الجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة د.الطاهر مولاي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

السنة الثانية ماستر

القسم : حقوق

التخصص: قانون الأعمال

مذكرة تخرج حول:

دور القضاء الوطني في مراقبة تنفيذ عقود التجارة الدولية

من إعداد الطـــالب: تحت إشراف الأستاذ:

محمودي محمد لريبي مكي

أعضاء لجنة المناقشة:

د. بن عيسى أحمد	أستاذ محاضرة	جامعة سعيدة	رئيسا
د. طيطوس فتحي	أستاذ محاضرة	جامعة سعيدة	مناقشا
د. لريبي أحمد	أستاذ محاضرة	جامعة سعيدة	مشرفا ومقررا

الموسم الجامعي:

2019/2018

يقول الله تعالى في محكم كتابه:

بسم الله الرحمن الرحيم

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۗ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ (1) سورة المائدة الأية1

ويقول تعالى : يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (29)

سورة النساء الآية 29

إهـــــــداء

الحمد لله بنعمته تتم الصالحات أهدي عملي إلى:

كل من أحبهم في الله ،يتوق القلب ليخاطب من شذى بذكرهما اللسان وقال فيهما الرحمان : " وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا " الإسراء الآية 23

إلى أوفى خلق الله وأحبهم إلى قلبي

أمي الحبيبة

إلى تاج فخر طالما حملته على رأسي، فلك كامل الشكر و العرفان، إلى أبي العزيز

إلى جدي وجدتي أطال الله في عمرهما.

إلى من كانت ومازالت سند وعزتي وكبريائي .

إلى زوجتي

إلى مصدر البسمة والأمل الكتكوت:آدم

إلى عائلة محمودي ,

وإلى صديقي قندوسي ياسين

إلى كل من سهر وبذل ولو مقدار ذرة في سبيل وصولي إلى هنا وتبقى قائمتي هاته مفتوحة ، لا تسعني هذه الورقة ولا حتى الكلمات .

إلى كل طلبة سنة ثانية ماستر تخصص قانون الأعمال

الشكر لله تعالى فهو المنعم والمتفضل قبل كل شيء ، كما أتقدم بعظيم الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور لربي مكي تعاونه إذ أمدني بما احتجت إليه من معلومات واستفسارات كان لها الأثر الأكبر في إنجاز هذه المذكرة ، والشكر الكثير للوالدين الكريمين ولي كل من ساعدني ولو بقليل من بعيد أو قريب .

شـــكـــــر وعرفـــــــــان

لابد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة تعود إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدمونا الكثير باذلين بذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث الأمة من جديد.

وقبل أن نمضي نقدم أسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملو أقدس رسالة في الحياة

"كن عالما..... فإن لم تستطع فكن متعلما، فإن لم تستطع فأحب العلماء، فإن لم تستطع فلا تبغضهم"

إلى الذين مهدو لنا الطريق العلم والمعرفة

إلى جميع أساتذتنا الأفاضل

وأخص بالتقدير والشكر للأستاذ الدكتور: "لربي مكي ، الذي لم يبخل علي بتوجيهاته ونصائحه التي أنارت لنا الطريق لأخر لحظة

إلى كل من ساعدنا من قريب وبعيد على إنجاز هذا العمل.

المقدمة

تمهيد

العقد التجاري الدولي بصفة عامة، هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين يتمثل في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

يحتل العقد التجاري الدولي مكان الصدارة في نظم القانونية المختلفة، فهو المرتكز الأساسي للمعاملات على الصعيدين المحلي والدولي، ويلعب دورا هاما في تنظيم العلاقات بين الأشخاص ومن خلاله تنشأ الغالبية العظمى من الحقوق والالتزامات، وتستقر به المراكز القانونية المختلفة. لذا تحظى نظرية العقد بمكانة بارزة ومتطورة في التشريعات المعاصرة، وتتردد أصدائها في جنايات القضاء ودراسات الفقهية.

بلعب العقد التجاري الدولي دورا هاما في تداول الثروات والخدمات، يتعاظم هذا الدور على صعيد الجماعة الدولية التي تشهد تطورا ملحوظا في ظل العولمة، وحرية التجارة والتكتلات الإقتصادية، وتقدم التقني الهائل الذي ربط أجزاء المعمورة من خلال اتصالات والفضائيات وشبكة الانترنت. أصبحت العقود أداة تسيير التجارة الدولية ووسيلة المبادلات الإقتصادية والخدامية والمعلوماتية عبر الحدود.

وتتنوع العقود التجارية الدولية بتنوع موضوعاتها، فإلى جانب العقود الدولية التقليدية في مجال البيع والعمل والتأمين، ظهرت عقود أخرى لمواكبة مناخ الإستثمار والتنمية الإقتصادية والمعاملات

الالكترونية، كعقود نقل التكنولوجية والتأجير الإئتماني، والتعاون الصناعي والتجارة الإلكترونية وغيرها.

غير أن النزاعات التي تطرأ بشأن عقود التجارية الدولية والتي تتعدى مصالحها حدود الدولة الواحدة لا يستقيم الأمر فيها أن تحكم بقانون دولة دون أخرى ، لذلك لجأ الأفراد الى كل وسائل التي تتجاوب مع هذه الظروف وتتناسب معها من اللجوء الى القضاء الوطني وأيضا التحكيم .

ولهذا حرصت التشريعات الوطنية و الدولية على تنظيم العلاقة بين القضاء والعقود التجارية الدولية وبين القضاء الوطني وبين التحكيم من خلال سن تشريعات وقوانين مثل قانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، والذي ترجم مضمون المعاهدات التي صدقت عليها الجزائر المتعلقة بالعقود التجارية الدولية وبالتحكيم بشكل عام.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية موضوع هذا البحث الذي نحن بصدد دراسته في:

-دراسة كيفية تنفيذ عقود التجارية الدولية.

-محاولة معرفة وشرح إشكالات تنفيذ العقود التجارية الدولية.

-معرفة مدى العلاقة القائمة بين القضاء الوطني وأطراف عقود تجارية دولية وبين القضاء الوطني والعقد الذاتي.

-توضيح مدى حاجة التحكيم للقضاء الوطني في مرحلة ماقبل صدور الحكم التحكيمي أو في المرحلة التي تلي صدور هذا الحكم.

أسباب إختيار الموضوع:

الأسباب الذاتية: الاهتمام الشخصي بمجال عقود تجارة الدولية ومدى تأثيرها في التطورات الإقتصادية والإجتماعية وتنمية الوطنية والعالمية.

إثراء المكتبة القانونية الجزائرية نظرا لقلة الدراسات العلمية في هذا الموضوع وخاصة موضوع دور القضاء الوطني في مجال عقود التجارة الدولية.

أما عن الأسباب الموضوعية: فتنفيذ عقود التجارية الدولية يحتاج إلى مرافقة القضاء الوطني سواء في مرحلة تكوين العقيد أو في مرحلة تنفيذه وهذا ماحاولنا بقدرة الله توضيحه وإبرازه.

إشكالية البحث:

نظرا لأهمية موضوع وقلة الدراسات فيه حاولنا شرح دور الذي يلعبه القضاء منذ بداية تكوين العقد إلى تنفيذه وهذا بطرح الإشكالية العامة التالية: **الى أي مدى وفق القضاء الوطني في مراقبة تنفيذ عقود التجارية الدولية؟**

المنهجية المتبعة:

المنهج الذي اقتضت طبيعة هذا البحث اتباعه هو منهج جامع بين المنهج الوصفي الملائم لتحديد المفاهيم والمصطلحات في هذا البحث ، وكذلك المنهج التحليلي قصد تحليل النصوص القانونية وتقرير مدى صوابيتها بالمقارنة مع بعض النصوص الأخرى في بعض الحالات.

خطة البحث:

ومن خلال دراسة الموضوع ، تبين لنا أنا للقضاء الوطني دور مهم وهو يرافق الأطراف والعقد بحد ذاته منذ إنشائه الى تنفيذه .. وعليه نقترح الخطة التالية:

الفصل الأول: دور القضاء الوطني في مرحلة إنشاء وتنفيذ العقد.

المبحث الأول: تدخل القضاء الوطني في مرحلة إنشاء العقد التجاري الدولي.

المبحث الثاني: تدخل القضاء الوطني في مرحلة تنفيذ العقد التجاري الدولي.

الفصل الثاني: دور القضاء الوطني في حل منازعات عقود التجارية الدولية.

المبحث الأول: عند لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني.

المبحث الثاني: عند لجوء الأطراف إلى التحكيم التجاري.

الخاتمة.

الفصل الأول: دور القضاء الوطني في مرحلة إنشاء العقد التجاري الدولي وتنفيذه

الفصل الأول: دور القضاء الوطني في مرحلة إنشاء العقد التجاري الدولي وتنفيذه

تمهيد:

القاعدة العامة أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، فالعقد هو قانون المتعاقدين في حدود المضمون المبين به.

ويلتزم كل طرف بتنفيذ ما ورد فيه ، و لاستطيع التحلل منه بإرادته المنفردة إلا في الحدود التي يسمح بها القانون.

ولا يملك القاضي التغيير أو التعديل في العقد بحجة أن ذلك تقتضيه العدالة.ولكن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات حيث يجوز تعديل العقد بارادة المتعاقدين ، والمشرع والقاضي[1] .

[1] محمد حسين منصور،عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، القانون المصري و اللبناني و السوري و العراقي و الليبي و الكويتي و السوداني ، منشأة المعارف : الإسكندرية ، 1975 ، ص 143 .

المبحث الأول: تدخل القاضي الوطني في مرحلة إنشاء العقد التجاري الدولي

تقوم سلطة القاضي في مرحلة إنشاء العقد على إمكانية تدخله بالتعديل، لإعادة توازن العقدي المتمثل ومراعاة مصلحة الأطراف وذلك في ظروف خاصة، فالأصل العام في التعاقد هو أن الإرادة الأطراف هي التي تحدد مستقبل الروابط القانونية التعاقدية التي تجمعهم تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة و " القوة الملزمة للعقد وهذا ما يستنتج من نص المادة 106 ق.م.ج [1]على أنه لا يجوز للقاضي ولا لأحد الطرفين التدخل في مضمون العقد غما بتعديله أو إنهائه، إلا انه استثناء لهذا الأصل ونظرا لاعتبارات العدالة والمصلحة العامة فإن المشرع الجزائري رخص للقاضي بالتدخل لتعديل العقد نتيجة وجود خلل في توازن العلاقات التعاقدية، فأصبح له دور ايجابي و سلطة مراقبة العقد منذ إنشائه وخلال تنفيذه إلى غاية انقضائه ، حيث تتميز سلطة القاضي في مرحلة إنشاء بطبيعة وقائية ، فيحرص أطراف العقد على إبرامه في ظروف تسمح بتنفيذه واستقراره وذلك للقاضي سلطة تسمح له بمراجعة العقد وتعديله في حالة وجود

[1] ـ تنص المادة 106 من ق.م.ج على : العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، ولأسباب التي يقررها القانون"

خلـــل يعتريـــه، ممـــا يـــؤدي إلى نتيجـــة لـــذلك إلى إضـــرار فادحـــة[1] ومـــن ابـــرز مظـــاهر تدخل القاضي لتعديل العقد في مرحلة إنشائه :

. حالة اختلال التوازن الاقتصادي بسبب الغبن والاستغلال

. حالة عقود الإذعان المتضمنة شروطا تعسفية

المطلـــب الأول: تـــدخل القاضـــي الـــوطني لتعـــديل العقـــد التجـــاري الـــدولي بسبب الغبن و الاستغلال

إن التعاقـــد كأصـــل عـــام يقـــوم علـــى خلـــو الرضـــا مـــن العيـــوب وتعـــادل الالتزامـــات، ذلـــك أن الرضـــا ركـــن جـــوهري في العقـــد وهـــذا الأخـــير ستســـتمد قوامـــه منـــه [2]، إلا أنـــه كثـــيرا مـــا تصـــادف عيبـــا كـــالغبن والاســـتغلال في العقـــود ، ممـــا يـــؤدي إلى اخـــتلال توازنهـــا لـــذا المســـألة الغـــبن والاســـتغلال مـــن أكثـــر المســـائل تعرضـــا لدراســـة والبحـــث وميـــدانها واســـع للمناقشـــة واخـــتلاف وجهـــات النظـــر ،كمـــا اختلفـــت الحلـــول الـــتي توصـــلت إليهـــا التشـــريعات الـــدول المختلفـــة الـــتي أخـــذت بهـــذه الفكـــرة وذلـــك حســـب المـــذهب الـــذي يعتنقـــه النظـــام القـــانوني ، فبالنســـبة للـــدول المتـــأثرة بالمـــذهب الفـــردي فعـــن فكـــرة الغـــبن تشـــغل حيـــزا ضـــيقا اســـتنادا لمبـــدأ حريـــة التعاقـــد

[2]- عبد الحميد بن شيتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، دكتوراه، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 1996، ص17

[3]- فطيمة عاشور ، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة نيل شهادة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004/2003، ص14

و العقد شريعة المتعاقدين ، ويكون تأثيرها محصورا على العقود ومجالات معينة، أما الدول المعتنقة للمذهب الاجتماعي فان فكرة الغبن تشغل حيزا واسعا وتجعل أساسه الاستغلال ، وذلك استنادا لقواعد الأخلاق السائدة في المعاملات وعلى أساس العدالة الاجتماعية[1] ، مما تقدم يمكن القول أن الغبن يبتدئ عند تكوين العقد في صورتين ، الغبن المجرد والاستغلال ، لذا سنتناول في المطلب الأول تدخل القاضي الوطني في تعديل العقد التجاري الدولي بسبب الغبن كفرع أول ثم نتطرق إلى تدخل القاضي الوطني في تعديل العقد بسبب الاستغلال كفرع ثاني .

الفرع الأول:تدخل القاضي الوطني بسبب الغبن

أولا: معنى الغبن

عرف المشرع الجزائري الغبن في القانون المدني بأنه احد الحالات التي يوجب بها تعديل العقد وذلك لعدم توازن بين الالتزامات المتقابلة والمشرع الجزائري لم يعول على الغبن في صورة عدم تعادل بين الالتزامات ليتدخل في تعديل العقد [2]، لان طبيعة أي عقد فيها شيء من الغبن ولو فتح الباب لتعديلها لانهارت التعاقدات ، فالغبن في المعاملات كثير الوقوع ولا يمكن الاحتراز منه لان الإنسان

[1] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، د ط منشأة المعارف ، مصر ،2004،ص469-

[2] لعشب محفوظ بن حامد ،عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ،المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1990،ص 10.

قد يتوهم في الشيء ما ليس فيه فيعطيه قيمة غير قيمته فيقع في الغبن ن وعرف الغبن كذلك بأنه " **عدم تعادل بين ما أخذه العاقد وما يعطيه ومعنى أخر هو الخسارة التي تلحق المتعاقدين**[1] .

فأي ضرر مادي يتكبده أحد الأطراف في عقد ملزم لطرفين أو قسمة، ناتج عن انعدام التعادل بين الادعاءات المفروضة أو عن اختلاف في القيمة بين حصص ممنوحة للمستنفدين [2].

وقد أقر المشرع الغبن في نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري " إذا كانت الالتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر.

ثانيا: الغبن الإستغلالي:

الاستغلال هو أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامح في آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي إلى غبن فادح به.

و الاستغلال هو مظهر من مظاهر عيوب الرضا ،و اختلال التوازن بين الاداءات المتقابلة في العقد لا تحدد برقم معين يجب أن يصل إليه بل تترك لظروف كل

---

[1]- أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ن2005،

[2] ابتسام القرام ، المصطلحات القانونية ـ في التشريع الجزائري , د ط ، قصر الكتاب ، الجزائر ،1998،ص172

حالة على حدى، و يستقل قاضي الموضوع بتقدير عنصري الاستغلال(المادي و النفسي)دون رقابة من المحكمة العليا.

و قد نص المشرع الجزائري على الاستغلال في المادة 90 من القانون المدني، و يتبين من هذا النص أن للاستغلال عنصرين:

-العنصر المادي أو الموضوعي[1]:و هو اختلال التعادل الفادح كون أن التزامات أحد المتعاقدين لا يتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة أو مع التزامات المتعاقد الآخر.

_العنصر النفسي أو المعنوي: هو أن يستغل المتعاقد لآخر في المغبون طيشا بينا أو هوى جامح [2] ،و الطيش هو الخفة التي تتضمن التسرع و سوء التقدير ،أما الهوى فهو الميل الذي يتضمن غلبة العاطفة و ضعف الإرادة التي تجعله غير قادر على الحكم على تصرفات معينة و هو الانسياق وراء ما تشتهيه النفس دون التبصر بما ينتهي إليه المصير .

و لا يكف الطيش البين أو الهوى الجامح بل لابد أن يستغل الطرف الآخر هذا الضعف لحمل المتعاقد على إبرام التصرف الذي أدى إلى غبنه،و الاستغلال

---

[1] ـ أسيا مندي يسمينة، النظام العام والعقود ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق جامعة يوسف بن خدة، الجزائر ،2009/2008، ص17

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

يلحق عقود المعاوضات و عقود الغرر(العقود الاحتمالية)و عقود التبرع،و هذه الأخيرة هي المجال الكبير لإعمال نظرية الاستغلال.

و مجال تدخل القاضي في التعديل هو الغبن الاستغلالي، فعليه أن يتأكد من توافر عناصر الاستغلال ثم يقوم برفع الغبن عن المتعاقد المغبون،و سنتناول مدى سلطة القاضي في رفع الغبن في الفرع الثاني[1].

الفرع الثاني:مدى سلطة القاضي في رفع الغبن[2].

بعد تأكد القاضي من توافر عناصر الاستغلال فله إما أن يقضي بإبطال العقد أو إنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون،و الاختيار بين دعوى الإنقاص و الإبطال متروكة لتقدير المغبون.

إذا رفع المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه أو يقوم بإنقاص التزامات المغبون إلى الحد الذي يراه كافيا لرفع الغبن عنه و هذا إذا رأى أن المغبون كان يقبل بشروط أقل كلفة،و هي مسألة متروكة لسلطة القاضي.

و تجدر الإشارة إلى أن هذا الرأي مردود عليه من قبل فقهاء قانون الإجراءات المدنية ،كون أن القاضي لا يحكم بأكثر مما طلب منه،و إذا فعل ذلك كان حكمه قابلا للطعن فيه بطريق إلتماس إعادة النظر طبقا للمادة 194 من قانون

[1] لعشب محفوظ بن حامد ،المرجع السابق،ص36

[2] ـ أسيا مندي يسمينة، المرجع السابق، ص17

الإجـــراءات المدنيـــة الجزائري.وبـــذلك إذا رفـــع المغبـــون دعـــوى الإبطـــال فالقاضـــي يحكـــم بالإبطال أو لا يحكم به فحسب [1].

-إذا طلـــب المغبـــون الإنقـــاص فـــلا يملـــك القاضـــي الحكـــم بالإبطـــال لأنـــه يعتـــبر قـــد قضـــى بـــأكثر ممـــا طلبـــه المـــدعي ،كمـــا أن الإبطـــال لا يجـــوز للمحكمـــة أن تقضـــي بـــه من تلقاء نفسها بل لابد من تقديم طلب من ذي مصلحة .

و لـــيس للقاضـــي أن يزيـــد إلتزامـــات الطـــرف الغـــابن لأن القـــانون لم يخولـــه هـــذه الســـلطة كمـــا أن الطـــرف المغبـــون لـــيس لـــه أن يطلـــب زيـــادة إلتزامـــات الطـــرف الآخـــر لأن ذلك مخالف لنص القانون[2].

وقـــد أجـــازت المـــادة 90 للطـــرف الغـــابن أن يتـــوقى دعـــوى الإبطـــال الـــتي يرفعهـــا المغبـــون إذا عـــرض زيـــادة في إلتزاماتـــه بالقـــدر الـــذي يـــراه القاضـــي كافيـــا لرفـــع الغـــبن [3]،

[1] المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، أمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975.

[2] د.سعيد سعد عبد السلام ،التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان ،دار النهضة العربية ،القاهرة 1998 ،ص 34 ،33 .

[3] المادة 90من القانون المدني الجزائري ، أمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975.

و هنـــا يقـــدر القاضـــي مقـــدار الزيـــادة الـــتي لا يشـــترط أن تجعـــل الـــثمن معـــادلا لقيمـــة الشيء بل يكفي أن يصير الغبن يسيرا لا فاحشا.[1]

و يجـــب أن ترفـــع دعـــوى الإبطـــال أو إنقـــاص الالتزامـــات خـــلال ســـنة مـــن إبـــرام العقـــد و إلا كانت غير مقبولة.

[1]- بودالي محمد ،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ،دار هومة للطباعة و النشر ،طبعة 2007 ،ص05

المطلب الثاني: تدخل القاضي الوطني بسبب الشروط التعسفية في عقد الإذعان

الفرع الأول: معنى الإذعان

قال في لسان العرب: الإذعان هو الإسراع مع الطاعة، والإذعان، الانقياد وأذعن الرجل انقاد وسلس. وقال في المعجم الوجيز أذعن انقاد وسلب وأذعن بالحق أقر به وقال في مختار الصحاح: أذعن خضع وذل.[1]

أولا: تعريف عقود الإذعان[2]:

عقود الإذعان هي صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام أنموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد،

[1]- فؤاد معوض ،المرجع السابق ص 240 .

