث أثناء إبرام العقد وليس قبله[98].

أما القانون الفرنسي لم يأخذ بهذا الشرط فقط اكتفوا بشرط استثنائية لأنه يتنافى مع مبدأ العدالة يقضي برفع الإرهاق الذي مس المدين فقد اقرو بتطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى لو كان الظرف طارئ فردي لا يتجاوز اثر حدود التعاقد[99].

رابعاً -أن يكون العقد الذي تثارفي شأنه متراخيا

[96] - أنظر عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام مع مقارنة بالفقه الإسلامي، الجزء الأول، ط02، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1963، ص.342.

[97] - أنظر شارف بن يحي، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق،جامعة وهران، 2010، ص.93.

[98] - أنظر فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص .218.

[99] - أنظر موحوس ماسين، بركاني سفيان، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفرنسي، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2019، ص.28.

يتطلب هذا الشرط مرور فترة زمنية بين فترة التي يتم فيها إبرام العقد وبين التي يبدأ فيها التنفيذ، وحتى نقوم بتطبيق نظرية الظروف الطارئة ينبغي وجود عقد تراخى في تنفيذه أو يمتد إلى وقت يجئ في المستقبل.

ويقصد بالعقود المتزامنة العقود المحددة المدة أو الزمنية إمّا تكون عقود ذات تنفيذ دائم كعقد الإيجار أو متقطع كعقود التوريد، والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ هي بالأصل فورية التنفيذ، لكن باتفاق الأطراف أحيانا يتم تأجيل بعض أو كل التزامات بعض أو كلا إلى وقت لاحق من اجل إبرام العقد، مثال «تأجيل ثمن أو تقسيطه أو تأجيل الاستلام والتسليم »[100].

المطلب الثانّي

وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الوسيلة الأنجع لتعديل العقد، فله أن يستخدم وسيلة إنقاص الالتزامات المرهقة للمدين **(الفرع الأوّل)** أو أن يزيد التزامات الدائن **(الفرع الثانّي)** أو يقوم بوقف التنفيذ لمدة وفترة محددة **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأوّل

رد التزام المرهق عن طريق إنقاص الإتزامات المرهقة

يجوز للقاضي أن يقرر إنقاص الالتزامات المرهقة بحيث إنها وسيلة تحقق للقاضي تعديل العقد في حدود معقولة ونقوم على إعادة توازن العقدي للطرفين، انطلاقا من هذا سنبين إنقاص الالتزامات من حيث الكيف (أولاً) والكم (ثانياً).

[100] -أنظر عائشة مفلح احمد أبو بوزيد، "نظرية الظروف الطارئة "، *المجلة القانونية* (مجلة متخصصة في دراسات والبحوث القانونية)، 2021، ص 4293.

أولاً-من حيث الكيف

يقوم القاضي بتعديل الالتزام المرهق بإنقاصه من ناحية الكيف إذا كان مرهقا للمدين، من أمثلة ذلك: شخص يتعهد بتوريد كمية محددة من سلعة بمعايير المتفقة عليها وأثناء تنفيذ العقد، وقعت حادثة استثنائية من جائحة كورنا بحيث جعلت هذه الحادثة الحصول على السلعة أمر غير ممكن إما بسبب غلاء السلعة (زيادة السعر) أو ندرتها ن فهذا الأمر جعل التزام المدين مرهق[101].

ثانياً-من ناحية الكم

يتدخل القاضي لتعديل العقد عن طريق إنقاصا لالتزامات من حيث الكم (أي ينقص من كمية) ومثال ذلك : أن يتعهد تاجر بتوريد كميات من الزبد لمصانع الحلوى ، لكن قد تقع حادثة أو ظرف غير متوقع يمنع من استراد ذلك المنتوج أو ذلك المصنع المراد توريد له أغلق فهذا يؤدي إلى إنقاص الكميات المجودة في السوق ن وهذا يجعل توفير الكمية المتفق عليها غير ممكنة للتاجر .

فللقاضي في هذه الحالة أن يتدخل للإنقاص كمية الزبدة التي اتفق عليها إلى درجة المتفقة عليها والى تسمح لتاجر أن يوردها، وإذا القاضي حكم لصالح التاجر فهو ملزم فقط بتلك الكمية المحددة من طرف القاضي ويبرم العقد حسب ما جاء في الحكم المعدل[102].

فهنا للقاضي تدخل لتعديل التزام عن طريق الترخيص بالوفاء بنفس الكمية المتفق عليها دون إرهاق.

[101] - أنظر أيوب بشار سخل، ربيع حاتم عرعر، مرجع سابق ، ص. 62.

[102] - مرجع نفسه، ص.ص 61، 62.

الفرع الثانّي

رد الالتزام المرهق عن طريق زيادة التزامات المتقابلة

القاضي أثناء تعديله للعقد عن طريق زيادة في التزامات يقوم بذلك بطريقة متماشية مع العدالة وحسن النية[103]، واعتبار أن طريقة إنقاص التزامات مثالية من اجل لرد التزامات إلى حد المعقول فانه هناك طريقة أخرى أحسن وأنجع ، وهي رد الالتزام عن طريق الزيادة[104].

ونرى أن القاضي أثناء قيامه بسلطته يجد أن الطريقة الأنجع لرد التزامات لحد المعقول وتحقيق التوازن هو بزيادة الالتزامات مقابل التزام المرهق، أي الدائن يتحمل جزء من الزيادة الغير المحتملة في قيمة الشيء محل الالتزام، على غرار المدين المتعهد بتحمل الزيادة المألوفة المحتملة التي تجعل التزاماته مرهقة مثال ذلك: «تاجر يتعهد بتوريد كميات من التمر بسعر 100دج للكيلوغرام الواحد ثم تقع حادثة طارئة تجعل ذلك السعر يرتفع أكثر من 100دج واقل من 200دج أي أن هناك زيادة مألوفة .

فالقاضي هنا يجب أن لا يلزم على الطرف الأخر التزم بشراء بذلك السعر الذي اقره هو نتيجة حادثة الطارئة بل يجب لهذا الأخير الاختيار بين الشراء أو الفسخ للعقد، إذا لجأ لهذا الخيار (الفسخ) كان محققا لفائدة المدين لان الفسخ يذهب اثر الظروف الطارئة ولا يبقي أي التزام في عاتق المدين[105].

---

[103] - أنظر صاغي زينة، مقري نسيمه، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة ماستر، تخصص قانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014، ص. 54.

[104] -أنظر بلعجات قوقو، بكرار نجمة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015، ص.45.

[105] - أنظر موحوس ماسين، بركاني صفيان، مرجع سابق، ص.55.

الفرع الثالث

رد التزام المرهق عن طريق وقف التنفيذ

يمكن للقاضي أن يأمر بوقف التنفيذ العقد من أجل زوال الظرف الاستثنائي إذا كان مؤقتا بحيث نصت المادة 2/281 من ق.م.ج على أنه: «**يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وان يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأموال على حالها**». بمعنى ذلك انه يجوز للقاضي وقف التنفيذ العقد حتى تزول الحوادث والظروف الطارئة التي لحقت به فيعاود العقد ترتيب أثاره على الأطراف بنفس الشروط المدرجة فيه[106].

ويتم توقيف تنفيذ العقد لفترة معينة تحدد من طرف القاضي، ويكون هذا التحديد تقريبا «بقدر الإمكان إذ ليس بإمكان القاضي أن يتنبأ مقدما بالوقت الذي يسقط فيه اثر الظروف الطارئة في الوقت الحاضر يستطيع أن يكون فكرة تقريبية عن المستقبل»[107]. مثال ذلك أن يتعهد المقاول ببناء مبنى في مدة محددة وبأجرة محددة، وفجأة ترتفع أسعار بعض مواد البناء لظرف طارئ ويكون ارتفاع فاحشا ولكن هذا الارتفاع مؤقت على وشك الزوال لقرب انفتاح باب استيراد».

فسلطة القاضي في وقف التنفيذ التزام هو إجراء هدفه قيام بتمديد أجال التنفيذ الالتزام، ورد التزام المرهق إلي حد المعقول بحيث أن اختصاص في قضايا وقف التنفيذ للحوادث الطارئة تعود إلى القضاة الموضوع باعتبارهم مختصين في تلك القضايا[108].

---

[106] - أنظر جريباتة منى، مرجع سابق ، ص.42.

[107] - أنظر طبيب ليلي، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020، ص.65.

[108] - أنظر بلخير نور الهدى، حاج بن علو جوهرة، دور القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي لالتزامات التعاقدية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2022، ص.80.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة

للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، فللأشخاص الحرية في أن يلتزموا بما يريدون وفي الوقت والقدر الذي يريدون. وقد ازدادت أهميته بعد ظهور المذهب الفردي في القرن الثامن عشر والتاسع عشر كونه يشجع وينادي إلى وجود قانون طبيعي مبني على الحرية الفردية ووجوب استقلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية [109]. غير أنه لم يلبث وأن تراجع صداه خاصة بعد تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية في القرن العشرين وتوسع دائرة تدخل الدولة في الأنشطة التي يقوم بها الأفراد [110].

لكن بالرغم من كل ذلك وانتشار المذهب الاشتراكي الذي يمتاز بالملكية الجماعية لوسائل الإنتاج والإدارة التعاونية للاقتصاد، إلا أن مبدأ سلطان الإرادة يبقى من أهم وأسمى المبادئ القانونية التي منحت المتعاقدين حرية اختيار إبرام العقود وترتيب آثارها وجعلت من العقد شريعة للمتعاقدين[111](من بين المبادئ العامة المنصوص عليها في القانون الجزائري في المادة 106 من الق.م.ج). ومن أهم صور مبدأ سلطان الإرادة، بحيث أن التشريعات الحديثة أجازت للأطراف تقدير التعويض المترتب عن إخلالهم بالتزاماتهم التعاقدية بصفة مسبقة (قبل وقوع الضرر) وهذا يسمى بالشرط الجزائي.

