سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

المقدمة:

يعرف العقد بأنه : "اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثار قانونية متمثلة في إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"، و العقد كمصطلح قانوني هو أهم مصدر من مصادر الالتزام[1]، و إذا نشأ العقد صحيحا مستوفيا لكامل أركانه و شروط صحته رتب مختلف أثاره القانونية، و بالتالي اكسب قوته الملزمة من حيث الأشخاص و الموضوع تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

و من هنا يتضح أنه للشخص إرادة و لهذه الإرادة أن تبرم ما ترضاه من العقود، و أن تحدد نوع العقد و مضمونه بما تتفق عليه من شروط، و هي حرة في تعديله أو إنهائه و هذا ما يعرف بمبدأ "سلطان الإرادة "[2]، و قد عبر المشرع الجزائري[3] عن مبدأ سلطان الإرادة بنصه على أن: " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"[4].

فبعد إنشاء العقد تأتي المرحلة الموالية و هي مرحلة تنفيذه و ترتيب أثاره، ومن مظاهر سلطان الإرادة في هذه الفترة هي التزام المتعاقدين بما أبرماه و تنفيذ العقد بحسب ما جاء فيه حيث قضت المادة 106 من القانون المدني بأن " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقده ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون "، و هذا معناه أن للعقد قوة ملزمة اكتسبها من إرادة المتعاقدين و اتجاهها إلى ترتيب أثاره، وبهذا فإن الحقوق والالتزامات التي تتولد عن العقد تعد واجبة

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الإلتزام ، المجلد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ص. 149 .

[2]- لقد ازدهر مبدأ سلطان الإرادة في القرنين 17 و 18 حيث أعطى للإرادة الحرية في التعاقد أو الامتناع عن التعاقد، و جعل لإرادة المتعاقدين الحرية في تحديد شكل العقد و مضمونه و في تعديل العقد بعد إبرامه، إلا أن هذا المبدأ تقلص بظهور التشريعات الحديثة التي حدت منه من خلال إقرار بعض القيود عليه.

[3]- المادة 106 من القانون المدني.

[4]- حمة سوسن, تعديل العقد أثناء التنفيذ, مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء, دفعة 17, 2008- 2009, ص. 01.

التنفيذ والالتزام، وبالتالي لا يمكن نقض العقد أو تعديله إلا وفقا لاتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

فوفقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن العقد بالنسبة لأطرافه، كالقانون أي أنه شريعتهم التي يلتزمون بما أوجبته على كل منهم، وبناء على ذلك فإنه لا يجوز لأي منهم أن يستقل بمحض إرادته بنقض العقد ولا بتعديله، ما لم يرخص الاتفاق أو القانون له بذلك.

و مبدأ العقد هو شريعة المتعاقدين يعد من نتائج مبدأ سلطان الإرادة، فكما أن القانون يحترم الإرادة، وما ينشأ عنها من عقود التي لا تنطوي على مخالفة للنظام العام، فإنه يجب على الإرادة التي أنشأت الالتزام، أن تحترم ما التزمت به من التزامات في العقد، وأن تجعل له قوة تنفيذية فيما بين طرفيه، وفقا لما جرى عليه الاتفاق في العقد، هذا كأصل عام، إلا أنه هناك قيود كثيرة تحد من قوة هذا المبدأ وهذه القيود منها ما يتعلق بإمكانية تعديل العقد ومنها ما يربط بضرورة تنفيذ العقد بطريقة تستوجب حسن النية حيث تنص المادة 107 من القانون المدني على أنه:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما وردفيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام ".

ونتيجة لمبدأ حسن النية[1] فإنه يجب أن ينفذ العقد بمستلزماته وليس بما ورد فيه من عبارات فحسب، وهذا وفقا للعدالة والقانون والعرف، و بالتالي يتضح أن حسن النية يعد قيدا هاما يرد على دور الإدارة في تنفيذها للعقد لهذا راعى المشرع مصلحة المتعاقد حسن النية وقرر حمايته في الكثير من الأحيان.[2]

---

[1]- إن مبدأ حسن النية يقيد المدين في تنفيذه للالتزام، كما يقيد أيضا الدائن في مطالبته بتنفيذ الالتزام، فلا يمكن تنفيذ العقد بما يخالف مبدأ حسن النية، ويكون ذلك بالتعاون المستمر بين الطرفين أثناء التنفيذ.

[2]- سواسي نزهة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005- 2008، ص. 06.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

و القيد الثاني المقرر قانونا للحد من القوة الملزمة للعقد هو إمكانية تعديل العقد, فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه ينفذ وفقا لما اتفق عليه، غير أن المشرع أورد على هذا المبدأ مجموعة من الاستثناءات أوردها لاعتبارات العدالة والصالح العام والمتمثلة في سلطة القاضي في تعديل العقد، فهذه الأخيرة تعتبر من الموضوعات التي تكتسي أهمية خاصة في فقه القانون المدني، وقد أثارت ولا تزال تثير الكثير من الجدل وإن كانت باعتباراتها في رأي معارضيها تعد انتقاصا للحرية التعاقدية إذ أنها تشكل قيدا على حرية الأفراد في تعاقداتهم وسببا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات المدنية.[1]

وسلطة القاضي في تعديل العقد جاءت وليدة تطور في التشريع والقضاء وفقه القانون وفلسفته، وبعد أن سيطر على العقود مبدأ سلطان الإدارة الذي يجعل العقد شريعة المتعاقدين، وبحدوث عوامل التطور الاجتماعي والسياسي والأخلاقي جميعها، فأبرزت هذا المبدأ ومخاطر الأخذ به على إطلاقه، وأظهرت ما يؤدي إليه من خلل في توازن العلاقات القانونية، وكان نتيجة ذلك أن حرصت التشريعات الحديثة على أن تستند إلى القاضي سلطة على العقد، فأصبح القاضي يقوم بدور ايجابي في مجال المعاملات.

كما أصبح للحرية التعاقدية مفهوم أقرب إلى العدالة مما كان عليه قبل ذلك، وصار القاضي هو صاحب السلطة في حماية حقوق الأفراد ومصالح المجتمع، يراقب العقد منذ نشأته حتى انتهائه، و عليه منحت التشريعات للقاضي سلطة التدخل في عقود الإذعان لتعديل الشروط التعسفية حيث يقوم بمراجعة هذه الشروط وإزالة ما يخالف العدالة، كما حرص المشرع على حماية المتعاقدين وتحقيقا للعدالة حيث مد هذه الحماية إلى مرحلة تنفيذ العقد، فمنح للقاضي في هذه المرحلة سلطة التدخل في العلاقات العقدية لمواجهة الظروف المتغيرة التي ينشأ عنها اختلال التوازن العقدي بالنص على نظرية تعارف الفقه على تسميتها "نظرية الظروف الطارئة"، كما منح للقاضي بموجب نصوص

---

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، دار الهدى، طبعة 4، 2007 - 2008، ص. 301.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

أخرى سلطة تعديل العقد في حالة ورود الشرط الجزائي وكذلك منح الآجال للوفاء، و علاوة على ذلك نجده يتدخل في مرحلة تكوين العقد بإنقاص العقد رفعا للغبن الاستغلالي.

و لدراسة هذا الموضوع ارتأينا إتباع المنهج التحليلي لنصوص القانون المدني الجزائري مع المقارنة في بعض النقاط مع القانون المدني المصري، و عليه فإن الإشكالية التي تطرح في إطار هذا البحث هي:

ما مدى سلطة القاضي في تعديل العقد؟ وبتعبير آخر، ما هي الحالات التي يتدخل فيها القاضي لتعديل العقد؟ و ما هي الآثار المترتبة عن هذا التعديل؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سيتم التطرق في هذا البحث إلى ماهية التعديل بصفة عامة في الفصل التمهيدي، ثم إلى صور التعديل القضائي في الفصل الأول، أما الفصل الثاني فسيخصص إلى أثار التعديل القضائي.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

الفصل التمهيدي: ماهية التعديل

طبقا للقوة الملزمة للعقد, فإنه لا يجوز للقاضي تعديل العقد أو إنهاؤه غير أن المشرع لاعتبارات العدالة, و للمصلحة العامة منح القاضي في بعض الحالات استثناءً سلطة تعديل العقد, وبناء على ذلك, يتضح أن تعديل العقد أثناء تنفيذه هو وسيلة من الوسائل الممنوحة للأطراف أصلا وللمشرع استثناءً بهدف إعادة تنظيم العقد وضمان التوازن الاقتصادي له, وللوصول إلى بيان سلطة القاضي في تعد يل العقد كاستثناء ينبغي تحديد مفهوم التعديل بوجه عام. [1]

المبحث الأول : مفهوم التعديل

حتى يتضح مفهوم التعديل لابد من تعريفه, وبيان أقسامه وتحديد شروطه و كذا مبرراته.

التعديل لغة مصدر "عدل" ومعناه "التسوية والتقويم" وهو إجراء تغييرات في جوهر الشيء، أما التعديل كمفهوم قانوني فهو " إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عناصر من العقد وذلك بالإنقاص أو بالإضافة بغية المحافظة على العقد"، وهو :" إجراء تغيير جزئي, حيث ينصب هذا التغير على عنصر من عناصر العقد أو بند من بنود بالحذف أو بالإضافة أو غير ذلك, دون إزالة العقد أو نقضه".

---

[1]- محمد صبري السعدي, المرجع السابق، ص. 301.

كما يمكن تعريف التعديل بأنه: " استبدال بعض الشروط في العقد الأصلي بشروط أخرى أكثر مرونة بغرض مواجهة الصعوبات التي قد تعترض الأطراف بغية تحقيق الهدف من العقد ومراعاة مصالح الأطراف".

و على هذا الأساس، يعد تعديل العقد من طرف القاضي استثناء من مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين" الذي أقره المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني بقوله: " العقد شريعة المتعاقدين, فلا يجوز نقصه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين, أو للأسباب التي يقررها القانون".

و التعديل كمفهوم قانوني يسعى إلى إبقاء ديمومة العلاقة التعاقدية, و المحافظة عليها, عكس الفسخ والبطلان اللذان يهدفان إلى إنهاء هذه العلاقة, ويقتصر التعديل على زيادة, أو إنقاص, أو حذف بعض الشروط في العقد الأصلي, لجعله أكثر مرونة وملائمة مع مصالح الأطراف.[1]

[1] - حمة سوسن, تعديل العقد أثناء التنفيذ, مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء, دفعة 17,سنة 2008- 2009, ص. 5.

المبحث الثاني : أنواع التعديل

إن المشرع الجزائري بإقراره لتعديل العقد طبقا للمادة 106 من القانون المدني السالفة الذكر ميز بين نوعين من التعديل, إما يكون باتفاق الأطراف وهو ما يعرف بالتعديل الاتفاقي, و إما يتم من طرف المشرع سواء بطريقة مباشرة (أي بتدخل المشرع مباشرة) أو غير مباشرة (أي عن طريق منح القاضي سلطة تعديل العقد في بعض الحالات, وهو ما يسمى بالتعديل القضائي وهو موضوع بحثنا).

المطلب الأول : التعديل الاتفاقي وشروطه

يتم تعديل العقد باتفاق الأطراف على أساس أنه مادام العقد قد انعقد بالتراضي, فانه يمكن تعد يله بالتراضي, أي أنه كما ينشأ العقد بالإرادة المشتركة لأطرافه فيمكن تعديله بهذه الإرادة.

ولما كان هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا جديدا, تطبق عليه القواعد العامة للعقود, فان الشروط التي يجب مراعاتها فيه هي نفس الشروط المطلوبة لإبرام عقد جديد[1], من رضا ومحل وسبب, واحترام قواعد الشكلية في بعض العقود, فقد ذهبت المحكمة العليا إلى إلزامية ورود التعديل في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يتطلبه, حيث قضت بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 7 نوفمبر 1994, والذي يؤيد الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة حسين داي في 14 أفريل 1993 والقاضي بدفع مبلغ إضافي نظرا لتوسيع الأشغال المتفق عليها في العقد الأصلي, في حين كان لزاما على المقاول عند

- حمة سوسن, المرجع السابق, ص. 06.[1]

توسيع تلك الأشغال في وقت لاحق أن يدرجها كتابة حسب العقد الأصلي, ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم قد خالفوا حكم القانون المنصوص عليه في المادة 561 من القانون المدني الجزائري: " إذا أبرم عقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل, فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر, ولو حدث في هذا التصميم تعديلا أو إضافة ... و يجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي قد اتفق عليه مشافهة."[1]

[1]- حمة سوسن, المرجع السابق, ص. 07.

المطلب الثاني : التعديل القانوني وشروطه

إن تدخل المشرع لتعديل العقد أثناء تنفيذه – سواء تدخل بطريقة مباشرة وذلك بنصه صراحة على ذلك " التعديل القانوني", أو بطريقة غير مباشرة عن طريق منحه للقاضي سلطة تقديرية لتعديل العقد – يجب أن يكون بنص صريح.[1]

الفرع الأول:التعديل القانوني المباشر للعقد(التدخل المباشر للمشرع لتعديل العقد)

هناك حالات نص المشرع صراحة فيها على وجوب التعديل فإذا توافرت حالة من هذه الحالات المنصوص عليها قانونا فإن القاضي يكون ملزم بتعديل العقد إذا رفع الأمر إليه, وليس له في ذلك أية سلطة تقديرية، و من أمثلة ذلك المادة 439 القانون المدني انقضاء شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء، المادة 548 القانون المدني إنهاء العارية بموت أحد طرفيها، المادة 586 القانون المدني إنهاء الوكالة بموت أحد طرفيها (الوكيل أو الموكل)[2]، المواد 471 و 474 و 509 من القانون المدني تدخل المشرع في عقد الإيجار لتحديد الأجرة أو الإيجار..الخ.

---

[1]- حمة سوسن, المرجع السابق, ص. 07 و 08.

[2]- يلاحظ في هدا الصدد أن هده الحالة لا تعتبر خروجا في الحقيقة عن قاعدة القوة الملزمة للعقد, و عدم انتقال العقد للورثة لأنه يراعى في إبرام هده العقود الاعتبار الشخصي للمتعاقدين.

الفرع الثاني : التعديل القانوني غير المباشر (التدخل غير المباشر للمشرع)

نص المشرع الجزائري على جواز تعديل العقد من طرف القاضي حيث منحه في هذه الحالة سلطة تقديرية لتعديل العقد إذا طلب منه ذلك أحد المتعاقدين أو بصفة أخرى المتعاقد المتضرر من ذلك، إذن فالشرط الوحيد لتدخل المشرع لتعد يل العقد أثناء مرحلة تنفيذه, هو وجود نص قانوني صريح بنص على جواز التعديل.

و من أمثلة ذلك المادة 158 /1 من القانون المدني نص على حالة بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، المادة 1/732 القانون المدني حالة غبن الشريك في القسمة، المادة 90 القانون المدني حالة الغبن، المادة 110 القانون المدني (عقود الإذعان)، المادة 184 و 185 من القانون المدني (الشرط الجزائي)، المادة 107 من القانون المدني (الظروف الطارئة)، المواد 119 و 210 و 280 و 281 و 411 من القانون المدني (الأجل القضائي).[1]

[1]- محمد صبري السعدي, المرجع السابق، ص. 301.

المبحث الثالث : مبررات التعديل

تختلف مبررات التعديل بإختلاف أنواع التعديل، و لهذا فسوف نتناول أولا مبررات التعديل الاتفاقي، ثم مبررات التعديل القانوني بنوعيه المباشر و غي المباشر أي التعديل القضائي.

المطلب الأول: مبررات التعديل الاتفاقي

تتجسد حرية التعديل الاتفاقي في احترام الأطراف لشروطه القانونية باعتباره تصرفا قانونيا, وذلك بأن يكون الدافع من التعديل هو المحافظة على العلاقات العقدية وإيجاد التوازن الاقتصادي فيها, وحماية مصالح الأطراف المشتركة.

والتعديل هو حق مقرر للأطراف طبقا للمادة 106 من القانون المدني لاسيما إذا لم تتحقق مصالحهم من إبرام العقد الأصلي.

إذن فمبرر التعديل باتفاق الأطراف هو المصلحة المشتركة للأطراف والمحافظة على العلاقات العقدية, وإيجاد التوازن الاقتصادي فيها ولهذا فيجب أن تكون هذه المصلحة المراد تحقيقها مشروعة ومشتركة للأطراف[1].

المطلب الثاني : مبررات التعديل القانوني

تنص المادة 106 من القانون المدني على أن : "العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الأطراف, أو للأسباب التي يقرها القانون".

---

[1]- حمة سوسن, المرجع السابق, ص. 7.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

فقد وضح المشرع الجزائري في هذه المادة مبدأ عدم جواز تعديل العقد وأورد عليه استثناءات من بينها تعديل العقد لأسباب يقرها القانون, وهذا بنصه على تعديل العقد في حالات معينة حفاظا على النظام العام نتيجة للتقلبات الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية, ومهما اختلف النظام العام وسواء كان اقتصاديا أو اجتماعيا فإنه يكرس المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة، وذلك بالسماح للمشرع بإلزام الأطراف عن طريق النظام العام على إدراج اتفاقهم في الإطار الذي حدده, وفي هذا الشأن لا يمكن للأطراف الاتفاق على ما يخالف المصالح العامة للدولة وإلا كانت تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا.

كما أورد المشرع حماية خاصة لبعض فئات المجتمع لأن حمايتهم تعني بالضرورة تحقيق المصلحة العامة للدولة, كحماية من شاب رضاه عيبا من عيوب الإرادة, أو كان قاصرا, كما أورد المشرع حماية خاصة للعمال, وهذا من خلال عدة ضمانات منحها لهم, كتحديد الحد الوطني الأدنى المضمون للأجور, تحديد المدة القانونية للعمل, تحديد أوقات الراحة... وقد جاءت هذه الحماية لتحقيق العدالة الاجتماعية أي حماية الطرف الضعيف في مختلف العقود, كحماية العامل بموجب قانون العمل رقم 90-11, وحماية المستهلك بموجب القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش حيث حدد كيفيات ضمان البضاعة المعروضة للاستهلاك وشروطها.

كما تدخل المشرع لتحديد الأسعار في بعض عقود الخدمات المتعلقة بالأعمال الطبية والمنتجات الصيدلانية, وحدد أسعار السلع والمواد والخدمات ذات الطابع الاستراتيجي

(الضرورية) وهذا الاستثناء المادة 1/04 من قانون المنافسة[1] التي تركت للأطراف الحرية في تحديد أسعار الخدمات.

وبهذا فا لمشرع بوضعه لمجموعة من الواجبات والحقوق يكون قد كرس المصلحة العامة والمصالح الخاصة لبعض فئات المجتمع حتى وإن اقتضى الأمر المساس بقدسية العقد[2].

المطلب الثالث : مبررات التعديل القضائي

إذا كان العقد شريعة المتعاقدين, فإنه لا يجوز للقاضي التدخل في تحديد شروطه مادامت هذه الشروط واضحة ومحددة, إلا أن المشرع قد يرخص له– كلما توافرت الشروط القانونية– بالتدخل لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد والقضاء على التجاوزات المرتكبة من أحد طرفيه، فالقاضي إذن عليه أن يجتهد في حدود سلطاته دون الخروج عن أحكام القانون في أن يحقق في نطاق الممكن للعدالة العقدية, والتي مفادها الأنصاف والعدل كما يتصور الفرد, بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي.