[2] بودالي محمد ،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ،دار هومة للطباعة و النشر ،طبعة 2007 ،ص4

ومـــن هـــذا وصـــفت هـــذه العقـــود "**بالإذعـــان**". **وقيـــل ان أول مـــن ســـماها كـــذلك القانوني الفرنسي سالي في مطلع القرن العشرين.** [1]

وأهم عنصر في هذه العقود، وهوا لذي جعلها مظنة الإذعان، هو طريقة عرض العقد من قبل معدة على الطرف الآخر إذ لسان حالة يقول: "**أقبله كما هو أو اتركه كما هو**" وهو ما يقال عنه باللغة الإنجليزية ."**Take it–or Leave it**"ونحن نقول إن هذا النوع من العقود هو مظنة الإذعان، لأنها لا تكون من عقود الإذعان إلا إذا تضمنت شروطاً ما كان للطرف الآخر إن يقبل بها لو أعطي حرية المساومة ومن ثم يمكن القول بتعيب الرضا فيها. فإذا تُحقق من حصول الرضا فيها لم تعد من الإذعان بأي وصفٍ كانت[2].

و تجـــدر الإشـــارة إلى أن أغلـــب التشـــريعات العربيـــة تعرضـــت إلى عقـــد الإذعـــان دون وضـــع تعريـــف لـــه ،مـــن ذلـــك المشـــرع الجزائـــري في المـــادة 70 مـــن القـــانون المـــدني الـــذي أورد كيفيـــة حصـــول القبـــول فيهـــا بقولـــه "يحصـــل القبـــول في عقـــود الإذعـــان بمجـــرد التســـليم بشـــروط مقـــررة يضـــعها الموجـــب و لا يقبـــل مناقشـــة فيهـــا " و بمعـــنى أدق أن التعاقـــد في عقـــود الإذعـــان يـــتم بنـــاءا علـــى إيجـــاب يصـــدر مـــن مقـــدم الســـلعة أو الخدمـــة ثم قبـــول الطـــرف المـــذعن الـــذي يـــتم برضـــوخه للشـــروط الـــتي وضـــعها مقـــدم

---

[1] د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن _عقود الإذعان_دار النهضة القاهرة،طبعة 2006، ص 36.

[2] بودالي محمد، المرجع السابق، ص242

الخدمة أو السلعة دون مناقشة ،لأن الموجب وحده هو الذي يحتكر توريد السلعة أو الخدمة أو أن عرضه أفضل أو لغير ذلك .

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان[1].

انقسم الرأي بشأن ذلك إلى اتجاهين:

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

الثاني:والقائل بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد و لو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية[2]، و أنه مهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن فإنه لا يعدم الرضا أو يفسده ،و بالتالي فالقبول في عقد لإذعان قبول صحيح ينعقد عند اقترانه بالإيجاب عقد صحيح و حقيقي استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة .

[1] د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن _عقود الإذعان_دار النهضة القاهرة،طبعة 2006، ص 30.

[2] د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن _ المرجع السابق،ص40

فالقانون لا يشترط لقيام العقد أن تجري المساومة بين طرفيه في مضمونه قبل إبرامه و لا أن تتحقق بينهما المساواة الاجتماعية و الاقتصادية.

الفرع الثاني: دور القاضي إزاء عقود الإذعان[1]:

حسب القواعد العامة فإن دور القاضي يقتصر بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها ، و خروجا عن هذه القاعدة و لتوفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان اعترف القانون بسلطة استثنائية للقاضي بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري تتيح له إما تعديل الشروط الواردة في العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها و الوسيلة الثانية خاصة بتفسير هذا العقد . لذلك سنتناول دور القاضي في نقطتين:

أولا: فيما يتعلق بالشروط التعسفية التي يتضمنها العقد .

نصت المادة 110 من القانون المدني على أنه[2] :"إذا تم العقد بطريق الاذعان و كان يتضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك ."

---

[1] تناغو سمير عبد السيد:نظرية الالتزام ، منشأة المعارف: الإسكندرية ،1975.ص60

[2] المادة 110 من القانون المدني، أمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975.

فيكـــون للقاضـــي وفقـــا للمـــادة أعـــلاه ســـلطة اســـتثنائية لرفـــع الظلـــم عـــن الطـــرف الضعيف على خلاف القاعدة العامة و هي أن العقد شريعة المتعاقدين .[1]

فلـــه أن يعـــدل الشـــروط التعســـفية الـــتي تتضـــمنها عقـــود الإذعـــان أو يعفـــي الطـــرف المـــذعن منهـــا و ذلـــك وفقـــا لمـــا تقتضـــيه العدالـــة، و للقاضـــي تقـــدير مـــا إذا كـــان البنـــد تعسفيا فيعدله أو يلغيه أو ليس تعسفيا فيبقي عليه. [2]

و قـــد حـــاول بعـــض الفقهـــاء تعريـــف الشـــرط التعســـفي بأنـــه :"الشـــرط الـــذي يـــورده المحـــترف في تعاقـــده مـــع المســـتهلك و الـــذي يـــؤدي إعمالـــه إلى عـــدم التـــوازن الفـــاحش بـــين حقـــوق و إلتزامـــات الطـــرفين و هـــو يقـــدر وقـــت إبـــرام العقـــد بـــالرجوع إلى ظـــروف التعاقد و موضوعه و حالة طرفيه وفقا لما تقضي به العدالة ". [3]

و يـــبرر هـــذه الســـلطة الواســـعة الممنوحـــة للقاضـــي مـــن جانـــب المشـــرع علـــى خـــلاف المبـــاديء العامـــة في أثـــر القـــوة الملزمـــة للعقـــد ،الخصوصـــية الـــتي ينفـــرد بهـــا عقـــد الإذعـــان

---

[2]ـ د. بودالي ،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر،2007، ص 14

[3] د.بودالي محمد،المرجع السابق،ص 14 إلى 16

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

و هـــي وقـــوع أحـــد طرفيـــه تحـــت رحمـــة الطـــرف الآخـــر الـــتي أدت بـــبعض الفقهـــاء في فرنسا إلى إنكار صفة العقد عليه [1].

و علـــى حـــد قـــول أســـتاذنا الســـنهوري :"أن هـــذا الـــنص في عمومـــه و شمولـــه أداة قويـــة في يـــد القاضـــي يحمـــي بهـــا المســـتهلك مـــن الشـــروط التعســـفية الـــتي تفرضـــها عليـــه شـــركات الاحتكـــار ، و القاضـــي هـــو مـــن يملـــك حـــق تقـــدير مـــا إذا كـــان الشـــرط تعســـفيا ، فـــإذا كشـــف شـــرطا تعســـفيا في عقـــد الإذعـــان فلـــه أن يعدلـــه بمـــا يزيـــل أثـــر التعســـف ، بـــل أن لـــه أن يلغيـــه و يعفـــي الطـــرف المـــذعن منـــه ، و لم يرســـم لـــه المشـــرع حـــدودا في ذلـــك إلا مـــا تقتضـــيه العدالـــة ، و لا يجـــوز للمتعاقـــدين أن ينزعـــا مـــن القاضـــي ســـلطته هـــذه باتفـــاق خـــاص علـــى ذلـــك لأن هـــذا الإتفـــاق يكـــون بـــاطلا لمخالفته للنظام العام ..")[2]

و عليـــه تكمـــن ســـلطة القاضـــي في حالـــة الشـــروط التعســـفية المرهقـــة للطـــرف المـــذعن في تعديل هذه الشروط أو إلغائها و إعفاء الطرف المذعن منها .

فيقوم القاضي بالتعديل بالوسيلة التي يراها ملائمة[3]:

---

[1] أمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975.

[2] ـ د.محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ، ص 132 .

[3] محمد سعيد جعفور:نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي،دار هومة للنشر و الطباعة ،الجزائر،1998،ص 20

* قد تكون الشروط متعلقة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها عن عقد العمل أو الثمن في عقد البيع أو القيمة الإيجارية في عقد الإيجار مما يجعلها شروطا جوهرية في العقد يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعقد ذاته فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف و الضرر عن المغبون .

* قد يتعلق التعديل بالإنقاص ،بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة ، و هو التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد[1] .

* قد يرد الشرط موضع الطعن في صورة شرط جزائي مبالغ في تقديره فيتدخل القاضي لتعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه [2].

و يلجأ القاضي إلى الإعفاء عندما يقرر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل غير مجدي في إزالة التعسف _مثل الشرط المتعلق بعدم المسؤولية في عقد

[1] فؤاد معوض، المرجع السابق ، ص 60

[2] محمد حسنين:الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية،1983 ،ص 65

النقل_و ذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد ، و لا تتحقق العدالة إلا بإعفاء الطرف المذعن منه [1].

و تجدر الإشارة إلى أن الاتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو إلغاء بعض الشروط التي يراها تعسفية يقع باطلا،فمن حق الطرف المذعن أو المستهلك اللجوء إلى القضاء و تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها و هو حق يتعلق بالنظام العام .

و في الأخير نخلص إلى القول أن المشرع خص عقود الإذعان بحكم خطير عن طريق منح القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه كلية إذا اقتضت العدالة ذلك ،في حين أن مهمته وفقا للقواعد العامة تقتصر على مجرد تفسير العقود بغية إعمال حكم القانون فيها .

[1] عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام،الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة ، بغداد،1977،ص30

المبحث الثاني: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد.

سوف نحاول من خلال عرضنا لهذا المبحث أن نحدد الحالات التي بمقتضاها منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة التعديل في مرحلة تنفيذ العقد، و التي ستقتصر معالجتها على ثلاث حالات: نظرية الظروف الطارئة ،الشرط الجزائي، نظرة الميسرة.

المطلب الأول : نظرية الظروف الطارئة.

نظرية الظروف الطارئة تفترض الوضع الآتي :عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال (كعقد التوريد)،و يحل أجل التنفيذ فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيرا فجائيا لحادث لم يكن متوقعا ، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا مثل ارتفاع سعر السلعة التي تعهد المدين بتوريدها ارتفاعا فاحشا بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف، فهل يؤخذ المدين في هذه الحالة بتنفيذ التزامه مهما بلغت الخسارة[1]؟

[1] الفزاري حسبو:أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة: الإسكندرية، 1979. ص13

هنا الحادث الطارئ إذا جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا يكون قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام[1]، و إذا جعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف في التجارة لما كان له أثر،لكن الفرض المقدم أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلا ومن جهة أخرى صار مرهقا يهدد التاجر بخسارة تخرج عن الحد المألوف فما الحكم ؟

نظرية الظروف الطارئة لا ينقض بموجبها التزام المدين لأن الحادث طارئ و ليس قوة قاهرة ، و لا يبق الالتزام كما هو لأنه مرهق،لكن يتدخل القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه بمشقة و لكن في غير إرهاق [2].

و هذه النظريّة حديثة، و مع ذلك فالقانون المدني الفرنسي لم يأخذ بها، و ذلك لرفضه لها بسبب تعارضها مع مبدأ سلطان الإرادة.

و إذا كانت نظرية الظروف الطارئة، تستجيب لحاجة ملحة، تقتضيها العدالة، فهي تهدف إلى منح القاضي سلطة تعديل العقد .

و قد تبناها المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادّة 107 من التقنين المدني « غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامّة، لم يكن في الوسع توقّعها و ترتب

[1] حسبو الفزاري، أثر الظروف الطارئة عل الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية و تحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن و في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه ، مطبعة الجيزة : الإسكندرية، 1979 ، ص 307.

[2]- السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ،المرجع السابق، ص 705 ،706 .

على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التّعاقدي، و إن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدّده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظّروف، و بعد مراعاة مصلحة الطّرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول و يقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك ».

و نجد تطبيقات هذه النظريّة في عدّة عقود منها عقد المقاولة طبقا للمادة 561/3 من التقنين المدني الجزائري، و عقد الإيجار طبقا لأحكام المادة 510 من التقنين المدني الجزائري[1].

و قد خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق الظروف الطارئة لإعادة التوازن الاقتصادي، لما يحقق من عدالة و استمرار في تنفيذه، و يتمثل تعديل العقد في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

وقبل التعرف على سلطة القاضي في تعديل العقد لابد من تسليط الضوء قبل ذلك على الشروط الواجب توافرها حتى نكون بصدد تطبيق نظرية الظروف الطارئة[2].

[1] أمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975.
[2] حسبو الفزاري،المرجع السابق،ص309

الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

لنظرية الظروف الطارئة شروط أربعة نبسطها فيما يلي:

أولاً : أن يكون العقد الذي تثار النظرية بشأنه متراخي التنفيذ.

مفاد العقد المتراخي التنفيذ، أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل بين تاريخ إبرام العقد و تاريخ نفاذه و هذا غالبًا ما نجده في العقود الزمنية التي تقتضي طبيعتها أن يمر تنفيذها على مراحل متتالية عبر الزمن سواء كانت مستمرّة التنفيذ كعقد الإيجار أو دوريّة التنفيذ كعقد التوريد، وتطبق هذه النظرية على العقود الفورية التي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها و لكن قد يتم تأجيل تنفيذها إلى أجال متتالية و ذلك بموجب اتفاق الأطراف كتأجيل دفع الثمن أو تسليم المبيع،كما تطبق النظرية على العقد الفوري إذا وقع الظرف الطارئ مباشرة بعد انعقاده[1].

كما لا تطبق النظرية إذا تراخى تنفيذ العقد بسبب خطأ المدين، إذ لا يجوز للمدين الاستفادة من تقصيره ،كأن يحل أجل وفاء الالتزام فيقوم الدائن باعذار المدين بوجوب الوفاء فيتقاعس، فإذا حدث ظرف طارئ جعل تنفيذ الالتزام

[1] محمد حسين منصور المرجع السابق ، ص353 .عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، القانون المصري و اللبناني و السوري و العراقي و الليبي و الكويتي و السوداني ، المرجع السابق ، ص 482 .سمير عبد السيد تناغو ، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف : الإسكندرية ، 1975 ، ص 143 .

مرهقا لا يجوز للمدين في هذه الحالة أن يتمسك بالنظرية للمطالبة بتعديل التزامه و عليه فنظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع العقود التي يتراخى تنفيذها ، سواء كانت عقود زمنية أو فورية،إلا أنه يستثنى من هذه الفئة العقود، الاحتمالية التي تحتمل بطبيعتها الكسب و الخسارة ، و العقود التي يكون محل التزامها نقودا طبقا للمادة 95 من التقنين المدني الجزائري [1].

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري سكت في المادة 3/107 من التقنين المدني عن ذكر هذا الشرط، إلا أنه لا يمكن تجاهله أثناء التطبيق، خاصة و أن للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن[2].

ثانيًا : أن تطرأ بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة غير متوقعة .

يشترط المشرع في الحادث الطارئ، أن يكون استثنائيا، و عاما، و غير متوقع.

أ– أن يكون الحادث استثنائيا.

أي أن يكون الحادث غير مألوف و نادر الوقوع كالفيضانات، الزّلازل و الحروب. و يعد مثلا الزلزال حادثا استثنائيا إذا وقع في منطقة لا تتعرض له عادة، بينما لا يعتبر كذلك إذا وقع في منطقة اعتادت على التعرض له.

[1] محمد حسنين منصور ، المرجع السابق ، ص 354 .

[2] سلطان،أحكام الالتزام ،النظرية العامة للالتزام ،دار النهضة العربية بيروت ،1980، ص 226 .

أي وصف الاستثنائية يقتصر على الحادث ذاته و يذهب بعض الفقهاء[1] إلى إلحاق وصف الاستثنائية بأثر الظرف و ليس الظرف نفسه دون النظر إلى طبيعته أو منشأه، فقد يكون الظرف الطارئ عاديا مألوفا ، لكن ما يترتب عنه من نتائج و أثار تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد و جعل تنفيذ الالتزام مرهقا فمثلا إصابة المحصول بالدودة حادث مألوف ، و لكن قد يبلغ من الجسامة حدا غير مألوف و ينطبق عليه وصف الحادث الاستثنائي[2].

ب- أن يكون الحادث الاستثنائي عامًا:

بمعنى أن لا يكون الحادث الاستثنائي خاصًّا بالمدين وحده، بل يجب أن يشمل فئة من النّاس لأنّ إفلاس المدين، أو هلاك بضاعته لا تكف لتطبيق نظريّة الظّروف الطارئة[3].

و يتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص الذين يتأثرون بهذا الظرف، أو قد تنصرف العمومية أيضا إلى الناحية الإقليمية، فيتحدد معيار العمومية بمقدار المساحة الإقليمية التي تأثرت بذات الظرف[4].

---

[1] حسبو الفزاري، أثر الظروف الطارئة عل الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية و تحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن و في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه ، مطبعة الجيزة : الإسكندرية، 1979 ، ص 307.

[2] محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 355 .

[3] سلطان،أحكام الالتزام ،النظرية العامة للالتزام ،دار النهضة العربية بيروت ،1980، ص 230

[4] حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 313 .

و يكــون الحــادث عامــا إذا شمــل طائفــة معينــة مــن النــاس ينتمــون إلى إقلــيم أو مدينــة واحدة كما هو الشأن إذا أصاب الزلزال مدينة واحدة من مدن الدولة .

و إذا كــان الهــدف مــن النّظريــة هــو رفــع الإرهــاق عــن المــدين و تحقيــق مبــدأ العدالــة، فمــا جــدوى شــرط العموميــة إذن لتطبيــق نظريّــة الظّــروف الطارئــة، خاصّــة و أنّ إقــرار شــرط العموميــة يــؤدي حتمــا إلى التضــييق مــن تطبيــق النّظريــة، و في الوقــت نفســه احترام مبدأ القوّة الملزمة للعقد.

ج – أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع[1].

مفــاد الحــادث الاســتثنائي غــير متوقــع أنّ المــدين أثنــاء إبــرام العقــد، لم يكــن في وســعه توقّــع الحــوادث الاســتثنائية، فــإذا كانــت متوقعــة أو كــان يمكــن توقعهــا فــلا مجــال لتطبيــق نظريــة الظــروف الطارئــة، فــاختلاف ســعر العملــة و انتشــار دودة القطــن حــوادث في الوســع توقعهــا. كمــا لا يســتطيع المــدين تفاديــه أو دفعــه عــن نفســه، أو حــتّى التقليــل مــن آثــاره و يــرى بعــض الفقهــاء أنّ شــرط عــدم التوقــع يغــني عــن كونــه اســتثنائيا، لأنّ الحــادث الاســتثنائي قــد يكــون متوقّعًــا، و علــى العكــس مــن ذلــك فــإنّ الحــادث غــير المتوقّــع، لا بــد أن يكــون استثنائيــا، و بالتّــالي لا جــدوى مــن ذكــره

[1] حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 316 .

كشـــرط لتطبيـــق نظريّـــة الظـــروف الطارئـــة، و هـــذا مـــا ذهبـــت إليـــه المحكمـــة العليـــا في قرارهـــا [1] .، »حيـــث أن الســـوق محـــل العقـــد المـــبرم بـــين المســـتأنف و المســـتأنف عليـــه (رئـــيس بلديـــة عـــين البـــاردة) بقـــي مغلقـــا بســـبب مـــرض الحمـــى الـــذي أصـــاب المواشـــي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا وجب الأخذ به"

ثالثًا : أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا[2]:

و هنـا نميـز بـين الظـرف الطـارئ و القـوة القـاهرة ،فهمـا يشـتركان في أن كـلا منهمـا لا يمكـن توقعـه و لا يسـتطاع دفعـه إلا أنهمـا يختلفـان في أن القـوة القـاهرة تجعـل الالتـزام ينقضـي ،فـلا يتحمـل المـدين تبعـة عـدم تنفيـذه [3]، أمـا الظـرف الطـارئ فـلا يقضـي الالتـزام و إنمـا يـرده إلى الحـد المعقـول فتتـوزع الخسـارة بـين المـدين و الـدائن و يتحمـل المـدين شـيئا مـن تبعـة الحـادث

[1] المحكمة العليا، الغرفة المدنية ، قرار صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993 ،ملف رقم 99694 ،م.ق ، العدد الأول ، 1994 ،ص 217 .

[2] عليوش قربوع كمال، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2005

[3] محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص366

[50]و قد ذهبت المحكمة العليا في قرارها[51]، إلى نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 1996/11/10، القاضي بإلزام مؤسسة ترقية السكن العائلي بتسليم السكن محل النزاع للمدعي (س ع ق) مع إلزام هذا الأخير بأن يدفع للمدعى عليها مبلغ مالي في حدود نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن محل النزاع المحدد باتفاقية البيع المؤرخة في 1990/06/04، »حيث أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد و توازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا لأحكام المادة 3/107 من التقنين المدني، إذا ما طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام و غير متوقعة من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونون قد أخطئوا في تطبيق المادة 107 من التقنين المدني«.

و الإرهاق الذي يقع فيه المدين نتيجة الظّرف الطّارئ ذهب غالبية الفقه العربي في تحديد درجته إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي المرن، و الّذي لا يعتدّ فيه بشخص المدين و ظروفه الخاصّة، و إنّما يقتصر على الصّفقة التي أبرمها المدين، فيتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبيرًا بين قيمة الالتزام

[50] السنهوري ،نظرية الالتزام بوجه عام ،المرجع السابق ، ص 722 ،723

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

المحـدّدة في العقـد، و قيمـة العقـد الفعليـة عنـد التّنفيـذ، و لـو كـان المـدين يملـك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء.

و المعيـار الموضـوعي يقـدر الإرهـاق فيـه علـى ضـوء الالتزامـات و الحقـوق الناجمـة عـن العقـد[52]، لأن الهـدف مـن ذلـك هـو إيجـاد تـوازن اقتصـادي للعقـد .

و أمـا مقـدار الإرهـاق فـإن المشـرع طبقـا للمـادة 3/107 مـن التقنـين المـدني الجزائـري لم يحـدده بـل اكتفـى فقـط بـأن تكـون الخسـارة فادحـة[53] ، بمعـنى أنهـا غير مألوفة و فيها نوع من الظلم للمدين .