---

[109] - أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، (مصادر الالتزام) دار النهضة العربية، 1966، ص.31.

[110] - أنظر عبيد نجاة، مرجع سابق، ص.117.

[111] -أنظر عبد الرؤوف دبابش، حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، *مجلة العلوم الإنسانية*، عدد 44، جوان 2016، ص.258.

ضف إلى ذلك سعى المشرع لتحقيق التوازن بين التزامات المتعاقدين، حيث أجيز للأطراف تأجيل الوفاء بالالتزام إلى زمن لاحق للتمكن من تنفيذه وتفادي فسخه بالرغم من أن هذه الالتزامات تنفذ ضمن الإطار الزماني المتفق عليه، لكن القاضي يقدر ذلك لوجود ظرف خاص فيمنحه أجلا للوفاء تحت مسمى الأجل القضائي[112].

وعلى هذا الأساس، سنحاول دراسة سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي **(المطلب الأول)**، ثم سلطته في منح نظرة الميسرة (**المطلب الثاني)**.

المطلب الأوّل

سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، بموجبه يحدد الطرفان المتعاقدان مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عندما يمتنع المدين عن تنفيذ إلزامه أو حينما يتأخر عن ذلك[113]، وهذا لاستبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض وبذلك يتحقق الهدف من هذا الإجراء وهو التخلص من إثبات الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض والتخلص أيضا من تحكم القضاء في تقدير قيمة التعويض[114].

والشرط الجزائي هو اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزاماته أو تأخر في تنفيذها. إذ يمكن أن يرد هذا البند في العقد ذاته أو في اتفاق لاحق للعقد الأصلي. لكن قد يحدث وأن يتفق المتعاقدين على مبلغ مالي مبالغ في تقديره ويتجاوز مقدار الضرر الحقيقي أو الفعلي الذي أصاب الدائن، فإنه في هذه الحالة يتقرر حق القاضي في التدخل بتعديل الشرط الجزائي إما بالإنقاص من مبلغ

---

[112] -أنظر طرطاق نورية، "سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة "، *مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية*، عدد 05، 2014، ص.ص. 124-125.

[113] - أنظر قاشي علال، " الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة "، *مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية*، مجلد 04، عدد 02، 2019، ص.2254.

[114] - أنظر جريباتة منى، مرجع سابق، ص.45.

الشرط أو الزيادة فيه أو لمنح أجل للمدين حتى ينفذ التزامه وذلك مراعاة الحالة الاقتصادية له ونظرا لمركزه القانوني[115].

وترتيباً على ما سبق، سنتعرض إلى تعريف للشرط الجزائي **(الفرع الأول)** وفائدة ودور هذا الشرط **(الفرع الثاني)**، وأخيرا سنتعرض إلى سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأوّل

تعريف الشرط الجز ائي

يقوم الالتزام العقدي على أساس التوازن بين الالتزامات المتقابلة بين أطرافه، ويجب على كل طرف الوفاء بما التزم به في الحدود التي أرضاها بإرادته دون زيادة أو نقصان لكن في بعض الحالات والتي يمكن اعتبارها استثنائية كونها خارجة عن إرادة المتعاقد تجعل تنفيذ التزامه مرهقا، وبالتالي بات إلزاما على القاضي التدخل لإعادة ذلك التوازن المفترض وذلك بتخفيف من غلو هذه الشروط وقد يصل به الحال إلى إعفاء الطرف الضعيف منها كلية[116].

وقد طبق الفقه الإسلامي ذلك في نطاق العقود منها عقود المضاربة، حيث أنه في حالة ما خالف المضارب شروط رب العمل أيا كان الضرر و الهلاك الذي سيحصل لهذا الأخير جراء تلك المخالفة، فإنه يعتبر بذلك مخلا بالتزاماته العقدية ويلزمه الضمان[117].

سنحاول تعريف للشرط الجزائي كما يلي:

---

[115] -أنظر بلخير نور الهدى، حاج بن علو جوهر، دور القاضي المدني في إعادة التوازن الاقتصادي للالتزامات التعاقدية، مذكرة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بلحاج بوشغيب، عين تيموشنت، 2022، ص.82.

[116] - أنظر فؤاد محمود معوض، مرجع سابق،ص.195.

[117] - مرجع نفسه، ص.308.

أولاً- التعريف اللغوي.

يحتوي على تعريف الشرط وتعريف الجزائي بصفة منفردة.

أ-تعريف الشرط:

قال ابن فارس: (الشين والراء والطاء). أصل يدل على علم و علامة، وما يقارب ذلك من علم، ومن ذلك الشرط العلامة، وأشراط الساعة علامتها...وتسمى الشرط، لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها[118].

وفرق بعض العلماء بين الشرط محرك الراء، وساكنها بقولهم : "الشرط" إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه كالشريطة جمع شروط، وبالتحريك "العلامة" وجمعه أشراط ومن ذلك أشراط الساعة بمعنى علامتها[119].

ب-تعريف الجزائي:

من اسمه يستنتج على أنه الجزاء. وأصل فعله جزي يجزي جزاء: بمعنى عاقب وجازيته بذنبه عاقبته[120].

ثانيا- التعريف الاصطلاحي.

يحدث كثيرا أن الدائن والمدين يتفقان مقدما على تقدير التعويض بإرادتهما دون منح سلطة تقديره للقاضي كما هو معروف، فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة لم يقم المدين بالتزامه أو تأخر عن فعل ذلك وهذا الاتفاق مقدما يعرف بالشرط الجزائي. ويسمى كذلك لأنه يوضع عادة شرطا ضمن شروط العقد الأصلي الذي

[118] - أنظر خير الدين مبارك عوير، الشرط الجزائي مفهومه-حكمه – تطبيقاته، (د .م. ن)، (د .س. ن)،ص.3.

[119] -أنظر قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، ص. 8.

[120] - المرجع نفسه، ص. 8.

يستحق التعويض على أساسه [121]. ومن الأمثلة على الشرط الجزائي نجد عقد التصنيع، عقد التوريد والاستيراد، عقود المقاولات.

تعددت وتنوعت التعاريف المقدمة للشرط الجزائي، إلا أن الفقه والقانون والقضاء الجزائري فضل تسميته بالشرط الجزائي لأنه يشير بصفة عامة إلى كل شرط مضاف إلى العقد أو إلى التصرف القانوني الصادر من جانب واحد[122].

أ-التعريف الفقهي:

عرفه السنهوري بأنه: " اتفاق بين متعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، وهذا هو التعويض عند عدم التنفيذ أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير"[123].

والأستاذ محمد شتا أبو سعد: " هو بند عقدي يدرجه المتعاقدان في عقدهما أو في اتفاق لاحق لضمان احترام العقد وكفالة تنفيذه، بحيث أنه إذا أخل المتعاقد بالتزامه أدى مبلغا معينا للمتعاقد الآخر فهو في الحقيقة تقدير اتفاقي للتعويض [124].

والأستاذ جاد محمد قدم تعريفا يرى أنه أقرب إلى الصواب:" اتفاق تبعي يتحدد بمقتضاه التعويض المستحق للدائن في حالة ما إذا أخل المدين بالالتزام وترتب على الانحلال ضرر لحق الدائن وأعذر المدين بتنفيذ الالتزام [125]. لكن انتقدت هذه التعاريف على أساس أنها لم تقدم سوى الوظائف التي يقوم بها الشرط الجزائي، متناسيا بذلك المميزات الأخرى.

ب-التعريف التشريعي:

---

[121] - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري،(المصادر- الإثبات- الآثار- الأوصاف- الانتقال- الانقضاء)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.888.

[122] - أنظر بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.326.

[123] - مرجع نفسه، ص.328.

[124] - أنظر قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.13.

[125] - المرجع نفسه، ص ص، 13، 14.

يرجع سبب تسمية التعويض لاتفاقي بالشرط الجزائي، نجد أن ذلك راجع إلى كونه تعبير لاتيني معناه الشرط المتضمن جهدا مكلفا. غير أن القانون الفرنسي نقله عند الرومان بعبارة **clause pénale** ونجد أن عند الرومان عبارة البند الجزائي تتكون من كلمتين تتضمن في آن واحد معنى الاشتراط ومعنى العقاب **stipulatio poenae**[126].

نص المشرع الجزائري على التعويض لاتفاقي في نصوص المواد من 183 إلى 187 من ق.م.ج. وما نلاحظه بعد الاطلاع على هذه النصوص أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى تعريف للشرط الجزائي مثلما فعل المشرع المصري في نص المادة 223 من ق.م.

تنص المادة 183 على أنه:" **يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".** وهذا يدل على أن المشرع الجزائري أجاز وشرع للأطراف الاتفاق على تحديد قيمة التعويض بصفة سابقة أو لاحقة.

والمادة 184 من نفس القانون نصت على أن التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

وفيما يخص بسلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي[127]. نجد أن للقاضي سلطة واسعة في تخفيض مبلغ التعويض في حالة ما إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه[128]، وتقابله نص المادة 185 من ق.م.ج التي تقضي" **إذا ما تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا، أو خطأ جسيما".**أما عن محل الالتزام، فتعرضت له المادة 186 ونصت على ما يلي:**"إذا كان الالتزام بين الأفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوض للدائن**

126- Pour plus de détaille voir ; GIRARD , G, De la "Stipulatio poenae" en droit romain. De la Clause pénale en droit français, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris, Imprimerie Moquet, Paris, 1877. Voir, aussi : Tullio Segrè, « Clause pénale et dommages ultérieurs en droit comparé », Revue internationale de droit comparé, Vol. 22 N°2, 1970.