وللعدالة تأثير في تدخل القاضي لتعديل العقد, إذ أن توازن المصالح وتعادلها في العقود يقتضي الرجوع إلى مبادئها للإبقاء كفتي الميزان في حالة التعادل والمساواة حتى مع غموضها وإبهامها, إلا أن هذا لا يمنع من اتخاذها كمبرر لتدخل القاضي, لاسيما وان العدالة تجد مصدرها في أحكام الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني والتي تنص على أنه : "

---

[1]- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جوان 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جويلية 2008 والقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010.

[2]- حمة سوسن, المرجع السابق, ص. 08 و 09.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية, فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف, فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

إن العقد في وظيفته الأساسية هو أداة تبادل الأموال والخدمات وهو كالالتزامات عموما خاضع لمبدأ العدالة التبادلية, ولابد من الحفاظ عليه, وذلك بمنح القاضي سلطة إعادة التوازنات المختلفة في العقد بتعديل بعض شروطه أو حتى إلغائها, وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقضي به العدالة, كما يمكن التأكيد على أن تدخل القاضي وجد لمنع وقوع الضرر لأحد المتعاقدين والعمل على تحقيق العدل فيما بينهم[1].

فالعدالة بما تمتاز به من مرونة في إعادة تناسب في الالتزامات, تصلح إذن كمبرر لتدخل القاضي لتعديل العقد ورفع الظلم و الضرر عن الطرف المتضرر.

وعليه فبإمكان القاضي تعديل العقد وفق الشروط القانونية لكل حالة, وفي حالة عدم تحقق تلك الشروط لا يجوز له التدخل وإلا اعتبر متجاوزا لسلطته, ويكون مبرر القاضي في التدخل غالبا العدالة العقدية بما تفترضه من إعادة التوازن في الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين, وكذا ضمان استقرار المعاملات وتحقيق مصالح الأطراف، والحفاظ على استمرارية العقد وتنفيذه[2].

---

[1]- حمة سوسن, المرجع السابق, ص. 09 و 10.

[2]- حمة سوسن, المرجع السابق, ص. 10.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

الفصل الأول: صور التعديل القضائي

إن الأصل هو احترام القاضي لقانون العقد, فلا يمكن له إن يحل محل إرادة الأطراف في تعديله لما في ذلك مساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد, فوظيفة القاضي في الأصل تقتصر على تفسير العقود وتطبيق أحكامه دون تعديل بنودها، إلا أنه استثناء من هذا المبدأ رخص المشرع الجزائري للقاضي تعديل العقد نتيجة لوجود ظروف قد تؤدي إلى إلحاق خسارة بأحد المتعاقدين أو ضرر فاحش, وكذا من أجل ضمان توازن العلاقة التعاقدية وبقائها.

إذن فتدخل القاضي لتعديل العقد يكون في حالات خاصة, تتمثل في تعديله للشروط التعسفية المدرجة في عقد الإذعان, كما يتدخل لإعادة التوازن نتيجة ظرف طارئ, لاحق على تكوين العقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة، و يتدخل أيضا لتعديل الشروط التعاقدية كالشرط الجزائي, وكذلك في حالتي الغبن والاستغلال[1] وهذا ما سنتناوله بالتفصيل فيما يلي :

المبحث الأول : تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان

ترد الشروط التعسفية بصفة خاصة في عقود الإذعان، التي يتولى إعدادها مسبقا الطرف الأقوى اقتصاديا، و التي تعد في حقيقتها مجحفة و ظالمة، و من هنا جاء تدخل التشريعات في إطار عقود الإذعان بهدف حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية.

إن تحولات المجتمع في أواخر القرن التاسع عشر قد أنشأت ظواهر جديدة حدت من مبدأ سلطان الإدارة، وأنقصت من إرادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد وبذلك تولد عقد الإذعان.[2]

---

[1]- حمة سوسن، المرجع السابق، ص. 19.

[2]- لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص. 22.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

الأصل في التعاقد أن يتم إجراءه بحرية النقاش والمساومة، بحيث يترك لكل من طرفيه الفرصة في أن يجعل الأخر يرتضي أفضل الشروط بالنسبة إليه، وهذا هو عقد المساومة الذي يكون فيه توافق الإرادتين نتيجة مساومة بين طرفين متساويين يؤدي كل منهما دورا في إبرام العقد مساويا للدور الذي يؤديه الأخر، وهناك نوع أخر من العقد يخرج من هذه القاعدة، فلا تكون هناك مساومة أو نقاش في شروطها ، وإنما يضع أحد الطرفين هذه الشروط ولا يكون أمام الطرف الثاني إلا أن يذعن لها ويقبلها أو يرفضها كما هي ، ويكون قبوله لها بالتسليم والإذعان[1] وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري[2] في المادة 70 من القانون المدني بعبارة : " بمجرد التسليم ".

لقد نشأت عقود الإذعان في الفكر القانوني المعاصر نتيجة الوضع الاقتصادي المتمثل في قيام قوى هائلة توصلت إلى هذا التحكم عن طريق الاحتكار، وقد ساعد على ذلك أن هذه السلع أو الخدمات تتطلب لأدائها مجهودان كبيرة وأموالا طائلة لا تستطيع القيام بها إلا شركات ضخمة لا تجد لها منافسة، ومن هذه الخدمات أو الحاجات على وجه الخصوص تقديم الضرورات المنزلية كالكهرباء والغاز والنقل والتأمين....الخ.

---

[1]- سواسي نزهة، المرجع السابق، ص. 08.

[2]- لقد عالج المشرع الجزائري عقد الإذعان في النصوص القانونية الآتية:

المادة 70 من القانون المدني: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها"

المادة 110 من القانون المدني:" إذا تم العقد بطريق الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل في هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

المادة 112 من القانون المدني: " يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن."

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

المطلب الأول :مفهوم عقد الإذعان

لقد أقر الفقه في تقسيم العقود عدة تقسيمات و ذلك بالنظر إليها من وجهات مختلفة من حيث مدى مساهمة إرادة كل من الطرفين في تكوينه إما أن يكون عقد مساومة أو عقد الإذعان، وما دام أن المشرع الجزائري اكتفى بالحديث من كيفية التراضي في عقد الإذعان ولم يعطه تعريفا دقيقا و مفصلا يسمح لنا بتحديد خصائصه[1]، فإنه يتوجب علينا و نحن بصدد هذا الموضوع أن نبدأ بتعريف عقد الإذعان أولا ثم نتناول شروطه.

لقد تبنى معظم الفقه و القضاء المصري مفهوما تقليديا ضيقاً لعقود الإذعان، و ذلك على الرغم من أن نصوص القانون المدني المنظمة لهذه العقود لم تقيدها بتلك القيود التي إستقر عليها الفقه و القضاء المصري، منذ نشأة هذه العقود و ظهورها في أوائل القرن العشرين، و الذي ما زال لحد الآن لم يحد عنها، بالرغم من التطور الذي عرفته المجتمعات في طرق و أساليب التعاقد[2].

في المقابل تبنى الفقه الفرنسي مفهوم حديث و موسع لعقد الإذعان، بهدف إسباغ الحماية القانونية على أكبر عدد ممكن من المستهلكين، الذين يكونون في موضع إذعان و خضوع عند إبرامهم للعقد، و عليه سنتطرق إلى المفهوم التقليدي لعقود الإذعان و خصائصه ثم إلى مفهومه الحديث و خصائصه.

---

[1]- سواسي نزهة، المرجع السابق، ص. 07.

[2]– محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998، ص. 11.

الفرع الأول : المفهوم التقليدي لعقد الإذعان و خصائصه

لقد سمي هذا النوع من العقود بعقد الإذعان و أول من استعمل و أطلق عليه مصطلح "contrat d'adhésion" هو الفقيه الفرنسي سالي و هذه الكلمة مشتقة من فعل "adhère" و معناه أن يوافق شخص على قرار اتخذه غيره، أما الاصطلاح العربي و هو" عقد الإذعان " ففيه معنى الخضوع و الطاعة و هو من هذا الوجه يميز هذا النوع من العقود تمييزا كافيا من عقود المساومة، و لقد آثر الفقيه السنهوري تسميته في اللغة العربية بعقد الإذعان، لما يوحي به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول، وقد إستقرت هذه التسمية في الفقه و القضاء و كذا التشريع المصري، ثم إنتقلت بعد ذلك إلى جميع التشريعات العربية.

أولا : المفهوم التقليدي لعقد الإذعان

لقد عرف بعض الفقه[1] عقد الإذعان على أنه : "هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها ،وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها ".

و قد وجد إلى جانب هذا التطور بالنسبة إلى عقد الإذعان تفاوت محسوس في مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية، و ذلك بسبب ما يتمتع به الموجب في هذا العقد من احتكار قانوني أو فعلي، فأصبح الموجب يقدم لمن يريد التعاقد معه شروط العقد ككل يأخذها جملة أو يدعها، ولا بد للقابل من أن يتعاقد لأن المسألة تتعلق بسلعة أو مرفق لا غنى له عنه، فهو بذلك يرضخ ويذعن لمشيئة الطرف القوي، ومن هنا جاءت تسمية عقد الإذعان[2]، ومن أمثلة عقود الإذعان عقد العمل في

---

[1]- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، الجزء 1، دار النهضة العربية، 1990، ص. 124.

[2]- إن هذا الإذعان للتعاقد ليس إكراهاً يعيب الرضا، بل هو نوع من الإكراه الاقتصادي الذي لا أثر له على صحة التراضي و بالتالي على وجود العقد.

الصناعات الكبيرة، وعقد التأمين بأنواعه المختلفة، وعقد النقل مع مصلحة السكك الحديدية والشركات والسيارات العامة وعقد الاشتراك في المياه و الكهرباء والغاز، والتعاقد مع مصلحة البريد، و في كل هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش.[1]

ثانيا : خصائص عقد الإذعان بمفهومه التقليدي

بناء على التعريف السابق لعقد الإذعان، يمكن استخلاص خصائصه على النحو التالي :

1- **أن يكون الموجب محتكرا فعليا أو قانونيا** : احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق أو الخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، فعقد الإذعان يسود في ظل الاحتكار لاسيما الناشئ عن إتفاق بين مقدمي السلع أو الخدمات، لذلك نادرا ما يوجد هذا العقد في ظل المنافسة الحرة، لأن انعدام الإحتكار يتيح الفرصة أمام المستهلك لإيجاد السلعة أو الخدمة بشروط أفضل لدى أحد المتنافسين الذين يرغبون في جلب أكبر عدد ممكن من الزبائن.

2- **أن يعد المحتكر شروطا محددة تقبل أو ترفض جملة** : إن الإيجاب في هذه العقود من عمل الطرف القوي وحده، فهو وحده الذي يضع شروط العقد، لا يشاركه المتعاقد الآخر في وضعها ولا يقبل منافسة فيها، ولا يكون أمام هذا الأخير إلا أن يقبل أو يرفض، وهو غالبا ما يضع الشرط بما يخدم مصلحته، وهو ما عبرت عنه المادة 70 من القانون المدني الجزائري بقولها : " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها "[2]، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على سلعة أو خدمة لا غنى له عنها فهو مضطر إلى القبول، فرضاه موجود ولكنه مفروض عليه.

---

[1]- عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص. 125.

[2]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007، ص. 57.

3- **أن يكون العرض موجها للجمهور بصورة عامة ودائمة** : أي أن يوجه العرض إلى أشخاص غير محدودين ويحتفظ به لمدة غير محدودة، فهو إيجاب موجه إلى كافة الجمهور، ولا يمكن لمحتكر السلع أو الخدمة التحلل من هذا الإيجاب عن طريق تصرف سلبي، وإلا وقعت عليه المسؤولية.

كذلك يلزم أن يكون إيجاب المحتكر دائم وصادر على نحو مستمر، ويكون ملزما لمدة أطول بكثير مما عليه الحال من العقود العادية.

4- **أن يتعلق الإيجاب بمرفق أو سلعة ضرورية** : حيث أنه من الواجب أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، حيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حياتهم دون أن يلحقهم أذى أو مشقة، فالاشتراك في الماء والغاز والكهرباء، كلها يتعلق بمرافق أساسية، وتجدر الإشارة هنا إلى أن السلعة أو الخدمة يجب أن تكون ضرورية وأساسية، ليس لفرد معين ولكن بالنسبة لجمهور الناس[1].

الفرع الثاني : المفهوم الحديث لعقد الإذعان و خصائصه

يمكن القول أن الفقه والقضاء في مصر عموما قد تبنى مفهوما ضيقا لعقد الإذعان، إذ نجد أن المذكرات الإيضاحية لقوانين الدول العربية وأراء الفقه وأحكام القضاء تردد نفس المضمون الذي نادى به العلامة الكبير السنهوري، إلا أن الاتجاه المعاصر قد هجر هذا المفهوم و سار في اتجاه أكثر اتساعا يتناسب مع التكتلات الاقتصادية التي يشهدها العالم في أواخر هذا القرن، وذلك نتيجة لتركيز آلة الإنتاج في عدد محدود من المنشآت الصناعية الكبرى، الأمر الذي ساعد هذه المنشآت

[1]- سواسي نزهة ، المرجع السابق، ص. 26 .

على الإعداد المفرط لشروط العقد ثم عرضها على المتعاملين معها والذين تضطرهم الظروف في غالب الأحيان إلى قبول تلك الصيغة المنفردة لشروط التعاقد.

أولا: المفهوم الحديث لعقد الإذعان

ونتيجة جمود المفهوم التقليدي لعقد الإذعان وعدم ملاحقته للتطورات الحديثة التي نادى بها الرأي السائد في فرنسا والذي تتبناه عدد غير قليل من الفقه المصري الحديث، حيث عرف عقد الإذعان بأنه: "خضوع أحد الطرفين لعقد محرر سلفا من جانب واحد بحيث يتضمن تفصيلا على شروط التعاقد بدون آلية مفاوضات أو مناقشات من الجانب الآخر"[1].

و يرى البعض بخصوص تعريف عقد الإذعان أنه لم يكن غير قابل للتعريف بدقة، حتى أنه كان يتنازع في أنه يتجاوب مع مفهوم محدد، ذلك بأن اللامساواة في القوة الاقتصادية بين الأطراف المتعاقدة، أو بشكل أبسط اللامساواة التي تخلقها السرعة في المعاملات الاستهلاكية وكثافة السلع و الخدمات الموجودة في كل مكان دائما، لذا من غير المعقول القول أن كل هذه العقود المبرمة في ظل هذه الظروف هي عقود الإذعان.

ولمحاولة تعريف هذا العقد يمكن انطلاقا من هذه الملاحظة غير المتنازع فيها القول أن عقد الإذعان هو العقد الذي يفترض في جوهره أن يقبل المذعَن إجماليا بدون إمكانية المناقشة لشروط العقد الذي يعرضه عليه المحترف أو الموجب، وبتعبير آخر يتقلص الاختيار لدى المتعاقد المنضم بالنسبة لشروط العقد.

---

[1]- محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص. 13 و 14.

ويضاف إلى عنصر الإذعان عنصر ثاني وهو التحرير الأحادي الجانب لعقد الإذعان من طرف الموجب، وقد عرفه الفقيه سالي بقوله أن :" محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، و تملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة، و تفرضها مسبقا و من جانب واحد و لا ينقصها سوى إذعان من يقبل بقانون العقد"، غير أنه يلاحظ على هذا التعريف أنه اهتم بالإرادة المنفردة وبطريقة انضمام الأفراد إلى هذه الإرادة التي تملي قانون العقد على مجموعة غير محددة دون أن يتعرض إلى موضوع العقد.

كما عرف جانب آخر من الفقه عقد الإذعان بأنه " انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله ".

يلاحظ على التعريفات الغربية السابقة أنها لا تشترط عنصر الاحتكار في عقود الإذعان، و لا ضرورة السلعة أو الخدمة، وبالتالي فهي تأخذ بمفهوم واسع لعقود الإذعان[1]، و إنما يشترط فقط إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين، و إذعان الطرف الآخر لها دون مناقشة أو تفاوض بشأنها، و ذلك خلافا لما ذهب إليه الفقه والقضاء المصريين اللذان ضيقا إلى حد كبير من عقد الإذعان.

ثانيا : خصائص عقد الإذعان بالمفهوم الحديث

يتضح من التعاريف السابقة، أنه لكي نكون بصدد عقد الإذعان يجب أن يتوافر في هذا العقد خاصيتان:

الخاصية الأولى: تتعلق بالتنظيم المنفرد بشروط العقد من جانب واحد بحيث يتضمن تفصيلا عن شروط التعاقد بدون أية مفاوضات أو مناقشات من الجانب الآخر، فهذا التنظيم لشروط العقد من جانب واحد سيسمح بإدراج الشروط التعسفية في العقد بحيث تكون سمة هذه الشروط في مجموعها

[1] – يلاحظ أن المفهوم الحديث لعقود الإذعان يتوافق مع نصوص القانون المدني (المادة 70 ق.م.ج.) و كذلك القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (المادة 3 منه)، و اللذان لم يشيرا إلى فكرة الاحتكار أو فكرة ضرورية السلعة أو الخدمة.

التخفيف من التزامات واضعها أو زيادة حقوقه، و في المقابل التشديد من التزامات المتعاقد الآخر أو تخفيض حقوقه.[1]

الخاصية الثانية: وهي تتعلق بقدرة الموجب على فرض شروط عقده التي وضعها سلفا بحيث لا يكون للمذعَن "القابل" سوى حرية محدودة هي قبول العقد برمته أو رفضه برمته، بل قد يصعب وصف موقف المذعَن بأنه " حرية محدودة " لأنه يصعب عليه أن يجد الدليل.

ما يميز عقود الإذعان هو ضعف الطرف المذعن وعدم تساويه في المركز مع الطرف الآخر على أن عدم التساوي هذا يجوز أن يقدر بالنظر إلى موقف الطرفين خارج العلاقة العقدية المبرمة بينهما، ولذلك نرى من الناحية العملية أن الشخص القوي اقتصاديا أو الذي يتمتع بثراء كبير لا يمكنه تعديل شرط الإعفاء من المسؤولية الذي يجده مطبوعا على الإيصال الصادر من مصبغة تنظيف ملابسه وكيها، فضعفه هنا يتمثل في أنه يبرم عقدا أعدت شروطه سلفا من الجانب الآخر دون أن يفكر فيه هذا المذعن ولم يعد نفسه ولم يشترك في هذا التنظيم القانوني عند طلبه الحصول على السلعة أو الخدمة، ومن هنا جاءت حاجته القانونية إلى الحماية، ذلك أن الاحتكار من ناحية ليس شرطا مستقلا وإنما هو قرينة على أن القبول قد اقتصر على مجرد التسليم بالشروط المقررة سلفا من جانب الموجب دون إمكانية مناقشتها أو تعديلها.