و سـكوت المشـرع معنـاه ضـمنيا أنـه خـول للقاضـي سـلطة لتعـديل العقـد أثنـاء التنفيـذ بسـبب الاخـتلال في التـوازن العقـدي، و بالتـالي للقاضـي سـلطة تقديرية واسعة لتقديره حسب الظروف المحيطة بالعقد .

---

[52] علي فيلالي،المرجع السابق، ص195.

[53] الخسارة الفادحة « هي تلك التي تخرج عن حدود المألوف و تجعل التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضربا من الظلم »، راجع : اسعد الكوراني، (نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية)، مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد الأول، السنة الأربعون، ص 241.

الفـــرع الثـــاني : ســـلطة القاضـــي فـــي رد الالتـــزام المرهـــق إلـــى الحـــد المعقول .

إذا تـــوافرت الشـــروط المتقدمـــة الـــذكر جـــاز للقاضـــي تبعـــا للظـــروف و بعـــد الموازنـــة بـــين مصـــلحة الطـــرفين أن يـــرد الالتـــزام المرهـــق إلى الحـــد المعقـــول ، و لم يحـــدد المشـــرع في المـــادة 3/107 مـــن القـــانون المـــدني طريقـــة لـــرد الالتـــزام المرهـــق و إنمـــا تـــرك لـــه الحريـــة في اختيـــار طريقـــة مناســـبة لـــذلك ،فقـــد يـــرى إنقـــاص الالتـــزام المرهـــق، و قـــد يـــرى زيـــادة الالتـــزام المقابـــل ، و قـــد يـــرى وقـــف تنفيـــذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ[54].

أولاً : إنقاص الالتزام المرهق.

اســـتخدم المشـــرع الجزائـــري في الـــنّص العـــربي للمـــادة 107/3 مـــن التقنـــين المـــدني عبـــارة « ... **أن يـــرد الالتـــزام المرهـــق إلـــى الحـــدّ المعقـــول** ... » أمّـــا الـــنصّ الفرنســـي فقـــد اســـتعمل عبـــارة **"إنقـــاص"** " "Réduireعلـــى الـــرّغم مـــن أنّ الإرادة الحقيقيّـــة للمشـــرع تظهـــر مـــن خـــلال الـــنص الفرنســـي، و بالتّـــالي هنـــاك تضـــييق لســـلطة القاضـــي في تعـــديل العقـــد عـــن طريـــق الإنقـــاص، و كلمـــة

[54] السنهوري ،نظرية الالتزام بوجه عام ،المرجع السابق ص 735 ،فؤاد محمود معوض ،المرجع السابق ، ص 233 ،234 .

"الـردّ" تـوحي بمعـنى التّعـديل عـن طريـق إنقـاص الالتـزام المرهـق و زيـادة الالتـزام المقابل. [55]

أي أن القاضـي يتـدخل في توزيـع عـبء الظـرف الطـارئ و ذلـك بإيجـاد تـوازن في شـروط العقـد حـتى لا نكـون أمـام تجـاوزات فاحشـة نتيجـة الظـرف الطـارئ. و يتـدخّل القاضـي لتعـديل العقـد عـن طريـق الإنقـاص سـواء تعلّق الإنقاص من حيث الكم أو من حيث الكيف.

مـن حيـث الكـم كـأن يتعهـد تـاجر بتوريـد كميـات كبـيرة مـن السـكر لأحـد مصـانع الحلـوى ثم تقـل كميـات السـكر المتداولـة في السـوق لحـادث طـارئ (حـرب منعـت اسـتيراد السـكر أو إغـلاق بعـض المصـانع) الأمـر الـذي يجعـل توريـد الكميـات المتفـق عليهـا أمـرا مرهقـا ، فيجـوز للقاضـي أن يـنقص مـن كميـة السـكر المتفـق عليهـا حـتى يـرد الالتـزام المرهـق إلى الحـد الـذي يسـتطيع التاجر القيام بتوريده. [56]

و لا ينصـب الإنقـاص علـى كميّـات و عـدد الأشـياء، بـل ينصـب الإنقـاص أيضًـا علـى قـيم الأشـياء، فـإذا أدّت الظّـروف الطّارئـة إلى انخفـاض أسـعار

---

[55] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 197.

[56] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 726 ،727 .

السّلع ممّا يؤدّي إلى إلحاق خسارة فادحة، و إرهاق في تنفيذ عقود البيع مثلا، فيجوز للقاضي في هذه الحالة أن ينقص الثّمن المتّفق عليه بما يزيل الإرهاق أو يخفّف منه بالنّسبة للمشتري،أي أنه إذا كان الالتزام المرهق هو ثمن المبيع جاز للقاضي انقاصه أو إنقاص فوائده أو اسقاطها أو مد الآجال التي يدفع فيها[57].

من حيث الكيف كأن يلتزم شخص بتوريد كميّات محددة من سلعةٍ معيّنة و من صنف متّفق عليه، ثمّ تطرأ حوادث استثنائية تجعل الحصول على هذا الصّنف بالذّات مرهقا للمدين، سواء بسبب ارتفاع الأسعار، أو لندرة هذه السّلع، ففي هذه الحالة يستطيع القاضي أن يرخّص للمدين في أن يفي بنفس الكميّة و لكن من صنفٍ أقلَّ جودة.[58]

ثانيًا : زيادة قدر الالتزام المقابل.

إذا أدّى الظرف الطارئ إلى ارتفاع فاحش في الأسعار، يقوم القاضي بزيادة السّعر المبيّن في العقد، حتّى يتحمّل الطرفان الزّيادة غير المألوفة، و ذلك بزيادة التزامات الدائن، بهدف الوصول إلى التّوازن بين مصلحة الطّرفين. و القاضي عندما يرفع السعر لا يفرض على الطرف الآخر أن

[57] محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص368

[58] حسبوا الفزاري، المرجع نفسه، ص 701.

يشتري بهذا السعر بل يخيره بين الشراء و الفسخ ، فإذا اختار الفسخ كان ذلك أصلح للمدين إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر الحادث الطارئ .[59]

إلاّ أنّ المشرع الجزائري طبقًا لأحكام المادّة 107/3 من التقنين المدني ، النّص الفرنسي لم يأخذ بوسيلة زيادة قدر الالتزام المقابل، بل اكتفى بعبارة الإنقاص (Réduire)أمّا النّص العربي فاستعمل عبارة "يرد" التّي تقابل التّعديل، سواء عن طريق الإنقاص أو زيادة قدر الالتزام المقابل، و لكن المشرع الجزائري لو أراد إضافة وسيلة الزّيادة لنصّ عليها صراحةً ، كما هو الشّأن في المادة 561 من التقنين المدني « ... **على أنّه إذا انهار التّوازن الاقتصادي بين التزامات كل من ربّ العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامّة، لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ... جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر**... ».

و بالتالي فالمشرع الجزائري أخذ بوسيلة الزّيادة في قدر الالتزام المقابل كحلٍّ استثنائي طبقًا للمادّة 561 من التقنين المدني .

[59] د السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق، ص 726 .

و يلاحظ في حالتي الإنقاص للالتزام المرهق و زيادة الالتزام المقابل أن القاضي لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة للحاضر و لا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف ، فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل و تعود له قوته الملزمة كما كان في الأصل[60] .

ثالثًا : وقف تنفيذ العقد.

يلجأ القاضي إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد إذا تبيّن له أنّ الظّرف الطّارئ مقدّر له الزّوال في وقت قصير، و أنّ اللّجوء إلى وسيلة الإنقاص أو الزّيادة يؤدّي إلى اختلال في التّوازن الاقتصادي للعقد، و في هذه الحالة يأمر القاضي بوقف التّنفيذ لفترة محدّدة، أو غير محدّدة من الوقت، حتّى تزول آثار الظّرف الطارئ [61].

و مثال ذلك أن يتعهّد مقاول بإقامة مبنى، و ترتفع أسعار بعض مواد البناء ارتفاعًا فاحشًا بسبب حادث طارئ ،لكن هذا الارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد ،فيوقف القاضي التزام المقاول بتسليم

---

[60] د.السنهوري ،المرجع نفسه، ص 727 .

[61] أنور سلطان،أحكام الالتزام ،النظرية العامة للالتزام ،دار النهضة العربية بيروت ،1980، ص 236 .

المبـــنى في الموعـــد المتفـــق عليـــه حـــتى يـــتمكن مـــن القيـــام بالتزامـــه دون إرهـــاق إذا لم يكـــن في هـــذا الوقـــف ضـــرر جســـيم يلحـــق صـــاحب المبـــنى [62] و الحُكـــم بوقـــف التّنفيـــذ لا يـــؤثر علـــى مضـــمون العقـــد، ســـواء مـــن النّاحيـــة الموضـــوعيّة أو الماديّـــة، فتظـــلّ الالتزامـــات فيـــه طيلـــة الظّـــرف الطّـــارئ محتفظـــة بقيمتهـــا و مقاديرهـــا دون أن تتـــأثّر بهـــذا الوقـــف المؤقّـــت[63]، أي أن مضـــمون العقـــد لا يتـــأثر بـــالوقف، إلاّ أنّ المشـــرع الجزائـــري لم يـــنصّ علـــى هـــذه الوســـيلة رغـــم كونهـــا وسيلةً ناجعة لمواجهة الظّروف غير المتوقعة.

ونخلـــص إلى القـــول أن الهـــدف مـــن إقـــرار نظريّـــة الظّـــروف الطّارئـــة هـــو إعـــادة التّـــوازن الاقتصـــادي للعقـــد في حالـــة اختلالـــه، و المحافظـــة علـــى بقـــاء العقـــد و تنفيـــذه في ظـــروف حســـنة بعكـــس اللّجـــوء إلى فســـخ العقـــد الـــذي يعـــني إنهـــاءه، فالمشـــرع الجزائـــري في المـــادة 107/3 مـــن التقنـــين المـــدني لم يـــنصّ علـــى الفســـخ، لا صـــراحةً و لا ضـــمنيًا كوســـيلة لـــردّ الالتـــزام المرهـــق، بعكـــس المشـــرع الإيطـــالي في المـــادة 1467 مـــن القـــانون المـــدني الـــذّي مـــنح للقاضـــي وســـيلة فســـخ العقـــد في حالـــة وقـــوع حـــوادث اســـتثنائية أدّت إلى أن تنفيـــذ الالتـــزام

---

[62] د.السنهوري ،نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق ، ص 725 .

[63] حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 702، 703.

أصبح مرهقًا بطلب المتعاقدين ، فلا يجوز للقاضي الحكم بالفسخ إلا إذا تحقق شرط مطالبة المتعاقدين به.

و لكن المشرع الجزائري، و استثناء على نص المادّة 107/3 من التقنين المدني، قد خوّل للقاضي بموجب أحكام المادّة 561/3 من التقنين المدني سلطة فسخ العقد « ... **جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد** [64]».

و إقرار الفسخ كوسيلة لردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، لا يترتّب عنه التّعويض، بل هناك إعفاء للمدين عكس المادة 119 من التقنين المدني الجزائري، و الملاحظ أنه لا جدوى من الفسخ في هذه الحالة لأنه يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية.

و إقرار الفسخ كوسيلة لردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول[65]، لا يترتّب عنه التّعويض، بل هناك إعفاء للمدين عكس المادة 119 من التقنين المدني الجزائري، و الملاحظ أنه لا جدوى من الفسخ في هذه الحالة لأنه يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية.

---

[64] أمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975

[65] أمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975

المطلب الثاني: الشّرط الجزائي.

الأصل في التنفيذ أن يكون عينيا و لا يلجأ إلى التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض إلا استثناءا في الأحوال التالية[66] :

-إذا صار التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين.

-إذا صار التنفيذ العيني مرهقا للمدين ولم يكن في التنفيذ بطريق التعويض ضرر جسيم للدائن

-إذا لم تجد الغرامة التهديدية في الضغط على المدين .

-إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني و لم يعرضه المدين.

و التعويض إما أن يكون عن عدم التنفيذ أو عن التأخر في التنفيذ ،الأول يحل محل التنفيذ العيني ولا يجمع بينهما، و الثاني عن الضرر الذي أصاب الدائن بسبب التأخر في التنفيذ و يجوز الجمع بينه وبين التنفيذ العيني أو بينه و بين التنفيذ بمقابل[67] .

---

[66] الوسيط في شرح القانون المدني عقود الغرر و عقد التأمين،دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، الجزء السابع، بدون سنة.

[67] عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1983، ص 115

و الالتـــزام بـــالتعويض لـــيس التزامـــا جديـــدا حـــل محـــل الالتـــزام الأصـــلي، بـــل هـــو طريق لتنفيذه [68].

و يقـــدر التعـــويض مـــن قبـــل القاضـــي و هـــو مـــا يعـــرف بـــالتعويض القضـــائي ،و قـــد يحـــدده القـــانون في حالـــة التـــأخر في التنفيـــذ و هـــو التعـــويض القـــانوني ،و قـــد يتفـــق الطرفـــان مقـــدما علـــى مقـــدار التعـــويض الـــذي يلتـــزم بـــه المـــدين إذا لم ينفـــذ التزامـــه أو إذا تـــأخر في تنفيـــذه و هـــو مـــا يعـــرف بـــالتعويض الإتفـــاقي أو الشـــرط الجزائـــي ، و قـــد نظمـــه المشـــرع الجزائـــري بـــالمواد 183 ،184 ،185 مـــن القانون المدني [69].

فمـــا مفهـــوم الشـــرط الجزائـــي و مـــا شـــروطه، و فيمـــا تتمثـــل ســـلطة القاضـــي في تعديل الشرط الجزائي؟

[68] محمد حسنين ،المرجع السابق ، ص 253 .

[69] عبد الله نجاري، المرجع السابق،ص116

الفرع الأول: الشرط الجزائي:

يراد به الاتفاق مقدّمًا بين الدآئن و المدين على مقدار التعويض الذي يستحقّه الدائن في حالة إخلال المدين بالتزامه التعاقدي ، و يتمثل هذا الإخلال في صورة عدم تنفيذه أصلا أو التراخي في تنفيذه أو تنفيذه على غير النحو المتفق عليه مما يسبب ضررا للدائن . [70]

فهو اتفاق على تعويض ضرر لم يقع بعد ، فإذا وقع الخطأ و ترتب عليه ضرر لحق بالطرف الآخر و قامت علاقة السببية بين الخطأ و الضرر ،استحق المشترط التعويض الذي سبق الاتفاق عليه [71].

و يعرفه الدكتور أنور سلطان على أنه: "**اتفاق يقدر فيه المتعاقدين سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه.**"

و يعرفه الحجازي في كتابه موجز النظرية العامة للإلتزام عل أنه :"**اتفاق المتعاقدين مقدما على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذه**[72]."

---

[70] فؤاد معوض ،المرجع السابق ، ص 307 .

[71] عبد الله نجاري، المرجع السابق،ص119

[72]محمد حسنين ،المرجع السابق ، ص260

و يستخلص من هذه التعاريف أن الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض ، سواءا عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه ،و يحدد مقدما قبل وقوع الضرر بحكم المادة 183 مدني التي تنص على أنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد ، و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 مدني ، أما ما يحصل بعد وقوعه فهو عقد صلح تحكمه المادة 459 و ما بعدها من القانون المدني و ليس شرط جزائي.

مثال ذلك عقد نقل ينص فيه على تحديد المبلغ الذي يدفعه الناقل في حالة فقد البضاعة أو تلفها[73].

فغالبا ما يوضع الشرط في العقد الأصلي لكن لا يوجد مانع من وضع هذا الشرط في اتفاق لاحق، بشرط أن يكون هذا الاتفاق سابق على واقعة إخلال المدين بالتزامه[74].

و عادة ما يكون الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية العقدية ، غير أنه قد يدخل نطاق المسؤولية التقصيرية كأن يتفق صاحب المصنع مع جيرانه

[73] أسيا مندي يسمينة ، النظام العام والعقود ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، يوسف بن خدة ، الجزائر ن 2009/2008، ص16

[74] العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ن2007/2006، ص670

علـى مقـدار التعـويض عـن الضـرر الـذي قـد يصـيبهم مسـتقبلا مـن الـدخان أو أصوات الآلات .[75]

و نخلـص إلى القـول بـأن الشـرط الجزائـي هـو ضـمان لتنفيـذ مختلـف العقـود ، بمقتضـاه يلتـزم المتعاقـد الـذي يخـل بالتزامـه بـأداء معـين لصـالح المتعاقـد الآخـر ،هـذا الأداء قـد يكـون مبلغـا مـن المـال أو القيـام بعمـل أو الامتنـاع عـن عمـل .

و تظهر فائدة و دور الشرط الجزائي فيما يلي[76]:

* يقـوم الشـرط الجزائـي بـدور الشـرط المخفـف لمسـؤولية المـدين أو المعفـي منهـا إذا كان أقل من الضرر الفعلي أو كوسيلة للخروج من التعاقد بأقل كلفة .

* يقـوم بـدور التهديـد المـالي أو كوسـيلة للضـغط إذا كـان أكـبر بشـكل ملحوظ من الضرر الفعلي.

* يقـوم بـدور التقـدير الجـزافي للتعـويض إذا كـان معـادلا للضـرر الفعلـي بقـدر الإمكان ، بحيث يعلم المدين مقدما مقدار ما سيلزم عند عدم التنفيذ.

و للشرط الجزائي ثلاث مميزات كما يلي[77] :

---

[75] محمد حسنين ،المرجع السابق ، ص 263 .

[76] د موكه عبد الكريم ، محاضرات في مادة قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قانون الأعمال،جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل ، الجزائر،ص 91

* أنــه إلتــزام تــابع لالتــزام أصــلي و يأخــذ حكمــه ،فــإذا كــان الالتــزام الأصــلي باطــل كــان الشــرط بــاطلا ، و في حالــة انقضــاء الالتــزام الأصــلي لســبب مــا ينقضي الشرط الجزائي .

* أنــه التــزام إحتيــاطي ، فهــو تعــويض و التعــويض طريقــة احتياطيــة عنــد عــدم التنفيــذ العيــني ، فــلا يطالــب الــدائن بقيمــة الشــرط الجزائــي و لا يعرضــها المدين إلا إذا استحال التنفيذ عينا بخطأ المدين .

* أنــه تقــدير جــزافي للتعــويض لأنــه اتفــاق مســبق علــى تقــدير التعــويض عنــد عــدم التنفيــذ أو عنــد التــأخر في التنفيــذ ، و يشــترط لاســتحقاقه الخطــأ و الضرر و العلاقة السببية و الإعذار كلما كان واجبا لاستحقاق التعويض .

يجــوز للــدّائن إعــذار المــدين بمختلــف الطّــرق القانونيّــة أو الاتفاقيــة و هــذا مــا تضمّنته المادة 180 من التقنين المدني الجزائري.[78]

و بنــاءا علــى مــا ســبق إذا تحقــق القاضــي مــن تــوافر هــذه الشــروط فلــه أن يحكــم بــالتعويض المقــرر في الشــرط الجزائــي و لــه في حــالات نــص عليهــا المشرع أن يعدل الشرط الجزائي.

---

[77] عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1983، ص 119

[78] محمد حسنين ،المرجع السابق ، ص 265.

الفرع الثاني: تعديل الشرط الجزائي.

يتدخّل القاضي لتعديل مضمون الشرط الجزائي عن طريق التخفيض سواء كان الشّرط الجزائي مفرطًا (مبالغ فيه)، أو إذا قام المدين بالتنفيذ الجزئي لالتزامه طبقًا لأحكام المادّة 184/2 من التقنين المدني الجزائري. و استثناء، فإنّ المشرع منح للقاضي سلطة التّعديل عن طريق الزيادة في التّعويض المتّفق عليه إذا ثبت أنّ المدين قد ارتكب غشًا أو خطأ جسيمًا طبقًا للمادّة 185 من التقنين المدني الجزائري، و هذا مانوضحه في النّقاط التالية [79]:

أولاً: تخفيض الشرط الجزائي. حسب مقتضيات المادة 2/184 مدني،فإنه يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما: المبالغة أو التقدير المفرط للتعويض و التنفيذ الجزئي للالتزام .

أ- تخفيض الشرط الجزائي بسبب التقدير المفرط فيه:

نصت المادّة 184/2 من التقنين المدني الجزائري « **و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أنّ التقدير كان مفرطًا** [80]»،

---

[79] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 687.

[80] نص المادة 184 الفقرة 2 ، من التقنين القانون المدني الجزائري، خاصة بالشرط الجزائي

فالمشـــــرع اســـــتخدم مصـــــطلح "الإفـــــراط"، عكـــــس المشـــــرع المصري،الذّي استعمل عبارة « مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ».

و الإفــراط معنــاه عــدم التناســب الكبــير بــين قيمــة التعــويض المتفــق عليــه، و الضــرر اللاحــق بالــدّائن ممّــا يــؤدي إلى التعسّــف ، أي أن يكــون هنــاك تفــاوت كبــير بــين التعــويض المتفــق عليــه و الضــرر اللاحــق بالــدائن ممــا يترتــب عليــه إلحاق ظلم بأحد المتعاقدين[81].

ب- تقدير القاضي للإفراط:

بــالرجوع إلى نــصّ المــادّة 184 مــن التقنــين المــدني الجزائــري نجــد المشــرع الجزائــري قــد اكتفــى بتحديــد حــالات تــدخل القاضــي دون أن يرشــده إلى كيفيــة تقــدير الإفــراط ،أو العناصــر الــتي يمكــن أن يســتند عليهــا في تقــديره ، إلاّ أنّــه جــرى العمــل بــاللّجوء إلى المعيــار الموضــوعي، و الــذّي مفــاده مقارنــة مبلــغ الشّــرط الجزائــي مــع الضّــرر الــذي لحــق بالــدّائن، أي عــدم التّناســب الفــاحش، و كــذلك اللّجــوء إلى المعيــار الــذّاتي و الــذي مفــاده تقــدير

[81] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 690.