127 - أنظر بوكماش محمد، مرجع سابق، ص 329.

128 - أنظر المادة 184 من نفس الأمر.

الضرر اللاحق من هذا التأخير". يتبين لنا أن المشرع لم يحدد محل التعويض فيمكن أن يكون مبلغ من المال أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل[129].

ورد البند الجزائي في مواد مختلفة من القانون المدني الفرنسي، على وجه الخصوص في المادة 1226 التي تقدم تعريفا له: **"هو الشرط الذي بموجبه يتعهد الشخص لضمان تنفيذ اتفاق، في حالة عدم التنفيذ"**[130].

ونصت المادة 1229 من نفس القانون على أن الشرط الجزائي: **"تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي"**[131].

تعرض كلا من التعريفين الواردين للمشرع الفرنسي للنقد كونهما يحملان العديد من النقائص، انتقد التعريف الأول في كونه عام وناقص إذ اقتصر على حالة عدم التنفيذ كسبب وحيد لمشروعية المطالبة بالشرط الجزائي. كما أنه لا يفسر الوظيفة الأساسية للبند الجزائي. أما التعريف الوارد في نص المادة 1229 انتقد بشدة لأنه حصر التعويض على حالة وقوع الضرر و هذا ما يخالف نص المادة 1152 من نفس القانون التي كانت تكرس مبدأ ثبات الشرط الجزائي[132].

ويعتبر أي شرط في العقد ينص على أنه في حالة ما أخل أحد الأطراف بالتزاماته فإنه مهدد بدفع مبلغ من المال (غرامة مالية) كتعويض عن الضرر الذي لحق بالطرف الآخر جراء هذا الإخلال.

---

[129] - أنظر قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص11.

[130]- Voir, ADELINE VILLINE, L'immixtion du juge dans le contrat, mémoire de Master, droit privée général, université pierre mondés, France, 2013, p.33.

[131] - أنظر محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، أطروحة دكتوراه، قسم الثقافة الإسلامية، جامعة الملك سعود، 1425-1426هـ، ص.14.

[132] -أنظر قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.11.

الفرع الثاني

فائدة ودور الشرط الجزائي

يتميز الشرط الجزائي بمجموعة من الفوائد والمزايا. من حيث الفوائد نجد أنه يلعب دور الشرط المخفف لمسؤولية المدين إذا كان أقل من الضرر الفعلي، كما أنه يشكل قوة ضاغطة لإجبار المدين على التنفيذ العيني كونها وسيلة فعالة للخروج من التعاقد بأقل التكاليف. فوجوده يؤثر على القوة الملزمة للعقد فوق قوتها القانونية العادية. ومنه يعرف كل متعاقد مقدما أنه إذا ما أخل بتنفيذ التزامه، فإنه سيكون ملزما بدفع التعويض المقدر بموجب هذا الشرط. وبالتالي فهو يضمن تنفيذ الالتزام[133].

أما بالنسبة للمزايا. فالشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي ويأخذ حكمه، ضف إلى ذلك أنه التزام احتياطي عند عدم التنفيذ العيني للالتزام، فلا يطالب بها المدين إلا في حالة ما استحال التنفيذ عينا بخطأ المدين. كما أنه تقدير جزافي لأنه اتفاق مسبق على تقدير التعويض. وبالتالي يمكن أن يكون أقل من الضرر فيغبن الدائن، أو يكون مفرطا فيعجز المدين عن الوفاء به[134]

الفرع الثالث

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو خروج عن القاعدة العامة وتطبيق لمبدأ سلطان الإرادة. فإذا حظر الاتفاق غاب دور القاضي في التدخل. وسيكون عليه إلزاما الحكم بالتعويض مثلما اتفق عليه في العقد دون أن زيادة أو نقصان (دون تعديل).

---

[133] - أنظر قاشي علال، مرجع سابق، ص ص.2270-2271 .

[134] -أنظر زازومة الشيماء، مرجع سابق، ص32.

لكن قد يحدث وأن يكون الشرط الجزائي فيه مغالاة (غلو)، بحيث لا يتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه المدين أو الضرر الذي لحق الدائن. وهنا تدخل القاضي لإعادة التوازن بين الالتزامات المتقابلة بات أمرا ضروريا وتقدير عناصر المسؤولية المدنية بأن يخفف الشرط أو أن يقيل المدين منه كلية[135].

أولاً-سلطة القاضي في زيادة الشرط الجز ائي.

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة في تعديل الشرط الجزائي وذلك بالزيادة في قيمته إذا كان أقل من الضرر.

وهذا ما ذهبت إليه المادة 185 من ق.م.ج، حيث جاء فيها: **"إذ جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما"**، وهذا النص استمده المشرع الجزائري من القانون المدني المصري[136]. ويتضح من خلاله أن الدائن لا يحق له مطالبة المدين إلا بقيمة الشرط الجزائي الذي يعتبر بمثابة تخفيف من المسؤولية ولذا فإن القاضي لا يحكم إلا بقيمة الشرط الجزائي حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي أصاب الدائن[137]. أما في حالة ما إذا كان الضرر نتيجة لغش المدين فإن الاتفاق على التخفيف يقع باطلا ولا يأخذ به.

وفيما يخص قدر أو نسبة المغالاة التي تجيز للقاضي تعديل الشرط الجزائي فلم توضح من قبل المشرع الجزائري، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي إلا انه وجد اتجاه فقهي فرنسي يرى بأن سلطة القاضي إذا كان الشرط الجزائي تم تحديده بمبلغ يفوق الضرر أما محكمة النقض الفرنسية أعطت الحرية لقضاة الموضوع لتحديد مبلغ التعويض[138].

---

[135] - أنظر فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص.196.

[136] -أنظر بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.339.

[137] - أنظر قاشي علال، مرجع سابق، ص.2263.

[138] -أنظر ربيعة ناصري، مرجع سابق، ص.127.

وما يستنتج أن هذا الشرط في هذه الحالة هو بمثابة تخفيف من مسؤولية المدين ويجوز إعماله في إطار المسؤولية العقدية. ولكن عدم السماح للقاضي بزيادة قيمة الشرط ولو زاد الضرر يرتب آثارا غير مرغوب فيها كونه يعتبر حماية للمدين على حساب الدائن لأن هذا الأخير كذلك يحتاج إلى حماية حقوقه وهو أولى بذلك، كما لو كان المدين شركة تجارية قوية ذات رأسمال كبير. فإذا لم تحترم هذه الشركة التزاماتها، مما أدى بالمدين إلى إصابته بضرر، وبالتالي هو كذلك يحتاج لهذه الحماية أيضا[139].

ونفس الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي، الذي أصبح يجيز للقاضي بزيادة الشرط الجزائي، ويجيز له ذلك من تلقاء نفسه. حيث نجد أن نص المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي صرحت على أن عندما ينص الاتفاق على أن الشخص الذي سوف يقصر في القيام بذلك سوف يدفع مبلغا معينا كتعويضات فلا يجوز أن يعطي لتعويض الطرف الآخر مبلغا أكثر أو أقل. وبعد تعديل نص هذه المادة بقانون 09 يوليو 1975 أجيز للقاضي أن يزيد الغرامة المتفق عليها في العقد إذا كان قليلا[140].

ثانياً-سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي.

إلى جانب إمكانية القاضي من تعديل الشرط الجزائي بزيادة المبلغ المتفق عليه من قبل الأطراف. فله كذلك أن يعدله وذلك بتخفيضه في حالة ما إذا كان مبالغا فيه، وهذا حماية للمتعاقد الضعيف، إلا أن سلطته في نلك ليست مطلقة، إذ يمكنه التدخل لتعديل الشرط بتخفيضه، ويتضح هذا في حالتين وهما: حالة الشرط الجزائي المفرط وفي حالة عدم التنفيذ الجزئي للالتزام[141]، وهذا طبقا لنص المادة 184 التي جاءت كما يلي : **"ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذ أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن للالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ".**

أ-الإفراط في تقدير الشرط الجزائي

[139] -أنظر سي يوسف زاهية حورية، "سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي "، *المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية*، مجلد 10، عدد 01، 2015، ص.16.

[140]- voir, POULINE CASTELOT, *op, cit*, p 17.

[141] -أنظر عبيد نجاة، مرجع سابق، ص.127.

في حالة ما إذا ظهر أن التقدير لاتفاقي لمبلغ التعويض مفرطا، بمعنى أنه مبالغ فيه لأقصى درجة، ففي هذه الحالة أجيز للقاضي بالتدخل لتقليص وتخفيض القيمة المتفق عليها في العقد كشرط جزائي [142]. إذ يفضل الضحية (المدين) أحيانا الحصول على تخفيض في التزاماته بدلا من الإلغاء أو الحل[143].

المشرع منح مسؤولية الإثبات للطرف الضعيف، إذ حالة ما سلمنا أن المدين لم يقم بإثبات أن المبلغ المتفق عليه في العقد مفرط، فإن القاضي لا يقوم بالتعديل من الشرط أي يبقي على نفس المبلغ المتفق عليه حتى ولو كان مفرطا.