ومن ناحية أخرى فإن الاحتكار ليس مقصودا لذاته، وإنما يترتب عليه من وجود الموجب في مركز قوي يسمح له بوضع شروط التعاقد بصفة مستقلة وسابقة وبدون أن يقبل فيها أية مناقشة أو تعديـل.

فالمهم إذن أن يكون الموجب في مركز يسمح له بفرض شروط التعاقد المقررة سلفا، ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا المركز للموجب نتيجة احتكار السلعة أو الخدمة أو النتيجة أي أمر آخر[1].

---

[1]- محمد إبراهيم بنداري، المرجع، ص. 13 و 14.

و في الأخير تجب الإشارة، إلى أن المشرع الفرنسي لم يقدم تعريف لعقد الإذعان لا في القانون المدني[2] ولا في قانون الاستهلاك، و بالرغم من أنه لم يخص عقود الإذعان بنصوص عامة تنظمها، و تضفي الحماية القانونية على الطرف الضعيف فيها، إلا أن الجدل الفقهي الذي ثار حول طبيعية هذه العقود حدا بالمشرع الفرنسي للتدخل بنصوص خاصة لتنظيم محتوى أهم هذه العقود، كعقد التأمين و عقد العمل، عقد النقل...[3]

المطلب الثاني : مفهوم الشروط التعسفية

تعد الشروط التعسفية أحد أبرز مظاهر اختلال العلاقة العقدية بما تحمله من مظاهر استغلال الطرف المذعِن لنفوذه الاقتصادي مليا على إرادة الطرف المذعَن، و عليه ينبغي تحديد مفهوم هذه الشروط نظرا لما تحدثه من إخلال بالتوازن في عقد الإذعان.

الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للشرط التعسفي ضمن نصوص القانون المدني، لكن بالرجوع لأحكام القانون 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[4] نجده قد حدد تعريف له في المادة 03 الفقرة 05 منه التي عرفته على أنه: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد، أو

---

[1]- محمد إبراهيم بنداري، المرجع، ص. 14 و 15.

[2]- لم ينظم القانون المدني الفرنسي عقود الإذعان بنصوص خاصة، على الرغم من أن ظهور فكرة الإذعان كان قد سبق إليها الفقه الفرنسي.

[3]- عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، رقم 223، ص. 408.

[4]- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. 27 يونيو 2004، العدد41، ص. 3.

عدة بنود أو شروط أخرى ، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[1].

يستخلص من هذا التعريف أن المشرع قد عرف الشرط التعسفي من خلال الآثار المترتبة عنه، ألا و هي إحداث اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق و التزامات الأطراف، بمعنى أن إدراج الشرط التعسفي في العقود يؤدي إلى إحداث إختلال ظاهر بين التزامات و حقوق الطرفين، و بالتالي فإن هذه الشروط في حقيقتها إما تزيد من حقوق العون الاقتصادي أو المحترف، و في المقابل تحرم المستهلك من حقوقه، و إما تخفف من التزامات المحترف و في المقابل تثقل من التزامات المستهلك.

و على هذا النحو عرف المشرع الفرنسي الشروط التعسفية طبقا لنص المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك بأنها تلك الشروط : " التي يكون هدفها أو أثرها إحداث ضرر لغير المحترف أو المستهلك نتيجة الاختلال الظاهر بين التزامات و حقوق أطراف العقد "، خلافا لذلك، وسعت بعض التشريعات من مفهوم الشرط التعسفي، كالتشريع الألماني الذي يستدل على التعسف من خلال غياب حسن النية، حيث عرف الشروط التعسفية على أنها : " تلك الشروط التعاقدية التي حررت مسبقا لعدد كبير من العقود، و التي يفرضها المشترط على الطرف الآخر، فيتضرر هذا الأخير بصفة مفرطة، لأنها تخالف مبدأ حسن النية أو الأحكام التنظيمية."

ينبغي الإشارة في هذا الصدد، إلى أن المشرع الألماني يعتبر السباق في تقرير الحماية القانونية في مواجهة الشروط التعسفية، من خلال القانون المتعلق بالشروط العامة في العقود الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1976، ساري المفعول ابتداء من 01 أفريل 1977، إذ تبنى قائمة بالشروط التعسفية، معترفا بالمقابل للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي لها، اعتمادا على مبدأ حسن النية.

[1]- بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 26.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

لقد كان المشرع الفرنسي يعرف الشرط التعسفي بداية من خلال المادة 35 من قانون رقم 23-78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام المستهلك بالسلع والخدمات، لقد كانت المادة 35 منه تنص على أنه :" في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، يمكن أن تكون باطلة، محددة، حينما تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذه الأخيرة ميزة فاحشة"، و الجدير بالذكر أن هذه المادة ألغيت و حلت محلها المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 26 جويلية 1993،، لكنها أبقت على نفس المضمون، غير أنه بعد صدور التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية في 05 أفريل 1995 تم تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 95-96 المؤرخ في 01 فيفري 1995، و أصبحت كما هي مذكورة أعلاه.

في هذا الصدد يرى بعض الفقه[1]، بأن المشرع الفرنسي قد عدَّل من مفهوم الشرط التعسفي تعديلا إصطلاحيا فقط دون المضمون، لأن إختلال التوازن بين الحقوق و الالتزامات ما هو إلا نتيجة لتعسف المحترف في استعمال سلطة اقتصادية للحصول على ميزة مفرطة.

يتضح من خلال ما تقدم أن المشرع الجزائري قد حصر الشروط التعسفية في نطاق عقود الإذعان، غير أنه و إن كانت هذه العقود تشكل في الواقع الميدان الخصب للشروط التعسفية، إلا أن هذا لا يعني تضمنها بالضرورة شروطا تعسفية، فهناك العديد من عقود الإذعان التي لا تتضمن شروطها أي تعسف، إضافة إلى ذلك فإن الشروط التعسفية التي يفرضها أحد الطرفين على الآخر، قد تكون إما نتيجة استغلال سلطته الاقتصادية أو لضعف الطرف المذعَن، الأمر الذي يقتضي حماية المتعاقد الذي يوجد في وضعية ضعف مهما كانت طبيعة العقد.

---

[1]- بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 129.

و عليه يمكن القول، أن عقد الإذعان ليس معيار لتطبيق الحماية من الشروط التعسفية، و لكنه قرينة بسيطة على وجود التعسف، لأن الطرف القوي الذي ينفرد بتحرير شروط العقد يملك السلطة و القوة الاقتصادية التي تمكنه من التعسف في فرض الشروط التي تحقق مصالحه على حساب الطرف الضعيف.

لقد أحيط تعريف الشروط التعسفية باهتمام كبير من قبل الفقهاء، و ذلك من عدة زوايا، فمن حيث مصدره يقصد بالشرط التعسفي ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف و يسمح بحدوثه، و من حيث طبيعته، يعرف بأنه الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف و نزاهة و حسن نية و مع روح الحق و العدالة، أما من حيث الآثار، فهو الشرط الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته، الأمر الذي يؤدي إلى إحداث اختلال في توازنه. [1]

و يفرق بعض الفقه[2] بين نوعين من الشروط التعسفية، النوع الأول يشمل الشروط التعسفية بذاتها، و هي تلك الشروط التي يظهر فيها التعسف منذ إدراجها في العقد، و تكشف عنها ذات ألفاظها، فتأتي متناقضة مع جوهرها، أما النوع الثاني فيتضمن الشروط التعسفية بحكم إستعمالها، و هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، و لكن عند تطبيقها أو تنفيذها، و ذلك نتيجة التمسك بحرفيتها و عدم مراعاة روحها.

ينبغي الإشارة في هذا الصدد، إلى أن الشروط التعسفية التي تشملها الحماية القانونية تتعلق فقط بالنوع الأول، و هي الشروط التعسفية في ذاتها أو بطبيعتها، إذ يتضح من النص القانوني أن الحماية تقتصر فقط على تلك الشروط التي تكون متضمنة في عقد إذعان، بمعنى أن التعسف كان عند إبرام العقد أي منذ إدراجها فيه، و ليس عند تنفيذه، بناء على ذلك يعرف الشرط التعسفي على أنه : "

---

[1]– أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، ص. 212.

[2]– عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، رقم 237، ص. 435 و 436.

الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة، و هذه الصفة نسبية، يختلف مفهومها بحسب البيئات و المجتمعات المختلفة، و أمر تقديرها متروك لقاضي الموضوع، دون رقابة من محكمة النقض."

لذلك يدخل في نطاق الشروط التعسفية على سبيل المثال، شروط الإعفاء من المسؤولية أو الإعفاء من الضمان القانوني، كضمان العيوب الخفية أو ضمان التعرض، و الشرط الذي يمنح الطرف القوي حق التعديل في الخدمة أو في مواصفات السلعة دون تعديل الثمن، و شرط عدم تحديد موعد التسليم و تركه لمحض إرادة الطرف القوي، و المبالغة في الشرط الجزائي الذي يوقع على الطرف المذعَن وحده (غير التبادلي)، و عموما الشروط التي تتعارض مع محتوى العقد و تؤدي إلى حرمان الطرف المذعَن من حقوقه لمصلحة الطرف القوي و غيرها[1].

الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي

يتضح من خلال تعريف الشرط التعسفي الوارد في نص المادة 03 من القانون 04-02 المشار إليه سابقا، أن عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري تتمثل في كون مجاله عقد الإذعان، وأن يكون مكتوبا، كما يؤدي إلى إحداث اختلال ظاهر في توازن العقد.

أولا : أن يكون نطاق الشرط التعسفي عقد إذعان

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف عقد الإذعان في المادة الأولى من قانون 02-04 سالف الذكر، حيث عرفته على أنه:" اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع السلع أو تأدية خدمة، قرر مسبقا من أحد الأطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه "، و لقد كرر المشرع ذكر هذا التعريف في المادة الأولى الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي 06-306 المتعلقة بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية والمستهلكين والبنود المعتبرة تعسفية،

[1]- حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، ندوة حماية المستهلك في الشريعة و القانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998، ص. 17.

و بذلك يكون المشرع الجزائري قد هجر المفهوم التقليدي لعقد الإذعان القائم على احتكار الموجب للسلعة احتكار فعلي أو قانوني، و ضرورة السلعة أو الخدمة.[1]

ثانيا : أن يكون العقد مكتوبا

لقد اشترطت المادة 03 الفقرة 04 من القانون 04-02 المذكور أعلاه، أن يكون الشرط الوارد في عقد الإذعان شرطا مكتوبا ، طبقا لاستعمالها عبارة " محررة مسبقا " هذا على الرغم من أن عقود الإذعان يمكن أن تتم شفاهة، إذن فالعقود محل الاعتبار طبقا لهذه المادة هي عقود الإذعان المكتوبة، إلا أن الكتابة المقصودة هنا ليست الكتابة الرسمية، وإنما يكفي مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة الصادرة عن العون الاقتصادي، كما هو عليه الحال فيما يخص طلب شراء الفاتورة، سند ضمان، و صل التسليم وغيرها، وهو ما تضمنته المادة 03 الفقرة 04 من القانون 04-02 سالف الذكر.

ثالثا : أن يتسبب الشرط في إخلال ظاهر لتوازن العقد

لقد أكد المشرع الجزائري من خلال تعريفه للشرط التعسفي الوارد في المادة 03 الفقرة 05 من القانون 04-02، أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يترتب عن إدراجه في العقد إخلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.[2]

يستشف من فحوى التعريف القانوني للشرط التعسفي، أن المشرع الجزائري قد تبنى معيار الإختلال الظاهر "le déséquilibre significatif" بالتوازن العقدي بين حقوق و التزامات طرفي عقد الاستهلاك، و هما المستهلك و العون الاقتصادي.

---

[1] - بودالي محمد ، المرجع السابق، ص. 28.

[2] - زوبير قويدري، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية أثناء التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2005-2006، ص. 97 و 98.

بناء على ذلك، يتضح أنه ينبغي لوصف الشرط على أنه تعسفي، أن يترتب عن وجوده في عقد الإذعان إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد، مما يعني أن الطابع التعسفي للشرط يرتبط بمدى توافر الخلل بين حقوق و التزامات طرفي العقد، و بالتالي لا يهم أن يكون المحترف حسن أو سيء النية، كما لا يشترط وجود تعسف في إستعمال القوة الاقتصادية من قبله، الأمر الذي يؤدي إلى توسيع الحماية من الشروط التعسفية.

لقد إستوحى المشرع الجزائري هذا المعيار من نظيره الفرنسي[1]، الذي استمده بدوره من التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية الصادرة في 05 أفريل 1995، غير أنه يستشف من تعريفه للشرط التعسفي عدم أخذه بمسألة غياب المفاوضات الفردية لشروط العقد و مبدأ حسن النية الوارد ذكرهما في هذه التوجيهة، حيث إقتصر فقط على معيار الاختلال الظاهر بين حقوق و إلتزامات المتعاقدين المترتب عن إدراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.

المبحث الثاني : تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة

قد يحدث عند حلول أجل تنفيذ العقد أن تحل ظروف طارئة استثنائية بسبب حادث غير متوقع فيصبح تنفيذ الالتزام على النحو المتفق عليه شاقا ومرهقا إلى حد يهدد المدين بالخسارة الفادحة، فإذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين بسبب هذه الظروف الطارئة، في هذه الحالة لا شك أن العدالة تقتضي تعديل العقد على نحو يخفف من خسارة الطرف المهدد بالخسارة إذا ما نفذ التزامه، ولكن القوة الملزمة للعقد تبدو حائلا دون ذلك.

---

[1]- المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدلة بموجب القانون رقم 95-96 المؤرخ في 01 فيفري 1995 الذي نص على إدماج التوجيهة الأوروبية رقم 93-13 الصادرة في 05 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في قانون الاستهلاك الفرنسي، تم تبني معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق و الالتزامات بين الطرفين.

ولقد واجه القانون المدني هذه المشكلة بنص صريح خول بمقتضاه للقاضي سلطة تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة، فنصت المادة 107 في فقرتها الثالثة على ما يلي :" غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كان اتفاق على خلاف ذلك".[1]

المطلب الأول : مفهوم الظروف الطارئة

إن نظرية الظروف الطارئة هي من صميم الفقه الإسلامي، وهي تقوم على أساس الضرورة والعدل والإحسان لقوله تعالى :" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر "، وقوله سبحانه وتعالى: " إن الله يأمر بالعدل والإحسان "[2]، و لقد عرف الفقهاء المسلمون فكرة الظروف الطارئة و مدى تأثيرها في الالتزام العقدي و عبروا عنها بالأعذار أي تعذر الوفاء بالالتزام، كما ذهب فقهاء القانون الكنيسي المسيحي إلى نفس الحكم عن طريق افتراض وجود شرط ضمني من مقتضاه وجوب تعديل العاقد لالتزامه إذا تغيرت الظروف عند التنفيذ بحيث يصبح في الالتزام إرهاقا له.[3]

تقوم الظروف الطارئة على أساس حدوث طارئ مفاجئ أثناء التنفيذ العقد يؤدي إلى جعل الالتزام مرهقا تنفيذه على المدين مما يتهدده بخسارة فادحة، و هذا يعني أن مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة تكون ضمن نطاق العقود التي يتراخى تنفيذها، إما لطبيعة العقد ذاته كعقود التوريد لأن

---

[1]- نزهة سواسي، المرجع السابق، ص. 06.

[2]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 4، 2005، ص. 251 و 252.

[3]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 251 و 252.

تنفيذها يتم بصورة دورية، أو كعقود الإيجار ذات التنفيذ المستمر و كذلك العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل.

و لكن يلاحظ أنه إذا تراخى تنفيذ العقد بخطأ من المدين فإنه لا يجوز تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة فالمدين في هذه الحالة يتحمل تبعة تقصيره، ولا يجوز تطبيق هذه النظرية على العقود الاحتمالية لأنها تقوم في الأصل على احتمال وقوع الخسارة و الكسب حتى ولو كان يسيرا في كلتا الحالتين[1].

إن نظرية الظروف الطارئة التي أخذ بها المشرع الجزائري و كذلك المصري في المادة 147 من القانون المدني تعتبر حديثة العهد في التشريعات المعاصرة، و بالرغم من ذلك لم يأخذ القانون المدني الفرنسي بهذه النظرية حيث نصت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي: "على أن الاتفاقات التي تعقد على الوجه الشرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها "، لكن القضاء الإداري الفرنسي قد غاير القضاء المدني و طبق نظرية الظروف الطارئة.

ومن المقرر أن السلطة المخولة للقاضي بموجب نظرية الظروف الطارئة إنما وجدت أصلا بهدف تحقيق التوازن العادل بين طرفي العقد في الرابطة العقدية، و للبحث في مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بموجب نظرية الظروف الطارئة يقتضي هنا استعراض الشروط القانونية التي يتطلبها المشرع لتحقق الظروف الطارئة بالصورة التي تبرر تدخل القاضي في المجال العقدي بغرض إعادة توازنه المختل بسبب هذه الظروف.[2]

---

[1]- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة 2، 2002، ص.111.

[2]- نزهة سواسي، المرجع السابق، ص. 08.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ثلاث شروط يمكن استنتاجها من المادة 107 من القانون المدني : الأول يتعلق بالعقد ، و الثاني بالظرف أو الحادث، والشرط الثالث يتعلق بأثر هذه الظروف و تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

1- أن يوجد التزام تعاقدي متراخي التنفيذ.

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

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

الشرط الأول : أن يوجد التزام تعاقدي متراخي التنفيذ

بالرغم من أن الفقرة 3 من المادة 107 من القانون المدني لم تشترط هذا الشرط إلا أن وجوده أمر يقتضيه منطق نظرية الظروف الطارئة، فطالما كانت هذه النظرية تفترض أن الالتزامات المتولدة عن العقد يتراخى تنفيذها ويطرأ من خلال هذا التراخي حوادث استثنائية عامة، فمعنى ذالك أنه يجب أن تمضى فترة من الوقت بين إبرام العقد وبين تنفيذ الالتزامات التي تنشأ عنه، فإذا كان العقد قد نشأ وتم تنفيذه فعلا قبل حدوث الحوادث الاستثنائية، فلا محل لتطبيق النظرية ولا يجوز إعادة النظر في هذا العقد لأي سبب من الأسباب[1].

أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها فلا يتصور الأخذ في شانها بنظرية الظروف الطارئة بل بنظرية الاستغلال ، وعليه فان النطاق الطبيعي لهذه النظرية هو العقود المستمرة والعقود الفورية المؤجلة

[1]- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة 3، 2002، ص. 118.

، ولا تطبق على العقود الاحتمالية . إذ هي بطبيعتها تعرض المتعاقد لكسب كبير أو لخسارة جسيمة ولا تنصرف إلى عقود القرض لأنه عملا بالمادة 95 ق م لا يلتزم المدين في هذا العقد إلا بمقدار عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع هذه العقود و انخفاضها أي أثر[1].

الشرط الثاني : أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ

يشترط لتطبيق النظرية أن يطرأ حادث استثنائي عام لم يكن في الوسع توقعه، بمعنى أنه يجب في الحادث الطارئ أن يكون استثنائيا أي يندر وقوعه، ومن الحوادث الطارئة ما يعتبر استثنائيا بمجرده وذلك لندرة وقوعه، أو زلزال أو وباء أو فرق تسعيرة جبرية أو إلغاؤها أو استيلاء إداري[2].