المسؤوليّة التعاقدية للمتعاقدين، مثل الظروف الشخصيّة للمدين من حسن نيّة أو سوئها [82].

و حتى يمارس القاضي سلطته في التخفيض وجب أن تكون المبالغة كبيرة، لأنّه يترتب عليه إثراء الدّائن على حساب المدين، و على القاضي أن ينظر أثناء تقديره، فيما إذا كان عدم التّناسب فاحشًا أو معقولاً، و أن يراعي مصالح الأطراف بهدف إيجاد التّناسب بين الضّرر، و قيمة التّعويض و التّخلص من كل التّجاوزات التّي تلحق ظلمًا بأحد المتعاقدين، على أساس العدالة، و إذا كان عدم التّناسب معقولاً فلا جدوى من إجراء عملية التخفيض، أمّا إذا تبيّن أن عدم التّناسب فاحش، فبعد انتهاء القاضي من عملية التّقدير، ينتقل إلى عملية التّخفيض وفقا لما يراه مناسبًا.

ج- تخفيض القاضي للتعويض[83] :

سكوت المشرع عن تحديد طريقة أو عناصر يستند عليها القاضي لممارسة سلطته في التخفيض تعبير ضمني على أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة مستمدة من مبدأ العدالة ،كما أن له الحرية الكاملة في ممارسة سلطته للتدخل في التعديل .

---

[82] محمد حسنين ،المرجع السابق ، ص270

[83] عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق

فـإذا تبـين لـه أن المبالغـة في الشـرط الجزائـي كانـت فاحشـة و ترتـب عنهـا ظلـم للمـدين[84] ،يقـوم بإيجـاد تـوازن بـين قيمـة التعـويض و الضـرر اللاحـق بالـدائن كمـا يقـع عليـه عـبء البحـث عـن نيـة المـدين إذا كانـت حسـنة أو سـيئة مـن خـلال ظّـروف و ملابسـات العقـد ، و هـذا مـا يعـرف بالمعيـار الـذّاتي، إضـافة إلى ذلـك فالقاضـي يسـعى للمحافظـة علـى اسـتمرار و اسـتقرار المعـاملات بمـا يوجبـه تنفيـذ العقـود مـن حسـن نيّـة و نزاهـة و الابتعـاد عـن الإجحـاف الـذّي قـد يصـيب أحـد الأطـراف، و يقـع عـبء الإثبـات علـى المـدين إذا كـان مقدار الشّرط الجزائي مبالغا فيه[85].

د- تخفيض الشرط الجزائي بسبب التّنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي:

تـنصّ المـادّة 184/2 مـن التقنـين المـدني الجزائـري « **و يجـوز للقاضـي أن يخفـض مبلـغ التعـويض إذا أثبـت المـدين ... أنّ الالتـزام الأصـلي قـد نُفّذ في جزء منه** »[86].

[85] عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1983، ص 115 .

و مفـاد ذلـك قيـام المـدين فعـلاً بتنفيـذ التزامـه، إلاّ أنّـه توقّـف في جـزء منـه، و أن الجـزء المتبقّـي الـذّي لم ينفـذه المـدين قـد ألحـق ضـررًا بالـدّائن، و لـيس مـن العدل أن يلزم المدين بالوفاء بالمبلغ المتّفق عليه كليّا.

كمـا يجـوز للأطـراف التوقّـع مسـبقا حالـة التّنفيـذ الجزئـي للالتـزام الأصـلي، و إدراجـه ضـمن الاتفـاق طبقًـا للعقـد شـريعة المتعاقـدين، لأنّ القاضـي ملـزم بـاحترام إرادة الأطـراف، و لا يكـون الالتـزام الأصـلي قـابلاً للتّنفيـذ الجزئـي إلاّ إذا كـان قـابلاً للانقسـام، و إنّ مسـألة قابليّـة أو عـدم قابليّـة الالتـزام الأصـلي للانقسـام، هـي مسـألة واقـع تخضـع للسّـلطة التقديريـة لقاضـي الموضـوع ، حيـث منحـت المـادّة 184/2 مـن التقنـين المـدني الجزائـري للقاضـي سـلطة تقديريّـة واسـعة، إلاّ أنّـه يعـاب عليهـا أنّهـا ناقصـة، كونهـا لم تحـدّد للقاضـي العناصر التّي يعتد بها سواء في التّقدير أو التخفيض[87].

و يلـزم القاضـي بـالتّخفيض إذا طلـب منـه المـدين ذلـك، و تحقّـق الضَّـرر فعـلاً للـدائن، و أثبـت المـدين قيامـه بالتنفيـذ الجزئـي للالتـزام الأصـلي، و يراعـي القاضـي أثنـاء عمليـة التخفـيض الضـرر اللاحـق بالـدّائن، و يقارنهـا بالفائـدة

الـــتّي عـــادت عليـــه، أي يقـــوم بعمليـــة المقارنـــة علـــى عنصـــري الضّـــرر و الفائدة[88].

أمّـا إذا لم يتحقّـق الضّـرر فعـلاً فـلا مجـال لاسـتحقاق الشّـرط الجزائـي، و هـذا مـا نصّـت عليـه المـادّة 184/1 مـن التقنـين المـدني الجزائـري، و مـن خـلال عنصـر الفائـدة يتبـيّن للقاضـي مـا إذا تحققـت مصـلحة الـدّائن في التّنفيـذ الجزئـي أم لا ، كمـا أنّ القاضـي لا يسـع إلى البحـث عـن مسـاواة حقيقيـة بـين الضّـرر اللاّحـق بالـدائن و مقـدار التّعـويض، بـل يكفيـه الـتّخلّص مـن التّجـاوزات الفاحشـة مـن جهـةٍ، وأن يراعـي مصـلحة الـدّائن مـن جهـة ثانيـة ، و حقه في ضمان التّنفيذ من جهة ثالثة[89].

و الهـدف في الحـالتين السـالفتي الـذكر هـو حمايـة المـدين، لـذلك فهمـا مـن النظـام العـام ولا يجـوز الاتفـاق علـى مـا يخالفهمـا، و أكـدت ذلـك المـادة 184/فقرة أخيرة من القانون المدني بقولها:

[89] نض المادة 184 من القانون المدني

" و يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه [90]"

و الهدف في الحالتين السالفتي الذكر هو حماية المدين، لذلك فهما من النظام العام و لا يجوز الاتفاق على ما يخالفهما، و أكدت ذلك المادة 184/فقرة أخيرة من القانون المدني بقولها:

" و يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه "

ثانياً : زيادة الشرط الجزائي.

تنصّ المادّة 185 من التقنين المدني الجزائري « **إذا جاوز الضّرر قيمة التعويض المحدّد في الاتفاق، فلا يجوز للدّائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلاّ إذا أثبت أنّ المدين قد ارتكب غشًّا أو خطأ جسيمًا** ».

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد منع القاضي من التدخّل لأجل الزّيادة في الشّرط الجزائي بصفة مبدئية، إلاّ أنّه و استثناء على ذلك خوّل له رخصة الزّيادة في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم.

ا–زيادة مقدار التعويض بسبب غش المدين أو خطئه الجسيم:

[90] عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1983، ص 11

هنا على الدائن أن يثبت أنّ المدين قد ارتكب غشًّا أو خطئا جسيما، و أنّ الضّرر اللاّحق به أكبر بكثير من مقدار التعويض المتّفق عليه لكي يستفيد من أحكام الزيادة المنصوص عليها بالمادة 185 من التقنين المدني.

ففي هذه الحالة يجوز للقاضي التدخّل لتعديل الشّرط الجزائي عن طريق الزيادة، و يسعى القاضي إلى زيادة مقدار التّعويض حتّى يتساوى مع الضّرر الوّاقع[91]، فالقاضي في هذه الحالة يبحث عن النيّة الحسنة أو سوئها، و سوء النيّة واجب الإثبات على عاتق الدّائن، لأنّه ملزم بإثبات أنّ المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه مقدار التّعويض .

و بالتّالي فالحكم للدّائن بالتّعويض الإضافي أساسه الغش و الخطأ الجسيم، لأنّ الطّرفان لم يتوقّعا ذلك في الاتفاق، و لهذا فالدّائن يطالب بالتّعويض غير المتوقّع، و مصدره الضّرر النّاجم عن غش المدين و خطئه الجسيم، و كذا التّعويض المتوقّع ومصدره الشرط الجزائي.

وعليه للدائن الحق في المطالبة بالتعويض و يكون أساسه غش المدين و خطأه الجسيم و كذا الشرط الجزائي، ففي الأوّلى نكون أمام تعويض غير متوقع، أما الحالة الثانية فأمام تعويض متوقع.

---

[91] عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 97 ، 98.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية[92] إلى اعتبار" أن المدين الذي يرتكب غشا أو خطئا جسيما عن قصد وذلك بأن يرفض تنفيذ التزاماته العقدية حتى وإن كان هذا الرفض لا يتعلق بقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر وعليه يحكم بزيادة مقدار التعويض عن التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي"

.

كما أنّه لا يجوز للمدين اشتراط الإعفاء، أو التّخفيف من مسؤوليّته بالتّعويض في حالتي ارتكاب غش أو خطأ جسيمًا، لأنّ هذا الاشتراط لو وضع لكان مشجّعا على ارتكاب الغش و دون خشية من الجزاء و هذا ما يخالف النّظام العام، و بالتالي لا جدوى من إدراج الشرط الجزائي ضمن العقد.

أمّا إذا كان الشّرط الجزائي أقلّ من الضّرر الواقع، ففي هذه الحالة لا يقوم القاضي بزيّادة مقدار التّعويض لمساواته مع الضّرر اللاّحق، بل يحكم به كما هو[93]، و يكون الشّرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف أو إعفاء من المسؤوليّة، و الإعفاء جائز في المسؤولية العقدية طبقًا لأحكام المادّة

---

[92] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 877.

[93] عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة: بغداد، 1977، ص 29.

178/2 من التقنين المدني الجزائري،[94] (لكن الإعفاء من المسؤولية التقصيرية باطل حتى في حالة الخطأ اليسير).

كما أنّه لا يمكن للقاضي زيادة مقدار التّعويض ليتساوى مع الضّرر اللاّحق بالدّائن، لأنّ تخفيف المسؤولية الناتج عن الغشّ أو الخطأ الجسيم من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين جائز طبقًا للمادّة 178/2 من التقنين المدني الجزائري.

و عليه فللقاضي سلطة تقديرية واسعة في البحث عن حسن النيّة و سوئها، و له الحريّة الكاملة في رفض طلب الدّائن الرّامي إلى الزّيادة في مقدار التعويض، إذا ما تبيّن له أنّ المدين كان على حسن نيّة، و نكون أمام حالة الزيادة إذا ما تبيّن للقاضي أن المدين سيئ النيّة.

[94] المادة 178/2 ق م ج « و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ... ».

المطلب الثالث:سلطة القاضي في منح الأجل القضائي (نظرة الميسرة).

الأجل وصف يقترن بالالتزام فيجعله متراخي النفاذ (الأجل الواقف) أو محدد النفاذ (الأجل الفاسخ) ، و يجد مصدره في الاتفاق ،القانون ،و القضاء[95] .

فالأجل الإتفاقي هو أن يتفق الأطراف على وقت معين يقوم فيه المدين بالوفاء بالتزامه، و الأجل القانوني يتكفل المشرع بتحديده ،مثل ما فعل بالنسبة لحق الانتفاع الذي ينقضي بوفاة المنتفع ، و كذلك ما يقرره المشرع في الأزمات الاقتصادية من تأجيل لبعض الديون[96] .

أما الأجل القضائي الذي هو موضوع دراستنا أو ما يعرف بنظرة الميسرة أو المقدرة هو أن القانون يجيز للقاضي بتوافر شروط معينة أن يمنح للمدين أجلا أو آجالا يفي فيها بديونه.

وتعد نظرة الميسرة حالة من الحالات التي يستند إليها القاضي للتدخل في العقود بالتعديل ،و نجد أغلب التشريعات نظمت فكرة الأجل ، و الذي يهمنا هو السلطة الواسعة التي منحتها بعض هذه النصوص القانونية

---

[95] حنان عبد العزيز مخلوف،العقود الدولية،جامعة بنها،2010،ص30

[96] شريف محمد غانم،اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية،دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ،ض207

للقاضي في هذا المجال والمتمثلة في سلطته في تعديل الأجل المتفق عليه في العقد أو منحه بما يعرف خروجا عن مبدأ سلطان الإرادة الذي يهيمن على العلاقات العقدية .

و قد نظم المشرع الجزائري الأجل القضائي بالمواد :119 ،210 ، 280 من القانون المدني ،و المادة 411 من قانون الإجراءات المدنية [97].

و الأصل في نظرة الميسرة أن المدين يجب عليه الوفاء بدينه في الميعاد المتفق عليه ، إلا أنه إذا استدعت حالته الرأفة به ،ولم يلحق الدائن من التأجيل أي ضرر ، و لم يوجد في القانون نص يمنع ذلك ،يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا أو آجالا معقولة يفي فيها بدينه[98] .

و نظرة الميسرة كنظرية الظروف الطارئة يراد بها التخفيف من عبء التزام المدين الجدير بالرأفة ،و هي تخفيف العبء من حيث الإفساح في أجل الوفاء ، و منح الأجل القضائي أمر جوازي متروك للسلطة التقديرية للقاضي غير أنه لابد من مراعاة شروط معينة في منح الأجل القضائي .

---

[97] طالب موسى حسن،الموجز في قانون التجارة الدولية،مكتبة دار الثقافة االنشر والتوزيع،1997،ص30

[98] حنان عبد العزيز مخلوف،المرجع السابق،ص35

الفرع الأول: شروط منح الأجل القضائي.

يجب أن يراعي القاضي توافر شروط معينة في منح الأجل القضائي تتمثل فيما يلي[99]:

1- ألا يوجد نص قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة[100] : فسلطة القاضي في هذا المجال ممنوحة له من قبل المشرع و ممارستها تعتبر تطبيقا للنصوص القانونية ، فإذا ما ورد نص يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة في حالة من الحالات ، فإن القاضي احتراما لهذا النص لا يستطيع أن يمنحها لأنه يتقيد في هذه الحالة بقيد قانوني ملزم ، و مثال ذلك ما نصت عليه المادة 467 من القانون التجاري الجزائري على أن الأجل القضائي لا يمنح في قضايا السفاتج و السندات لأمر و الشيكات .

2 – أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك : بأن يكون حسن النية في تأخره في الوفاء أي بأن يكون غير متعمد في عدم الوفاء و لا مقصر في ذلك ، و أن يكون عنده مال كاف للوفاء بالتزامه و ليس في مقدوره مؤقتا أن يبيع هذا المال ليقوم بالوفاء ، كأن يكون المال عقارا أو منقولا لا

[99] حنان عبد العزيز مخلوف،المرجع السابق،ص39
[100] حنان عبد العزيز مخلوف،المرجع نفسه

يتعـــذر بيعـــه في الحـــال فيطلـــب المـــدين مهلـــة حـــتى يتســـع لـــه الوقـــت الـــلازم لذلك[101] .

و يســـتخلص هـــذا الشـــرط مـــن المـــادة 2/119 مـــن القـــانون المـــدني :" ...**و يجـــوز للقاضـــي ان يمـــنح المـــدين أجـــلا حســـب الظـــروف**" ، فحالـــة المـــدين هـــي مـــن الظـــروف الـــتي قـــد تقتضـــي مـــنح نظـــرة الميســـرة لأن مـــنح هـــذه النظـــرة لـــن تكون إلا لدواعي مصلحة المدين[102].

و نصـــت كـــذلك المـــادة 281 مـــدني بقولهـــا:" **غيـــر أنـــه يجـــوز للقضـــاة نظـــرا لمركـــز المـــدين و مراعـــاة للحالـــة الاقتصـــادية أن يمنحـــوا آجـــالا ملائمـــة للظروف** .."

و عبـــارة مركـــز المـــدين تعـــني حالتـــه الاقتصـــادية و هـــي ظـــرف مـــن الظـــروف الـــتي تستدعي منح أجل قضائي للمدين حتى يتمكن من تنفيذ التزامه.

3- أن لا يصـــيب الـــدائن مـــن جـــراء مـــنح المـــدين نظـــرة الميســـرة ضـــررا جسيما:

[101] القانون رقم 05-10،المؤرخ في 20يونيو2005، المتصمن القانون المدني،ج ر عدد44،سنة 2005

[102] المرجع نفسه

فليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن، فإذا كان يلحق بالدائن من جراء التأجيل ضرر جسيم يمتنع القاضي عن منح الأجل ، كأن يكون الدائن معولا على الدين لإبرام صفقة يعود فواتها عليه بضرر جسيم أو لأداء دين عليه لا يستطيع التأخر في وفائه [103].

و هذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري كما فعل ذلك المشرع المصري صراحة.

4- أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين في نظرة الميسرة أجلا معقولا :

فلا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا طويلا يعطل فيه على الدائن حقه بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري لتمكين المدين من الوفاء، و قد حدد القانون هذا الأجل بما لا يزيد عن سنة واحدة[104].

فإذا ما توافرت هذه الشروط جاز للقاضي أن يمنح المدين هذا الأجل أو هذه الآجال و الأمر في النهاية يرجع إلى تقديره و لا رقابة عليه من المحكمة العليا .

---

[103] د.عبد الرزاق السنهوري ،الأوصاف ،الحوالة ، الانقضاء ، ص 95 .

[104] طالب موسى حسن،الموجز في قانون التجارة الدولية،مكتبة دار الثقافة االنشر والتوزيع،1997،ص35

و نشـــير في هـــذا الصـــدد إلى حكمـــين صـــادرين عـــن محكمـــة بريكـــة الفـــرع الاســـتعجالي * **حكـــم بتـــاريخ 97/12/07 تحـــت رقـــم 217** : "حيـــث أن طلـــب المدعيـــة لمهلـــة ســـنة لتنفيـــذ الحكـــم المشـــار إليـــه طلـــب مؤســـس طبقـــا للمـــادة 281 مـــدني ، و أن وضـــعيتها الماديـــة حاليـــا لا تســـمح لهـــا بـــدفع المبالغ المحكوم بها لفائدة العمال الذين شملهم إجراء التسريح [105].

حيـــث أنـــه لمنـــع هـــذا الضـــرر يتعـــين الاســـتجابة لطلبهـــا في مـــنح مهلـــة ســـنة لتنفيـــذ الحكم السالف الذكر ."

* **حكـــم فـــي 2000/10/29 تحـــت رقـــم 166** : " حيـــث يتبـــين مـــن وقـــائع القضـــية و الوثـــائق المشـــار إليهـــا أعـــلاه أن المـــدعي كـــان مـــدينا للمـــدعى عليـــه بموجـــب العقـــد التـــوثيقي ، و قـــد ســـدد جـــزء منـــه و بقـــي في ذمتـــه 140000 دج بعـــدما كـــان مـــدينا بمبلـــغ 153000 دج ، و أنـــه متـــزوج و أب ل 4 أبنـــاء و دخلـــه الشـــهري محـــدود حســـب القســـيمة المرفقـــة ، و عليـــه فطلبـــه مهلـــة لتســـديد المبلـــغ علـــى أقســـاط مؤســـس طبقـــا للمـــادة 411 مـــن قـــانون الإجـــراءات المدنيـــة ، ممـــا يتعـــين الأمـــر بمـــنح المـــدعي مهلـــة 6 أشـــهر لتسديد باقي المبلغ .. "

---

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

والقاضي يمنح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ وأيضا بمناسبة دعوى الفسخ التي نصت عليه المادة 119 /2 من التقنين المدني الجزائري.

فإذا كانت نظرة الميسرة في طلب التنفيذ هي استثناء علي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فنظرة الميسرة حسب نص المادة 2/119 مدني هي أداة للحد من الفسخ والرغبة في الإبقاء علي العقود ومن هنا قال الفقهاء باختلاف الأساس الذي تقوم عليه نظرة الميسرة في كل حالة ، واختلاف سلطة القاضي في منح النظرة حسب اختلاف هذا الأساس[106] .

ففي الحالة الأولي تقوم على أساس التخفيف من قوة مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي يملك القاضي منح المدين المعسر أجلا أو آجالا متعاقبة يستطيع خلالها تنفيذ العقد[107].

أما الحالة الثانية فالهدف منها توقي فسخ العقد وبالتالي لا يملك القاضي أن يمنح المدين فيها إلا أجلا لمرة واحدة.

ونخلص إلي القول أن نظرة الميسرة هي إحدى طرق تعديل العقد في نطاق المدة المتفق عليها للوفاء بالالتزام، والقاضي وهو بصدد ممارسته لسلطة التعديل تحكمه عدة ضوابط وهي:

---

[106] محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني،الشرط الزائي وأثره في العقود المعاضرة .ض125

[107] محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني،المرجع نفسه

أ– أن يكون حق الدائن حال الأداء فإذا لم يكن كذلك فلا يجوز المطالبة به قبل حلول الأجل المتفق عليه[108].

ب–أن تتحقق عسرة المدين وهذه العسرة لها وجهان أولهما أن يثبت أنه لا يملك مالا علي الإطلاق إلا ما أستثني لحاجته الضرورية ، فإن ادعى أنه معسرا وكان اليسار باديا عليه تقع عليه البينة ، وثانيهما أن يكون له مال ولكن لا يستطيع الوفاء بالدين عند حلول الأجل لكونه يملك أعيان لا يستطيع التصرف فيها أو كانت له حقوق لدي الغير لم يصل أجلها بعد ففي هذه الحالات يكون المدين معسرا يستحق الإنظار .