ب-تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه

قد يقوم المدين بتنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية دون أن يستكمل تنفيذ ما تبقى منها، ما يسمح للقاضي من تخفيض مقدار المبلغ المتفق عليه في الشرط. ويصبح بنفس تقدير ما تم تنفيذه ما دام أن التعويض المنصوص عليه في العقد المبرم حدد لمجابهة حالة عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ [144]. وذلك شريطة ألا يكون هناك اتفاق مسبق بين الطرفين على أسلوب التخفيض في حالة ما تم التنفيذ الجزئي. فالقاضي ملزم باحترام إرادتهما وأن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، فلا يمكن إجباره على قبول استيفاء جزء من الالتزام حتى ولو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة[145].

والمشرع الفرنسي نص عليه في المادة 1231 من ق.م. سابقة الذكر وأجاز للقاضي أن يتدخل في الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام.

كما وسبق لنا الإشارة بأن المشرع الفرنسي أعطى كذلك للقاضي سلطة لتعديل الشرط الجزائي وذلك بتقليل المبلغ المتفق عليه في نص المادة 1152 من القانون المدني بعد

---

[142] - أنظر تغربيت رزيقة، "الشرط الجزائي بين سلطان الإرادة وسلطة القاضي "، *مجلة الحقوق والعلوم السياسية*، مجلد15، عدد 01، 2022، ص.2307.

[143]- Voir, Pierre-Gabriel JOBIN, « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », *les cahiers de droit*, vol. 47, n° 01, 2006, p. 07 .

[144] -أنظر تغربيت رزيقة، مرجع سابق، ص.2307.

[145] - أنظر نورة سعداني، مرجع سابق، ص. 39.

تعديلها بقانون 9 يوليو 1975. كما عدل بنفس قانون المادة 1231 بحيث يجوز للقاضي في حالة التنفيذ الجزئي الالتزام أن ينقص المبلغ المتفق عليه بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي وأبطل في كل من النصين أي اتفاق مخالف لهما[146].

في سنة 2016، عدل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، صدر الأمر رقم 131-2016، حيث تضمن التعديل الأكبر نطاقا للجزء الأساسي من القانون المدني الفرنسي وأصبح هذا التعديل نافذا امتياز من تاريخ 10 جانفي 2016، وأبقى على نفس النص الوارد في المادة 1152 وتم إدراجه في نص المادة 1231 فقرة 5 تحت المبحث الفرعي الخامس بعنوان "تعويض الضرر المترتب على عدم التنفيذ"[147].

هذه السلطة المحفوظة للقاضي لها حدود. فلا يمكن لقاضي الصلح تطبيق هذه المادة عندما يكون الأطراف قد نصوا بأنفسهم على تخفيض العقوبة بما يتناسب مع الفائدة التي سيحققها تنفيذ الالتزام للدائن[148].

يرجع التخفيض الذي يقوم به القاضي في حالة التنفيذ الجزئي لالتزامات إلى مجموعة من الحجج نذكر:

أن احترام إرادة المتعاقدين يفرض تخفيض الشرط الجزئي، في حالة ما تم تنفيذ الالتزام الأصلي جزئيا.

أن الضرر في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي أخف وطأ من الضرر الذي سيصيب الدائن في حالة عدم التنفيذ الكلي[149].

---

[146] - أنظر عبد الحميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص.73.

[147] - أنظر فرقاني قويدر نور الإسلام،" استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله "، *مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية*، مجلد 07، عدد 02، المركز الجامعي لتيبازة، 2020، ص.1663.

[148]- voir, ADELINE VILLAIN, *op. cit.*, p 34.

[149] -أنظر حميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص.88.

المطلب الثانّي
سلطة منح القاضي لنظرة الميسرة

أشار المشرع الجزائري إلى نظرة الميسرة أو الأجل القضائي في نصوص المواد 119 فقرة 02 و210 و281 من ق.م.ج.

تعد نظرة الميسرة أو الأجل القضائي من بين الحالات التي يستند إليها القاضي للتدخل في تعديل العقود في مرحلة تنفيذها إلى جانب الغبن والاستغلال، عقود الإذعان والشرط الجزائي. إذ تعتبر تعديل حقيقي يقع على أحد أوصاف الالتزام وهو أجله مما يكفي لتجديد هذا الالتزام، ويجعلها تعتبر بمثابة إخلال بالقوة الملزمة للعقد، حتى قيل أنها تطبيق من ضمن تطبيقات نظرية الظروف الطارئة[150].

فالأصل في الالتزامات المترتبة عن العلاقات التعاقدية أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه عند حلول أجل الوفاء ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. حسب ما نصت عليه المادة 281 فقرة01 من ق.م.ج:" **يجب أن يتم الوفاء فورترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أونص يقضي بغيرذلك**". لكن قد يحدث وأن يكون هذا التنفيذ مرهقا أو معسرا لسبب أجنبي خارج عن إرادته، فيجوز كاستثناء أن يمنح له القاضي أجلا أو آجالا معقولة لينفذ فيها التزامه بعد استعمال سلطته التقديرية الواسعة أثناء نظره في الدعوى المعروضة أمامه، سواءً أثناء سير الدعوى التي يرفعها الدائن ضد المدين أو أثناء إجراءات التنفيذ التي يباشرها الدائن[151].

على ضوء ما تقدم، سنقوم بدراسة هذا المطلب بتقسيمه إلى ثلاثة فروع: **الفرع الأول** سنتناول فيه تعريف نظرة الميسرة **والفرع الثاني** إلى الشروط الواجب توفرها لمنح نظرة الميسرة.

[150] - أنظر عيساوي رجاء، مرجع سابق، ص.250.

[151] -أنظر صاغي زينة، مقري نسيمة، مرجع سابق، ص.70.

الفرع الأول
تعريف نظرة الميسرة

قد يتراخى تنفيذ بعض العقود وذلك بسبب طبيعتها باعتبار المدة ركن فيها كعقود التوريد وعقود الإيجار، ومنها ما يتوقف تنفيذها إلى حلول الأجل الذي اتفق عليه الأطراف كعقود القرض. ويفترض فيه أن بحلول الأجل يتعين على المدين أن ينفذ التزامه إلا في حالة ما كان عدم التنفيذ راجع لسبب خارج عن إرادته. أما غير ذلك فإنه يجبر على ذلك. مثلما شهدته المجتمعات قديما، حيث كان جسم المدين وأمواله ضامنين للوفاء بديونه، وهذا يدفع بالمدين للقيام بأفعال لا يحمد عقباها، كأن يقوم بقتل الدائن أو سرقته[152]. وهذا ما أدى إلى انعكاس على المجتمع بالسلب آنذاك، بانتشار آفات منها قتل وسرقة، واليوم كمجتمعات حديثة رزقنا بهذه الآليات والتسهيلات الراجع للتطور الاقتصادي والاجتماعي الذي يشهده عالمنا الحالي ومن بينها: نظرة الميسرة أو الأجل القضائي.

كما أن مصطلح نظرة الميسرة مأخوذ من الفقه الإسلامي، حيث شرَّعت نظرة الميسرة في قول الله عز وجل: **{وإن كان ذو عسرة فنظِرة إلى ميسَرة وأن تصَّدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون}**[153].

أولاً-التعريف الفقهي

قدم الفقهاء مجموعة من التعريف لنظرة الميسرة، من بينها:

عرفها الدكتور رمضان أبو السعود بأنها: "الأجل الذي يكون مصدره القضاء، حيث يجيز القانون للقاضي أن يمنح المدين حسن النية أجلا أو آجالا معقولة للوفاء بدينه، ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم"[154].

---

[152] - أنظر فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص.456.

[153] -أنظر لعجال مداني، "مبدأ حسن النية وجزاء الإخلال به في القانون المدني الجزائري "، *مجلة الفكر القانوني والسياسي*، مجلد 06، عدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2022، ص192.

[154] -أنظر طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2015، ص.10.

ويعرف الدكتور عبد الحكم فودة نظرة الميسرة بأنها " مهلة التنفيذ أو الأجل القضائي التي يمنحها القاضي للمدين عاثر الخط حسن النية إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم وذلك حتى ينفذ التزامه ويتوقى الفسخ[155].

أما بالنسبة للفقه الفرنسي فقد تكلم الفقيه مازو MAZEAUD عن المبدأ العام في تنفيذ الالتزام دون إعطاء تعريف لنظرة الميسرة فقال "كمبدأ عام فإن الالتزام ينفذ بمجرد نشأته، وإذا كان محددا بأجل فإنه ينقضي بحلول الأجل وبعد ذلك يمكن للدائن متابعة تنفيذ الالتزام بقوة القانون[156].

كما يعرفه" لويس جوسيران" الذي يبدو لنا أنه يعكس أفضل رؤية لهذه الآلية في ذلك الوقت. وهو مصطلح قضائي يتدخل عندما تكون هناك دعوى للدائن على المدين، وبالتالي فإن المطالبة مستحقة. لذلك فنظرة الميسرة هي الفترة التي يجوز للقاضي أن يمنحها للمدين للسماح له بالأداء الطوعي للديون[157].

تم تعريفها على أنها أجل قضائي أو مهلة يمنحها القاضي للمدين الذي يمر بظروف صعبة تجعله غير قادر على الوفاء في الميعاد المحدد. أو أنها الحالة التي ينظر القاضي المدين فيها إلى أجل معقول للوفاء بالتزامه إذا استدعت حالته ذلك[158].

ثانياً-التعريف التشريعي

نظم المشرع الجزائري الأجل القضائي في مجموعة من النصوص القانونية والتي سنذكرها كما يلي:

---

[155] - أنظر عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، ص.09.

[156] - أنظر طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 10.