أما المراد بالحادث العام أي ألا يكون الحادث استثنائي خاصا بالمدين بمعنى شاملا لطائفة من الناس، ولذلك فإن إفلاس المدين أو مرضه أو موته أو إضراب عماله أو احتراق مزروعاته أو إصابته بحادث، كلها أمور تفيد حوادث خاصة ولا تكفي لتطبيق النظرية، وعدم الاعتداد بأي ظرف خاص بالمدين هو ضمان لعدم الغش من جانبه بإدعائه خلاف الواقع وتقديره متروكا لقاضي الموضوع .

ويجب أن يكون الحادث مفاجئا واستثنائيا أي خارج من المألوف، وأن يكون غير متوقعا أي ليس في وسع الرجل العادي أن يتوقعه عند إبرام العقد، والمعيار هنا هو معيار موضوعي، فإذا كان متوقعا وفي الاستطاعة دفعه، فلا يؤخذ به لإعمال هذه النظرية[3] طبقا لنص المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري.

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 251.

[2]- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص. 482.

[3]- بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص. 257.

الشرط الثالث: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا

وهذا بمعنى أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل الالتزام مرهقا للمدين دون أن يصل الأمر إلى حد استحالة تنفيذه[1]، وهنا يكمن الفرق الأساسي بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، فهما و إن كانتا تشتركان في أن الحادث في كل منهما غير متوقع ولا يمكن دفعه، إلا أنهما تختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فينقضي وينفسخ العقد بقوة القانون، أما الحادث الطارئ فيجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فحسب، فلا ينقضي ولكن يتدخل القاضي لتعديله.

ويشترط في الخسارة التي تلحق المدين أن تكون فادحة، أما الخسارة المألوفة فلا تكفي، والمعيار في ذلك ليس معيارا شخصيا ينظر فيه إلى شخص المدين، بل هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى الصفقة ذاتها مقيسة بظروف المدين العادي.

أما المشرع الجزائري طبقا للمادة 3/107 من القانون المدني، فلم يحدد مقدار الإرهاق، بل اكتفى بأن تكون الخسارة فادحة أي غير مألوفة وفيها نوع من الظلم للمدين، وترك للقاضي سلطة واسعة في تقدير ذلك حسب الظروف المحيطة بالعقد[2].

المبحث الثالث : تعديل الشرط الجزائي

يحدث كثيرا أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدما على تقدير هذا التعويض، فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.257 و 258 ; محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص. 307 و 308.

[2]- حمة سوسن، المرجع السابق، ص23 ; عبد المنعم فرج الصدى، المرجع السابق، ص. 486.

الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذه وهذا هو التعويض عن التأخير، وهذا الاتفاق مقدما على التعويض يسمى بالشرط الجزائي[1].

لقد شاع استعمال الشرط الجزائي في الحياة المعاصرة لاسيما في مجال المعاملات المدنية والتجارية، فالبائع يلجأ إليه حتى يضمن قيام المشتري بتسليم الشيء المبيع، والمشتري يشترطه حتى يضمن سداد الثمن دون تأخير، وانتشر كذلك في عقود الغرر والمقاولات والعمل والإيجار وكافة العقود الائتمانية.

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي وبصفة أصلية يهدف إلى تقدير التعويض المستحق لأحد طرفي العقد عن الأضرار التي تنتج عن مخالفة الطرف الأخر لالتزامه الذي اقترن به الشرط الجزائي، وتتحقق هذه الوظيفة التعويضية لهذا الشرط الجزائي في الحالة التي يتناسب فيها المقدار الذي حدد به حقيقة الأضرار التي تترتب على الإخلال بالالتزام الأصلي[2].

ولقد أورد المشرع الجزائري أحكام التعويض الاتفاقي في المواد من 183 إلى 185 من القانون المدني، حيث نص صراحة في المادة 183 من نفس القانون على جواز قيام المتعاقدين بتقدير التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق يعد معدلا أو مكملا للعقد الأصلي[3]، كما أشار إليه أيضا المشرع المصري في المواد من123 إلى 125 من القانون المدني.

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء 2، بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص.851.

[2]- محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص. 63.

[3]- حمي عبد الطيف وبن الطيب عبد الرحمان، تنفيذ الالتزامات العقدية، مذكرة التخرج لنيل شهادة الليسانس، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، السنة الجامعية 2009-2010، ص. 42.

الفرع الأول : تعريف الشرط الجزائي

يعرف الشرط الجزائي تعريفات متعددة تتفق في النهاية على أنه بند عقدي يدرجه المتعاقدان في عقدهما أو في اتفاق لاحق لضمان احترام العقد و كفالة تنفيذه بحيث أنه إذا أخل المتعاقد بالتزامه أدى مبلغا معينا للمتعاقد الأخر، فهو في الحقيقة تقدير اتفاقي للتعويض، و قد يتمثل التعويض المتفق عليه و المقدر سلفا في مبلغ نقدي أو في عمل أو امتناع عن عمل أيا كان، و قد يكون تقصيرا لميعاد أو تغييرا لمكان تنفيذ الالتزام، و هكذا فليس هناك مانع من تحديد التعويض بغير النقود كما لو اتفق في إيجار أرض زراعية على أن يستلم المستأجر الأرض بمجرد انتهاء الإيجار خالية من الزراعة، و أن تكون الزراعة القائمة في الأرض عند انتهاء الإيجار للمؤجر كتعويض[1].

ومما سبق يعرف الشرط الجزائي على أنه :" اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه أحدهما عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الأخر ما التزم به أو تأخر في تنفيذه".

إذن الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض أي "مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدما التعويض الذي يستحق لأحدهما عن الضرر الذي يلحقه نتيجة خطأ يقترفه الآخر، و يعتبر اتفاقا يتعلق بالمسؤولية، و من ثم ينبغي توافر جميع عناصرها لأنه لا يعدو أن يكون استبدالا بالتقدير القضائي للتعويض تقديرا اتفاقيا له لا يترتب عليه أدنى تغيير في طبيعته القانونية.

و سمي الشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي، الذي يستحق التعويض على أساسه و ليس هناك ما يمنع من أن يتضمنه اتفاق لاحق لهدا العقد، و لكن يشترط أن يكون

[1]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 64 و 69.

هذا الاتفاق سابقا على وقوع الضرر أي سابقا على التنفيذ أو التأخير فيه، و ذلك حتى لا يلتبس بالصلح أو بالتجديد[1].

فالاتفاق اللاحق لا يكون شرطا جزائيا إلا إذا مقدما أي قبل وقوع الإخلال الذي يقدر التعويض عنه، أما إذا اتفق الدائن و المدين بعد الإخلال بالالتزام على مبلغ يدفعه المدين تعويضا للدائن حسما لما ثار بينهما من نزاع بشأن تقدير التعويض، فلا يعتبر هذا الإنفاق شرطا جزائيا، و إنما هو عقد صلح لا تطبق عليه الأحكام الخاصة بالشرط الجزائي، و عليه يمكننا القول أن الشرط الجزائي يؤدي وظيفة هامة ذات مظاهر متعددة منها :

- قطع دابر النزاع المحتمل حول مقدار التعويض : أي أنه قد لا يرى الطرفان ترك الأمر في تقدير التعويض للقاضي، فيضمنان العقد المنشئ للالتزام بندا يحددان فيه جزاء الإخلال به.
- الضغط على المدين لتنفيذ التزاماته: أي قيد الحرية المطلقة للمدين في التنفيذ و عدم التنفيذ و من ثم الضغط على المدين بصورة غير مباشرة، ذلك أنه إذا كان الإكراه الشخصي المباشر على التنفيذ أمراً ممنوعاً، فإن الوسيلة الوحيدة لضمان التنفيذ هي الضغط على المدين من خلال الشرط الجزائي لكي يفي بالتزاماته.
- تحديد التعويض الإتفاقي بطريقة شبه عادلة لأنها تصبح أقرب ما تكون للحقيقة أي أن المتعاقدان هما أقدر الناس على معرفة وضعهما عند التعاقد و بعده، و هما اللذان يقدران مقدار التعويض العادل الذي يكفي لجبر الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، و هذا ما يفسر كثرة اللجوء للبنود العقدية في عقود العمل و النقل و البيع و الإيجار و تأجير المعدات.[2]

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد و محمد حسن منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص. 76 و 77.

[2]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 70 و 71 و 72.

ومن مجالا ت إعمال الشرط الجزائي نجدها في مجالين العقدي و التقصيري، فنجده مثلا في مجال عقود المعارضة كالبيع و الإيجار و العمل، يستوي أن يكون العقد من القانون المدني أو القانون التجاري، أو القانون الإداري بل يستوي أن يتعلق الأمر بعقد من عقود التجارة الدولية، فقد يلجأ المتعاقدون في عقود البيع إلى الشرط الجزائي كوسيلة فنية لضمان تنفيذ هذه العقود، فهم يدرجونه فيها الضمان قيام كل منهم بتنفيذ التزاماتهم الناشئة عنها.

و بالإضافة إلى القواعد العامة التي تحدد قواعد التعويض الاتفاقي في العقود العامة، و منها عقد البيع فإن قواعد القانون المدني تخص البيع بالتقسيط بحكم خاص.[1]

فإذا اتفقا المتعاقدان في البيع بالتقسيط على أن يستبقي البائع جزء من الثمن على سبيل التعويض في حالة فسخ العقد لعدم استيفاء جميع الأقساط، فهذا التعويض يعتبر شرط جزائي لكنه لا يترتب نتيجة عدم تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذه، و إنما في حالة فسخ العقد لعدم تنفيذ الالتزام المتمثل في عدم دفع جميع الأقساط، لذلك يعتبر الشرط الجزائي في البيع بالتقسيط من نوع مختلف.

و في مجال عقود الإيجار تعوز الحاجة إلى إدراج بند جزائي يقضي بالتزام المستأجر يدفع للمؤجر مبلغا نقديا معينا عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن إخلاء العين المؤجرة.[2]

---

[1]- المادة 363 الفقرة 2 من القانون المدني :" فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط، و مع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 184."

[2]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 108 و 109.

و كثيرا ما تتضمن اللوائح و الأنظمة المنظمة لعمل العمال في مصنع أو شركة شرطا جزائيا يقضي بخصم مبلغ معين من أجرة العامل في حالة إخلاله بالتزاماته المختلفة[1]، كذلك هو الحال في عقود العمل المحددة المدة.

كما شيع أيضا استخدام الشروط الجزائية في مجال العقود الإدارية لضمان تنفيذها في المواعيد المحددة لها، و العقد الإداري هو عقد يبرمه شخص معنوي عام بهدف تسيير مرفق عام أو تنظيمه و تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأساليب و أحكام القانون العام، ومن ذلك تضمين العقد شروطا استثنائية و غير مألوفة في مجال القانون الخاص، أو تخويل المتعاقد مع الإدارة حق الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام، و من العقود الإدارية التي ينتشر فيها استخدام البند الجزائي عقد الأشغال العمومية "Marché de travaux public" ففي هذه العقود تشترط الإدارة على المقاول الذي يتعاقد معها على أن يدفع مبلغا معينا على سبيل الجزاء عن كل فترة زمنية يتأخر فيها عن تنفيذ التزاماته، و مثل هذا الشرط يوجد عادة في المناقصات التي تعلن عنها الحكومة.

ونجد أيضا إدراج البند الجزائي في العقود التبرعية كالوصية حيث من حق الموصى أن يفرض شرطا جزائيا في الوصية يتمثل في جوهره في تحميل الموصى له بأعباء معينة إن هو خالف ما اشترط عليه في الوصية، كذلك هو الحال في عقد الهبة إذ يفرض الواهب شرطا جزائيا في هبته ليكون أداة فعالة تكفل احترام الموهوب له إياها، فيجوز للواهب أن يفرض على الموهوب شرط عدم التصرف في الشيء الموهوب لباعث مشروع و لمدة معقولة، فيكون ذلك عبئا قريب الشبه بالبند الجزائي[2].

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد و محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص. 77.

[2]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 122 و 125 و 126.

ولما كان الشرط الجزائي يتناول عادة تقرير التعويض بمناسبة المسؤولية العقدية، فلا شيء يمنع من الالتجاء إليه في ميدان المسؤولية التقصيرية أي بمناسبة التعويض المستحق عن الإخلال بالالتزام غير تعاقدي كالعمل غير مشروع[1].

ومن أمثلة ذلك عن عمل غير مشروع الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة الإخلال بوعد الزواج، إذ هذا الإخلال تترتب عليه مسؤولية تقصيرية لا عقدية، كذلك إذا كان الإخلال بالعقد يشكل جريمة جنائية كجريمة التبديد و اتفق المتعاقدان على شرط جزائي فإن هذا يكون اتفاقا مقدما على التعويض عن عمل غير مشروع[2]، كما هو الحال أيضا في حالة فسخ أحد المتعاقدين للعقد في حالة تضمين المتعاقدين عقدهما بندا جزائيا يحدد سلفا مقدار التعويض عند قيام أحدهما بفسخ عقد أبرماه و صار ملزما لهما، ولم يعد بإمكان أحدهما التخلص منه بإرادته المنفردة، فالمسؤولية الناتجة بفسخ العقد هي مسؤولية تقصيرية، ومن الصور المتعددة لهذا الفرض نجد فسخ المقاول لعقد المقاولة و عدول الخاطب عن الخطبة.

و خلاصة هذا أن الشرط الجزائي له مجال تطبيق واسع في القوانين و الأنظمة الوضعية بنفس القدر الذي يتم إعماله فيه في الشريعة الإسلامية، فهو لا يسري بالنسبة للتصرفات القانونية عقداً أو إرادة منفردة، و في بعض الأحيان عندما يلتزم الشخص بمحض إرادته لغيره، بل يسري كذلك في الوقائع القانونية بالمعنى الضيق، كما في مجال المسؤولية التقصيرية و الإثراء بالسبب على حساب الغير[3].

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد و محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص. 78.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.581، الهامش 2.

[3]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 103 و 131 و 163.

الفرع الثاني : تمييز الشرط الجزائي عما يشابهه من أوضاع

قلنا سابقا أن الشرط الجزائي هو جزء من مضمون العقد الأصلي أو إتفاق لاحق، يقصد به ضمان تنفيذ العقد لا تعليقه[1]، لكن قد يشتبه بأوضاع قانونية أخرى، وخاصة يشتبه بالعربون وبالتهديد المالي، و الشرط المقيد للمسؤولية و كذا الصلح، لذا يجب تمييزه بينهم.

أولا : تمييز الشرط الجزائي عن العربون

إذا كانت دلالة العربون هي جواز العدول عن العقد، فإنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يرجع في العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون، فيشتبه العربون بالشرط الجزائي، وقد يحمل على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض في حالة العدول عن العقد[2]، فوجه التشابه هنا ظاهري بين الشرط الجزائي و العربون، لكن هذا التشابه يزول عند الوقوف عند الطبيعة الذاتية الحاصلة لكل من هذين النظامين، و بيان ذلك أن[3]:

1- العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد، كان له ذلك في مقابل دفع العربون، أما الشرط الجزائي فتقدير لتعويض عن ضرر وقع ويترتب عن ذلك أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى و لم يترتب عن العدول عن العقد أي ضرر، أما الشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن كما قدمنا.

2- العربون لا يجوز تخفيضه، سواء كان الضرر الذي أصاب المتعاقد الأخر من جراء العدول عن العقد مناسبا أو غير مناسبا، بل يجب دفع مبلغ العربون كما هو حتى لو لم يلحق الطرف

---

[1]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 74.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.864.

[3]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 76.

الأخر أي ضرر[1]، أي أنه لا يحق للطرف المضرور أن يطلب زيادة العربون حتى و إن كان الضرر الذي لحقه أكبر من مبلغ العربون، و من ثم يخضع مقدار العربون للسلطة التقديرية للقاضي على خلاف الشرط الجزائي الذي يجب أن يكون مقداره متناسبا مع ما لحق الدائن من ضرر بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه.

لذا يحق للقاضي مراجعة مقدار التعويض الاتفاقي فيكون له أن يخفض مقداره، كما يكون له أن يطرحه كلية إذا استظهر أن الدائم لم يلحقه أي ضرر على الإطلاق.[2]

3- العربون يمكن تكييفه بأنه البدل في إلتزام بدلي، ففي البيع بالعربون مثلا :يلتزم المشتري التزاما أصليا بدفع الثمن مقابل أخذ المبيع، و له إذا شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلي إلى محل بدلي هو دفع مبلغ العربون في غير مقابل.

أما الشرط الجزائي فتكييفه القانوني هو تكييف التعويض لا هو بالتزام تخييري ولا بالتزام بدلي، و من ثم لا يكون المدين حرا للعدول عن تنفيذ التزامه الأصلي[3]، أي أن المتعاقد بالعربون يستطيع التحلل من العقد نهائيا بدفعه ثمن العدول، أما الشرط الجزائي فإن المدين ليس باستطاعته دفع قيمة ما اشترط جزاء لعدم التنفيذ أو التأخير فيه و إنما يقع عليه أصلا واجبا بتنفيذ التزامه عينيا، و لا يعفيه الشرط الجزائي من هذا التنفيذ، فإن تعذر يلجأ إلى التنفيذ بمقابل أي التعويض[4].

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.865.

[2]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 77.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 865.

[4]- حيمي عبد اللطيف و بن الطيب عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 44.

ويترتب على الاختلاف السابق بين طبيعة الشرط الجزائي و العربون:

أن العربون لا يشترط لاستحقاقه صدور خطأ ممن صدر منه العدول، بل أن ذلك الخطأ لا يمكن تصوره ممن عدل حيث أنه يستعمل حقا له منصوصا عليه في العقد، بعكس الشرط الجزائي الذي يفترض لإعماله خطأ من المدين ترتب عليه ضرر للدائن.

ثانيا : تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالي

يمكن التمييز بين الشرط الجزائي عن التهديد المالي في كل من الوجوه الآتية:

1- الغرامة التهديدية ليس مناطها الضرر، أما الشرط الجزائي فيركز وجودا و عدما بالضرر[1].

2- إن الغرامة التهديدية تتم بمقتضى حكم وقتي ولكن تهديدي و بالتالي لا يجوز تنفيذ هذا الحكم إلا بعد تحويلها إلى تعويض نهائي بخلاف الشرط الجزائي الذي يعد اتفاق نهائي قابل للتنفيذ.

3- الغرامة التهديدية ليست إلا وسيلة لدفع المدين للتنفيذ العيني، فيما أن الشرط الجزائي يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني، و الشرط الجزائي يتم باتفاق بين طرفين، بينما الغرامة تكون بحكم القضاء .

4- يقدر التهديد المالي عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بإلتزامه، أما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، لكن إذا كان تعويضا عن عدم التنفيذ فيقدر عادة بمبلغ متقطع.

5-رغم اختلافهما إلا أنهما يتشابهان في حالات معينة و يحدث ذلك عندما يقدر الشرط الجزائي بمبلغ أكبر من قدر الضرر المتوقع حدوثه، و أن يتفق على دفع هذا المبلغ الكبير

[1]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 77.