ج– ألا يكون عدم الوفاء راجعا لمماطلة المدين ذلك أنه إذا كان لديه مال وقادرا على الوفاء ورغم ذلك امتنع عن الوفاء فيعد سيء النية وبالتالي لا يستحق إنظاره إلى ميسرة.

وتجدر الإشارة لأن نظرة الميسرة هي أمر جوازي بالنسبة للقاضي إن شاء أمهل المدين و إن شاء لم يمهله[109].

---

[108] محمد حسين منضور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة،ض425

[109] فؤاد معوض، المرجع السابق، ص 485 إلي 490

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على نظرة الميسرة.

من الآثار المترتبة علي نظرة الميسرة ما يلي [110]:

* يوقف التنفيذ حتى ينقضي الأجل الذي منحه القاضي للمدين ، و إذا كان الدائن ينفذ بموجب سند رسمي ثم منح المدين نظرة الميسرة وجب وقف إجراءات التنفيذ ، و إذا استمر الدائن فيها كان ما باشره منها بعد نظرة الميسرة باطلا ، فإذا ما انقضى الأجل الذي منحه القاضي للمدين ولم يوف هذا الأخير بالدين ، فإن الدائن يواصل إجراءات التنفيذ .

و إذا كان القاضي قد قسط بالدين على المدين بأن منحه آجالا متعاقبة، فإن تأخر المدين في أي قسط من هذه الأقساط يجعل جميع الأقساط الباقية حالة ويستطيع الدائن أن ينفذ عليه.

* لنظرة الميسرة أثر نسبي فهو مقصور على المدين الذي منح له الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه ، مادام هؤلاء لم يمنحوا مثله نظرة الميسرة ، وهذا علي خلاف القاعدة التي تقضي بان ما يفيد أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقي ذلك لأن نظرة الميسرة إنما تمنح للمدين نظرا لظروفه الشخصية فلا يتعدي أثرها إلى غيره من المدينين ممن

[110] محمد حسين منصور ،المرجع السابق

ليست لهم هذه الظروف باستثناء الكفيل الذي ينتفع بذلك وإلا لجاز للدائن أن يرجع عليه ليتقاضى منه الدين ، ويرجع الكفيل فيما بعد على المدين بما وفاه للدائن فلا تكون هناك فائدة من منح المدين نظرة الميسرة.

و أثر نظرة الميسرة مقصور كذلك على الدائن الذي حكم في مواجهته بها ،فلا يتعد إلى الدائنين الآخرين و لو كانوا متضامنين مع الدائن الأول لأن الحكم على أحد الدائنين المتضامنين لا يضر بالباقي ، والواجب على المدين أن يدخل كل الدائنين المتضامنين في الدعوى ليحصل على حكم في مواجهتهم جميعا بمنحه نظرة الميسرة .

و خلاصة القول أن السلطة في منح الأجل القضائي تعد تدخلا حقيقيا في نطاق العقد و تمس بمبدأ قانوني مقدس لدى أنصار الحرية التعاقدية ألا و هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

و كخاتمة لفصلنا هذا نخلص إلى القول بأنه إذا كان للأطراف الحرية الكاملة في إدراج ما يشاءون من شروط في عقودهم ،حماية لاستقرار المعاملات من جهة،و حماية لمصالحهم الخاصة من جهة أخرى، فإنه قد يشوب العقد منذ تكوينه خللا يستوجب تدخل القاضي لإعادة التوازن الاقتصادي له فيتدخل لرفع الغبن عن الطرف الضعيف عن طريق إبطال

العقـــد أو انقـــاص التزامـــات المتعاقـــد المغبـــون[111]، و يتـــدخل لتعـــديل الشـــروط التعســـفية لعقـــود الاذعـــان أو إعفـــاء الطـــرف المـــذعن منهـــا ،و إذا كـــان العقـــد بـــاطلا في أحـــد أجزائـــه فـــإن للقاضـــي ســـلطة انتقـــاص العقـــد بابطـــال الجـــزء الباطـــل،إلا إذا تبـــين أن العقـــد مـــا كـــان ليـــتم بغـــير ذلـــك الشـــق ،و إذا كـــان العقـــد بـــاطلا أو قـــابلا للإبطـــال و تـــوافرت فيـــه أركـــان عقـــد آخـــر، و تبـــين أن نيـــة المتعاقـــدين اتجهـــت إلى إبـــرام هـــذا العقـــد فـــإن القاضـــي يحـــل محـــل المتعاقـــدين و يقيم لهما عقدا جديدا بدلا من العقد الباطل.

و قـــد تعـــترض العقـــد في مرحلـــة تنفيـــذه ظـــروف اســـتثنائية ،عامـــة ،غـــير متوقعـــة تـــؤدي إلى ارهـــاق المـــدين في تنفيـــذ الإلتـــزام العقـــدي ،فيتـــدخل القاضـــي لإزالـــة عبء الظرف الطارئ .

و في حالـــة اتفـــاق الأطـــراف مســـبقا علـــى تعـــويض يســـتحقه الـــدائن عنـــد إخـــلال مدينـــه بالتزاماتـــه أو تـــأخره في التنفيـــذ ،أو مـــا يســـمى بالشـــرط الجزائـــي ،يتـــدخل القاضـــي لتعديلـــه في حالـــة التقـــدير المفـــرط أو التنفيـــذ الجزئـــي للالتـــزام ، أو في حالة استخدام المدين لغش أو خطأ جسيم .

كمـــا يتـــدخل القاضـــي لتعـــديل العقـــد في نطـــاق المـــدة المتفـــق عليهـــا للوفـــاء بالالتزام، و ذلك بمنح المدين المعسر أجلا لتنفيذ التزامه.

و كـــل هـــذه الوســـائل المخولـــة للقاضـــي في التعـــديل، تهـــدف إلى المحافظـــة و الإبقاء على كيان العقد.

الفصل الثاني: دور القضاء الوطني خلال حل منازعات عقود التجارة الدولية

الفصل الثاني: دور القضاء الوطني خلال حل منازعات عقود التجارة الدولية

تمهيد:

تنفيذ العقد التجاري الدولي كما سبق القول هو الغاية الاي يسعى إليها الأطراف عند التعاقد، ومتى ما انعقدت العقود صحيحة توافرت لها ما يسمى بالقوة الملزمة، ومقتضى هذه القوة أن يصبح مضمون هذه العقود واجب التنفيذ، فيلتزم كل متعاقد بتنفيذ الإلتزامات المترتبة عليه بموجب العقد[112].

والأصل أنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزاماته اختياريا أمكن حمله على التنفيذ جبرا عبر السلطات العامة، غير ان ذلك قد لايجري كثيرا في مجال التجارة الدولية لذا فقد حرصت المنظمات والمعاهد المهتمة بتوحيد قانون التجارة الدولية على وضع وسائل بديلة لحمل المدين على التنفيذ الاختياري غلى نحو تمتنع معه الحاجة الى سلوك سبيل التنفيذ الجبري، كما نظمت الاتفاقية الدولية هذه المرحلة ووضعت لها الأحكام التفصيلية لضمان توفير البيئة التجارية الدولية الصالحة وحسن انسياب السلع

[112] هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 2001، ص 10

والبضائع عبر الحدود ولبث الاطمئنان في نفوس العاملين في مجال التجارة العابرة للحدود.

ولأهمية هذه المرحلة يهتم المتعاقدين أنفسهم أهتماما كبيرا بهذه المرحلة من مراحل العقد ويضعون لها الضمانات الكافية عند التعاقد من أجل حسن تنفيذ العقد وخشية التنازع المستقبلي. وتفصيلا لما أجملناه سنقوم بتناول هذا في المبحثين مع توضيح دور القضاء الوطني.

المبحث الأول: نزاعات عقود التجارية الدولية أمام القضاء الوطني

المطلب الأول: إخضاع عقود التجارية الدولية لقانون الإرادة

إخضاع العقد لقانون الإرادة لا يزال الحالة السائدة فقها.وقضاءا، وتشريعا ، ويتعين قانون العقد بالإرادة الصريحة أو الضمنية، ويمكن للمتعاقدين اخضاع عقدهم لقانون الدولة المعينة ، ويمكن للأطراف اختيار قانون يحكم العقد بجملته ، واختيار قوانين أخرى تحكم بعض جوانبه، ولا يشترط لأختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق وجود صلة حقيقية بينه وبين موضوع العقد[113] ، وهذا الاختيار ينص على القواعد الموضوعية دون

[113]وهو عكس ما يفرضه المشرع الجزائري في احكام المادة 18 من التقنين المدني .....أن يكون القانون المختص صلة حقيقة بالمتعاقدين أو العقد "

قواعد التنازع وبالرغم من حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ، فإن ذلك مقيد بعدم تعارضه مع النظام العام .

الفرع الأول: مضمون خضوع عقود التجارية الدولية لقانون الإرادة

بالنظر إلى خاصية العقود الدولية التي تخرج عن المجال التشريعي للدول ، فإن أطراف العلاقة التعاقدية تجد نفسها أمام فراغ قانوني لأن عقدهم لا يخضع الى قانون أية دولة لزوما ، عكس العقد الذي تكون جميع عناصره وطنية اذ لا يثير أي اشكال حول ابرامه أو تنفيذه باعتباره يخضع الى سلطان قانون الدولة التي أبرم فيها والمنازعات الناجمة منه لاختصاص المحاكم الوطنية ، بالرغم أن العقد يجب أن يخضع في ابرامه وشروطه وأثاره الى قانون معين فللأطراف إضافة اتفاقهم (شروط العقد) عليهم تحديد قانون الذي يحكم هذه العلاقة التعاقدية ، وهذا التحديد يكون باتفاقهم وهو الذي يطبق عليه مبدأ سلطان الإرادة في [114].

أولا : أساس قانون الإرادة : إن أساس قانون الإرادة في مجال عقود التجارية الدولية يمكن استنباط من خلال الاتجاهات الفقهية التي قيلت في

[114] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001، ص 157 ، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في المادة 18 من الأمر 75-58 يتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 44 ، 2005 ،بالرغم من الانتقادات الموجهة لهذه المادة الخاصة في نقطة مدى تمتع أطراف العقد بالحرية في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي

طريقة اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، إذ تجد اتجاهين تأثرت بهما التشريعات الداخلية للدول ، فمن الدول التي أطلقت حرية أطراف العقد في تحديد قانون العقد (النظرية الشخصية) بالتالي سمو اتفاق الأطراف على القانون باعتبار إن القانون المختار يستمد قوته الملزمة من الاتفاق كما أن القانون المحدد جزء من العقد باعتبار إن الأحكام هذا القانون اندمجت مع شروط العقد [115]. على العكس نجد دول اخرى تأثرت بالنظرية الموضوعية التي تقيد حرية الأطراف العقد الدولي (النظرية الموضوعية) فيجوز للأطراف العقد تحدي القانون الذي يحكم العقد لكن ليس بصفة طليقة اذ تتقيد هذه الارادة بالضرورة اختيار القانون الذي يتصل بالعقد بمعنى وجود صلة أو علاقة بين القانون المختار والعقد [116] وبالعودة إلى أحكام قواعد تنازع في القانون المدني الجزائري، خاصة نص المادة 18 منه والتي تنص " **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين اذا كانت له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد**

[115] هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 2001، ص 130

[116] د موكه عبد الكريم ، محاضرات في مادة قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قانون الأعمال،جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل ، الجزائر،ص 91

....." وبالتالي يمكن القول أن المشرع يشترط لاعمال قانون الإرادة توافر الشروط التالية :

- ان يكون العقد دوليا ، ويكون كذلك اذا تضمن عنصرا أجنبيا
- التعبير على القانون واجب التطبيق على العقد

الفرع الثاني: حدود تطبيق القاضي لقانون الإرادة

إن امكانية تحديد أطراف العقد الدولي لقانون واجب التطبيق على العقد بحرية ، بالإضافة إلى تحديد الالتزامات المتقابلة بين الطرفين قائم على مبدأ سلطان الارادة ، لايعني ان الأطراف لهم كامل الحرية في ذلك انما هذه الحرية تصطدم ببعض الاستثناءات التي أقرتها التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية

أولا: استبعاد قانون الإرادة لمخالفته النظام العام أو بعض نحو قانون القاضي [117]: من أهم القيود التي تواجه القانون المختار هي فكرة النظام العام، وهذه الفكرة وان كانت غير متعارضة مع مبدأ حرية الأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما. إلا أنه يمكن في بعض الحالات أن تؤدي إلى إهدار إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب

[117] - د موكه عبد الكريم ، محاضرات في مادة قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قانون الأعمال،جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل ، الجزائر ص92

التطبيق[118] ،أن فكرة النظام العام وفقا للقانون تستخدم للحد من مبدأ سلطان الارادة حسب الاتفاقات التي تبرم وفقا للمادة 106 ق.م.ج واخضاعها للقيود التي جاءت بها المادتان 96 و97 من القانون السالف الذكر [119] و إما في إطار تنازع القوانين فيقتصر النظام العام على استبعاد القانون المختار كما هو الشأن في المادة 24 ق.م.ج التي تنص على انه ''**لايجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف لنظام العام او الآداب العامة**".

فمن خلال هذه المادة يتبين لنا إن المشرع الجزائري أخذ بفكرة النظام العام بمفهومها الحديث ، المتمثل في استبعاد القانون الأجنبي حماية لبعض القواعد القانونية الآمرة التي تهدف الى حماية المصالح العامة. وكذا بعض المصالح الخاصة التي تنظمها المشرع تنظيما آمرا.

بالتالي في العقود الدولية يحد النظام العام من تطبيق قانون الإرادة اذا كان مخالفا له ويظهر ذلك خاصة في عنصر الأهلية وشكل التصرفات القانونية

---

[118] جواد محمد علي ، المرجع السابق ص196

[119] د موكه عبد الكريم ، المرجع السابق ص96

بالإضافة إلى عنصر حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، اذ يلجأ القاضي إلى تطبيق قواعد قانون ضرورية التطبيق لما لها من حماية لأطراف العقد .

فبالنسبة لعنصر الأهلية فان العلاقات التعاقدية في مجال العقود الدولية يتم اخضاعها الى قانون جنسية الشخص وذلك لما تقرره من حماية خاصة بالنسبة للتصرفات الصادرة من ناقص الأهلية أو فاقدها .

أما بالنسبة لعنصر الشكل الذي يتخذه العقد الدولي، فنجد أن شكل العقد يمكن أن يخضع الى قانون الإرادة (القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية) ، لكن باعتبار أن الأصل في شكل العقود الدولية إنما يخضع إلى قانون محل الإبرام ، وبينما وبالنظر الى الطابع الاستثنائي للعقود الالكترونية التي ليس لها تركيز مكاني محدد يصعب تطبيق قاعدة قانون المحل ، لكن هذه القاعدة إنما أصبحت تتطور باتجاه اعتماد دول موطن أحد المتعاقدين[120] كما أن اتفاقية روما أقرت بأن العقد الدولي صحيحا من حيث شكله اذا توافرت الشروط المنصوص عليها في إحدى دول موطن المتعاقدين .

[120] د موكه عبد الكريم ، المرجع السابق ص 104

ثانيا : استبعاد قانون الارادة لتطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري :

يتم إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري مباشرة دون استشارة قواعد التنازع ، فللقاضي السلطة الكاملة في استبعاد القانون الواجب التطبيق كلما تبين له ذلك ، وهذا عن طريق ما يقوم به من تحليل القواعد التي ينتمي إليها لغرض استخلاص أهدافها والبحث عن مدى إرادتها في التطبيق، فإن تبين له ذلك فيقوم بتطبيقها ، لذلك أصبح أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري واستبعاد القانون الذي أشارت إليه الإرادة لم يعد محل جدال كلما كانت هذه المخالفة أمس القواعد الآمرة في دولة القاضي ، سواء تلك التي تهدف إلى حماية الاقتصاد الوطني بصفة عامة ، أو تلك التي تهدف إلى حماية طرف الضعيف في العلاقة العقدية ، إذا ما رجعنا إلى القانون الجزائري نجد هناك مجموعة من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري كتلك الواردة في قانون المنافسة ، حيث تعد أحكامه إمرة باعتبارها تهدف الى تنظيم المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين لذلك تقتضي الضرورة استبعاد كل التصرفات التي يمكن أن تمس المنافسة النزيهة وهذا ما يفهم من المادة الأولى من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

المطلب الثاني : تسوية النزاع في ظل غياب قانون الارادة

قد يحصل وأن لا يقوم طرفا العقد باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي لذلك عمل الفقه والقضاء الدولين لحسم هذا الأمر .ويشكل اللجوء الى القضاء أحد الوسائل التي يلجأ اليها أطراف عقد التجاري الدولي للفصل في النزاع بصفة نهائية وباتة ، حيث تقليديا يترك الأمر لرجال القانون القيام بهذه المهمة . وفي ذلك ضمان لتنفيذ العقد بحسن النية من قبل كل طرف من أطراف العقد وتحقيق الشروط العقدية بشكل جيد طالما هناك قدرة توجيه الجزاء من قبل القضاء لكل حالة إخلال في الالتزامات التعاقدية ، فالأطراف في العقد التجاري الدولي لهم الخيار بين اللجوء إلى محكمة قضائية أو محكمة تحكيمية. وعند اختيار التحكيم لهم الاستعانة بأكثر من نوع من التحكيم ولعل أن هذا الإختيار يقوم أساسا على المزايا التي يوفرها نوع آخر ، لذا سيتم التطرق إلى تسوية القضائية على مستوى القضاء الوطني عند غياب قانون الارادة وذلك من خلال :

الفرع الأول : إسناد العقد لقانون الوطني[121]

عند تخلف التحديد الصريح لقانون العقد ، فانه يتعين البحث عن الارادة الضمنية للأطراف المتعاقدة بشرط وجود قرائن قوية تدل على وجود هذه الارادة التي تتنبئ عن وجود نية أو اختيار ضمني لقانون العقد .

ويجب على القاضي إنزال حكم القانون الذي تشير إليه القرائن والأدلة على العقد. واستخلاص الإرادة الضمنية للأطراف بشأن قانون العقد يعد من المسائل الواقع التي يتمتع القاضي الموضوع فيها بسلطة تقديرية كاملة دون الخضوع لرقابة محكمة النقض طالما بنى استينتاجية على أسباب شائعة ولعل أهم القرائن والظروف والملابسات التي يمكن للقاضي الاستناد اليها لاستخلال النية الضمنية للأطراف وبخصوص قانون العقد ، الاتفاق على الاختصاص القضائي لدولة معينة يعني ضمنا اختيار قانونها ، ومكان الوفاء أو محل التنفيذ ، وتبنى صيغة عقد نمطي معمول به طبقا لقانون دولة معينة[122] .

---

[121] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001، ص 157

[122] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول ،دار النشر للجامعات المصرية 1996،ص425

- وعند غياب الاختيار الصريح أو الضمني لقانون،فان القاضي أو المحكم يقوم بهذا التحديد بمناسبة طرح النزاع أمامه وهذا ما يسمى ب''التعيين القضائي للقانون الواجب التطبيق.''

_وهنا يتأثر الاختصاص التشريعي بالاختصاص القضائي بدرجة كبيرة ، حيث يكشف الواقع العملي على أن طرح النزاع على القضاء الوطني يقود الى إسناد العقد النظام قانوني وطني وفقا لضوابط الإسناد المقررة في قانون القاضي ، أما عرض النزاع على قضاة التحكيم فيقود ، غالبا ،الى استبعاد أي نظام قانوني وطني وإسناد العقد الى نظم قانوني مستقل.

من المقرر أن القاضي لايبحث عن ارادة المفترضة للأطراف لأنها غير موجودة ، فلا يعقل أن يتحيل القاضي القانون الذي سيختاره الأطراف إذا انتبهو الى ذلك.

يتعين على القاضي البحث عن القانون الذي يرتبط به العقد ارتباطا وثيقا وتطبيق أحكامه ، يقوم القاضي بتجليل جميع العناصر القانونية والواقعية للعملية التعاقدية لمعرفة القانون الذي يرتبط به على النحو قاطع ، حيث يتم توطين أو تركيز العقد في دولة معينة ، وتطبيق قانون البلد الذي به أكثر الروابط وثوقا ، وذلك من خلال فكرة الأداء المميز في العقد، حيث

يـتم اختيـار القـانون الواجـب التطبيـق علـى العقـد علـى ضـوء مكـان الوفـاء بـالالتزام الأساسـي أو الهـام فيـه ، أو محـل الإقامـة الشـخص الملتـزم بهـذا الوفـاء ، ولعـل مـن أهـم المعـايير المتعاقبـة في التشـريعات و القضـاء هـو اختيـار قـانون بلد تنفيذ الالتزام الاساسي في العقد أو مكان إبرامه[123] .

الفرع الثاني: الاختصاص القضاء الوطني لأحد المتعاقدين:

إن اتفـاق الأطـراف العقـد علـى إحالـة كـل النزاعـات المتعلقـة بمضـمون وتنفيـذ العقـد إلى قضـاء الـوطني لأحـد منهـا ، يعـني بالضـرورة إعمـال النظـام القضـائي لهـذا البلـد علـى الموضـوع النـزاع ، واللجـوء الى القضـاء يعـني تحديـد المحكمـة المختصـة لنظـر في النـزاع والخضـوع الى إجـراءات التقاضـي المتبعـة علـى مسـتواها، وباعتبـار أن الإشـكالات تنفيـذ العقـد لهـا علاقـة بمحـل الألتـزام المتعاقـدين فـان القـانون واجـب التطبيـق علـى التزامـات التعاقديـة هـو مختـار مـن المتعاقـدين اذا كانـت لـه صـلة بالمتعاقـدين أو بالعقـد إعمـالا لمبـدأ سـلطان الارادة ، وفي حالـة عـدم امكـان ذلـك يطبـق قـانون محـل ابـرام العقـد ، وهـو موقـف المشـرع الجزائـري[124] لهـذا يجـب علـى الأطـراف التعـرف علـى الإجـراءات الواجـب اتباعهـا مـن قبـل المحكمـة الـتي قـد لاتحمـل الضـمانات

---

[123] عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق،ص426

[124] البـداوي محمـد علي:النظريـة العامـة للالتـزام، مصـادر الالتـزام، الجـزء الأول، الطبعة الثانية، الجامعة المفتوحة طرابلس، 1993ص26

الضـــرورية المتعلقـــة خاصـــة بالصـــفة الوجاهيـــة للإجـــراءات المتعلقـــة بالفصـــل في النزاع[125] .