[157] - voir, RACHEL QUERCETTI, Le délai de grâce : une enquête historique, Master en droit, spécialité droit pénal (aspects belges , européens et internationaux), Faculté de droit, de science politique et de criminologie, 2022, pp .16, 17.

[158] - أنظر صاغي زينة، مقري نسيمة، مرجع سابق، ص.71.

-المادة 119 من ق.م.ج تنص على أنه: **" ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".**

-كما جاءت المادة 210 من نفس القانون كما يلي:**"إذا ما تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل..."** والمشرع الفرنسي نص كذلك على نظرة الميسرة، دون أن يقدم تعريف لها.

-ومن أمثلة الشرط الجزائي مثلا أن يرد في عقد النقل تحديد مبلغ يدفعه الناقل للراكب في حالة فقد الطرود و الأمتعة أو أن يرد في عقد المقاولة اتفاق على أن يلتزم المقاول بدفع مبلغ معين لصاحب العمل يحدد مقدما عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل الذي تعهد به[159].

الفرع الثانّي

الشروط الواجب توفرها لمنح القاضي لنظرة الميسرة

القاعدة العامة أن العقد شريعة المتعاقدين وفقا لنص المادة 106 من ق.م.ج، فتحل وفق ذلك الاتفاقات محل القانون لمن أبرمها. لذلك يجب على الأطراف احترام الالتزامات التي قطعوها على أنفسهم بموجب عقدهم. وفي المقابل يلتزم القاضي بهذا الالتزام باحترام العقد وتطبيقه كما يرغب الطرفان[160]. لكن لكل قاعدة استثناء، حيث يمكن للمدين ألا ينفذ التزاماته في الوقت المتفق عليه في العقد، فيتدخل القاضي لتعديل العقد بمنح أجل قضائي للطرف الضعيف عند توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 281 من ق.م.

أولاً-عدم وجود نص قانوني يخالف إجراء منح نظرة الميسرة

[159] - أنظر طيب ليلى، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ، مذكرة الماستر حقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم،2020، ص.73.

[160] Voir, ADELINE VILLAIN, *op, cit*, p31.

جاءت نص المادة 281 السالفة الذكر في فقرتها الأولى واضحة، حيث قضت بأنه:**"يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".** في هذه الحالة لا يمكن للقاضي مخالفة النص و منح نظرة الميسرة للمدين[161]، بمعنى المخالفة سيكون تنفيذ الالتزام إجباريا في الأجل المتفق عليه في العقد و إلا سيتحمل العواقب.

ومثال ذلك ما ذهبت إليه المادة 464 الفقرة 02 من ق.ت.ج حين قضت بأنه:**" و لا يجوز منح آجال قانونية كانت شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و 438 من هذا القانون"**[162].

غير أنه في الفقرة الثانية من المادة 281 أشارت إلى أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا له آجالا ملائمة لظروفه دون أن تتجاوز هذه المدة سنة و أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها.

وفي حالة الاستعجال فقاضي الأمور المستعجلة هو من سيتولى منح الآجال، وهذا في حالتين:

الحالة الأولى: في حالة ما وجد نص قانوني صريح على أنها تدخل في اختصاص قاضي الاستعجال.

الحالة الثانية: إذا توفرت شروط الاستعجال وهي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق[163].

ثانياً-أن تستدعي حالة المدين منحه نظرة الميسرة

---

[161] - أنظر رشيد رحماني، عمار زعبي، وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين بين الظروف الطارئة ومهلة الميسرة، *المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية*، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، عدد 02، سنة 2019، ص.132.

[162] - أنظر الأمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج عدد 101 لتاريخ 19 ديسمبر 1975. (معدّل ومتمّم).

[163] - أنظر طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.132.

يجد هذا الشرط أساسه في نص المادتين 119 و281 من ق.م.ج[164]. حيث أنه في حالة ما لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض بعد إعذاره في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك. وهذا ما ورد في اجتهاد المحكمة العليا في القضية رقم 206796 بتاريخ 12 جانفي 2000، حيث جاء فيه:" من الثابت قانونا أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ... كما تشترطه المادة 180 من القانون المدني و بتجاهل قضاة الوضوع هذا الدفع و عدم مناقشته فإنهم أخطئوا مما ينبغي التصريح بنقض القرار المطعون فيه[165].

ويجوز للقاضي منح المدين أجلا حسب الظروف دون أن يصل الحد إلى استحالة تنفيذه. كما لا يجوز له رفض الفسخ إذا لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات.

كما نصت المادة 02/281 من ق.م.ج على جواز مراعاة الحالة الاقتصادية للمدين من قبل القضاء ومنحه آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها.

ويجب على المدين أن تجتمع فيه صفتي حسن النية والتي نقصد منها الاستقامة وانتفاء الغش، ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد في معاملة المتعاقد الآخر في تنفيذ ما عليه و في اقتضاء ما له من حقوق[166]. وأن يكون سيء الحظ أي عاثر الحظ لا متعمدا عدم الوفاء ولا مقصرا فيه، وإنما تمر عليه فترة أو أزمة يمكن تجاوزها بالأجل القضائي[167].

كما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 10 أكتوبر 1993، بحيث تم إلغاء القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء عنابة بتاريخ 1991/09/30، بعد التصدي بتعويض الطاعن بمبلغ 420،000 دج عن الأضرار التي لحقته والمصاريف على عاتق

---

[164] - مرجع نفسه، ص35.

[165] - أنظر فرقاني قويدر نور الإسلام، مرجع سابق، ص1662.

[166] -أنظر لعجال مداني، مرجع سابق،ص. 178.

[167] - أنظر طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.36.

المستأنف عليه. حيث من خلال مستندات القضية أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك بعد حدثا استثنائيا غير متوقع، يجب الأخذ به. فمن المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية غير متوقعة وترتب على حدوثها أن التنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يكن مستحيلا صار مرهقا للمدين ويهدده بخسارة جاز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[168].

ثالثاً-أن يلحق الدائن من هذا التأجيل ضررا جسيما

قبل منح المدين مهلة قضائية لتسديد ما له من التزامات، يجب أولا على القاضي النظر في ما كان هذا الإجراء لا يضر بالدائن كون أن مصلحته أولى بالرعاية وليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن مثلا: كأن يكون الدائن معولا على الدين في إبرام صفقة يعود فواتها عليه بضرر جسيم[169].

لذلك يجب على القاضي أن يوازن بين المصلحتين، فإذا كان الضرر ليس جسيما فيمكن للقاضي منح أجل قضائي، إذ من مصلحة الدائن أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه أفضل من عدم التنفيذ الكلي له.

أما في حالة ما افترضنا أن الدائن تعرض لضرر جسيم، بديهيا القاضي يمتنع عن تقديم أجل للمدين[170].

رابعاً-أن يكون الأجل الممنوح للمدين معقولا.

حدد المشرع الجزائري في المادة 281 ق.م مدة الأجل القضائي وهي محددة بسنة واحدة ولا يجوز تجاوزها، حيث جاءت نص المادة كما يلي: **"...دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وإن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".**

---

[168] - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 1993/10/10، ملف رقم99694، *المجلة القضائية*، عدد 01، 1994، ص، ص 2017-220.

[169] -أنظر بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.377.

[170] - أنظر عبيد نجاة، مرجع سابق، ص.143.

فلا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا طويلا يعطل فيه على الدائن حقه، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري ليتمكن المدين من الوفاء[171].

ونذكر هنا أنه في حالة ما توفرت الشروط الأربعة التي سبق و ذكرناها، جاز للقاضي أن يمنح المدين أجلا لتمكينه من تنفيذ التزامه التعاقدي وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك، للتقدير فيما كان ما يستدعي منح المدين أجلا أم لا حسب ملابسات كل قضية من القضايا المعروضة أمامه ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك[172].

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين آجالا متعاقبة لا أجلا واحدا، بأن يقسط الدين على أقساط.

بالعودة للمادة 1244 الفقرة 02 من القانون المدني الفرنسي مثلما تمت صياغته في القرن التاسع عشر على النحو التالي: **لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على سداد جزء من دين، حتى و إن كان قابلا للقسمة، و مع ذلك يجوز للقضاة بالنظر إلى مركز المدين و باستخدامهم هذه السلطة منح تأخيرات معتدلة في السداد..."**[173].

الفرع الثالث

سلطة القاضي في منح الآجال القضائية

قد تكون المعاملات التي تتم بين الأشخاص منجزة وذلك حال أغلب المعاملات اليومية في مجال عقود البيع، لكن مع ذلك فقد تكون الالتزامات التي تتضمنها هذه المعاملات مؤجلة إلى تاريخ لاحق كما هو الحال في عقد القرض (القرض الذي يكون بين الأفراد العادية، البنوك،...).

[171] -أنظر زازومة الشيماء، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.42.

[172] - أنظر عبيد نجاة، مرجع سابق، ص.144.

[173]- voir, Rachel QUERCETTI, *op. cit.*, p. 16.

وكثيرا ما يتم اللجوء إلى تأجيل الالتزامات لدى أغلبية الناس إلى زمن لاحق إما يكون معين أو غير معين، والمدة التي يضاف إليها الالتزام أو يمتد خلالها هي ما يطلق عليه اصطلاحا «بالأجل"[174].