مقابل كل فترة يتأخر فيها المدين في تنفيذ التزامه، ففي هذه الحالة يظهر هذا المبلغ المقدر قد وضع للتهديد أكثر من التعويض عن الضرر، و في كلتا الحالتين يقضي القاضي بتخفيض هذا المبلغ في الغرامة التهديدية عندما يحولها إلى تعويض نهائي و في الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه.[1]

ثالثا : الشرط الجزائي و الشرط المقيد للمسؤولية

يجب التمييز بين الشرط الجزائي الذي يقدر فيه التعويض تقديرا جزافيا، بحيث لا يجوز للقاضي التعديل فيه إلا في الأحوال المبينة في القانون و بين الشرط الذي يضع حدا أقصى للمسؤولية، فقد يتفق الطرفان على أقصى حد لمقدار مسؤولية المدين لا تصح مجاوزته، كإشتراط مثلا مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد ألا تتجاوز مسؤوليتها مبلغا معينا في حالة ضياع طرد أو رسالة، فإذا زاد الضرر على هذا المبلغ المعين لم تدفع المصلحة إلا هذا المبلغ و إن قل عنه نزل التعويض إلى مقدار الضرر الفعلي، أما في الشرط الجزائي فلا ينزل التعويض عن المبلغ المقدر حتى لو كان الضرر أقل إلا إذا تبين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة.[2]

[1]- حيمي عبد اللطيف و بن الطيب عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 45.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 867، الهامش 1.

رابعا : الشرط الجزائي و الصلح

يتميز الشرط الجزائي عن الصلح في أن الأول يتم قبل وقوع الضرر أما الصلح فهو اتفاق الدائن مع المدين على تقرير التعويض بعد وقوع الضرر بالفعل[1].

الفرع الثالث : التكييف القانوني للشرط الجزائي

ومما سبق يمكننا القول أن الالتزام بالشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي، أما الالتزام الأصلي الذي يتبعه الالتزام بالشرط الجزائي، فهو ما التزم به المدين أصلا بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام، فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بامتناع عن عمل، ثم يتفقان على مبلغ معين يقدران به التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزامه، ويترتب على هذا أمران هما:

- **العبرة بالالتزام الأصيل لا بالشرط الجزائي**: لا يستطيع لدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكنا، كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي، وإنما يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المدين، أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بسبب أجنبي فقد انقضى هذا الالتزام، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرط الجزائي لأن هذا الأخير ليس إلا تقديرا للتعويض المستحق، وهنا لا يستحق الدائن تعويضا.

وينبني على ما تقدم أن الشرط الجزائي لا يعتبر التزاما تخييريا ولا التزاما بديلا، وإنما هو التزاما تابع للالتزام الأصلي، يبقى ببقائه وينقضي بانقضائه، فإذا ما أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المدين، تغير محل الالتزام الأصلي وأصبح تعويضا تكفل الشرط الجزائي بتقديره.

---

[1]- حيمي عبد اللطيف و بن الطيب عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 46.

- **بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بالضرورة بطلان الشرط الجزائي لا عكس** : فإذا كان الالتزام الأصلي باطلا كان الشرط الجزائي وهو التزام تابع باطل كذلك، فإذا عقد الالتزام الأصلي غير ذي أهلية أو ذي صفة أو تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا دفع مبلغا معينا كشرط جزائي، كان كل من الالتزام الأصلي والشرط الجزائي باطلا.

ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أيضا أن الدائن إذا اختار عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي سقط الالتزام الأصلي بمجرد فسخ العقد، وسقط معه الشرط لأنه تابع له[1].

ولكن بطلان الشرط الجزائي لا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي لأن انعدام التابع أو الفرع لا يؤدي إلى انعدام المتبوع أو الأصل، فمصير الأصل لا يناط بمصير التابع، ومثال ذلك أن يشترط الدائن المرتهن على المدين أنه إذا لم يوفه حقه عند حلول أجل الدين، أن يبيع العين المرهونة أو يتملكها دون إتباع الإجراءات المقررة قانونا، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلا رغم صحة الالتزام الأصلي[2].

المطلب الثاني : شروط إستحقاق الشرط الجزائي

قدمنا أن الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أداؤه، فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب هذا التعويض بل لوجوب مصدر أخر، قد يكون التعاقد في بعض الأمور، وقد يكون العمل غير مشروع في صور أخرى، فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض، فما هي هذه الشروط ؟

يتعين لإعمال الشرط الجزائي توافر شروط استحقاق التعويض بصفة عامة وهي : الخطأ، الضرر و العلاقة السببية (توافر أركان المسؤولية المدنية)، يضاف إلى ذلك شرط إعذار المدين.

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 860 و 861 و 862 و 863 الهامش 1.

[2]- محمد شتا أو سعد، المرجع السابق، ص. 100.

الفرع الأول : قيام المسؤولية المدنية

إن شروط استحقاق الشرط الجزائي باعتباره تعويضا حدده المتعاقدان سلفا هي شروط قيام المسؤولية المدنية بصفة عامة، وذلك على أساس أنه لا يستحق إلا في حالة إخلال المدين بالتزامه، وهذا يرتب قيام المسؤولية ويتمثل في وجود خطأ من المدين، ضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية تربط الخطأ بالضرر[1]، وعليه لإمكان استحقاق الأداء الذي التزم به المدين بمقتضى البند الجزائي لابد أن يتوفر :

أو لا: الخطأ "La faute"

أي أن يتوافر خطأ من جانب المدين أي فعل موجب للمسؤولية ، سواء كان هذا الفعل ايجابيا أم سلبيا، فلا يكفي عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخره في هذا التنفيذ، كقيام المقاول بدفع مبلغ معين إذا لم ينفذ العمل في الأجل المحدد، فليس كل امتناع أو تأخر عن التنفيذ خطأ، وإنما يجب أن يتوافر إلى جانب ذلك فعل خاطئ، يكون عدم التنفيذ مظهرا له و دليل على حدوثه، بل يستلزم إضافة إلى ذلك أن لا يكون عدم التنفيذ راجعا إلى تقصير المدين أو إهماله لإعمال البند الجزائي ما لم يصدر من المدين خطأ.

إن طبيعة الالتزام ببذل عناية أو بمراعاة الحرص والتبصر أو اليقظة يستلزم إثبات الدائن خطأ المدين الذي يقف من وراء عدم التنفيذ أو التأخير[2]، ومنه يقع على الدائن عبئ إثبات هذا الخط، فإن كان المدين ملزما بتحقيق نتيجة فيكفي لإثبات الخطأ أن يقدم الدائن دليل على عدم تحقيق نتيجة.[3]

---

[1]- حيمي عبد اللطيف و بن الطيب عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 46 و 47.

[2]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 168 و 169 و 175.

[3]- حيمي عبد اللطيف و بن الطيب عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 47.

غير أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصيل مستحيلا استحالة مطلقة أو استحالة لا يكون التنفيذ معها مرضيا للدائن وكانت هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإنه لا تجوز المطالبة بالشرط الجزائي، باستثناء حالة ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على أن يستحق التعويض الاتفاقي رغم استحالة التنفيذ لقوة قاهرة، لأن الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ والقوة القاهرة يعتبر اتفاق صحيح، كما لا يكفي إثبات احتمال وقوع الخطأ لاعتبار شرط الخطأ متوفرا، إنما يجب أن يقع الخطأ فعلا، فالخطأ المحتمل حتى وإن ترجح احتماله لا يكفي، فالعبرة بالإخلال بالالتزام الواقع حالا لا بالإخلال بالالتزام الذي يمكن وقوعه مآلاً.[1]

ثانيا : الضرر "Le préjudice"

لا يكفي الخطأ و حده لاستحقاق الشرط الجزائي إن لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن وعليه فالضرر هو أحد أركان المسؤولية المدنية، و بالتالي هو أحد أركان أو شروط استحقاق التعويض بوجه عام أياً كانت طبيعة هذا التعويض.

ولما كانت القاعدة السائدة أنه لا تعويض بلا ضرر، فإنه لا يمكن استحقاق التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي ما لم يثبت أن هناك ضرر قد لحق الدائن.

كما أن الضرر ليس له معناً خاصاً في مجال إعمال الشرط الجزائي، فهو أذى يلحق المضرور نتيجة خطأ ينسب إلى المدين بوجه عام في جسمه أو ماله، و هذا هو الضرر المادي أو في سمعته أو شرفه أو شعوره و عاطفته و ما إلى ذلك و هذا هو الضرر الأدبي، و عليه فالضرر هو مناط إهمال الشرط الجزائي، و هذا الاتجاه المنطقي سلكته معظم التشريعات العربية[2]، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري

---

[1]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 176 و 178.

[2]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 184 و 185.

في المادة 184 من القانون المدني بقولها :"لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر."

كما أن الشرط الجزائي لا يطبق إلا بشان الغرض الذي قصده المتعاقدان، فما قصد التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ الكلى للالتزام اقتصر على ذلك، وإن كان قصد المتعاقدان التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التفنيد الجزئي أو عن التأخر في التفنيد وجب أن يقتصر التعويض علي ذلك.[1]

ويلاحظ مما سبق، أن الشرط الجزائي يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين، لذلك يفترض وقوع الضرر ولا يكلف الدائن إثباته، وعلى المدين إذا إدعى أن الدائن لم يلحقه أي ضرر أن يثبت ذلك، فعبء إثبات الضرر ينتقل من الدائن إلى المدين بفضل وجود الشرط الجزائي.

ثالثا : الرابطة السببية

لا يكفي لاستحقاق التعويض المتفق عليه توافر الخطأ والضرر فقط، بل يجب أن تقوم رابطة سببية بينهما، أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرا، و لكنه غير متوقع، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض[2].

و القاعدة أن الرابطة السببية تنقطع بثبوت السبب الأجنبي أياً كانت صورته، و يعبر القضاء الفرنسي عن ذلك بعبارة عامة حاصلها أنه كلما كان الضرر مترتبا أو ناجما عن قوة قاهرة أو خطأ الغير أو الخطأ المضرور فإن المدين يعفى من التعويض المتفق عليه.

---

[1]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 192 و 193 و 198.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 858 و 859.

و السبب الأجنبي قد يتمثل في قوة قاهرة تحول دون التنفيذ أو تؤدي إلى التأخر فيه، فمتى توافرت العناصر التي تحدد مفهوم القوة القاهرة فقد انتفى الالتزام القانوني.

كما قد يتمثل في فعل الدائن أي خطأ المضرور، فخطأ المضرور أو فعله بوجه عام يحول دون إعمال البند الجزائي، ذلك أنه لا يجوز أن يستند الدائن إلى فعله هو ليحصل دون وجه حق على تعويض من المدين دون أن تقوم عناصر استحقاقه كاملة، فذلك يكون إثراء محض بلا سبب على حساب المدين بصرف النظر عما إذا كان هناك عدم تنفيذ فعلا أو تأخير عن التنفيذ.

كما قد يتمثل أيضا السبب الأجنبي في فعل الغير، أي شخص أجنبي عن العقد المنطوي على البند الجزائي ولا يكون المدين مسؤولا عنه، فإذا وقع من الغير فعل لا ينسب إلى المدين، ولا يمكن المدين أن يتوقع حصوله، ولا يستطيع دفعه وفقا لمسلك الشخص المعتاد في مثل ظروفه،فإنه يترتب على ذلك إعفاؤه من البند الجزائي المتفق عليه.

و بالرغم من ذلك فإن خطأ الشخص الأجنبي أو فعله لا ينفي مسؤولية المدين في الحالات الآتية:

- إذا كان المدين مسؤولا عن ذلك الشخص أو كان تابعا له أو نائبا عنه أو وكيلا له.
- إذا كان المدين يتوقع أو كان ينبغي في مثل ظروفه أن يتوقع فعل الغير.[1]

غير أنه مع ذلك يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم السابق، ويقع الاتفاق صحيحا بوصفه اشترطا من اشتراطات التشديد من المسؤولية و تحميل المدين تبعية الحادث الفجائي أو السبب الأجنبي بوجه عام[2]، و هذا طبقا لنص المادة 178 من القانون المدني على أنه :"يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث الفجائي و القوة القاهرة".

---

[1]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 200 و 201.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 859 الهامش 1.

الفرع الثاني : الإعذار

يجب على الدائن لكي يستحق التعويض المنصوص عليه في التنفيذ الجزائي أن يقوم بإعذار المدين في الحالات التي يجب فيها الإعذار، أما الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار بحسب القواعد العامة فإن التعويض يستحق بلا أدنى حاجة للإعذار.[1]

وقد أشارت المادة 179 من القانون المدني على وجوب تطبيق النصوص المتعلقة بالإعذار حيث نصت على أنه: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك"، وعليه لا يصح مطالبة الدائن للمدين بتعويض إلا بعد إعذاره قبل مطالبته قضائيا، و يترتب على الإعذار أن يصبح المدين مسؤولا عن التعويض للتأخير عن تنفيذ الالتزام، و بالتالي فالإعذار هو إجراء واجب لاستحقاق التعويض ما لم ينص القانون على غير ذلك.

والأصل في الإعذار أن يكون إنذار المدين على يد محضر قضائي بالوفاء بالتزامه الذي تخلف في تنفيذه، و يقوم مقام الإنذار أية ورقة رسمية يدعو فيها الدائن للوفاء بالتزامه، و يسجل عليه التأخير من تنفيذه على أن تعلن هذه الورقة إلى المدين بناءا على طلب الدائن.[2]

تقضي القاعدة العامة في المادة 179 سالفة الذكر بأنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، إلا أنه هناك استثناءات وردت في المادة 181 من القانون المدني تعفي من الإعذار وهي:

- حالة ما إذا صار تنفيذ الالتزام مستحيلا أو غير مجد أو بدون فائدة بفعل المدين.
- حالة ما إذا كان محل الالتزام عبارة عن تعويض ترتب عن عمل ضار في إطار المسؤولية التقصيرية.

---

[1]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 203.

[2]- المادة 180 من القانون المدني الجزائري: "يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، و يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

- حالة ما إذا كان محل إلتزام المدين هو رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو غير مستحق.
- حالة ما إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ إلتزامه و بالتالي يصبح المدين مسؤولا في تعويض الضرر الناشئ عن التأخر في التنفيذ.[1]

المبحث الرابع : تعديل العقد في حالة الغبن و الاستغلال

إذا توافر في العقد أركانه الثلاثة، التراضي و المحل و السبب انعقد العقد صحيحا و مرتبا لكافة آثاره، و العقد عمل قانوني قوامه الإرادة و الإرادة قد تكون غير موجودة أي معدومة وفي هذه الحالة يصبح العقد باطلا[2] أي معدوم أو غير موجود "inexistant"، و قد تكون الإرادة موجودة و لكنها معيبة بعيب من العيوب، و في هذه الحالة يقوم العقد و لكنه يكون قابلا للإبطال "annulable" لمصلحة المتعاقد الذي شاب إرادته عيبا من عيوب الإرادة.

وعليه فإنه يجب لكي يستقر العقد نهائيا أن يكون التراضي موجودا وصحيحا، وذلك بأن يكون التراضي صادرا من ذي أهلية، وخاليا من عيوب الإرادة، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، ولقد أضاف المشرع الجزائري إليها الغبن في المادة 91 من القانون المدني، غير أن الغبن في حقيقته ليس عيبا في الإرادة ولكنه عيب في العقد، وهو قائم على كون العاقد المغبون كان فريسة لأحد عيوب الرضا السابقة.

---

[1]- حيمي عبد اللطيف و بن الطيب عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 48 و 49.

[2]- يعد العقد باطلا بطلانا مطلقا لأن الرضا ركن من أركان العقد و إنعدامه يترتب عليه إنعدام العقد لكل، و يصبح كأنه غير موجود و نفس الحكم في حالة انعدام ركن المحل أو السبب وكذلك بالنسبة للشكل في العقود الشكلية.

وتعتبر نظرية عيوب الإرادة صدى لمبدأ سلطان الإرادة، فما دام أن الإرادة هي ركن التصرف القانوني تنشئه وتحدد آثاره فيجب أن تكون سليمة من كل عيب يشوبها، وذلك حتى يتوفر لها سلطانها في هذا الصدد[1]، و عليه سنتطرق إلى مفهوم الغبن والاستغلال وعناصره وحالات الغبن بالتفصيل.

المطلب الأول :مفهوم الغبن و الاستغلال

لقد سلك المشرع الجزائري الطريق الذي سارت فيه القوانين الحديثة، فأخذ بفكرة الاستغلال وذلك مع الإبقاء على بعض الحالات في الغبن المادي بمقتضى نصوص مفترقة، ومن التشريعات الحديثة التي أخذت بنظرية الاستغلال العامة : القانون الألماني و السويسري و الإيطالي و اللبناني و النمساوي و المصري و العراقي و السوري، وقد أخذت التقنيات الحديثة بهذا التصوير القانوني للغبن أخذا بفقه المذاهب الاشتراكية التي نادت بحماية الطرف الضعيف في العقد، و لقد حرمت الشريعة الإسلامية قبلها بـ15 قرناً الربا الفاحش باعتباره سبب من أسباب فسخ العقود و كذا استعمال العقد كأداة للاستغلال[2].

الفرع الأول :تعريف الغبن و الاستغلال

الغبن هو عيب قائم بذاته و هو عيب في العقد لا في الرضا[3] و هو عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد و ما يعطيه، و بمعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد العاقدين، و الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة، أما العقود الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن، إذ أن طبيعة عقود الغرر أو

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.96.

[2]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 196 و 197 ; بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.126 و 127.

[3]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة 2، 2005، ص. 151.

الاحتمالية أن يقع الغبن على أحد العاقدين، وفي عقود التبرع يعطي أحد المتعاقدين دون مقابل ولذلك لا يثار عدم التعادل.

و الغبن لا يمكن الكلام عنه إلا عند إنشاء العقد فينظر إلى تعادل الأداءات في هذا الوقت، أما إذا تغيرت القيمة بعد وقت إنشاء العقد، فارتفعت قيمة ما يؤديه أحد العاقدين فلا نكون بصدد غبن، كذلك الأمر إذا تغيرت الظروف و نتج عنها غبن أثناء التنفيذ أو بعد انعقاده ولكن قبل تنفيذه، فالغبن هنا لا يتحقق بل نكون أمام ظرف طارئ وسنرى فيما بعد أثر ذلك على الالتزامات الناشئة عن العقد.

ويلاحظ أنه من النادر أن يتساوى البدلين تماما بعقود المعاوضة، ومن ثم فلا بد من التسامح فلا يعتد بالغبن إلا إذا كان فاحشا.

يقصد بالاستغلال لغة الانتفاع من الغير بدون حق، أما اصطلاحا : فهو استغلال الطيش البيِّن أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض.[1]

ونضيف أيضا إلى أن الاستغلال هو أن يعمد شخص إلى أن يقيد من ناحية من نواحي الضعف الإنساني يلتمسها في شخص آخر فيجعله يبرم تصرفا معينا للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتا غير مألوفا، وبعبارة أخرى يتمثل الاستغلال في الحالات التي يستغل فيها أحد المتعاقدين في الآخر حالة ضعف في أمر من الأمور بحيث يحجب عنه هذا الضعف ملكة الموازنة والتبصر، فينتهز المتعاقد معه هذه الفرصة ويجره إلى إبرام تصرف ينتج عنه غبن

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 151.