كمـــا أن صـــدور الحكـــم مـــن المحكمـــة المختصـــة في بلـــد أحـــد المتعاقـــدين.من شـــأنه أن يجـــد الطـــرف المحكـــوم لـــه صـــعوبة في تنفيـــذ الأحكـــام القضـــائية الصـــادرة مـــن المحـــاكم إحـــدى دولتـــين في الدولـــة الأخـــرى ، فقبـــل لجـــوء الأطـــراف الى القضـــاء وجـــب علـــيهم أولا معرفـــة مـــا اذا كـــان ممكنـــا تنفيـــذ الحكـــم في الدولـــة الـــتي يتواجـــد فيهـــا الطـــرف المقصـــر لالتزاماتـــه في العقـــد أو مكان وجود أملاكه وأمواله حتى تسهل عملية التنفيذ عليها [126].

بالإضـــافة الى ذلـــك التأكيـــد مـــن وجـــود اتفاقيـــة لتنفيـــذ الأحكـــام القضـــائية أو الإعـــتراف بهـــا بـــين الـــدولتين خاصـــة وأنـــه لا توجـــد اتفاقيـــة دوليـــة بـــين الـــدول مجتمعـــة لتنفيـــذ الأحكـــام القضـــائية الصـــادرة مـــن دولـــة لتنفيـــذها في دولـــة أخـــرى ، إنمـــا توجـــد اتفاقيـــات ثنائيـــة في كثـــير مـــن الأحيـــان يصـــعب تنفيـــذها لتأثرهـــا خاصـــة بالعامـــل السياســـي ، الى جانـــب ذلـــك يـــتم الاســـتنتاج مـــن مضـــمون

---

[125] أنـــور ســـلطان: أحكـــام الالتـــزام، المـــوجز فـــي النظريـــة العامـــة للالتـــزام، دراســـة مقارنـــة فـــي القـــانونين المصـــري و اللبنـــاني ، دار النهضـــة العربيـــة، بيـــروت 1980ص80

[126] فـــوزي محمـــد ســـامي ، التحكـــيم التجـــاري الـــدولي ، دراســـة مقارنـــة بأحكـــام التحكـــيم التجـــاري الـــدولي كمـــا جـــاءت فـــي القواعـــد والاتفاقيـــات الدوليـــة والاقليميـــة مـــع اشـــارة الـــى احكـــام التحكـــيم فـــي التشـــريعات العربيـــة ، الجـــزء الخـــامس ، مكتبـــة دار الصقافة والنشر والتوزيع ، الاردن ، 1998 ص 3

العقد أن القضاء الوطني لأحد المتعاقدين هو المختص للفصل في النزاع خاصة اذا لم ينص في العقد على اللجوء الى تحكيم . ومن ثم عدم تضمن العقد لهذا الشرط يجعل من القضاء الوطني هو المختص . وهنا يثار الإشكال حول تحديد المحكمة المختصة نوعيا واقليميا أو مايطلق عليه بالاختصاص المحلي ، لهذا نجد الأطراف المتعاقدة ينتابها نوع من الشك بصدد تحديد المحكمة المختصة ، وهذا أمر طبيعي في العقود الدولية ، فكل دولة لها نظامها الخاص المتعلق بتحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية، ومن ثم ينتج تنوع كبير في الحلول المتبعة مما يسمح للطرف أكثر مهارة وسلطة أن يلتمس الاختصاص عند المحكمة الوطنية التي تقضي له بحكم أكثر تماشيا مع مصالحه.

الفرع الثالث: اختصاص قضاء أجنبي عن المتعاقدين:

إعمالا بمبدأ سلطان الإرادة في العقود التجارية الدولية ، في حالة وجود نزاع وتبين من مضمون العقد إحالة النزاع أمام احد الهيئات القضائية محايدة من ثم فان قضاء هذه الدولة هو المختص ، بالتالي سيخضع النزاع الى الاجراءات المتبعة أمام القضاء الوطني لتلك الدولة، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في حالة ما إذا كان مختصا في النظر في النزاع

العقد الدولي ، فيجب اتباع قواعد الاختصاص والاجراءات إذا ما رفعت الدعوى أمام المحاكم الجزائرية[127] =181 الا أنه وفي كل حالات الأطراف لا يختارون نظام قضائي لدولة يصعب تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكمها في دول أخرى، الى جانب ذلك يعمل الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع والذي يكون في حالة حول تحديد الالتزامات وتنفيذها .

المبحث الثاني: دور القضاء الوطني عند لجوء الأطراف إلى التحكيم

المطلب الأول: دور القضاء الوطني قبل صدور حكم التحكيم

بما أن القضاء قد تدخل لمساعدة التحكيم في انعقاد الخصومة التحكيمية كما أشرنا إليه سابقا، فإنه يحتاج إليه كذلك خلال سير الخصومة التحكيمية، فقد يحتاج المحكمون لسماع شهادة أو تعيين خبير أو ملاحظة مستندات لها أهمية بالغة في النزاع موضوع التحكيم، وبالتالي لا يمكن لهيئة التحكيم إصدار مذكرة جلب شاهد للشهادة أو يطلب من

[127] تنص المادة 13 مكرر من الأمر 10 05 المعدل والمتمم لأمر رقم 75-58 ، المتضمن القانون المدني الجزائري، سالف الذكر ، على أنه " يسري على قواعد الاختصاص والاجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى او تباشر فيها الاجراءات "

مؤسسة ما تقديم مستندات مهمة في الخصومة، فالطريق الوحيد هو طلب المساعدة من القضاء[128]، فالمبدأ العام هو أن تتولى هيئة التحكيم جمع الأدلة وأن يتدخل القضاء لأجل الضرورة.

وعليه سنتطرق إلى مساعدة هيئة التحكيم في مجال تقديم الأدلة والمسائل الأولية في الفرع الأول، ونخصص الفرع الثاني للاختصاصات الأخرى للقاضي الوطني كمساعد للمحكم.

الفرع الأول: مساعدة هيئة التحكيم في مجال تقديم الأدلة:

أولا: اختصاص هيئة التحكيم في جمع الأدلة: نصت المادة 1047 من ق إ م إ على: " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة ".

كما نصت المادة 1048 في فقرتها الثانية من نفس القانون على أنه:" **إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف**

[128] بوالصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، جامعة قسنطينة، 2011، ص 191.

الـذي يهمـه التعجيـل بعـد التـرخيص لـه مـن طـرف محكمـة التحكـيم، أن يطلبـوا بموجـب عريضـة تـدخل القاضـي المخـتص و يطبـق فـي هـذا الشأن قانون بلد القاضي ".

إذا سمـح المشـرع الجزائـري بمسـاعدة السـلطة القضـائية المختصـة لمحكمـة التحكـيم في جمـع الأدلـة، ولكنـه أقـرن تقـديم هـذه المسـاعدة بضـرورة تقـديم طلـب مـن محكمـة التحكـيم أو أطـراف النـزاع، أو الطـرف المعـني بالتعجيـل، بعـد موافقـة محكمـة التحكـيم، ومـن ثم لا يجـوز تـدخل السـلطة القضـائية مـن تلقـاء نفسـها، أو تبعـا لطلـب الطـرفين أو أحـدهما بـدون الحصـول علـى إذن مـن محكمـة التحكـيم بـذلك، ويبـت القاضـي المخـتص بنـاء علـى مـا ورد في نـص المـادة 1048 في طلـب المسـاعدة وفقـا لقواعـد قانونـه الخاصـة بالحصول على الأدلة[129].

وقـد ذهبـت بعـض التشـريعات إلى أبعـد مـن ذلـك، بمعالجتهـا لحالـة تخلـف أحـد الشـهود عـن الحضـور أو امتناعـه عـن الإدلاء بشـهادته، وكـذلك حالـة امتنـاع الغـير عـن تقـديم مـا في حوزتـه مـن مسـتندات[130]، حيـث سمحـت

[129] تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يفرد لأدلة الإثبات قانونا خاصا بها بل يتضمنها أحكام القانون المدني في المواد من (323-350)، والأحكام المتعلقة باجراءات إقامة هذه الأدلة وردت في المواد من (70-193 من ق ا م ا).

[130] بوالصلصال نورالدين، المرجع السابق، ص193.

للسلطة القضائية المختصة بالتدخل من أجل تقديم المساعدة لمحكمة التحكيم واتخاذ الإجراءات الممكنة .

وينبغي الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم يتطرق في الأحكام الخاصة بالتحكيم الدولي إلى إمكانية لجوء محكمة التحكيم أو الأطراف إلى السلطة القضائية من أجل مساعدتهم على الحصول على الأدلة، كما أنه لم يعالج احتمال امتناع أحد الشهود عن الحضور أو عن الإجابة، وكذلك احتمال امتناع أحد الأطراف أو الغير من تقديم مستند بحوزته. ومع ذلك يرى جانب من الفقه أنه حتى مع عدم ورود نص صريح يسمح للمحكم بطلب مساعدة قضاء الدولة في الحصول على الأدلة، إلا أنه لا يوجد ما يمنعه من ذلك، لأن مثل هذا الإجراء لا يتنافى ومهنة القاضي[131].

كما أن للمحكمين الحرية الكاملة في جمع الأدلة حيث تعتمد هيئة التحكيم في النزاع على مختلف وسائل الإثبات الكتابية أو شهادة الشهود أو الاستعانة بخبير...إلخ[132].

---

[131] سراج حسين أبوزيد، التحكيم في عقود البترول،(ب.ط)،دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص407

[132] حفيفي آسية، دور القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، فرع إدارة الأعمال، جامعة خميس مليانة، 2013،2014، ص21

أولا: الاثبات الكتابي: يقرر الأطراف والمحكمين وسائل الإثبات التي يعتمد عليها، وعادة ما تكون مستندات مرفقة بالمذكرات، حيث يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب تقديم هته المستندات من الأطراف التي تحوزها.

ثانيا: سماع الشهود: يمكن لهيئة التحكيم أن تطالب بسماع شاهد معين منها أو بطلب من أطراف الخصومة، وفي حال رفض هيئة التحكيم لسماع شاهد مقدم من أحد طرفي الخصومة، يلجأ هذا الأخير لرئيس المحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم[133].

ثالثا:الاستعانة بالخبراء: للمحكم سلطة تعيين خبير، أو بناء على طلب من أحد الأطراف والهدف من الاستعانة بالخبير هو فحص العناصر الفنية في النزاع، والتي تتجاوز خبرة وحنكة المحكمين نظرا لدقتها حيث، لا يمكنه الوصول إليها بمفرده[134].

الفرع الثاني: التدخل الاستثنائي للقاضي الوطني في الحصول على الأدلة:

يتدخل القضاء استثناء إذا لم يستطع المحكمون تنفيذ مهامهم، حيث تستطيع المحكمة الحصول على إفادات الشهود والاحتفاظ بالأدلة، وتعيين

---

[133] خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 112.

[134] الصانوري مهند محمد، المرجع السابق، ص 115.

شخص الدخول إلى موقع يخص المتنازعين للحصول منه على أدلة[135].

وهنا قد يستعمل المحكم سلطة الأمر والجبر حيث يمكنه أن يطلب من القضاء الأمر بالإجراء المطلوب في مجال الإثبات[136].

ووفقا لنص المادة 1048 من ق إ م إ، السالفة الذكر، يمكن تجسيد التعاون القضائي في مجال الإثبات لمحكمة التحكيم فيما يلي:

أولا: الإثبات الكتابي: عندما تأمر هيئة التحكيم بتقديم وثيقة أو مستند مهم، وليس لها سلطة الإلزام تلجأ للقاضي الوطني باتفاق مسبق مع هيئة التحكيم وأطراف الخصومة التحكيمية، ولقد أشارت اتفاقية واشنطن في حالة امتناع أحد طرفي الخصومة المشاركة من خلال تقديمه الأدلة أو عدم حضور الجلسات قصد التأثير على عمل الهيئة، ولضمان حقوق كل المتخاصمين وأنه في حال الغياب تعطى له مهلة أخرى للاستدراك قبل إصدار الحكم التحكيمي بناءا على ما توفر للهيئة من معطيات.

---

[135] البطاينة عامر فتحي، المرجع السابق، ص 134.

[136] مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية الداخلية، منشورات الحلبي الحقوقي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1998، ص 191.

ثانيـــا: ســـماع الشـــهود:مـــن صـــلاحية المحكمـــين سمـــاع الشـــهود في النـــزاع المطـــروح أمامهـــا، وقـــد تحتـــاج الهيئـــة إلى سمـــاع شـــهود آخـــرين لأهميـــة النـــزاع، فتلجـــأ الهيئـــة باتفـــاق مـــع أطـــراف النـــزاع إلى القاضـــي الـــوطني لإجبـــار الشـــاهد على الحضور وتوقيع الجزاء في حالة التخلف عن الشهادة[137].

ثالثـــا: الاســـتعانة بخبيـــر: للمحكمـــين الحريـــة الكاملـــة في تعيـــين خـــبراء فنيـــين لتســـهيل مهـــامهم باتفـــاق أطـــراف النـــزاع أو مـــن تلقـــاء أنفســـهم ولكـــن هـــل يسمح للقاضي الوطني التدخل في هذا المجال ؟.

للإجابـــة علـــى هـــذا التســـاؤل نميـــز بـــين حـــالتين: – إذا لم يـــتم بعـــد تشـــكيل المحكمـــة التحكيميـــة، فـــإن المتفـــق عليـــه أنـــه يمكـــن للقاضـــي الـــوطني في حالـــة الاســـتعجال أن يـــأمر بنـــدب خبـــير لمعاينـــة ســـلعة قابلـــة التلـــف مـــثلا، لكـــن الحـــل غـــير مؤكـــد .– أمـــا في حالـــة إخطـــار المحكمـــة التحكيميـــة، فـــإن تـــدخل القاضـــي لـــن يـــبرر إلا بحالـــة الاســـتعجال المتبوعـــة بالاســـتحالة العمليـــة لتـــدخل المحكـــم على وجه السرعة[138].

---

[137] منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المجلد الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص146.

[138] **Terki (Noureddine) : L'arbitrage commercial international en Algérie، OPU، Alger،1999، page90.**

رابعا:الإنابـــة القضـــائية:تعـد الإنابـة القضـائية عمـل تفـوض بموجبـه محكمـة، محكمـة أخـرى للقيـام مكانهـا وفي دائـرة اختصاصـها بأحـد أو بعـض إجـراءات التحقيـق أو الإجـراءات القضـائية الأخـرى الـتي يقتضـيها الفصـل في الـدعوى المرفوعـة أمامهـا، والـتي تعـذر عليهـا مباشـرتها بنفسـها بسـبب بعـد المسـافة أو أي مـانع آخـر، كـأن يكـون المـال المـراد معاينتـه في مكـان بعيـد عـن مقـر المحكمـة المنيبـة، ويعـد طلـب هيئـة التحكـيم الإنابـة القضـائية ضـرب مـن ضـروب المسـاعدة الـتي يمنحهـا القضـاء في الدولـة لنظـام التحكـيم، ممـا يؤكـد مـدى أهميـة القضـاء الـوطني لتكميـل ومسـاعدة التحكـيم لتحقيـق فاعليته[139].

[139] خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 441.

الفرع الثالث: مساعدة هيئة التحكيم في مجال المسائل الأولية:

قد تقع خلال الإجراءات أمام المحكم أمور تخرج عن سلطته، فيتعين الالتجاء في شأنها إلى المحكمة المختصة، وعندئذ يجب وقف إجراءات التحكيم حتى الفصل فيها وتسمى المسائل الأولية أو المسائل العارضة.

لقد نصت المادة 1021 من ق إ م إ في فقرتها الثانية على هذه المسائل حيث جاء فيها: **"إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة"** .

من خلال هذه المادة سنتعرض إلى تعريف المسائل العارضة "الأولية"، في الفقرة الأولى، ثم نتعرض في الفقرة الثانية إلى اختصاص القاضي للفصل في هذه المسائل.

أولا: التعريف بالمسائل الأولية :

المسألة الأولية هي المسألة التي يتوقف الحكم على الفصل فيها، لأنه يجب أن تصفى هذه المسألة أولا حتى يتسنى الحكم في الدعوى بعد ذلك على

أساسها أي أن الحكم في القضية معلق عليها، فهي مسألة مبدئية لابد من البت فيها أولا، لذلك وصفت بالمسألة الأولية[140].

وعادة ما تخرج المسألة الأولية عن ولاية المحكم إما بسبب عدم شمولها في اتفاق التحكيم، إذ يحظر على هيئة التحكيم أن تفصل في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم أو فيما يجاوز حدود هذا الاتفاق، وإلا تعرض حكم التحكيم إلى الطعن بالبطلان، وإما أن تخرج المسألة الأولية عن ولاية هيئة التحكيم بسبب طبيعتها الذاتية التي لا يجوز الفصل فيها بطريق التحكيم، وهي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كمسائل الأحوال الشخصية المسائل الجنائية والمسائل المتعلقة بالنظام العام عموما[141]،

ومن قبيل هذه المسائل، تلك التي أشار إليها المشرع الجزائري في نص المادة 1021 من ق إ م إ، المنوه بها أعلاه، حيث يتضح منها أنه لا يجوز للمحكمين التخلي عن مهمتهم إذا شرعوا فيها، و لكن يجوز لهم التخلي عنها مؤقتا إذا طعن في ورقة ما بالتزوير مدنيا، أو إذا حصل عارض جنائي، حيث يتم إحالة الأطراف في هذا الشأن إلى الجهة القضائية

---

[140] حدادن طاهر، المرجع السابق، ص88.

[141] سلامة أحمد عبد الكريم، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص 735.

المختصة[142]. وبتخلي المحكمين عن مهمتهم يتوقف سريان أجل التحكيم، ويستأنف من تاريخ الحكم في المسألة العارضة. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد حصر المسائل العارضة بنص المادة أعلاه، رغم أنه توجد مسائل عارضة أخرى لم يتم ذكرها منها:

1-إذا كان القانون الواجب التطبيق يوجب أداء اليمين قبل الإدلاء بالشهادة[143].

2-إذا كان من المقرر أن تطلب هيئة التحكيم من أحد الأطراف تقديم مستند جوهري في النزاع، أو توقيع جزاء على تخلف الشاهد أو الممتنع عن الإجابة، أو إجبار الشاهد على الحضور.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يشر صراحة إلى وقف إجراءات التحكيم بسبب المسائل العارضة، رغم أنه أشار إلى استئناف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة، وهنا يطرح التساؤل: هل مجرد اعتراض إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة

---

[142] أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 106.

[143] منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 146.

التحكـــيم، يـــتم بنـــاء عليـــه إحالـــة الأطـــراف بشـــأن هـــذه المســـألة إلى الجهـــة القضائية المختصة بها، ووقف إجراءات التحكيم وأجل سريانه؟.

لم يجـــب المشـــرع الجزائـــري علـــى ذلـــك، ولكـــن المنطـــق يمـــنح هيئـــة التحكـــيم ســـلطة تقديريـــة بشـــأن ذلـــك، وعليـــه يجـــوز لهيئـــة التحكـــيم الاســـتمرار في نظـــر موضـــوع النـــزاع، إذا رأت أن الفصـــل في المســـألة العارضـــة لـــيس لازمـــا للفصـــل في موضـــوع النـــزاع، وبخـــلاف ذلـــك توقـــف إجـــراءات التحكـــيم حـــتى يـــتم الفصـــل في المســـألة العارضـــة، ويترتـــب علـــى ذلـــك وقـــف ســـريان أجـــل التحكـــيم[144]. ومعـــنى اللـــزوم أن يكـــون هنـــاك ارتبـــاط بـــين المســـألة العارضـــة والـــدعوى الـــتي تنظرهـــا هيئـــة التحكـــيم، حيـــث يجعـــل مـــن الفصـــل في هـــذه المسألة مفترضا ضروريا لإمكان الفصل في الدعوى.

بمـــا أن هيئـــة التحكـــيم تفتقـــر إلى ســـلطة الأمـــر بطلـــب مســـتند بـــالغ الأهميـــة في الفصـــل في النـــزاع مـــن شـــخص خـــارج عـــن الخصـــومة، فإنهـــا تلجـــأ إلى القاضـــي المخـــتص لاستصـــدار أمـــر بـــإلزام هـــذا الشـــخص بتقـــديم المســـتند إلى هيئـــة التحكـــيم، غـــير أن هنالـــك شـــروط لاختصـــاص القاضـــي الـــوطني في هـــذه المسائل.

---

[144] أمال يدر، المرجع السابق، ص 107.

ثانيا:شروط اختصاص القاضي بالفصل في المسائل الأولية :

1-أن تثـــار المســـائل الأوليـــة في الـــدعوى ممـــا يتوجـــب علـــى المحكـــم التوقـــف والتوجـــه إلى القضـــاء للفصـــل فيهـــا لوجـــود ارتبـــاط بـــين الـــدعوى الأصـــلية و المسألة الأولية.