فنجد أن المشرع الجزائري أعطى سلطة واسعة للقاضي لإعمال سلطته التقديرية في هذا الشأن. لكن هذه السلطة التقديرية تختلف حدودها باختلاف الدعوى التي يلجأ إليها الدائن[175]. وقد يبادر هذا الأخير باعتباره صاحب الحق في طلب تنفيذ الالتزام بموجب دعوى التنفيذ أو أن يقوم برفع دعوى فسخ العلاقة التعاقدية إذا لم يوف المدين بالتزامه لغير سبب حقيقي. لكن الأمر متروك للقاضي فإما يختار فسخ العقد أو يختار التنفيذ العيني في حالة واحدة و هي في الحالة التي يكون فيها التنفيذ لا يزال ممكنا، و بين الفسخ في حالة ما كان الوفاء مستحيلا[176].

أولاً-منح الأجل بموجب دعوى التنفيذ

يقصد بدعوى التنفيذ تلك الدعوى التي يرفعها أحد المتعاقدين على الآخر طالبا منه تنفيذ التزامه و الأجل الممنوح في هذه الحالة أساسه قواعد العدالة، وذلك بالتخفيف من شدة القوة الملزمة للعقد، و مهلة التنفيذ التي يمنحها القاضي للمدين في دعوى التنفيذ التي يرفعها الدائن يجوز أن تتعدد خروجا عن الأصل العام في المهلة القضائية طبقا للقاعدة العامة[177].

إن الأجل الذي يمنحه القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ نص عليها المشرع الجزائري في المادة 281 فقرة 02 من الق.م، بحيث يتدخل القاضي بمنح المدين آجالا ملائمة لتنفيذ التزاماته عندما يطرأ خلالها حادث استثنائي يؤدي إلى جعل المدين ينفذ التزاما مرهقا. بمعنى المخالفة، فإن في حالة ما كان المدين قد ارتكب خطا فأدى إلى وقوع ظرف طارئ حال دون تنفيذ التزامه ففي هذه الحالة من الغير المتوقع أن يستفيد بأجل بسبب تقصيره.

---

[174] - أنظر حميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص.98.

[175] - أنظر عبيد نجاة، مرجع سابق، ص.145.

[176] - أنظر طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.20.

[177] -أنظر طرطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مرجع سابق، ص.131.

ومن خلال هذه الدعوى يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا واحدا أو عدة آجال متعاقبة مع الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من الشروط القانونية. ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف ذلك لأنه من النظام العام[178].

أشارت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2011/02/17 في مبدئها أن يجب على المدين تنفيذ التزامه عينا، متى كان هذا ممكنا. ويتم الحكم على المدين بتعويض الضرر الناجم عن عدم التنفيذ العيني في حالة استحالة التنفيذ[179].

ثانياً-منح الأجل بموجب دعوى الفسخ

تجيز المادة 119 من ق.م.ج للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات.

ويراد بالفسخ الجزاء الذي أقره القانون على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، وهو لا يتصور إلا في العقود الملزمة للجانبين و لا يرد إلا على عقد صحيح منتج آثاره، ففي حالة لم يقم أحد الطرفين في العقد بتنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه هو أيضا وأن يطلب فسخ العقد[180].

وعليه، فإنه إذا ما أخل أحد طرفي العقد بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر فسخ العقد. والأصل في الفسخ أن يكون قضائيا ما لم تتوافر حالة من الحالات التي يفسخ فيها العقد من تلقاء نفسه. و لا يعد كذلك إلا إذا تمت المطالبة به وصدور حكم يقضي بهذا الفسخ[181]. وللقاضي السلطة الواسعة في منح المدين أجل لتنفيذ التزاماته بعد مراعاة ظروفه.

ولرفع دعوى الفسخ يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط، هي:

---

[178] - أنظر عبيد نجاة، مرجع سابق، ص.146.

[179] - أنظر قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ2011/02/11، ملف رقم 620974، *مجلة المحكمة العليا*، عدد02، 2011، ص.114.

[180] - أنظر سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص،ص. 90، 91.

[181] -أنظر طرطاق نورية، نظرة الميسر في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.22.

1-أن يكون العقد محل الفسخ ملزما لجانبين.

2-أن يطالب الدائن بالفسخ و أن يكون قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد.

3-عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.

4-أن يسبق طلب الفسخ إعذار المدين[182].

فالافتراض الموجود هو وجود أجل متفق عليه من طرف المتعاقدين، و يكون ملزم للمدين عند حلول الأجل تنفيذ التزامه. لكن قد يحدث و أن لا يوفي المدين بدينه عند حلول الأجل، فيخول للطرف الآخر حق طلب الفسخ و القاضي ليس له أي حق بمنعه لتوفر جميع شروط الفسخ المقررة في القانون، فإذا ما تبين له أن الشروط موجودة و متوفرة حينها تثبت للقاضي السلطة التقديرية، ويكون من حقه اتخاذ أي قرار يراه مناسبا، إما بإجابة المتعاقد إلى طلب الفسخ، أو رفضه أو منح المدين أجل لتنفيذ التزامه. و عند الأخذ بهذا القرار الأخير يكون القاضي قد تدخل في مجال العقد بالتعديل الذي ينصب على مدة أو مدد التنفيذ المشترطة في العقد[183].

والأستاذ "كابتان" يرى بأن عدم التنفيذ الذي يبرر الفسخ، لا يشترط أن يكون منطويا على خطأ. وإذا كان عدم التنفيذ الجزئي سببه البطلان الجزئي للعقد، فهنا الدائن له حق طلب الفسخ بغض النظر عن الالتزامات الأخرى الصحيحة الموجودة في العقد. والمادة 1184 من التقنين المدني الفرنسي تنطبق أيا كان سبب عدم التنفيذ، وأيا كان محل الالتزام مشروعا أو غير مشروع، طالما أن عدم التنفيذ يرد على الالتزام الأصلي في العقد. والقاضي عند تعديله للعقد لا ينبغي أن يسمح بطلب فسخه، فالدائن لا يحق له طلب فسخ العقد، وذلك أن القاضي عندما يعدل العقد فإنه يحل إرادته محل إرادة الطرفين. و دور هذه

[182] -أنظر طرطاق نورية، مرجع سابق ، ص،ص. 22، 23.

[183] - أنظر بوكماش محمد، مرجع سابق، ص.380.

الإرادة قد انتهى. والتعديل يضع نهاية لحياة العقد. و لن يكون هناك مجال لطلب فسخ عقد قد انقضى من قبل[184].

[184] - سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص،ص.428، 429.

خاتمـــــــــة

الأصل العام هو ضمان احترام القاضي للعقد من جهة أنه من الغير الممكن أن يحل محل إرادة الأطراف في تعديله وهذا تطبيقا للمبدأ المعروف "بالعقد شريعة المتعاقدين" الذي تقوم عليه جل المعاملات والتصرفات القانونية، ومن جهة أن القواعد القانونية هي التي تقوم بتنظيم معظم الروابط والسلوك الاجتماعي اليوم والتي تمثل انعكاسا لحاجات المجتمع، فلذلك ما على القاضي سوى احترام القواعد وتطبيقها.

إلا أنه وفي حالات استثنائية محددة أجاز المشرع الجزائري والفرنسي للقاضي بالتدخل إذا ما حدث إشكال يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الأطراف والذي قد يسبب أضرارا لا تحمد عقباه، إضافة إلى أن العقد من بين المواضيع المهمة في هذا العصر ولا يمكن إهماله، فيتدخل القاضي كطرف ثالث محايد في العلاقة التعاقدية لمعالجة الأمر وإيجاد حلول فعالة بموجب نصوص صريحة ودقيقة ما يسمح له بتعديل الالتزامات العقدية التي يهدف العقد إلى تحقيقها وبشكل يتوافق مع قواعد القانون التي تنظمه[199].

أصبح بذلك دور القاضي دورا إيجابيا فعالا في مجالات العقد بعد أن كان متفرجا سلبيا على الخلاف التعاقدي، أسير مبدأ مفترض لاستقلالية الإرادة الذي يتطلب منه احترام شروط الاتفاق ومنعه من تعديل المحتوى[200].

كما أن تدخل القاضي في العقد حسب المشرع الفرنسي يشكل ضمانة لفعاليته، فهناك عدة نقاط تجعل من الممكن إثبات هذه الحقيقة إذ أن التسليم بمقولة أن الأطراف هم الوحيدون القادرون على تحديد محتوى عقدهم بحرية فيجب العلم أن هؤلاء ليسوا معصومين عن الخطأ[201] كفكرة أولى، والفكرة الثانية تتعلق بحماية الطرف الضعيف والمغبون في حالة ما شاب العقد خللا في مرحلة إنشائه أو تكوينه نتيجة استغلال احدهما للأخر في طيشه البيِن أو هواه الجامح من أجل تحقيق هدفه ، فتجسدت بذلك سلطته في التعديل بالإنقاص فقط أما التعديل بالزيادة فتكون في حالة عرض المتعاقد المستغل ما

---

[199] - أنظر، حيدر فليح حسن، محمد غانم يونس،" نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد و القيود التي ترد عليها(دراسة مقارنة)"، المجلة الأكادمية للبحث القانوني،العدد02، 2018، ص140.

[200]- Voir, Mame Ngoné DIATTA, Le juge et le contrat : étude comparative des droits français et sénégalais », thèse de doctorat, Université de Perpignan Via Domitia, 2023, p .28.

[201] - *Ibid.* p. 21

يراه القاضي كافيا لرفع الغبن. وكذلك سلطة القاضي في هذه المرحلة تكون في عقد الإذعان التي تكون في أساسها غير متوازنة من ناحية الحقوق والالتزامات، فيتدخل القاضي لتعديل أو إلغاء أي شرط تعسفي لمصلحة الطرف المذعن[202].