له ما كان ليقدم على إبرامه لولا هذا الاستغلال،[1] ومن هنا يمكن القول أن الاستغلال هو عيب من عيوب الإرادة.

الفرع الثاني : التمييز بين الغبن والاستغلال

- إن الغبن لا يتصور إلا في التبرعات إذ أن أحد المتعاقدين فيها يقدم أداء معين بدون مقابل، فالغبن باعتباره عدم التعادل المادي لا يتصور إلا في المعاوضات أما الاستغلال فيمكن أن يقع في جميع التصرفات.

- إن الغبن يقاس بمعيار مادي فينظر فيه إلى ما بين الاداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية أي القسمة بحب سعر السوق، فإذا بلغ الفرق بينهما حداً معيناً كان ذلك غبناً بينما معيار الاستغلال معيار ذاتي أو شخصي يتعلق بالعاقد.

- الغبن عيب في العقد و ليس عيب في إرادة المتعاقد، أما في الاستغلال فإن عدم التعادل في التزامات لا ينظر إليه في ذاته بل باعتباره عيبا في الإرادة.[2]

والمشرع الجزائري يجعل الغبن المجرد عن الاستغلال عيب من عيوب الإرادة في حالات معينة و هي الغبن في بيع العقار بما يزيد عن الخمس في المواد 358 و 359 من القانون المدني، والقسمة بغبن بما يجاوز خمس نصيب المتقاسم طبقا للمادة 732 من القانون المدني[3]، وهذا ما أشار إليه أيضا في المادة 91 من القانون المدني على أنه :"يجب أن يراعي في تطبيق المادة 90 من القانون المدني عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

---

[1]- محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، ص. من 90 إلى 93.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.128.

[3]- محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، 92 و 93.

المطلب الثاني : عناصر الغبن و الاستغلال

بالرجوع لنص الفقرة 1 من المادة 90 من القانون المدني جزائري على أنه : "إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد, أو مع التزامات المتعاقد الآخر, وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً, جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص إلتزامات هذا المتعاقد"، يتضح أن الاستغلال يشتمل على عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي، فأما العنصر المادي فيتمثل في اختلال التوازن الاقتصادي اختلالاً فادحاً أما العنصر النفسي فيتمثل في استغلال حالة نفسية في شخص الطرف المغبون[1].

الفرع الأول : العنصر المادي للاستغلال

يجب لتوافر الاستغلال أن يتحقق تفاوت صارخ بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر, فبمجرد التفاوت بينما يأخذه المتعاقد وما يعطيه لا يكفي لتحقق الاستغلال، حيث لا يشترط في الأصل أن تتعادل إلتزامات المتعاقدين, بل لابد أن يكون هذا التفاوت صارخا أو فادحا طبقا للفقرة 1 من المادة 90 من القانون المدني.

وبالنظر إلى نوع العقد المعني بالاستغلال, فقد يتمثل العنصر المادي في التفاوت بين التزام المتعاقد والعوض الذي يتحصل عليه أو في التفاوت بين حظ الربح والخسارة اللذان يتحملهما كل متعاقد أو في انعدام العوض أصلا.

1. **التفاوت بين الالتزام والعوض:** يتضح من نص المادة 90 من القانون المدني في فقرتها 1 أن للتفاوت صورتين، فقد يكون ما بين التزامات المغبون وما حصل عليه من فائدة بموجب

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 151 الهامش 17.

العقد و تجسد هذه الصورة التفاوت الذي يحصل في عقود المعاوضة، وقد يكون التفاوت ما بين التزامات المغبون والتزامات المستغل, وتترجم هذه الصورة الثانية التفاوت الذي يلحق العقود التبادلية أي العقود التي ترتب علي المتعاقدين التزامات متبادلة ومتقابلة.

ويظهر أن المشرع الجزائري ما قصده هو التفاوت بين قيمة الأداء الذي يقوم به المتعاقد المغبون، وقيمة العوض الذي تحصل عليه، كما أنه اكتفى بوصف التفاوت "التفاوت الكثير في النسبة " دون تعيين مقدار حسابي له.[1]

2. **التفاوت بين الحظ الربح والخسارة** : لا يعتد بهذا التفاوت بالعقود الاحتمالية، حيث يرى بعض الفقهاء أنه لا مجال لتطبيق نظرية الاستغلال على هذه العقود كونها تقوم بطبيعتها على حظ الربح والخسارة، والحقيقة أن احتمال الربح والخسارة الذي يقوم عليه العقد الاحتمالي شيء، واستغلال ضعف المتعاقد شيء آخر، لذا يجب أن يكون احتمال الربح أو الخسارة الذي يتحمله المتعاقد متكافئاً مع حظ الربح أو الخسارة الذي يتحمله المتعاقد الثاني، أما إذا لم يكن هناك تكافؤ بين ما يتحمله كل متعاقد فإننا نكون أمام ضعف نفسي للمتعاقد المغبون واستغلال هذا الضعف من قبل المتعاقد الآخر.

3. **إنعدام العوض** : إن المتبرع في عقود التبرع يلتزم بدون مقابل، كما أن المادة 3/90 من القانون المدني لم تستبعد نظرية الاستغلال عليها، حيث نصت " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن ".

يفيد هذا الحكم الاستثنائي والخاص بعقود المعاوضة أن عقود التبرع تخضع لذات النظرية وبخصوص توفر العنصر المادي فيتمثل الاختلال في التعادل بالنسبة لهذه العقود في الفرق بين الالتزامات التي

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 151 و 152.

يتحملها المتبرع والغاية المعنوية التي يسعى إليها، فتكون العبرة بالقيمة الشخصية للأشياء لا بالقيمة المادية.[1]

الفرع الثاني : العنصر النفسي للاستغلال

من خلال النص السابق للمادة 90 يتبين أنه لا يمكن أن يعتد الطرف المغبون بالغبن إلا بإثبات العنصر النفسي بشقيه[2]، وقد ذكرهما على وجه الحصر وهما : الطيش والهوى، وعكس النص العربي ، فإن المشرع الفرنسي وهو النص الأصلي للمادة كيَّف الطيش بالبيِّن والهوى بالجامح وهذا ما ذهب إليه القانون الألماني والسويسري.[3]

1- الطيش البيِّن: يمكن القول أن الطيش البين هو الخفة الزائدة التي تؤدي إلى التسرع وسوء التقدير وعدم الاكتراث بالعواقب، كما يعرف أيضا على أنه عدم التبصر بالأمور وقلة المبالاة لعواقب الأعمال، أو هو الاهتمام بالمنافع الحالة وإغفال المضار المستقبلية، أو هو اعتقاد سلامة التصرف على ما فيه من غبن، وهو على هذا النحو مرض يصيب الأشخاص الطبيعية دون المعنوية، كما أن حالة الطيش البيِّن تشبه لحد كبير حالة السفه التي تتميز أيضا بتبذير المال، مع أنهما يختلفان من حيث أن الطيش البيِّن أمر طارئ يوجه إلى تصرف دون تصرف أخر، أما السفه فهو حالة مستمرة تعتري الإنسان فتجعله لا

---

[1]- علي فيلال، المرجع السابق، ص. 153 و 154.

[2]- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة ، الطبعة الأولى، عمان، 2002، ص. 20.

[3]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 156 الهامش 30.

يحسن التدبير في تصرفاته، لذلك أوجب المشرع الحجر عليه، أما من اتصف بالطيش البيِّن فلا يحجر عليه لأن الأمر يقتصر على أمر طارئ في الإرادة.[1]

2- الهوى الجامح : هو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد فتنال من سلامة القرارات التي تتخذها، فميول النفس واستياؤها شيئا ما أو شخصا معنيا يندفع معه المتعاقد المغبون ويسعى لتحقيق رغباته دون تبصر ومهما كان الثمن غير مبال بالأضرار[2].

و يجب أن يقع الاستغلال من أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر وأن يكون هذا الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد، ويترتب على ذلك أن إرادة المتعاقد المستغل تكون غير مشروعة وأن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة، ووقوع الاستغلال دافعا إلى التعاقد مسألة واقع لا مسألة قانون ، وعلى المتعاقد المغبون يقع عبء الإثبات[3].

والمشرع الجزائري عندما أخذ بنظرية الاستغلال كان يرمي إلى حماية الطرف الضعيف في التصرف القانوني من مظاهر الضعف الإنساني التي من شأنها أن تقيم الاستغلال، ومع ذلك فإن المادة 90 من القانون المدني لم تنص إلا على حالتين وهما الطيش والهوى الجامح دون حالات أخرى التي يمكن أن تكون مجالا للاستغلال كالقانون المدني الكويتي في المادة 159 التي ذكرت "الحاجة الملحة والطيش البيِّن والضعف الظاهر والهوى الجامح والسطوة الأدبية"، وأيضا المادة 138 من القانون المدني الألماني التي ذكرت " الحاجة والطيش وعدم الخبرة "، أما المادة 22 من القانون المدني الفرنسي[4] فقد جاءت

---

[1]- محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص. 95 و96.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 157.

[3]- أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة1، 2003، ص. 244.

[4]- على خلاف المشرع الجزائري الذي يعتبر الاستغلال كعيب رابع من عيوب الإرادة يقوم إلى جانب كل من الغلط و التدليس و الإكراه، فإن المشرع الفرنسي لم يتناول تنظيم الاستغلال في جانبه النفسي فلم يعتبره عيباً في الإدارة بل تعرض فقط لحالة الغبن واعتبره عيبا في العقد لا في إرادة المغبون، حيث لم يدرجه في المادة 1109 التي حصرت عيوب الإرادة في الغلط والتدليس و الإكراه.

عامة حيث نصت على أنه :" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر بحيث يفترض تبعا للظروف أن رضاؤه لم يصدر عن اختيار كاف، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات".[1]

و عليه يلاحظ أنه زيادة على الضعف النفسي والطيش البيِّن يجب أن يستغل المتعاقد الآخر هذا الضعف، فيدفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد، والاستغلال هو الاستعمال الملائم للظروف المعينة قصد الحصول على فائدة، وعليه فإن عملية استغلال الضعف النفسي تقتضي علم المتعاقد المستفيد بالضعف الذي يعتري المتعاقد المغبون، وأن تنصرف إرادته لهذا الاستغلال من طرفه بقصد الحصول على فائدة، و من هنا يتضح أن ما يقوم به المستغل هو عمل غير مشروع قد يسأل عنه مدنيا و أحياناً جنائياً.

وقد ورد هذا الشرط الذي نحن بصدد دراسته بصريح العبارة في نص المادة 90 فقرة 1 :" وتبيَّن ... لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوىً جامحاً... "، أما إذا لم يعلم الطرف الآخر بذلك، أو علم ولم يقصد أن يستغل الطرف الذي به طيش أو هوى أي تعاقد معه بحسن النية معتقدا أنه قام بعملية رابحة لا غير، للفقه في هذا الأمر أراء مختلفة، فهناك من اشترط إثبات الاستغلال من جهة وهناك من يرى أن العبرة بخطأ المتعاقد المستفيد، بينما يرى البعض الآخر أن التفاوت الكبير بين التزامات المتعاقدين يفترض الاستغلال فيستفيد المغبون من الحماية القانونية، وإذا ثبت سوء نية المتعاقد المستفيد يلزم زيادة على ذلك تعويض الضرر الذي لحق المغبون، ويقع عبء

غير أن الفقه الفرنسي الراجح ذهب إلى أنه بالنسبة إلى الغبن يجب الوقوف عند عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة في العقد دون البحث عن إرادة الطرف المغبون أو نية الطرف الغابن، أما القضاء الفرنسي فقد جنح في عدة أحكام له إلى أن دعوى البطلان بسبب الغبن لا تخضع لأي شرط آخر سوى تحقق الغبن المادي فحسب دون اشتراط إثبات أي استغلال معنوي.[4]

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 157 و 158 و 159.

إثبات عنصر الاستغلال على عاتق المغبون كما يثبت الوقائع التي أثرت على رضاه ودفعته إلى قبول العقد وينبغي أن ننظر في تحديد عدم التعادل إلى وقت إبرام العقد.[1]

و قد نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود وهو يعني أن القانون الجزائري و كباقي التقنيات الحديثة قد أخذ بنظرية الغبن المادي على الرغم من إقراره بنظرية الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، و إنما في حالة وحدة على عكس القوانين الأخرى التي تعددت فيها حالات الغبن المادي، و قد نصت على حالة الغبن التي قررها القانون المدني الجزائري المادة 358 منه و التي تقرر بأنه "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل"، و يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقدر العقار بحسب قيمته وقت البيع.

يتضح لنا أنه في حالة بيع العقارات بغبن يزيد عن الخمس من ثمنه الحقيقي وقت البيع، فإن القانون يعطي للبائع وهو الطرف المغبون الحق في مطالبة المشتري بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس من ثمن المثل، و ذلك لإزالة الغبن الذي وقع فيه البائع وقت البيع، وهنا يلاحظ أن عدم التعادل في الإلتزامات يستوي أن يكون راجعا لإستغلال المشتري لطيش البائع أو هواه الجامح أو غير ذلك.

و يلاحظ كذلك على نص المادة 358 من القانون المدني بأن حالة الغبن المادي في حالة بيع العقار ليست مقصورة على ناقصي الأهلية كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني المصري، وإنما يستفيد منها كذلك من تتوافر عندهم الأهلية الكاملة، و هذا مما يظهر بوضوح من الصياغة العامة للمادة 358، وكذلك المادة 359 التي حددت مدة تقادم الدعوى و على وجه الخصوص الفقرة الأولى و الثانية منها، ففي الفقرة الأولى ذكرت بأن مدة تقادم دعوى إكمال الثمن ثلاث سنوات من يوم إنعقاد

[1]- محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص. 97 98.

البيع، بينما تسقط الدعوى بعد مضي ثلاث سنوات محسوبة من يوم إنقطاع سبب العجز بالنسبة لعديمي الأهلية.

و لكن إذا اكتسب أحد الأشخاص حقا من الحقوق العينية على العقار الذي وقع الغبن المادي في ثمنه إلى ما يزيد عن الخمس وهو حسن النية، أي يجهل حالة الغبن المادي في ثمنه، فهل يتأثر من دعوى إكمال الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل؟

فالجواب جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 359 من القانون المدني و التي قررت بأنه "لا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا اكتسب حقا عينيا على العقار المبيع".[1]

[1]- خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص. 69 و 70 ; بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 252 ; عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص. 214.

الفصل الثاني: آثار التعديل القضائي

يسمح القانون أحيانا لأحد المتعاقدين بنقض أو تعديل العقد دون رضاء المتعاقد معه، غير أنه هناك حالات أخرى يترتب عنها تهديد مصالح المتعاقد فقد يهدد التمسك بالعقد أحيانا المتعاقد فيلحق به خسارة وهذا ما يستدعي تعديل العقد أو نقضه دون اتفاق الطرفين ومن خلال تدخل القاضي بصفة غير مباشرة في حالات استثنائية منصوص عليها قانوناً، والمتمثلة في سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان وكذا تعديله للعقد في ظل الظروف الطارئة ثم في حالة الشرط الجزائي وأخيرا سلطته في تعديل العقد في حالة الغبن والاستغلال.

المبحث الأول : آثار التعديل القضائي على الشروط التعسفية في عقد الإذعان

وفقا للقواعد العامة فإن دور القاضي يقتصر بالنسبة إلى العقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها، إلا أنه وخروجا على هذه القاعدة وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان إعترف القانون بسلطة استثنائية للقاضي بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري تتيح له تجاوز الدور السابق إلى إهدار الشروط الواردة في العقد وتعديلها إذا تبين له أنها تعسفية بغية إعادة التوازن بين حقوق و التزامات المتعاقدين، حيث نصت المادة السابقة الذكر على أنه :"إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك." [1].

[1]- بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 59 .

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

حرص المشرع على توفير حماية خاصة للطرف المذعَن في عقود الإذعان، و تمثلت هذه الحماية الخاصة في صورتين هما: الصورة الأولى تتمثل في تعديل الشروط التعسفية، أما الصورة الثانية فتتمثل في إلغاء الشروط التعسفية.

فالمظهر الأساسي للحماية التي يضمنها القانون لصالح الطرف المذعَن تتمثل في رفع الضرر الذي يلحق بهذا الطرف من جراء الشروط التعسفية إما بتعديل هذه الشروط أو إلغاؤها، و هذه الصورة الأولى والثانية قد نصت عليهما المادة 110 من القانون المدني الجزائري، أما المادة 111 /2 من نفس القانون فتتعلق بالتفسير وليس بالتعديل.

وطالما أن موضوع بحثنا يتعلق بسلطة القاضي في تعديل العقد، فسنتطرق لصور تدخله في عقد الإذعان.[1]

المطلب الأول : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

إن القاضي بتدخله في هذه الصورة يبقي على هذه الشروط التعسفية، إلا أنه يتناولها بالتعديل بالوسيلة التي يراها ملائمة، فإما أن يتناول الالتزامات المتبادلة بين الطرفين بالزيادة أو بالنقصان بما يحقق التوازن بين حقوق و التزامات المتعاقدين، وقد تعرض عليه حالات خاصة كتعديل شرط جزائي مبالغ فيه أو تعديل الشروط التعسفية قصد إزالة الغبن عن الطرف الضعيف إذا كان هناك غبن معاصر لتكوين العقد.

تعديل التزامات الطرفين بالزيادة أو النقصان :

قد يطلب الطرف المذعن من القاضي تعديل شروط تعسفية معينة في عقد الإذعان وتكون هذه الشروط متعلقة بالأداءات التي يؤديها طرفي العقد, وكون هذه الشروط جوهرية في العقد فلا

---

[1]- سواسي نزهة، المرجع السابق، ص. 27.

يمكن للقاضي إلغاؤها دون المساس بالعقد ككل، لذا يكون التعديل أنسب الحلول لرفع الغبن عن الطرف الضعيف.[1]

يحكم القاضي بإنقاص أداءات الطرف المذعَن قصد إزالة المظهر التعسفي أو زيادة التزامات الطرف المحتكر كالإنقاص من مبلغ الانجاز أو الإنقاص من قيمة الأقساط المبالغ فيها والتي يدفعها المؤمن له، أو الإنقاص من ثمن المبيع إذا كان المغبون هو المشتري، أو بزيادة الالتزامات الطرف المحتكر كزيادة المقابل الذي يحصل عليه المؤمن له أو المستفيد في عقد التأمين عند حدوث الحادث المؤمن منه أو زيادة الأجرة بالنسبة لعقد العمل أو الثمن في عقد البيع إذا كان المغبون هو البائع.

وبصفة عامة يقوم القاضي بتعديل التزامات الطرفين بما يحقق العدالة التعاقدية وبما يرفع الغبن عن الطرف الضعيف في عقد الإذعان.