2-ألا تكـــون هـــذه المســـألة الأوليـــة مـــن اختصـــاص هيئـــة التحكـــيم: أي أنـــه إذا كانـــت المســـألة الأوليـــة داخلـــة في اختصـــاص هيئـــة التحكـــيم الـــتي تنظـــر الـــدعوى، فإنـــه لا يجـــوز وقـــف الـــدعوى وإنمـــا يجـــب علـــى المحكمـــة أن تفصـــل في تلـــك المســـألة لاختصاصـــها بهـــا، ولا تلتـــزم في تلـــك الحالـــة بإجابـــة طلـــب الوقف[145].

3-أن تقـــرر هيئـــة التحكـــيم أن الفصـــل في المســـألة الأوليـــة هـــو لازم للفصـــل في أصـــل النـــزاع، وتقـــدير المســـألة الأوليـــة مـــتروك للســـلطة التقديريـــة لهيئـــة التحكـــيم، باعتبـــار أن كـــل نـــزاع لـــه ملابســـات وظـــروف خاصـــة، فمـــا يكيـــف علـــى أنـــه مســـألة أوليـــة في النـــزاع الأول قـــد لا يكيـــف علـــى أنـــه مســـألة أوليـــة في النـــزاع الثاني.

[145] حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 90.

ثالثا : اختصاصات أخرى للقاضي الوطني كمساعد للمحكم :

لقد نصت المادة 1048 من ق إ م إ على أحكام عامة احتياطية مكملة للإجراءات السابقة التي تبين مظاهر تعاون القضاء للتحكيم، إذ نصت على أنه: "**إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي**". وهو توسيع مفيد لاختصاصات القاضي وهي عبارة عن "شرط مظلة" كما عبر عليه البعض[146]، وسنتطرق إليها في : تمديد مهلة المحكمين، عزل واستبدال المحكم، تحديد أتعاب المحكمين، تفسير وتصحيح الحكم التحكيمي.

[146] **Gaillard (Emmanuel) et Lalive (pierre) ; « Le nouveau droit de l'arbitrage international en suisse » ; journal du droit international No 4، 1989، p942.**

رابعا: تمديد مهلة المحكمين:

القاعدة العامة أنه يتم تحديد مهمة المحكمين في اتفاق التحكيم، ولكن أثناء الدعوى قد يحدث طارئ يوقف مدة التحكيم، كندب الخبير في مسألة فنية فتنتهي مدة التحكيم دون إصدارها للحكم، مما يستدعي تمديد مهمة المحكمين، وهنا ليس للمحكم سلطة التمديد، بل على الأطراف اللجوء إلى القضاء المختص للتمديد وفقا لما نصت عليه المادة 1048 من ق إ م إ المذكور أعلاه، ومن خلالها يقدم الطلب إلى رئيس المحكمة المختصة من أجل إصدار أمر موعد إضافي وإذا رأى القاضي عدم جدوى التمديد يصدر أمر بإنهاء إجراءات التحكيم، كما يمكن للقاضي الوطني أن يتدخل من خلال الأمر بإنهاء مهمة المحكم[147]، إذا رفض هذا الأخير أداء مهمته ولم يتفق أطراف النزاع على عزله، يجوز لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، أن يأمر بإنهاء مهمته بناءا على طلب من أحد أطراف الخصومة التحكيمية.

[147] خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 428

خامسا:عزل واستبدال المحكم:

عـــزل المحكـــم: نصـــت المـــادة 1041 مـــن ق إ م إ علـــى أنـــه: "**يمكـــن للأطـــراف مباشـــرة أو بـــالرجوع إلـــى نظـــام التحكـــيم، تعيـــين المحكـــم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم**".

يستشـــف مـــن هـــذه المـــادة أنـــه يجـــوز للطـــرف الـــذي يهمـــه التعجيـــل، في حالـــة غيـــاب التعيـــين أو صـــعوبة تعيـــين المحكمـــين وعـــزلهم واســـتبدالهم أن يقـــوم بمـــا يلي:

1-رفـــع الأمـــر إلى رئـــيس محكمـــة اختصـــاص التحكـــيم، إذا كـــان التحكـــيم يجري في الجزائر.

2-رفـــع الأمـــر إلى رئـــيس محكمـــة الجزائـــر، إذا كـــان التحكـــيم يجـــري في الخـــارج واختار الأطراف تنفيذ الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

يـــتم عـــزل المحكـــم بنـــاء علـــى طلـــب أحـــد الخصـــوم[148] (اتفـــاقي)،أو بـــأمر مـــن القاضي (قضائي) :

[148] هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، المجلد الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية،2008 ص150.

سادســـا:العزل الإتفـــاقي: هـــو أن يتفـــق الأطـــراف علـــى إقالـــة وإبعـــاد المحكـــم بتـــوفر موجبـــات العـــزل، كمـــا يجـــب أن يـــتم العـــزل قبـــل إصـــدار الحكـــم، فـــإن تم إصداره قبل العزل فهو حكم صحيح، إلا إذا اتفق الأطراف على إهداره.

ســـابعا:العزل القضـــائي: ويكـــون عنـــدما يتعـــذر علـــى الأطـــراف الإجمـــاع علـــى عزلـــه، مـــع تـــوفر أســـباب جديـــة للعـــزل مثـــل نزاهتـــه وحيـــاده[149]، إذ يلجـــأ إلى المحكمة المختصة لإنهاء مهمة المحكم[150].

ثامنا:اســـتبدال المحكـــم: إذا استعســـر علـــى المحكـــم الاســـتمرار في وظيفتـــه أو فشـــل في القيـــام بهـــا، يصـــبح اســـتبداله ضـــروريا خاصـــة إذا تم فقـــدان محكـــم وحيـــد يفصـــل في النـــزاع فإنـــه يســـتبدل حينـــا، فضـــلا عـــن هـــذين الســـببين، نـــذكر رد المحكـــم أو اســـتقالته، حيـــث يعهـــد باختيـــار بـــديل عنـــه إمـــا للقضـــاء الـــوطني، أو إلى الجهـــاز المشـــرف علـــى التحكـــيم في مراكـــز وهيئـــات التحكـــيم الدوليـــة الدائمة[151].

---

[149] الأحدب عبد الحميد، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، ص337.

[150] سلامة أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 433.

[151] مشيمش جعفر، المرجع السابق، ص 155.

تاسعا:التعاون في مسألة تحديد أتعاب المحكمين:

تقوم هيئة التحكيم بتحديد مصاريف التحكيم، آخذة بعين الاعتبار جميع ظروف القضية، غير أن ذلك لا يمنع من تدخل القضاء في مجال مصاريف التحكيم[152] ، فإذا لم تتفق الأطراف على أتعاب المحكمين وقامت هيئة التحكيم بتقدير الأتعاب فإن قرارها يكون قابلا للطعن فيه أمام المحكمة المختصة، ولها السلطة التقديرية في هذا الخصوص، غير أن عليها أن تراعي طبيعة التحكيم التجاري، آخذة كذلك بعين الاعتبار نفقات سفر المحكمين والأعراف التجارية، قيمة القضية والمال المتنازع عليه، إلا إذا اتفق الأطراف على إخضاع الإجراءات لنظام معين، كنظام غرفة التجارة الدولية. وتجدر الإشارة إلى أن قرار المحكمة النهائي يكون غير قابل لأي طعن.

عاشرا:تفسير وتصحيح الحكم التحكيمي :

يضع الحكم التحكيمي حدا للخصومة التحكيمية بإنهائه لمهمة المحكم، ورغم صدور الحكم فقد تشوبه بعض الأخطاء المادية أو يكون بحاجة إلى

[152] البطاينة عامر فتحي، المرجع السابق، ص 141

تفسيره وتصحيحه، في هذه الحالة يتدخل القاضي المختص لتفسير الحكم أو تصحيحه وفقا لشروط معينة.

الفرع الثاني: شروط تدخل القاضي:

نصت المادة 1030 من ق إ م إ على أنه: "**يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه. غير أنه يمكن للمحكم أن يفسر الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والاغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون**"[153] .

يتضح من خلال نص المادة أعلاه أن المحكم مختص في تفسير وتصحيح الأخطاء المادية، إلا أنه قد لا تتمكن هيئة التحكيم من الالتقاء مجددا، لحدوث ظرف مانع من اجتماع أعضائها كوفاة محكم بين فترتي النطق بالحكم التحكيمي وطلب التصحيح، أو فقدان شروط الأهلية المشترطة في الحكم، كفقده حقوقه المدنية، أو رفضه النظر في النزاع مجددا بعدما فصل فيه، فكل هذه الظروف تؤدي إلى اختصاص القاضي المختص في الفصل في طلب التصحيح.

[153] د موكه عبد الكريم ، محاضرات في مادة قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قانون الأعمال،جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل ، الجزائر ص91

أولا:موضوع تدخل القاضي الوطني:

يتدخل القاضي المختص في تفسير أو تصحيح الأخطاء المادية الواردة في الحكم التحكيمي .

ثانيا:تفسير الحكم التحكيمي:

بمعنى إيضاح الغامض وإظهار حقيقة المبهم وذلك لتحديد ما يتضمنه الحكم من تقدير، عن طريق البحث عن عناصر الحكم ذاته، والتي يتكون منها، وليس عن طريق البحث عن إرادة المحكم الذي أصدره، وفي حالة تفسير الحكم التحكيمي فإن الحكم الذي يصدره القاضي سيكون جزءا لا يتجزأ من الحكم التحكيمي الأصلي، وهو ما نصت عليه المادة 49 من نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(.(CIRDI

ثالثا:تصحيح الأخطاء المادية والاغفالات:

يتعين لقبول طلب التصحيح أن تكون الأخطاء المطلوب تصحيحها مادية بحتة كالخطأ الحسابي (الذي ينتج عن خطأ في حساب المبالغ المستحقة لأحد أطراف الخصومة التحكيمية)، أو الخطأ الكتابي (الذي ينتج عن سهو أو إغفال أو إضافة...)[154]. فإن أقرت جل التشريعات

[154] حفيفي آسية، المرجع السابق، ص20.

إمكانيـــة تصـــحيح وتفســـير الحكـــم التحكيمـــي بتـــدخل مـــن القاضـــي الـــوطني، فهذا لا يعني السماح له بتعديل مضمونه.

المطلب الثاني: دور القضاء الوطني كمراقب للحكم التحكيمي

ينـــتج الحكـــم التحكيمـــي آثـــارا مختلفـــة بـــين أطـــراف النـــزاع، بحيـــث يســـعى الطـــرف الـــذي جـــاء الحكـــم في صـــالحه للتوصـــل إلى الاعـــتراف بـــه وتنفيـــذه، في حـــين يبحـــث خاســـر الـــدعوى عـــن كيفيـــة الطعـــن في القـــرار التحكيمـــي لتفـــادي تنفيـــذه ضـــده.وبالتالي يكـــون دور القاضـــي الـــوطني كمراقب في:

دور القضاء في مجال الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية

إن تنفيـــذ الحكـــم التحكيمـــي لا يـــتم دون طلـــب الاعـــتراف بـــه مـــن قبـــل الســـلطة القضـــائية، فالتنفيـــذ يســـبقه الاعـــتراف، ونظـــرا لكـــون مصـــطلحي الاعتراف والتنفيذ يستعملان وكأنهما

مرتبطـــان، وهـــذا مـــا لـــوحظ في اتفاقيـــة نيويـــورك لســـنة 1958[155]. إلا أن المصطلحين متميزان عن بعضهما البعض.

---

[155]عبد الله السوفاني، "التدخل القضائي في إجراءات التحكيم"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الإنسانية، مجلد 24، إصدار 04-2010، صفحة 1234.

الفرع الأول:مفهوم الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية

أولا: مفهوم الاعتراف بالأحكام التحكيمية الدولية:

لم يعرف المشرع الجزائري لا في قانون رقم 66-154 [156] ولا في القانون رقم 08-09 الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وهذا على غرار معاهدة نيويورك لسنة 1958، لكنه عُرِّفَ فقها. فمثلاً عرفه الدكتور "مصطفى تراري الثاني" فذكر بأن: "الاعتراف يرمي إلى تسليم المحاكم الجزائرية بقرار تحكيمي دون تنفيذه"[157].

ولتأكيد استقلالية مفهوم الاعتراف عن التنفيذ ذهب الفقهاء إلى طرح فرضيتين[158]:

أ- الفرضية الأولى: أن يكون فيها لأحد الأطراف مصلحة في إدخال حكم تحكيمي في النظام القانوني الجزائري دون أن تكون له نية في مباشرة التنفيذ الجبري.

---

[156] عامر فتحي البطاينية، المرجع السابق، صفحة 142.

[157] تراري الثاني مصطفى، التحكيم التجاري الدولي إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، جوان 2002، صفحة 51.

[158] حمزة حداد، "التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية"، ورقة عمل مقدمة لندوة محامو المستقبل المنعقدة في عمان، الأردن، تشرين الأول 1998.

ب- الفرضية الثانية: هي عندما يعتد بها بصفة فرعية بمناسبة رفع دعوى أمام القضاء في نفس النزاع الذي فصل فيه الحكم التحكيمي.

ثانيا: مفهوم تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية: إن الأمر بالتنفيذ هو ذلك الإجراء الذي يصدر عن القاضي المختص قانونا يأمر بمقتضاه بتمتع حكم التحكيم، سواء كان حكم التحكيم وطنيا أو أجنبيا، بالقوة التنفيذية. فيعتبر التنفيذ في مجال التحكيم التجاري الدولي امتدادا لدور القاضي إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي. وينحصر دور القاضي في التأكد من توفر الشروط اللازمة في الحكم لتنفيذه دون التدخل في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية[159] وله فقط السلطة في التأكد من صحة إجراءاته وإمكانية تنفيذه دون أن يتعارض مع القانون الوطني أو أن يخالف النظام العام بحسب نص المادة (1006) من قانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية[160].

---

[159] حمزة حداد، المرجع السابق،ص53

[160] وتنص المادة (1006) أعلاه على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

وعليه لا ينفذ الحكم التحكيمي إلا إذا أمرت دولة التنفيذ بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة لديها حسب نص المادة 3 الفقرة 1 من اتفاقية نيويورك، فالاعتراف بالحكم لا يعني حتما تنفيذه، ولكن لو نفذ فمن الضروري أن يكون قد أعترف به من الجهة التي أعطته القوة التنفيذية[161].

الفرع الثاني شروط الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية

ألزم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وكذا اتفاقية نيويورك [162] القاضي قبل منح الاعتراف والتنفيذ التأكد من توفر الشروط القانونية لهما. فجاء في نص المادة (1051) من قانون 08-09 على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تَمسَّك بها وجودَها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر بنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجود خارج الإقليم الوطني". وتنص المادة (1052) من نفس القانون على أنه: "**يثبت حكم التحكيم**

---

[161] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، صفحة 359.

[162] انظر المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها". ونصت المادة (1053) من نفس القانون: "**تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل"**.

فمن خلال هذه المواد يتبين أن المشرع وضع شرطين للاعتراف والتنفيذ وهما:

1 – إثبات وجود حكم التحكيم، ويكون بتقديم أصل الحكم مع إثبات وجود اتفاقية التحكيم ليتأكد القاضي من أن حكم التحكيم صدر بناء على اتفاق تحكيم مكتوب. وفي حالة ما إذا تعذر على طالب الاعتراف والتنفيذ تقديم أصل الوثيقتين، أجاز المشرع له تقديم نسخ عنهما تستوفي شروط صحتهما، وهذا ما نصت عليه المادة (1052) من قانون 08-09 وكذا الفقرة الأولى من المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك، وتكون محررة باللغة العربية.

وعليه يتعين على القاضي الوطني أن يراقب مدى توفر هذه الشروط قبل منح الاعتراف والأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي وهذا ما فندته المحكمة

العليا في قرارها المتعلق بقضية الشركة الجزائرية للصناعات الغذائية "سالنا" ضد ترادينج أند سارفيس[163].

2- عدم مخالفة حكم التحكيم الدولي للنظام العام الدولي: وهو شرط قانوني يثيره القاضي من تلقاء نفسه على عكس الشروط الشكلية، بحيث لا يمكن لحكم التحكيم المخالف للنظام العام الدولي في الجزائر أن يُعترف به أو ينفذ طبقا لنص المادة (1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. فالنظام العام الدولي فكرة تأبى التحديد لكونها متغيرة غير ثابتة في حدود معينة ودائمة التطور والتغير باستمرار، وهي تختلف من مجتمع لآخر. فللقاضي وحده الحرية في تحديد مفهوم النظام العام الدولي والنطاق الذي يعتزم منحه إياه[164].وقد أورد الدكتور "عبد الوهاب بخشي" بعض الفرضيات حول قواعد النظام العام الدولي في القانون الجزائري تتمثل في: "التزام احترام سلطات الرقابة للسلطات العمومية في مجال العلاقات المالية مع الخارج، مبدأ حسن النية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، احترام القواعد الأساسية للعدالة لاسيما

---

[163] قرار المحكمة العليا، الملف رقم 461776، الصادر بتاريخ 18 أفريل 2007، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2004

[164] عليوش قربوع كمال، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائري"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005،

حقـــوق الـــدفاع"[165].وإعطـــاء الســـلطة التقديريـــة للقاضـــي في هـــذه المســـألة لا يجـــب أن تكـــون عائقـــا يحـــول دون أداء الحكـــم لمهمتـــه علـــى الوجـــه المطلـــوب أو تكون سببا في إطالة مدة النزاع وإجراءاته.[166]

الفرع الثالث: إجراءات الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكمية الدولية

بـــالرجوع إلى قـــانون الإجـــراءات المدنيـــة والإداريـــة الجزائـــري رقـــم 08-09 نجـــد أن المشـــرع نـــص علـــى إجـــراءات الاعـــتراف وتنفيـــذ أحكـــام التحكيم الدولية كما يلي:

أولا: المحكمـــة المختصـــة: مـــن خـــلال المـــادة (1051) يتبـــين أن المشـــرع لم يـــنص علـــى المحكمـــة المختصـــة بخصـــوص الاعـــتراف وبالتـــالي إذا كـــان طلـــب الاعـــتراف فرعيـــا، أي أنـــه مـــرتبط بطلـــب التنفيـــذ، فـــإن الاعـــتراف يـــتم مـــن طـــرف نفـــس المحكمـــة تطبيقـــا للقاعـــدة الـــتي تقـــول "الفـــرع يتبـــع الأصـــل"[167].أمـــا إذا كـــان طلـــب الاعـــتراف أصـــليا فيـــتم الاعـــتراف بـــه مـــن طـــرف المحكمـــة الـــتي

---

[165] حفيفي آسية، المرجع السابق، ص20

[166] بوصنوبرة خليل، "التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري"، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2006، ص 136.

[167] عليوش قربوع كمال، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائري"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، صفحة 64.

سينفذ حكم التحكيم في دائرة اختصاصها. أما فيما يتعلق بالتنفيذ، فإذا كان مقر محكمة التحكيم بالجزائر فان طلب التنفيذ يقدم إلى رئيس المحكمة التي يوجد بها مقر التحكيم، أما إذا كان مقر التحكيم خارج التراب الوطني الجزائري، فإن طلب التنفيذ يقدم إلى المحكمة محل التنفيذ ومحكمة التنفيذ هي المحكمة التي توجد بها الأموال التي يمكن أن تخضع للتنفيذ الجبري. وفي كلتا الحالتين يُصدر رئيس المحكمة المختصة أمرا بالتنفيذ.

ثانيا: إجراءات استصدار الأمر بالاعتراف والتنفيذ: طبقا لأحكام قانون 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعلى ضوء اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، تكمن إجراءات استصدار الأمر بالاعتراف والتنفيذ فيما يلي:

* يقوم الطرف المعني بالتعجيل بتقديم عريضة كتابية أمام رئيس المحكمة المختصة يطلب فيها الاعتراف بالقرار التحكيمي أو إمهاره بالصيغة التنفيذية، ويكون مرفقا باتفاقية التحكيم والقرار التحكيمي أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها، ويجب أن تكون الوثيقتان مصحوبتين بالترجمة إلى اللغة العربية وتودع لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة

طبقا للمواد (1035) و(1053) و(600) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويتم تحرير محضر الإيداع وتسلم نسخة منه إلى طالب التنفيذ. ويتعين على رئيس المحكمة مراقبة هذه الوثائق، فإذا تبين له أنها مستوفية لتلك الشروط المنصوص عليها قانونا حُقَّ له أن يصدر أمرا بالتنفيذ، ويقوم صاحبه بتبليغه رسميا إلى المعني بالتنفيذ والذي يحق له استئناف هذا الأمر في أجل شهر من تاريخ التبليغ أمام رئيس المجلس وذلك في الحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة (1056) من نفس القانون([100])، وفي حالة رفض الطلب، يحق لمقدم الطلب استئناف الأمر أمام رئيس المجلس في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الرفض طبقا للمادة (1035) في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثالث : تدخل القضاء الوطني في طرق الطعن في الأحكام التحكيمية الدولية

ميز المشرعُ الجزائري بين الطعن ضد الأحكام التحكيمية الأجنبية وبين الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم التجاري الدولي:

الفرع الأول الطعن ضد الأحكام التحكيمية الأجنبية

أولا: الاستئناف: ويكون في حالتين:

أ- استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف وبرفض تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي: بالرجوع إلى المادة (1055) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري سنجد أن المشرع لم يحدد الحالات التي يمكن فيها رفع الاستئناف ضد أمر القاضي برفض الاعتراف ورفض تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي، بل ترك المجال مفتوحا لطالب الاعتراف والتنفيذ.

ويكون استئناف هذا الأمر أمام الجهة القضائية التي تعلو المحكمة التي صدر عنها الأمر برفض الاعتراف أو رفض التنفيذ طبقا لنص المادة (1035) من نفس القانون، وعلى جهة الاستئناف النظر فقط في الأمر القضائي إما بالتأييد وإما بالإلغاء، وفي هذه الحالة الأمر بمنح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي[168].