أما في مرحلة تنفيذ العقد فنجد أن القاضي يتدخل كذلك بالرغم من أن العقد نشأ متوازنا، وتتجلى في تعديل العقد بسبب الظرف الطارئ، إذ قد يحدث عند حلول أجل التنفيذ أن تحدث ظروف بسبب حادث غير متوقع فيصبح بذلك تنفيذ الالتزام على النحو المتفق عليه في العقد شاقا ومرهقا إلى الحد الذي يهدد المدين بخسارة فادحة ويكون التدخل برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. إضافة إلى سلطة رفع الإرهاق عن المدين بسبب ظروفه السيئة وذلك بمنحه أجلا قضائيا دون الإضرار أو المساس بحق الدائن. كما أنه يتدخل القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ إذا كان الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد شرطا ظالما غير عادل، فيتدخل بإنقاصه أو الزيادة فيه إذا تم الغش فيه أو بسبب خطأ جسيم[203].

فنقول في الأخير أن المشرعين الجزائري والفرنسي بسماحهم للقاضي في تبسيط سلطته ليس محاولة منهم استبعاد مبدأ سلطان الإرادة الذي يبقى من بين أهم المبادئ القانونية التي منحت للأطراف حرية إبرام العقود وترتيب جل أثارها، وإنما رغبة منه في الحفاظ على استمرارية العقد مع خلوه من أي شكل من أشكال التعسف بالرغم من أن **"سلطة القاضي في تعديل العقد"** لم ولن تحقق أية مساواة بين الأطراف لأسباب كثيرة منها الدينية، التشريعات الدولية والمبادئ الأخلاقية العالمية وغيرها.

ومن خلال بحثنا هذا توصلنا إلى مجموعة من النتائج، وهي كالتالي:

- أن المشرع الجزائري والفرنسي قد خالفوا مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" الذي يعد أساس العلاقات التعاقدية وذلك بمنحه للقاضي سلطة التعديل عوض الأطراف.

---

[202] - عيساوي رجاء، "سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي"، أطروحة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2022، ص 321.

[203] - مرجع نفسه، ص 322.

- بعد أن كان دوره سلبيا في التشريعات القديمة ينحصر فقط على تفسير العقد، أصبح دور القاضي الآن دوراً إيجابيا فعالا في الأوساط الاجتماعية.

- سلطة القاضي في تعديل العقد مقتصرة على حالات ذكرت على سبيل الحصر و هي: الغبن و الاستغلال، عقد الإذعان، الظروف الطارئة، الشرط الجزائي، الأجل القضائي.

- عقد الإذعان من العقود المنتشرة حديثا، بحيث ينفرد بوضع تفاصيله أحد الأطراف ولا يحق للطرف الأخر تعديلها أو مناقشتها فإما يقبلها كلها أو يرفضها كلها.

- السماح للقاضي بتعديل العقد في حالات الظروف الطارئة من أحسن القرارات كونها تحد من أي مظهر من مظاهر التعسف، إضافة إلى أنه تم إدراج قوانين خاصة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية كقانون حماية المستهلك من الشروط التعسفية أمام تدخل مختلف التشريعات العالمية وكذا ضغوط المنظمة العالمية للتجارة حسب قانون 09-03 الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش، والقانون رقم 344 -2014 بشأن حماية المستهلك في القانون الفرنسي.

كما حملنا موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد في ضوء القانونين الجزائري والفرنسي إلى وضع مجموعة من الاقتراحات والتوصيات، وهي كالتالي:

- إلغاء أي حرية للقاضي في قبول تعديل العقد أو رفضه وجعلها وجوبية لغاية تحقيق العدل بين الأطراف.

- ضمان وتخصيص حماية أكثر للطرف المذعن(الضعيف) في عقد الإذعان بوضع بنود ونصوص صارمة من التي وردت في نص المادتين 110 و112 من القانون المدني الجزائري، خاصة الإذعان في عقود الاستهلاك. مع ضرورة السماح للقاضي الفرنسي بإجراء تعديلات في عقود الإذعان في حالة ما استدعى الأمر ذلك.

- حصر المشرع سلطة القاضي في تعديل العقد في حالات محددة فجعل سلطته مقيدة ولا يمكنه التدخل في حالات أخرى حتى لو استدعى الأمر ذلك، فنقترح عدم حصرها وفتح المجال لسلطته لإعادة التوازن العقدي للعقود عامةً.

تعديل نص المادة 107 من ق.م.ج والسماح للقاضي بإعمال سلطته التقديرية حسب كل قضية، فينقص الالتزام أو يرده إلى الحد المعقول بما يحقق التوازن بين الأطراف في العقود.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً- باللغة العربية:

1 – الكتـــــب:

1. أنس بن عبد الله العيسي، عقد الإذعان (دراسة مقارنة)، قسم السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، السعودية، 1426-1427هـ.
2. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري،الجزء الأول (التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
3. خير الدين مبارك عوير، الشرط الجزائي مفهومه-حكمه – تطبيقاته، د .م. ن،د .س. ن.
4. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، مكتبة الوفاء القانونية،القاهرة، 2009.
5. عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
6. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004.
7. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، (مصادر الالتزام) دار النهضة العربية، 1966.
8. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام مع مقارنة بالفقه الإسلامي، الجزء الأول، ط.02، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1963.
9. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر والتوزيع،الجزائر، 2013.

10. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
11. محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، ط02، القاهرة، 2002.
12. محمد علي الرشدان، الغبن في القانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
13. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2008.

2-الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراه:

1- سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016.

2-طبيب فايزة،سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، قانون خاص، جامعة عبد الرحمن بن باديس، مستغانم، 2019.

3-عبد الحميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الجزائر، 1996.

4-عيساوي رجاء، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد،2022.

5-محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، أطروحة دكتوراه، قسم الثقافة الإسلامية، جامعة الملك سعود، 1425-1426هـ.

6-محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر 2011.

ب-المذكــرات الجامعية:

ب1- مذكرات الماجستير:

1-سي طيب محمد أمين، الشرط التعسفية في عقود الاستهلاك-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

2-شارف بن يحي، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق،جامعة وهران، 2010.

3-طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2015.

4-عبد الناصر محمد عبد عابدين، الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص من كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2013.

5-عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

6-علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط،2011.

7-قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014.

8-مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، بحث مقدم لنيل شهادة ماجستير فرع حماية المستهلك والمناقشة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015.

ب2- مذكــرات الماستر:

1-أيوب بشار سخل،ربيع حاتم عرعر، أثر الظروف الطارئة في المواد المدنية في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2022.

2- إرناتن وسام، دموش نبيلة، عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2017.

3-بلخير نور الهدى، حاج بن علو جوهر، دور القاضي المدني في إعادة التوازن الاقتصادي للالتزامات التعاقدية، مذكرة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بلحاج بوشغيب، عين تيموشنت،2022.

4-بلعجات قوقو، بكرار نجمة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015.

5-بوداود خليفة، بوزيان السعيد، دور القاصي في اعادة التوازن المالي للعقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018.

6-جريباتة منى، سلطة القاضي في تعديل العقد،مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2018.

7-حميمي عبد المالك، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية، مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020.

8-دحمون أنيسة، بوزيد لويزة، حدود القوة الملزمة للعقد (الظرف الطارئ، الشرط التعسفي)، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

9-زازومة الشيماء، سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف-المسيلة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020.

10-سعدان كهينة، ايقي فاطمة زهراء، دور القاضي في مجال العقد المدني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020.

11-سهلة لخضر، دور القاضي في العقد، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم،2019.

12-صاغي زينة، مقري نسيمة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة ماستر، تخصص قانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014.

13-طبيب ليلي، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020.

14-عزيري حديقة، مشوب وردية،سلطة القاضي في تفسير العقد، مذكرة ماستر، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021.

15- موحوس ماسين، بركاني سفيان، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفرنسي، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2019.

3 – المقـــــالات:

1-اقصاصي عبد القادر، " نظرية الظروف الطارئة وآثارها على تنفيذ التعاقدي" ،*المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية* ،مجلد02،عدد 02، 2018،ص.ص.127-142.

2-بن النوي خالد، "التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد واشتراط الشروط المقترنة بالعقد"، *مجلة الحقوق والعلوم السياسية*، جامعة عباس لغرور، خنشلة، مجلد 02، عدد 08، جوان2017، ص.ص.874-892.

3-تغربيت رزيقة، "الشرط الجزائي بين سلطان الإرادة وسلطة القاضي "، *مجلة الحقوق والعلوم السياسية*، مجلد15، عدد 01، 2022، ص.ص.2300-2311.

4-حيدر فليح حسن، محمد غانم يونس،" نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها (دراسة مقارنة)"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*،عدد 02، 2018، ص.ص.138-172.

5-خولة بوعروج، سليم بودليو، "الحكم القضائي المعدل للشروط التعسفية في عقد الإذعان مصدر الالتزام"، *مجلة العلوم الإنسانية*،مخبر العقود وقانون الأعمال، مجلد 32، عدد 04، 2021، ص.ص.247-262.

6-رباحي أحمد، "أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، *مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا*، مجلد 04، عدد 05، 2008، ص.ص.343-367.

7-ربيعة ناصري، "سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري "، *مجلة القانون العقاري والبيئة*، مجلد 09، عدد 09، 2021، ص.ص.117-131.

8-رشيد رحماني، عمار زعبي، "وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين بين الظروف الطارئة ومهلة الميسرة"، *المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية*، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، عدد02، سنة2019.

9- سي يوسف زاهية حورية، "سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي "، *المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية*، مجلد 10، عدد 01، 2015، ص.ص. 7-19.

10- طرطاق نورية، "سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة "، *مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية*، عدد 05، 2014، ص.ص.124-138.