المطلب الثاني : سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

إن هذه الصورة من التدخل تعتبر دون شك أشد جرأة من الصورة الأولى، وسلاحا بالغ الخطورة في يد القضاء، إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يلغيه، فيعفي الطرف المذعن منه مخالفا بذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

و يلجأ القاضي إلى استخدام سلطته في الإعفاء حينما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف الذي اتسم به الشرط، وذلك يكون في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد ولن يتحقق العدل إلا بإزالته وإعفاء الطرف المذعن منه.

---

[1]- سواسي نزهة، المرجع السابق، ص. 29.

فالقاضي حينما يجد بنداً في عقد التأمين يقضي بسقوط حق المؤمن له في التأمين عند كتمانه بيانات معينة أو بإعطائه عنها تقريرات غير صحيحة حتى ولو كان ذلك بحسن نية، يمكنه إعفاء المؤمن له من هذه الأقساط، ثم لا يتحصل على أي مقابل لذلك ودون أي مبرر مقنع، ونفس الشيء يمكن قوله في حالة ماذا وجد القاضي بندا في عقد العمل بتسريح العامل أو بتوقيع غرامات عليه دون أي موازنة، حتى ولو كان خطئه بسيط فهناك يمكن للقاضي إلغاء هذا الشرط التعسفي.

ويرى الفقه أن هذه الشروط تكون من نوع الشروط المألوفة في العقد والتي جرت العادة على إدراجها فيه.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن تدخل القاضي في هذه الحالة بإلغاء الشرط التعسفي أكثر خطورة من الحالة السابقة أي تعديل الشرط التعسفي، حيث يؤدي تدخله هنا إلى إهدار الشرط التعسفي بصفة كلية ولا يقتصر على تعديله.[1]

المبحث الثاني :آثار التعديل القاضي على العقد في ظل الظروف الطارئة

لقد أجاز المشرع الجزائري بموجب الفقرة 3 من المادة 107 من القانون المدني للقاضي التدخل في حالة الظروف الطارئة، و منح له سلطة تعديل التزامات العقد، ففيما تتمثل هذه السلطة المخولة له؟

المطلب الأول:سلطة القاضي في ظل تحقق الظروف الطارئة

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا لما أوضحناه، فإنه يترتب أثرها وهو أنه يجب على القاضي بناء على طلب المدين أن يخفف عبء الالتزام عنه إلى الحد المعقول الذي يراه متماشيا مع العدالة وحسن النية بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين، وفي ذلك تقضي المادة

---

[1]- سواسي نزهة، المرجع السابق، ص. 30.

107من القانون المدني في فقرتها الثالثة بأنه:" ...جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..."، ويكون ذلك بإتباع ما يلي:

فقد يرى القاضي إنقاص مدى التزام المدين، أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، كما يمكنه أن يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان مؤقتا.[1]

ومن هذا يمكننا أن نتصور طرقا ثلاثة يستطيع القاضي بأي منها أن يعدل الالتزام وهي : زيادة الالتزام الالتزام المقابل للالتزام المرهق أو إنقاص الالتزام المرهق أو وقف تنفيذ العقد، فقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وفي هذه الحالة يجب عليه أن يبقى على عاتق المدين ما يعتبر زيادة مألوفة في عبء الالتزام، فلا يوزع على عاتق المدين ما يعتبر زيادة مألوفة في عبء الالتزام ، و لا يوزع على عاتق الطرفين سوى الزيادة غير المألوفة.

والقاضي في هذا التعديل لا يزيل كل الخسارة التي تلحق المدين وإنما يقوم بهذا التعديل للحد من هذه الخسارة الفادحة التي تصيب المدين بقصرها على الحد المعقول، وتحقيق هذا التوازن يترك تقديره للقاضي، فقد يقوم بإنقاص التزام المدين أو زيادة الالتزام المقابل وفقا للظروف، فإذا التزم مصنع بتوريد سلعة معينة ثم حدث ظرف طارئ أدى إلى تقليل إنتاج هذا المصنع فأصبح من العسير عليه توريد ما التزم به عندئذ يجوز للقاضي إنقاص الكميات المطلوب توريدها إلى القدر الذي يراه كافيا لرد التزام المصنع إلى الحد المعقول، وإذا التزم المشتري بثمن معين وأصبح التزامه تبعا لظروف استثنائية مرهقا وفادحا، جاز للقاضي إنقاص هذا الثمن أو إنقاص فوائده أو مد أجل وفائه.[2]

---

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 308.

[2]- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص. 485.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

الفرع الأول:الضوابط التي تحكم سلطة القاضي في ظل الظروف الطارئة

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

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

- مراعاة الظروف المحيطة بالقضية.
- الموازنة بين مصلحة الطرفين.
- الحد المعقول لرد الالتزام المرهق.

أولا:مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية

نصت المادة 107/ 3 أن القانون المدني الجزائري أنه يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعا للظروف، وعبارة " تبعا للظروف " لم تجيء عبثا بل قصد بها المشرع تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدود ما تكون عليه ظروف التعاقد أو التنفيذ، فسلطته تتحرك في إطار الظروف المحيطة بالقضية، فالقاضي على سبيل المثال لا يستطيع أن يقضي بتعديل المضمون المادي للالتزام إذا ما تبين له من الظروف المحيطة أن الحادثة الاستثنائية كانت وقتية يقدر زوالها في وقت قصير.[1]

[1]- سواسي نزهة، المرجع السابق، ص. 13.

ثانيا :قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين

وضابط الموازنة بين مصلحة الطرفين إنما ينصب بشكل مباشر على نظام توزيع الأعباء الطارئة، فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بإعادة التوازن إلى العقد الذي أدى تطور الظروف إلى اختلال توازن الالتزامات المتقابلة فيه، فالعقد وقت نشأته انعقد على مصالح متوازنة بين الطرفين فكل منهما يهدف إلى تحقيق مصلحة معينة فارتباطا بموجب الاتفاق لتحقيقها، غير أن تغير الظروف أدى إلى اختلال توازن تلك المصالح، فأصبح طرفا الرابطة العقدية ما بين خاسر وكاسب، ولذا فقد حرص المشرع على أن يتم التعديل بالموازنة بين مصلحة الطرفين، وهو ما عبر عنه بقوله :"وبعد مراعاة مصلحة الطرفين".

ومن هذا المنطلق لا يمكن للقاضي أن يرفع كل العبء على المدين لأن في ذلك إضرار بالدائن، وكذا لا يجوز توقيع العبء كله على المدين لأن في ذلك إضرار به وإثراء للدائن.

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

وهذا الحد هو الذي يحقق العدل ولا يتعارض مع العقد والمنطق، فبقدر الغنم يكون الغرم، وبقدر الكسب تكون الخسارة، والحد المعقول المذكور في نص المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري يعتبر معيارا مرنا ينظر فيه إلى ظروف كل قضية على حدا، وللقاضي سلطة واسعة في تقديره من خلال بحثه في القضية وموازنة ظروفها ومصلحة طرفي العقد.[1]

[1]- سواسي نزهة، المرجع السابق، ص. 14.

الفرع الثاني:وسائل القاضي في تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة

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

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

أولا:التعديل في صورة الإنقاص من الالتزام

إن إنقاص التزام المدين المرهق يعتبر من أهم الوسائل التي يتبعها القاضي، حيث يقوم بتوزيع آثر الحادث الطارئ الذي يفوق الحد المألوف على المتعاقدين بما يلائم مصلحة الطرفين.[1]

والإنقاص قد يمس كم الالتزام وقد يمس وصفه أو كيفه :

بالنسبة للصورة الأولى تكون بتخفيف الالتزام من حيث كمية التعهد، ويعطي الفقه مثالا على ذلك بالتعهد الذي يلتزم فيه شخص معين بتأمين سلعة معينة لصالح طرف أخر، ثم يحدث ظرف طارئ يؤدي إلى نذرتها إلى الحد الذي لا يستطيع التاجر القيام به، ومثال ذلك أن تتعهد شركة سكر بتوريد كمية منه لمصنع للحلوى، ثم يحدث ظرف طارئ يؤدي إلى صعوبة كبيرة في توريد تلك الكمية

[1] - سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1956،ص. 420.

و يصبح توريدها مرهقا، فينقص القاضي من الكمية بالمقدار الذي يرد التزام الشركة إلى الحد المعقول، وفي هذه الحالة تلتزم الشركة بتوريد الكمية التي حددها القاضي فقط، وبذلك يكون القاضي قد وزع الخسارة بين الطرفين المتعاقدين، لأن الهدف من هذه النظرية هي تخفيف الإرهاق وليس رفعه كله كما هو معمول به في القوة القاهرة.

أما بالنسبة للصورة الثانية المتمثلة في إنقاص الالتزام من ناحية الكيف فتختلف عن الأولى،كون الدائن غالبا ما يشترط في حمل الالتزام شروط معينة تتعلق بنوعيته ودرجة جودته، وأثناء تنفيذ الالتزام يطرأ ظرف استثنائي يؤدي إلى صعوبة الحصول على النوع المتفق عليه بما من شأنه جعل الالتزام مرهقا للمدين، في هذه الحالة يجوز للقاضي وبطلب من المدين أن يرخص له بإحضار نفس الكمية ولكن بمواصفات أخرى أقل إرهاق.

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

وما يمكن قوله بعد كل هذا هو أن هذه الوسيلة، وإن كانت تبدو جد فعالة لأنها حتى وإن لم تقضي على الإرهاق فإنها تؤدي إلى تخفيفه دون أن يؤدي ذلك إلى إضرار بالدائن، إلا أنها لا تعتبر الوسيلة الوحيدة التي يستند عليها القاضي في تعديل التزامات العقد في ظل الظروف الطارئة.

ثانيا:الزيادة في التزامات المتقابلة

قد يختار القاضي من أجل تخفيف الالتزام المرهق للمدين لا إنقاصه وإنما زيادة الالتزام المقابل الملقى على عاتق الدائن بما يوازي بعض هذا العبء فقط، كما لو تعهد شخص بتوريد كمية معينة من البن بسعر مائة دينار للكيلوغرام وحال بين انعقاد العقد والتنفيذ ظرف طارئ أدى إلى ارتفاع الأسعار إلى خمسمائة دينار للكيلو غرام، فيقوم القاضي برفع الثمن عن ذلك المحدد في العقد الذي

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

يعتبر التزام من التزامات الدائن إلى حدود معقولة دون أن يتحمل هذا الأخير الزيادة في الثمن التي ترتبت على الظرف الطارئ، أي دون أن يصل إلى إزالة الإرهاق كله، وهكذا، فالزيادة في التزامات الدائن تقلل من الخسارة التي يتحملها المدين، إلا أنه لا يجوز زيادة التزام الدائن إلى حد يعوض فيه الطرف المرهق كل العبء، بل يوزع القاضي الزيادة على كل من الدائن والمدين، وتبرر هذه الزيادة عند مناصريها على أساس أن الظرف يؤدي إلى إثراء الدائن على حساب المدين إثراء فاحشا، هذا ما يستدعي الزيادة من التزامه للتقليل من هذا الإثراء.

لكن رغم أن هذه الحجة قد أقنعت الكثير من الفقهاء، إلا أن هناك منهم من يرفض أي زيادة في الالتزام المقابل، وحذا حذو هذا الرأي كثير من شراح القانون المدني الجزائري، واستناد إلى أن المشرع الجزائري لم يصرح به صراحة ولا ضمنيا، لذلك فعبارة الرد المنصوص عليه في المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري لها معنى ضيق هو الإنقاص، والدليل على ذلك أنه إذا كانت نية المشرع في المادة السابقة الذكر منح كافة السلطات للقاضي، فما غرضه من توسيع هذه السلطات في المادة 516 التي مكنت القاضي من زيادة الأجرة أو الفسخ في عقد المقاولة، كما أن النص الفرنسي أورد عبارة "réduire" التي تفيد الإنقاص لا الزيادة.

ومادام الخلاف قائم بين الاتجاهين دون أن تحدد وجهة المشرع، فلا يمكننا الاعتراف بسلطة واسعة للقاضي لتمكينه من تحقيق العدالة وحسن النية بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين.

وإذا ما حاولنا أن نقارن دور القاضي في هذه الوسيلة وبين دوره في الوسيلة السابقة، فإننا لا نجد تباينا كبيرا وهذا بسبب اتفاق الوسيلتين من حيث النتيجة ومن حيث الضوابط و الصعوبات التي تعترض القاضي في إعمال أي منهما، فكلاهما يؤدي إلى تخفيف الإرهاق الواقع على عاتق المدين

وفقا للطريقتين إحداهما يتجه فيها القاضي إلى الدائن، و الأخرى إلى المدين، أما من حيث الضوابط فعلى القاضي في كلتا الحالتين أن يحمل المدين تبعة الإرهاق غير المألوف.[1]

ثالثا:توقيف تنفيذ العقد

إن القاضي عند معالجته للوضع المطروح أمامه قد يرى بأن الظرف الطارئ سيزول بعد مدة معينة وإذا تبين له ذلك فإنه يقوم بتوقيف تنفيذ العقد إلى أن تزول تلك الظروف إذا لم يكن في ذلك إضرار بالدائن، ثم يعود العقد إلى السريان بعد انقضاء أو انتهاء السبب الذي أدى إلى إرهاق المدين، ومن هذا المنطلق يشترط لإعمال هذه الوسيلة أن يكون من المتوقع زوال هذا الحادث، أما إذا كان من غير المتوقع زواله فلا مجال لاستعمال هذه الوسيلة، ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء، وترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعا فاحشا، ولكن هذا الارتفاع سيزول لقرب طرح كميات من هذه المواد في السوق، فيأمر القاضي بوقف التزام المقاول بتسليم المبنى حتى يفي بالتزامه دون إرهاق، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب البناء.

لكن وإن كان توقيف تنفيذ بعض العقود بسهولة فإنه من الصعب تنفيذها في عقود أخرى، والمتمثلة في عقود المدة وذلك لأن الزمن محل اعتبار، إذ تتحدد على ضوئه التزامات كل من الطرفين، فمثلا في عقد العمل المبرم سنتين فتتغير هذه الالتزامات لو أوقف تنفيذ العقد.

لكن الفقه حاول التصدي لهذه الإشكالية بأن جعل توقيف تنفيذ العقد لا يؤثر على التزامات المدين، فمهما كانت المدة التي قررها القاضي لصالح المدين يظل كم الأداء بدون تغيير لأن الوقف لا يمس مضمون العقد.

---

[1]- حمة سوسن، المرجع السابق، ص. 16.

ويعتبر من قبيل وقف التنفيذ حتى يزول الحادث الطارئ ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية من منح المدين أجلا لتفنيد التزامه مراعاة للحادث الطارئ فقضت بأنه :" إن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما".[1]

وينبغي ملاحظة أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بفسخ العقد، فسلطته مقصورة على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ومعنى ذلك الإبقاء على الالتزام وبالتالي على العقد، وهنا يظهر الفرق بين أثر الحادث الطارئ والقوة القاهرة التي يستحيل معها تنفيذ الالتزام، ومن ثم يترتب عليها انقضاؤه و انفساخ العقد، وبذلك تقع تبعة الهلاك على عاتق واحد من الطرفين فحسب وهو المدين في العقود الملزمة للجانب والدائن في العقود الملزمة لجانب واحد، أما الحادث الطارئ فيجيز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وبذلك تتوزع الخسارة على عاتق الطرفين.[2]

و بناء على ذلك، خول القانون القاضي سلطة تجاوز حدود مهمته العادية وهي التفسير, فأجاز له في هذه الحالة أن يعدل العقد، وذلك بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وسلطة القاضي في هذا الشأن مطلقة بمعنى أن له الحرية في اختيار الطريقة التي بها يحد من الإرهاق في تنفيذ الالتزام.[3]

يتضح مما سبق، أن أفضل وسيلة لمواجهة الظروف الطارئة هي استخدام وسيلة وقف التنفيذ بما قد توفره من حماية للطرفين، أما إذا لم تحقق لهم ضمانات فلا جدوى من اللجوء إليها، حيث جعلها المشرع وسيلة اختيارية للأطراف و لهم حق التمسك بها أمام القاضي.

---

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 308.

[2]- سواسي نزهة، المرجع السابق، ص. 60.

[3]- رمضان أبو السعود، المرجع السابق, ص. 228.

و عموما، يظهر تدخل القاضي لتعديل العقد بمناسبة نظرية الظروف الطارئة عن طريق إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بصفة مبدئية طبقا لأحكام المادة 3/107 من القانون المدني، إلاّ أنه و استثناءً نص على زيادة قدر الالتزام المقابل، و فسخ العقد طبقا لأحكام المادة 561 من القانون المدني على الرغم من تعارض الفسخ مع الهدف الأساسي للتعديل.

المطلب الثاني : سلطة القاضي في منح الأجل القضائي في ظل الظروف الطارئة

في الغالب قد تكون الالتزامات المترتبة عن العقود حالة الوفاء أي أن أطراف العقد ملزمين بتنفيذها بمجرد إبرامه، غير أنه يمكن في بعض الحالات أن تكون مؤجلة الوفاء بمعنى تأجيل تنفيذ الالتزامات إلى زمن لاحق عن إبرام العقد، فإذا حدثت ظروف استثنائية منعت المدين من تنفيذ الالتزامات في آجال الوفاء يمكن القاضي منحه أجل للوفاء و هو ما يسمى بنظرة الميسرة و هي تعد حالة من الحالات الاستثنائية التي يستند إليها القاضي لتعديل العقد.

أولا : تعريف الأجل القضائي

الأجل القضائي هو ذلك الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين لتنفيذ التزاماته ويكون محدد بزمن معين، أو هو ذلك الزمن الذي يضاف إليه الالتزام أو يمتد خلاله التنفيذ، و يمنحه القاضي للمدين حسن النية إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم[1].

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية مطلقة في منح المدين أجل للوفاء، فهو حر أن يمنحه أو يمنعه من ذلك, وكذلك هو حر في تحديد مدة هذا الأجل بشرط أن تكون معقولة، كما أن له الحرية في أن يمنح المدين أجلا واحدا يسدد في خلاله أو آجال يسدد فيها.

---

[1]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 216 ; رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 236.

ثانيا: شروط منح الأجل القضائي

قد يمنح القاضي المدين نظرة الميسرة سواء أثناء نظر الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين يطالبه بالدين أو أثناء إجراءات التنفيذ التي يباشرها الدائن بموجب سند رسمي.

ورغم أن للقاضي سلطة تقديرية في منح الأجل إلا أنه يجب أن يراعى توافر شروط معينة في منح الأجل القضائي وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: ألا يوجد نص قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة

ذلك أن سلطة القاضي في هذا المجال ممنوحة له من قبل المشرع، وممارستها تعتبر تطبيقا للنصوص القانونية، فإذا ما ورد في القانون نص يمنع القاضي من منح نظرة المسيرة في حالة من الحالات، فإن القاضي احتراما لهذا النص لا يستطيع أن يمنحها، لأنه يتقيد في هذه الحالة بقيد قانوني ملزم، لا يجوز له الخروج على مقتضاه.