ب – استئناف الأمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي: إن المشرع منع مبدئيا استئناف الأمر القاضي بالاعتراف

[168] بوصنوبرة خليل، المرجع السابق، ص 139

والتنفيـــذ، وأجـــاز ذلـــك اســـتثناءً وعلـــى ســـبيل الحصـــر في ســـتة (6) حـــالات نصت عليها المادة (1056) من قانون 08-09 وهي:

* إذا فصـــلت محكمـــةُ التحكـــيم بـــدون اتفاقيـــة تحكـــيم أو بنـــاءً علـــى اتفاقيـــة باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

* إذا كان تشكيلُ محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

* إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

* إذا لم يُـــرَاعَ مبـــدأ الوجاهيـــة أثنـــاء ســـير الخصـــومة التحكيميـــة ولـــيس عنـــد إصدار الأمر بالاعتراف والتنفيذ.

* إذا لم تســـبب محكمـــة التحكـــيم حكمهـــا أو إذا وجـــد تنـــاقضٌ في الأســـباب. وهـــذا الســـبب نصـــت عليـــه أيضـــا اتفاقيـــة واشـــنطن لعـــام 1965[169] في فقرتهـــا الثالثـــة مـــن المـــادة (48)، وأوجبتـــه أيضـــا غرفـــة التحكـــيم التجـــاري الـــدولي بباريس من خلال نظامها في المادة (25).

* إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام لعام الدولي.

ثانيـــا: الطعـــن بـــالنقض: نصـــت المـــادةُ (1061) مـــن قـــانون 08-09 علـــى أنـــه: **"تكـــونُ القـــرارات الصـــادرة تطبيقـــا للمـــواد 1055 و1056**

[169] اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام1965

و1058 أعـــلاه قابلـــة للطعـــن بـــالنقض"، وبالتـــالي فـــإن القـــرارات الصـــادرة عـــن المجـــالس القضـــائية في الاســـتئناف المرفـــوع ضـــد أمـــر رئـــيس المحكمـــة القاضـــي بـــرفض الاعـــتراف أو التنفيـــذ أو القاضـــي بـــالاعتراف أو التنفيـــذ قابلـــة للطعـــن بـــالنقض. غـــير أن المشـــرع لم يحـــدد الحـــالات الـــتي يجـــوز فيهـــا رفـــع الطعـــن بـــالنقض الخاصـــة بـــالتحكيم، لـــذلك لابـــد مـــن الرجـــوع إلى الأحكـــام العامـــة[170] المنصـــوص عليهـــا في قـــانون الإجـــراءات المدنيـــة والإداريـــة، وهـــي الحـــالات الـــواردة في المـــادة (358) مـــن نفـــس القـــانون.[171] كمـــا يجـــوز للمحكمـــة العليـــا

---

[170] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، صفحة 67.

[171] وتنص المادة (358) أعلاه على ما يلي: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات،2- إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات،3- عدم الاختصاص،4- تجاوز السلطة،5- مخالفة القانون الداخلي،6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة،7- مخالفة الاتفاقيات الدولية8- انعدام الأساس القانوني،9- انعدام التسبيب،10- قصور التسبيب،11- تناقض التسبيب مع المنطوق،12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار،13- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثيرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول،14- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي. في هذه يكون الطعن بالنقض مقبولا، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض. وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد المحكمين، وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا،15- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار،16- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب،17- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية،18- إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية."

أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض طبقا لنص المادة (360) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

و يرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا وطبقا لنص المادة 354 من قانون 08-09 يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين (2) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا. ويمدد الأجل الى ثلاثة (3) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار.

الفـــرع الثـــاني: الطعـــن ضـــد الأحكـــام التحكيميـــة الصـــادرة بـــالجزائر فـــي مجال التحكيم الدولي

ذهـــب المشـــرع الجزائـــري إلى أن الأحكـــام التحكيميـــة الدوليـــة الصـــادرة في الجزائـــر يمكـــن أن تكـــون موضـــوع طعـــن بـــالبطلان وأن قـــرارات المجلـــس القضـــائي الصادرة بشأنها تكون قابلة للطعن بالنقض.

أولا:الطعن بالبطلان:

تـــنص المـــادة (1058) مـــن قـــانون 08-09 علـــى أنـــه: **"يمكـــن أن يكـــون حكـــم التحكـــيم الـــدولي الصـــادر فـــي الجزائـــر موضـــوع طعـــن بـــالبطلان فـــي الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه.**

لا يقبـــل الأمـــر الـــذي يقضـــي بتنفيـــذ حكـــم التحكـــيم الـــدولي المشـــار إليـــه أعـــلاه أي طعـــن، غيـــر أن الطعـــن بـــبطلان حكـــم التحكـــيم يرتـــب بقـــوة القـــانون الطعـــن فـــي أمـــر التنفيـــذ أو تخلـــي المحكمـــة عـــن الفصـــل فـــي طلـــب التنفيـــذ، إذا لـــم يـــتم الفصـــل فيـــه". تقـــرر هـــذه النصـــوص مـــا تجـــري عليـــه جميـــع التشـــريعات تقريبـــا، مـــن تقريـــر الحـــق لمـــن صـــدر ضـــده حكـــم التحكـــيم في طلـــب إبطـــال ذلـــك الحكـــم للأســـباب المحـــددة أعـــلاه، وهـــذه ضمانة أساسية وهي الضمانة الوحيدة المتاحة لمن يصدر ضده الحكم. .

أمـــا إجـــراءات الطعـــن بـــالبطلان حســـب نـــص المـــادة (1059) مـــن قـــانون 08-09 فإنـــه: "يرفـــع الطعـــن بـــالبطلان في حكـــم التحكـــيم المنصـــوص عليـــه في المـــادة 1058 أعـــلاه أمـــام المجلـــس القضـــائي الـــذي صـــدر حكـــم التحكـــيم في دائرة اختصاصه، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم.

لا يقبـــل هـــذا الطعـــن بعـــد أجـــل شـــهر واحـــد (1) مـــن تـــاريخ التبليـــغ الرسمـــي للأمر القاضي بالتنفيذ".

فـــإذا أصـــدر المجلـــس القضـــائي أمـــرا بقبـــول الطعـــن بـــالبطلان يـــؤدي الى إلغـــاء القـــرار التحكيمـــي وإعـــادة الحالـــة إلى مـــا كانـــت عليـــه قبـــل إجـــراء التحكـــيم، وللأطـــراف الحـــق في تشـــكيل محكمـــة تحكـــيم جديـــدة للفصـــل في المنازعـــة، أو تخلي عن التحكيم واللجوء إلى القضاء الوطني[172].

أمـــا إذا أصـــدر المجلـــس القضـــائي أمـــرا بـــرفض الطعـــن بـــالبطلان فإنـــه يـــؤدي إلى إضـــفاء الصـــيغة التنفيذيـــة للقـــرار التحكيمـــي الـــذي تخلـــت المحكمـــة عـــن النظـــر في طلـــب التنفيـــذ بعـــد الطعـــن بـــالبطلان، أمـــا إذا صـــدر أمـــر التنفيـــذ قبـــل الطعـــن بالبطلان فإن رفض هذا الطعن يرفع حالة وقف التنفيذ ومباشرته.

---

[172] الخولي أكثم أمين، "تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجزائري الجديد". مجلة التحكيم العدد الخامس، يناير 2010، ص 102

ثانيا: الطعن بالنقض:

إن القرارات الصادرة عن المجالس القضائية عند فصلها في الطعن بالبطلان تكون قابلة للطعن بالنقض طبقا للمادة (1061) من قانون 08-09 ، ويؤسس الطعن على أحد الأوجه الواردة في المادة (358) السابق ذكرها.

ويرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل شهرين بدءا من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار المطعون فيه إذا تم شخصيا، ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (3) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار.

الخاتمة

إن كل بحث له نتائجه التي تنبثق عن دراسته، و مدى إسهامه سواء في مجال التشريع أو القضاء في إيضاح بعض الحقائق التي يعيشها المجتمع، و هي فيما كان لتناولنا لهذا البحث الذي تصدر عنوانه: سلطة القاضي و الأطراف في تعديل العقد، محاولة منا لإرساء العدالة العقدية .

و من خلال استعراضنا لهذا الموضوع الذي يثير عدة نقاط ذات طبيعة استثنائية، لكونه يشكل اعتداءا على مبدأ ذو قيمة عالمية يسيطر على العلاقات التعاقدية هو مبدأ سلطان الإرادة، نخلص إلى القول أنه لا يمكن اعتبار الرابطة العقدية قاعدة مطلقة غير قابلة للمساس،بل بالعكس تكون في بعض الأحيان محل إعادة تنظيم بالتغيير في عناصر العقد أو شروطه.

و إذا كنا نعيش في عالم من الاستثناءات، فإن الطموح لم يخرج عن هذا الإطار، وأنه إذا كان البحث في موضوع ما لا يعني بالضرورة التشيع له،والرغبة في إثباته و تأكيد وجوده في القانون حقا أو إعتسافا، فإننا لم نخرج في هذا البحث عن هذه الضرورة العلمية، فقد تناولنا موضوع سلطة القاضي و الأطراف في تعديل العقد بمنتهى الجدية والموضوعية لأجل إتاحة فرصة الاطلاع على هذا الجانب الخاص في نظرية العقد.

وفي مرحلة الأولى تناولنا التعديل القضائي في نقطتين، الأولى تتعلق بدور القاضي في التدخل للتعديل عند مرحلة التكوين فيتدخل قصد رفع الغبن عن الطرف الضعيف بإبطال العقد أو إنقاص التزامات المغبون،وكذا إعادة النظر في الشروط التعسفية بالنسبة لعقود الإذعان و تطبيق نظرية إنقاص العقد إذا كان في شق منه باطلا أما الثانية فتتعلق أيضا بدور القاضي في التدخل للتعديل لكن في مرحلة التنفيذ وذلك في ثلاث حالات، فقد يعترض تنفيذ العقد ظروفا استثنائية، عامة و غير متوقعة ، تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد،هنا يجوز للقاضي طبقا للمادة 3/107 من القانون المدني أن ينقص من التزامات الطرف المضرور أو أن يوقف تنفيذ العقد إلى حين زوال تلك الظروف الطارئة، و في حالة اتفاق الأطراف مسبقا على تعويض يستحقه الدائن عند إخلال مدينه بالتزاماته أو تأخره في التنفيذ ،أو ما يسمى بالشرط الجزائي، يتدخل القاضي طبقا لأحكام المواد 184 و 185 لتعديله بالإنقاص إذا كان التقدير للشرط الجزائي مبالغا فيه أو في حالة تنفيذ المدين للالتزام جزئيا ،و بالزيادة في حالة استخدام المدين لغش أو خطأ جسيم ، كما يتدخل القاضي لتعديل

العقـــد في نطـــاق المـــدة المتفـــق عليهـــا للوفـــاء بـــالالتزام، و ذلـــك بمـــنح المـــدين المعسر أجلا لتنفيذ التزامه طبقا للمادة 210 من القانون المدني.

أي أن القاضـــي لا يمـــارس ســـلطته في مراقبـــة العقـــد التجـــاري الـــدولي إلا إذا تـــوافرت الشـــروط القانونيـــة المنصـــوص عليهـــا في المـــواد أعـــلاه ،و إلا أعتـــبر متجـــاوزا لســـلطته، و نشـــير إلى أن للقاضـــي الحريـــة الكاملـــة في القبـــول أو الـــرفض و بالتـــالي كـــان لزامـــا علـــى المشـــرع إضـــفاء صـــفة النظـــام العـــام علـــى تدخل القاضي حتى يضمن عدالة أكبر للطرف المتضرر.

و تـــدخل القاضـــي في العقـــد التجـــاري الـــدولي رغـــم أنـــه يشـــكل انتهاكـــا للقـــوة الملزمـــة للعقـــد، و مساســـا بمبـــدأ ســـلطان الإرادة، إلا أنـــه وجـــد لحمايـــة مصـــالح الأطراف و القضاء على كل ظلم قد يلحق الطرف الضعيف.

وتجـدر الإشـارة إلى أن جانبـا مـن الفقـه ذهـب إلى ابعـد مـن إمكانيـة تعـديل العقـد باتفـاق الأطـراف بقـولهم انـه يمكـن التعـديل حـتى بـالإرادة المنفـردة لأحـد أطـراف العقـد رغـم انعـدام الأسـاس القـانوني لـه ،وذلـك في أنـواع محـددة مـن العقـود كعقـدي السـياحة والسـفر تحـت غطـاء نظريـة النفـع و العـدل واعتبـار العقـد رابطـة ماليـة أكثـر مـن كونـه رابطة شخصية.

و أخيرا نخلص من كل ما سبق إلى أن دور المراقبة هو وسيلة ايجابية للقضاء على الاختلال في التوازن العقدي ،بحماية العقد من مخاطر الفسخ و عدم التنفيذ و الإبقاء عليه، رغم خرقه لمبدأ سلطان الإرادة،و مع ذلك يبقى التعديل استثناءا لا يجوز التوسع فيه.

قائمة المصادر والمراجع

أولا:باللغة العربية

أ – المراجع العامة

1- البداوي محمد علي:النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الجامعة المفتوحة طرابلس، 1993.

2 – البدراوي عبد المنعم:النظرية العامة للالتزامات ،دراسة مقارنة في قانون الموجبات و العقود اللبناني

و القانون المدني المصري ، أحكام الالتزام، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية للطباعة:بيروت، 1968.

3. أنور سلطان: أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني ، دار النهضة العربية، بيروت 1980 .

4. بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر 1998 .

5- تناغو سمير عبد السيد:نظرية الالتزام ، منشأة المعارف: الإسكندرية ،1975.

6_عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول ،دار النشر للجامعات المصرية ، 1960.

الوسيط في شرح القانون المدني عقود الغرر و عقد التأمين،دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، الجزء السابع، بدون سنة.

. الوسيط في شرح القانون المدني الأوصاف،الحوالة، الانقضاء،دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، بدون سنة.

7- عابد فايد عبد الفتاح فايد:

تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن،دراسة تطبيقية في عقود السفر و السياحة، دار النهضة العربية، القاهرة،2005 .

8عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المصري و اللبناني و السوري و العراقي و الليبي و الكويتي و السوداني، دار النهضة العربية: بيروت، 1974.

9- عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام،الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة ، بغداد،1977 .

10. فؤاد معوض: دور القاضي في تعديل العقد، دار اجامعة الجديدة للنشر ،2004 .

العقد، دار اجامعة الجديدة للنشر ،2004 .

11سعيد سعد عبد السلام،التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان ،دار النهضة العربية، القاهرة، 1998 .

12.كيرة حسن: المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف: الإسكندرية،1974 .

13. لعشب محفوظ بن حامد:عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري،المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990 .

14- محمد حسنين:الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية، 1983

15ـمحمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن:عقود الاذعان،دار النهضة العربية ،القاهرة ، 2006 .

16. محمد صبري السعدي:شرح القانون المدني الجزائري،النظرية العامة للالتزامات، العقد و الإرادة المنفردة ،الجزء الأول،الطبعة الثانية، دار الهدى الجزائر،2004 .

17. محمد سعيد جعفور:نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي،دار هومة للنشر و الطباعة ،الجزائر،1998 .

18. يكن زهدي:عقد البيع، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصرية ، شركة الطبع والنشر اللبنانية: بيروت، بدون سنة.

ب- المراجع المتخصصة و الرسائل الجامعية :

1- الفزاري حسبو:أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة: الإسكندرية، 1979.

2- نجاري عبد الله:الشرط الجزائي في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1983.

3. محمود زواوي: الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري،رسالة ماجيستير ،جامعة الجزائر معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1987.

ثانيا باللغة الفرنسية

1- Y. Picod :Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, tome 208, L.G.D.J : Paris 1989.

2-A. Ghozi:La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français, L.G.D.J: Paris, 1980.

3- F. Ameli :Droit civil, les obligations, éditions Montchrestien :paris, 1997.

4- C. D'HOIR, Laupretre, A.Durrleman, F.Ferrand, A. Mannhein- Ayache,J.J. serret :Droit civil, les obligations, volume II , 2eme édition, L'Hermès : Lyon, 1990.

5- J. Ghestin :traité de droit civil, les obligations, les contrats, L.G.D.J : Paris, 1980.

6-Jean-paul doucet,les clauses d'indexation et les ordonances du 30/12/1958 et du 04/02/1959 ,paris 1965 .

ثالثا: النصوص القانونية والتنظيمية

1- قانون 89 – 02 المؤرخ في 07 فيفري 1989، المتعلقة بحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 6، المؤرخ في 08 فيفري 1989.

2- قانون 90 – 11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتعلقة بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 17، المؤرخ في 25 أفريل 1990.

3- أمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975.

4- أمر 75 – 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 101، المؤرخ في 19 ديسمبر 1975.

5- مرسوم تشريعي 93 – 03 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلقة بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، المؤرخ في 03 مارس 1993.

خامسا : الكتب المتخصصة

1- أبو زيد رضوان، "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي"، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981 .

2 - أحمد هندي، "تنفيذ أحكام المحكمين"، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر ،2001 .

3 – إبراهيم محمد العناني، "اللجوء إلى التحكيم الدولي العام، الخاص، التجاري "، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ،القاهرة، مصر، 2006 .

4– أيمن النحراوي، "لوجيسيات التجارة الدولية"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2009 .

5 – إسماعيل صبري عبد الله، "نحو نظام إقتصادي عالمي جديد"، الطبعة الأولى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1977 .

6– آمال بدر، "الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012 .

7 – عامر فتحي البطاينة، "دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي"، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009 .

8 – عليوش قربوع كمال، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2005 .

9 – فوزي محمد سامي، "التحكيم التجاري الدولي. دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية" ، الطبعة الخامسة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010 .

10 – كمال إبراهيم، "التحكيم التجاري الدولي. حتمية التحكيم وحتمية التجارة الدولية"، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

الفهـرس

مقدمة.....

الفصل الأول: دور القضاء الوطني في مرحلة إنشاء العقد التجاري الدولي وتنفيذه.. 4

المبحث الأول:تدخل القاضي الوطني في مرحلة إنشاء العقد التجاري الدولي.....5

المطلب الأول:تدخل القاضي الوطني لتعديل العقد التجاري الدولي بسبب الغبن والاستغلال..6

الفرع الأول: تدخل القاضي الوطني بسبب الغبن.....7

أولا: معنى الغبن.....7

ثانيا: الغبن الاستغلالي.....9

الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في رفع الغبن. 10

المطلب الثاني:تدخل القاضي الوطني بسبب الشروط التعسفية في عقد الإذعان..... 13

الفرع الأول: معنى الإذعان.....13

أولا: تعريف عقود الإذعان.....13

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الاذعان. 15

الفرع الثاني:دور القاضي إزاء عقود الإذعان.....16

أولا: فيما يتعلق بالشروط التعسفية التي يتضمنها العقد.....16

ثانيا: سلطة القاضي في حالة الشروط التعسفية.....18

المبحث الثاني:سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد.....21

المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة.....21

الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....24

أولا: أن يكون العقد الذي تثار النظرية بشأنه متراخي التنفيذ.....24

ثانيا:ان تطرأ بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة غير متوقعة.....26

ثالثا: ان يؤدي هذا الحادث الاستثنائي الى جعل التنفيذ الالتزام مرهقا.....29

الفرع الثاني:سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.....32

أولا: إنقاص الالتزام المرهق.....33

ثانيا: زيادة قدر الالتزام المقابل.....35

ثالثا: وقف تنفيذ العقد.....37

المطلب الثاني: الشرط الجزائي.....39

الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي.....41

الفرع الثاني:تعديل الشرط الجزائي.....45

أولا: تخفيض الشرط الجزائي.....46

ثانيا: زيادة الشرط الجزائي.....51

المطلب الثالث: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي (نظرة الميسرة).....
55

الفرع الأول: شروط منح الأجل القضائي.....57

الفرع الثاني: الأثار المترتبة على النظرة الميسرة.....63

الفصل الثاني: دور القضاء الوطني خلال حل منازعات عقود التجارة الدولية....65

المبحث الأول:نزاعات عقود التجارة الدولية أمام القضاء الوطني.....66

المطلب الأول: اخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة.....66

الفرع الأول: مضمون خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة.....67

الفرع الثاني: حدود تطبيق القاضي لقانون الإرادة.....69

المطلب الثاني : تسوية النزاع في ظل غياب قانون الإرادة.....72

الفرع الأول: إسناد العقد لقانون الوطني.....73

الفرع الثاني: الاختصاص القضاء الوطني لأحد المتعاقدين.....75

الفرع الثالث: اختصاص قضاء أجنبي عن المتعاقدين.....78

المبحث الثاني: دور القضاء الوطني عند لجوء الأطراف إلى التحكيم.....79

المطلب الأول: دور القضاء الوطني قبل صدور حكم التحكيم.....79

الفرع الأول: مساعدة هيئة التحكيم في مجال تقديم الأدلة.....80

الفرع الثاني:تدخل الاستثنائي لقاضي الوطني في الحصول على الأدلة.....83

الفرع الثالث: مساعدة هيئة التحكيم في مجال المسائل الأولية.....86

المطلب الثاني: دور القضاء الوطني كمراقب لحكم التحكيمي.....97

الفرع الأول: مفهوم الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية.....98

الفرع الثاني: شروط الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية.....100

الفرع الثالث: اجراءات الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية.....103

المطلب الثالث: تدخل القضاء الوطني في طرق الطعن في الأحكام التحكيمية الدولية105

الفرع الأول: الطعن ضد الأحكام التحكيمية الأجنبية.....106

الفرع الثاني: الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي109

الخاتمة.....114

قائمة المراجع.....116