11- عائشة مفلح احمد أبو بوزيد، "نظرية الظروف الطارئة "،*المجلة القانونية* (مجلة متخصصة في دراسات والبحوث القانونية)، مجلد 09، عدد.13، 2021، ص.ص. 4277-4306.

12-عبد الرؤوف دبابش، حملاوي دغيش، "مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون "، *مجلة العلوم الإنسانية*،ع.44، جامعة محمد خيضر بسكرة، جوان 2016، ص.ص.257-273.

13-عبير مزغيش، " الضوابط الحمائية المصوبة للاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفي"، *مجلة الحقوق والحريات*، جامعة محمد خيضر بسكرة-الجزائر، مجلد 05، عدد 04، 2017، ص.ص.91-118.

14-فاطمة جلال عبد الله، "بطلان العقد لاختلال التوازن المجحف كأثر لعدم تكافؤ المتعاقدين (نظرة في القانون الأمريكي ودعوة للإقرار في القانون المصري)"، *مجلة البحوث الفقهية والقانونية*، كلية الحقوق جامعة عين شمس، عدد 39، أكتوبر 2022.

15-فرقاني قويدر نور الإسلام،" استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله "، *مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية*، مجلد 07، عدد 02، المركز الجامعي لتيبازة، 2020، ص.ص.1655-1669.

16-قاشي علال، " الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة "، *مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية*، مجلد 04، عدد 02، 2019،ص.ص.2251-2276.

17-لعجال مداني، "مبدأ حسن النية وجزاء الإخلال به في القانون المدني الجزائري "، *مجلة الفكر القانوني والسياسي*، مجلد 06، عدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2022، ص.ص.276-208.

18-نورة سعداني، "سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري"، *مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية*، عدد2، 2015، ص.ص. 28-42.

4-النصوص القانـــونية:

1-أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78 لتاريخ 30 سبتمبر 1975. (معدّل ومتمّم).

2-أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج عدد 101 لتاريخ 19ديسمبر 1975. (معدّل ومتمّم).

3-قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. عدد 41 لتاريخ 27 جوان 2004. معدّل ومتمّم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر. عدد 46 لتاريخ 18 أوت 2010.

4- قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر، عدد 15 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009.

5–قرارات المحكمة العليا

1- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 99694، الصادر في 1993/10/10، *المجلة القضائية*، عدد 10، 1994.

2-قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 620974 الصادر في 2011/02/11، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 114.

3-قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 993497 الصادر في 2016/06/16. منشور على الموقع الاتي:https://droit.mjustice.dz/ar/

ثانيًا - باللغة الفرنسية:

I-Ouvtages

- Georges BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, 2e éd, L.G.D.J, Paris, 1976.

II-Thèses et mémoires universitaires :

A-Thèses de doctorat

1-GIRARD , G, De la "Stipulatio poenae" en droit romain. De la Clause pénale en droit français, Thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, Imprimerie Moquet, Paris, 1877.

2-Mame Ngoné DIATTA, Le juge et le contrat : étude comparative des droits français et sénégalais, thèsede doctorat, Université de Perpignan VIA DOMITIA, 2023.

B-mémoires de master

1-ADELINE VILLINE, L'immixtion du jugedans le contrat, mémoire de Master, droit privé général, Université Pierre Mondés, France, 2013.

2-Charlotte CARRÉ, Le juge et la sécurité du contrat, mémoire de Master II Droit des affaires – Droit des PME/PMI, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2017.

3-Pauline CASTELOT, Le juge face au contrat, mémoire de Master II, option droit du marché, Université de Montpellier I , 2011.

4-RACHEL QUERCETTI, Le délai de grâce : une enquête historique, Master en droit, spécialité droit pénal (aspects belges , européens et internationaux), Faculté de droit, de science politique et de criminologie, 2022.

III-Articles

1-Brigitte LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion » ,*Revue du Notariat*, vol.105, n° 02, septembre2003, p.p.439 -490.

2-Pierre-Gabriel JOBIN, « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », *les cahiers de droit*, vol. 47, n° 01, 2006,p.p. 3-11.

3-Tullio Segrè, « Clause pénale et dommages ultérieurs en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 22 n°2, 1970, p.p.299-311.

IV-Textes Juridiques

1- Décret 2001-1331du 28 décembre 2001, JORF n°302 du 29 décembre 2001.Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016.

2-Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0093 du 21 avril 2018.

VI-Les sites internet

1-https://droit.mjustice.dz/ar/

فهرس المحتويات

مقدمة.....07

الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء إنشائه.....14

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن و الاستغلال 15

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن.....15

الفرع الأول: المقصود بالغبن.....16

أولا: تعريف الغبن.....16

ثانيا: أنواع الغبن.....17

الفرع الثاني: آليات تدخل القاضي في رفع الغبن.....18

أولا: دعوى تكملة الثمن.....19

ثانيا: إنقاص القسمة الاتفاقية.....19

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال.....20

الفرع الأول: تحقق القاضي من توافر عنصر الاستغلال.....21

أولا: تعريف الاستغلال.....21

ثانيا: شروط الاستغلال.....22

الفرع الثاني: سلطة القاضي في رفع الاستغلال.....24

أولا: إبطال العقد 24

ثانيا: إنقاص الالتزامات.....25

ثالثا: آجال رفع دعوى الاستغلال 25

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب عقد الإذعان 26

المطلب الأول: المقصود بعقد الإذعان 27

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان.....28

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان 30

أولا: موقف الفقه من طبيعة عقد الإذعان.....31

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من طبيعة عقد الإذعان 32

المطلب الثاني: صور و ضوابط سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية 33

الفرع الأول: صور تدخل القاضي في عقد الإذعان 34

أولا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان 34

ثانيا: سلطة القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية.....36

الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية 39

أولا: مراعاة طبيعة عقد الإذعان.....39

ثانيا: مراعاة مقتضيات العدالة 39

الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء تنفيذه 42

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب قيام الظروف الطارئة 43

المطلب الأول: المقصود بالظروف الطارئة و موقف المشرع منه.....43

الفرع الأول: تعريف نظرية الظرف الطارئ 44

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظرية الظروف الطارئة 45

الفرع الثالث: شروط نظرية الظروف الطارئة.....46

أولا: أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع 46

ثانيا: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة.....46

ثالثا: أن يكون الحادث حالة استثنائية عامة.....46

رابعا: أن يكون العقد الذي تثار في شأنه متراخيا 47

المطلب الثاني: وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة 48

الفرع الأول: رد الالتزام المرهق عن طريق إنقاص الالتزامات المرهقة.....48

أولا: من حيث الكيف.....49

ثانيا: من حيث الكم 49

الفرع الثاني: رد الالتزام عن طريق زيادة الالتزامات المتقابلة.....50

الفرع الثالث: رد الالتزام المرهق عن طريق وقف التنفيذ 51

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و منح نظرة الميسرة.....52

المطلب الأول: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي 53

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي.....54

أولا: التعريف اللغوي 55

ثانيا: التعريف الإصطلاحي.....55

الفرع الثاني: فائدة و دور الشرط الجزائي.....59

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي 59

أولا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.....60

ثانيا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي 61

المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة 64

الفرع الأول: تعريف نظرة الميسرة..... 65

أولا: التعريف الفقهي 65

ثانيا: التعريف التشريعي 66

الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها لمنح القاضي نظرة الميسرة 67

أولا: عدم وجود نص قانوني يخالف إجراء منح نظرة الميسرة 67

ثانيا: أن تستدعي حالة المدين منحه نظرة الميسرة 68

ثالثا: أن يلحق الدائن من هذا التأجيل ضررا جسيما 70

رابعا: أن يكون الأجل الممنوح للمدين معقولا.....70

الفرع الثالث: سلطة القاضي في منح الآجال القضائية 71

أولا: منح الأجل بموجب دعوى التنفيذ 72

ثانيا: منح الأجل بموجب دعوى الفسخ.....73

خاتمة.....77

قائمة المراجع.....82

فهرس المحتويات.....95

ملخص:

منح المشرع الجزائري والفرنسي حرية للأطراف في إبرام التصرفات القانونية دون تدخل منه، كون أن الإرادة هي السلطان الكبير في تكوين العقد وكذلك تطبيقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" الذي تقوم عليه أغلب المعاملات القانونية. إلا أنه و استثناءا عن القاعدة العامة، أجيز للقاضي في التدخل تلقائيا لتعديل العقد الذي يحتوي على أي شكل من أشكال الغبن و الاستغلال و غيرهما من الحالات المذكورة حصرًا لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و بالتالي تحقيق العدالة و المساواة بين الأفراد.

الكلمات المفتاحية:

سلطة، العقد، الغبن، الاستغلال، عقد الإذعان، نظرية الظروف الطارئة، الأجل القضائي.

Résumé :

Les législatures algérien et français ont accordé la liberté aux parties de conclure des actions en justice sans ingérence de leur part, puisque la volonté est la grande autorité dans la formation du contrat, ainsi qu'en application du principe du contrat est la loi des partie contractantes sur la quelle se fond la plupart des actes juridique.

Cependant, il s'agit d'une exception à la règle générale. Car le juge a le droit à d'intervenir pour modifier le contrat qui contient toute forme d'injustice, d'exploitation est autres cas mentionné exclusivement. Afin de protéger la partie faible dans la relation contractuelle, réalisant ainsi la justice et légalité entre les individus.

Mots-clés :

Autorité, contrat, lésion, exploitation, contrat d'adhésion, théorie de l'imprévision, clause compromissoire, terme judicaire.