الشرط الثاني: أن تستدعي حالة المدين منحه الأجل القضائي

يجب أن تكون حالة المدين تستدعي منحه هذا لأجل وهذا الشرط يستخلص من المادة 2/119 من القانون المدني التي نصت على أنه :" يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف..." وحالة المدين هي من الظروف التي قد تقتضي مع نظرة الميسرة لأن منح هذه النظرة لن يكون إلا لدواعي مصلحة المدين.

ونصت كذلك المادة 281 مدني بقولها :" غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف..." وعبارة مركز المدين تعني حالته الاقتصادية وهي ظرف من الظروف التي تستدعي منح أجل قضائي للمدين، حتى يتمكن من تنفيذ التزاماته[1].

فيجب أن يكون المدين حسن النية في تأخره بالوفاء بالتزاماته، بأن يكون سيء الحظ لا متعمدا عدم الوفاء ولا مقصرا في ذلك، ولا يجوز أن يكون معسرا، وإلا فلا جدوى من منحه هذه النظرة، بل يجب أن يكون عنده من المال ما يكفي بالتزاماته وليس في مقدوره مؤقتا أن يبيع هذا المال ليقوم بالوفاء، أو يكون للمدين موارد يقتضيها في مواعيد متعاقبة، كأجر عمله أو ريع.

الشرط الثالث: ألا يلحق الدائن من منح الأجل القضائي ضرر جسيم

لم ينص عليه المشرع الجزائري على هذا الشرط كما فعل ذلك المشرع المصري صراحة، حيث أنه نص على وجوب عدم الإضرار بالدائن، عند منح الأجل القضائي.

ويلاحظ أن هذا الشرط يقتضي الموازنة بين المصلحة التي تستحق من منح التأجيل القضائي للمدين والضرر الذي سيلحق الدائن من جراء ذلك، فإذا كان الضرر الذي يمكن أن يلحق الدائن من جراء منح المهلة القضائية للمدين حسبما امتنع القاضي من منح الأجل للمدين دفعا للضرر الأشد بالضرر الأخف.

الشرط الرابع: أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي أجلا معقولا

فلا يجوز أن يمنح القاضي المدين أجلا طويلا يعطل فيه على الدائن حقه، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري ليتمكن المدين من الوفاء. وقد حددت المادة 281 من القانون المدني :"

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 781.

غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون إن تتجاوز هذه مدة سنة".

فإذا ما توافرت هذه الشروط الأربعة[1] جاز للقاضي أن يمنح للمدين هذا الأجل أو هذه الآجال المعقولة، والأمر في النهاية يرجع إلى تقديره، فهو الذي ينظر حتى بعد توافر هذه الشروط، إن كان ثمة ما يستدعي منح المدين نظرة المسيرة، وتقديره في ذلك تقدير نهائي[2].

المبحث الثالث : آثار التعديل القضائي على الشرط الجزائي

تنص المادة 184 من القانون المدني الجزائري أنه:" لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين الدائن لم يلحقه أي ضرر، و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفد في جزء منه، و يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

و هذا ما قضت به باقي التشريعات كالقانون المدني المصري الذي قضى بعدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني للالتزام الأصلي و الجزاء أي التعويض المتفق عليه في المادة 224 منه، كذلك هو الحال بالنسبة للقانون المدني الفرنسي في المادة 1229 منه التي تقضي بأن البند الجزائي هو تعويض عن الأضرار التي تلحق الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، فلا يتسنى للدائن أن يطلب في نفس الوقت الأصل و الجزاء إلا إذا كان مشترطا لمجرد التأخير.[3]

---

[1]- لا يحول دون منح المدين نظرة المسيرة أن يكون قد صدر به حكم مشمول بالنفاذ ويسري هذا النفاذ العاجل بعد انقضاء الأجل الممنوح من القاضي.

[2]- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص. 783.

[3]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 210.

و عليه، فمتى توافرت شروط إعمال الشرط الجزائي تعين على القاضي الحكم بالتعويض المتفق عليه دون زيادة أو نقصان بصرف النظر عن قيمة الضرر الواقع، فالشرط الجزائي تعويض قدره المتعاقدان مقدما عن الضرر المتوقع حدوثه نتيجة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، فالأصل هو وجوب احترام ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدان، و لكن استثناءا من هذا الأصل العام منح المشرع القاضي سلطة خاصة يمكنه بمقتضاها مراقبة الشرط الجزائي و تعديله بالتخفيض أو الزيادة.[1]

إن السلطة التي منحها المشرع للقاضي في حالات معينة لتعديل الشرط الجزائي تعد من النظام العام، و بالتالي فلا يجوز للأطراف الاتفاق على حرمانه منها باتفاق خاص، لأن ذلك قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها، و كل اتفاق بهذا الشأن يقع باطلا طبقا للمادة 184 الفقرة 3 من القانون المدني، و عليه فللقاضي أن لا يقضي بالشرط الجزائي أصلا متى أثبت المدين أن الدائن لم يصب بأي ضرر، و للقاضي أيضا أن ينقص أو يخفض من مقدار الشرط الجزائي إذا ما نفذ المدين جزءا من التزامه، كما له الزيادة في الشرط الجزائي إن أثبت الدائن أن الضرر الذي أصابه أكبر من التعويض المقدر.[2]

ومما سبق يتضح لنا أن الشرط الجزائي[3] قابل للزيادة وقابل للتخفيض، فمتى يجوز تخفيضه ؟ومتى تجوز زيادته ؟ و يمكننا تبيان مدى ما تمنحه نصوص القانون المدني الجزائري للقاضي من سلطة تقديرية وفي ضوء المقارنة بنظيره الفرنسي و المصري.

---

[1]- محمد حسن منصور، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص. 76 و 77.

[2]- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2004، ص. 18.

[3]- لا يقدر استعمال الشرط الجزائي على المستوي الداخلي بل يستعمل حتى في العقود الدولية، و ذلك قصد ضمان براعة تنفيذها، و بما أنه على المستوى الدولي يكون أحد الطرفين أجنبي و هذا ما يستوجب الرجوع إلى القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشرط الجزائي و كيفية تطبيق القاضي لهذا القانون.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

المطلب الأول : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالزيادة

كمبدأ عام و تطبيقا لنص المادة 185 من القانون المدني منع المشرع الجزائري زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، كما لا يجوز للدائن أن يطلب أكثر من هذه القيمة، أي أنه ليس للدائن الحق في مطالبة المدين بتعويض أكثر مما اتفقا عليه، و لا يجوز للقاضي أن يزيده لكي يكون مساويا للضرر بل يحكم به كما هو عليه، و العلة في ذلك هو أن المشرع اعتبر الاتفاق على التعويض و الذي يقل عن الضرر الذي وقع بمثابة اتفاق يعدل من أحكام المسؤولية العقدية.

و إعمالا لإرادة المتعاقدين التي ترمي إلي تقدير التعويض بطريقة تخفف من مسؤولية المدين أو الإعفاء منها و هو جائز قانونا[1]، غير أنه و خروجا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، و حتى لا يكون الشرط الجزائي وسيلة للمدين للتحاليل للإعفاء من قواعد المسؤولية لكونها من النظام العام، أورد المشرع الجزائري استثناء على قاعدة عدم جواز زيادة الشرط الجزائي حيث سمح بزيادته في حالة واحدة و هي ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسميا.[2]

و هدا ما نص عليه أيضا المشرع المصري م 225 مدني و عليه فللقاضي الحق في زيادة الشرط الجزائي متى أثبت الدائن أن الضرر الذي أصابه أكبر من التعويض المقدر و أن المدين قد ارتكب غشا أم خطأ جسميا، و يجب أن يصل القاضي بتلك الزيادة إلي مقدار الضرر الحاصل فحسب.[3]

الفرع الأول : حالات تعديل الشرط الجزائي بالزيادة

---

[1] - محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص. 840.

[2] - المادة 185 من القانون المدني الجزائري: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما".

[3] - دربال عبد الرزاق، المرجع السابق. ص. 18.

مما سبق يمكننا أن نستخلص أن زيادة الشرط الجزائي تكون في حالتين هما :

الحالة الأولي: زيادة الضرر علي التعويض المقرر و قد ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما.

الحالة الثانية: تطبيقا للقواعد العامة أن يكون الشرط الجزائي تحايل للإعفاء من المسؤولية بما يتعارض و النظام العام.

الحالة الأولى: زيادة الضرر على التعويض المقرر و قد ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما

1- **زيادة الضرر على التعويض**: إذا تبين أن التعويض المقدر ليس مبالغا فيه بل هو أقل من الضرر الواقع فإن القاضي مع ذلك لا يزيده ليكون مساويا للضرر بل يحكم به كما هو، و يكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف للمسؤولية و الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها جائزاً قانوناً، و معنى ذلك أنه إذا زاد الضرر على التعويض المقدر و لكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما فإن الشرط الجزائي الذي أجاز أن يخفف من مسؤولية المدين في حالة الخطأ العادي لا يستطيع أن يخفف من مسؤوليته في حالة الغش و الخطأ الجسيم.[1]

2- **ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما**: إن قاعدة الغش يبطل التصرفات القانونية هي قاعدة قانونية سليمة و لو لم يجرمها نص خاص في القانون و تقوم على اعتبارات خلقية و اجتماعية في محاربته[2]، و طبقا لنص المادة 107 الفقرة 1 من القانون المدني يجب تنفيذ العقد كما اتفق عليه و بحسن نية، فإذا كان عدم تنفيذ الالتزام مقترنا بنية سيئة للمدين فلا يمكن له الاستفادة من أحكام الشرط الجزائي لأن مبدأ حسن النية مبدأ أخلاقي مرتبط بمبدأ الوفاء و الإخلاص في تنفيذ الالتزامات، و المساس بهذا المبدأ قد يؤثر على قواعد الإنصاف

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.877 و 878.

[2]- حمي عبد اللطيف و بن الطيب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 54.

و العدالة التي تحكم العقد، لكن قد يصادف المدين صعوبات في التنفيذ نظرا لظروف لم تكن في الحسبان عند إبرام العقد، لذا يجب عليه أن يبادر بتجاوز هذه الظروف قدر الإمكان، و إذا لم ينفذ التزامه على القاضي أن يبحث عن النية الحقيقية للمدين من خلال ظروف العقد و ملابساته.

فإذا تأكد القاضي أن المدين كان حسن النية فيحكم برفض طلب الدائن بزيادة التعويض، و إذا تبين له تعمد المدين عدم التنفيذ و لم يكن يقصد الإضرار بالدائن أو لخطئه الجسيم فللقاضي ألا يتقيد بالشرط الجزائي و له أن يحكم به كاملا، ثم يحكم بتعويض إضافي لتغطية الضرر كله، و عليه فإن بطلان الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية لا يكون إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه المدين شخصيا، بخلاف ذلك الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه لتابعيه طبقا لنص المادة 2/179 من القانون المدني التي تنص :"...غير أنه يجوز أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناتجة عن الغش و الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

و في نفس السياق يقابلها نص المادة 217 من القانون المدني المصري وينبني على ذلك أنه يجوز الاتفاق على شرط جزائي يقدر التعويض الذي يستحق من جراء تحقق مسؤولية الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، و لا يجوز للقاضي زيادة هذا التعويض حتى و لو جاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، ذلك أن الشرط الجزائي في هذه الحالة يعتبر اتفاقا على تخفيف المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من تابعي المدين و هو اتفاق جائز كما سبق ذكره.[1]

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.879.

الحالة الثانية: الشرط الجزائي للإعفاء من المسؤولية بما يتعارض و النظام العام

نصت المادة 178 من القانون المدني على أنه :" يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي"، و يتبيَّن من ذلك أنه لا يجوز أن يتفق الطرفان على إعفاء المدين من مسؤوليته التقصيرية و يكون هذا الاتفاق باطلا لو تم تعارضه مع النظام العام.

و كما لا يستطيع الطرفان أن يبرما هذا الاتفاق بطريق مباشر، كذلك لا يستطيعان إبرامه بطريق غير مباشر، بأن يتفقا على شرط جزائي يكون تافها، بحيث يكون الفرق بين التعويض و الضرر إلى حد يمكن اعتباره من المسؤولية التقصيرية، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي إبطال الشرط الجزائي طبقا للمادة 178 سالفة الذكر، و عليه أن يقدر التعويض بنفسه لأن المسؤولية التقصيرية من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها، و هنا يحكم القاضي بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه، الذي ورد في الشرط الجزائي متوخيا في ذلك تطبيق القواعد العامة في تقدير التعويض.[1]

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد قصر سلطة زيادة الشرط الجزائي على حالة غش المدين و خطئه الجسيم، فيكون بذلك قد قصر الحماية على المدين دون الدائن، ففي حالة ارتكاب المدين مثلا لخطأ يسير و نجم عنه ضرر فادح، فلا تعويض للدائن عن هذا الضرر، الأمر الذي لا يحقق عدالة بين أطراف العقد، و لهذا يستحسن على المشرع الجزائري إعادة النظر في المادة 185 من القانون المدني ، فيكون القاضي أحيانا ملزمًا بإعادة التوازن العقدي، كلما توفرت الشروط القانونية لتدخله، و كلما اقتضت العدالة من إنصاف الطرف المتضرر بما يحقق استقرار المعاملات بين الأفراد.

---

[1]- حمة سوسن، المرجع السابق، ص. 43.

المطلب الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض

كما سبق أن الشرط الجزائي هو تعويض عن الأضرار التي تلحق الدائن من جراء عدم التنفيذ الالتزام الأصيل فلا يتسنى للدائن أن يطلب في نفس الوقت الأصل و الجزاء إلا إذا كان مشترطا لمجرد التأخير أي أن التعويض الاتفاقي لا يكون مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

و قد عرضنا فيما تقدم أثار الشرط الجزائي من حيث زيادته فإنه يبقي التعرض لبيان آثاره من حيث متى يجوز تخفيضه أي متى يمكن للقاضي أن يخفض أو ينقص الشرط الجزائي، و هذا ما حدده المشرع في نص المادة 184 من القانون المدني.

الفرع الأول : حالات تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض

و يتبين لنا مما سبق ذكره أنه يجوز تخفيض الشرط الجزائي في حالة المبالغة أو الإفراط في ثلاثة حالات هي: في حالة تقدير التعويض في الشرط الجزائي المبالغ فيه إلى درجة كبيرة، و في حالة تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه، و حالة تسبب الدائن بسوء نيته في إطالة أمد النزاع.

الحالة الأولى: تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة

و الفرض هنا أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصلا أو تأخر في التنفيذ مدة استحق أجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي، و مع ذلك فإن الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه يكون الطرفان على علم بهذه المبالغة بل يكونان قد قصدا إليها و جعل الشرط الجزائي شرطا تهديدياً لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه أو عقوبة فرضها الدائن على مدينه و هنا يقع الشرط باطلا، و للقاضي سلطة تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة، و بما أن الشرط الجزائي ما هو إلا تقدير للتعويض المستحق فهو ليس سببا له و هو يقدر على ضوء ظروف معينة وقت الاتفاق.

فإذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالمقدار الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه و أن تقديرهما للتعويض كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة هذا يعني أن المتعاقدين قد وقعا في غلط في التقدير أو ضغط وقع على المدين فقبل الشرط بعلم مقدما أنه مجحف، و في كلتا الحالتين يكون للقاضي واجب تخفيض الجزاء إلي الحد الذي يتناسب مع الضرر.[1]

و نلاحظ أن الشرط الجزائي بالرغم من عدم الحكم به عند انعدام وقوع الضرر أو تخفيضه إذا لم يكن مناسب معه لا تزال فائدته محققة للدائن من وجوه ثلاثة و هي :

- أن وجود الشرط الجزائي يجعل وقوع الضرر مفروضا لا يكلف الدائن بإثباته، فإذا ادعى المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، فعليه هو لا على الدائن عبء الإثبات.
- أن وجود الشرط الجزائي يجعل من المفروض أن تقدير التعويض الوارد في هذا الشرط هو تقدير صحيح للضرر الواقع، فإذا ادعى المدين أنه تقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة فيقع عبء الإثبات عليه.
- إذا لم يثبت المدين التقدير المبالغ فيه إلى درجة كبيرة فإن القاضي لا يخفض الشرط الجزائي حتى و لو زاد التقدير عن الضرر زيادة غير كبيرة، و في حالة إثبات المدين لذلك و خفض القاضي الشرط الجزائي فلا يحتم هذا أن يكون التخفيض مساويا للضرر بل يكفي التناسب في ذلك.[2]

و هذه الأحكام التي تم ذكرها تعتبر من النظام العام و لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، فلا يجوز اتفاق الطرفان على أن يكون الشرط الجزائي واجب الدفع حتى و لو قام المدين بتنفيذ الالتزام تنفيذا جزئيا، أو تبين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، و إذا تم الاتفاق على ذلك فيعد هذا

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.874 و 875.

[2]- حيمي عبد اللطيف و بن الطيب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 53.

الاتفاق باطلا لمخالفته النظام العام و جاز للقاضي بالرغم من وجوده ألا يحكم بأي تعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصب بأي ضرر، أو أن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ الالتزام تنفيذا جزئيا أو أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة.[1]

و ما يلاحظ أن المشرع الجزائري أنه قد اكتفى بذكر حالات تدخل القاضي فقط دون أن يبيِّن كيفية المبالغة وطريقة تخفيضها.

المقصود بالمبالغة : هي فكرة مادية أو موضوعية تقوم على جسامة الفرق بين مبلغ الجزاء المشترط على المدين و قيمة الضرر الفعلي الذي لحق الدائن دون اعتبار لعوامل شخصية أو لظروف خاصة يمكن أن تبرر قدر الغرامة التي يجب توافرها للدائن، و تقدر المبالغة في التقدير إلى درجة كبيرة لا وقت إبرام العقد و لا وقت المطالبة بالجزاء بل وقت الحكم.[2]

و مثال ذلك الشرط الجزائي المبالغ فيه في عقد البيع بالتقسيط أن يتفق على أنه شرط جزائي يحدد مقداره بالأقساط الباقية فهذا الشرط يخالف مقتضيات العدالة، و كذالك لو أن مقاولا اتفق مع رب عمل على أن يدفع 1000 د.ج عن كل يوم من أيام التأخر في تشييد البناء و ثبت أن الضرر الذي أصاب هذا الأخير لا يتجاوز 100 د.ج عن اليوم الواحد.

تقدير المبالغة : إذا قرر القاضي أن الشرط الجزائي مبالغ فيه يستلزم تخفيضه وجب عليه أن يقدر هذه المبالغة، لكن المشرع الجزائري في المادة 184 لم يحدد العناصر التي تساعد القاضي على التميز بين الشرط الجزائي المبالغ فيه و المعقول، إذن فأول عملية يقوم بها القاضي هي تقدير هذا الشرط و في هذا الصدد هناك معايير :

---

[1]- المادة 184 الفقرة 3 من القانون المدني الجزائري: "و يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

[2]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 239.

المعيار الموضوعي: و يتمثل في مقارنة الشرط الجزائي بالضرر الذي وقع و هناك تكون المبالغة عدم التناسب الكبير.

المعيار الشخصي : و يتمثل في تقدير المسؤولية التعاقدية لكل من الطرفين مثل الظروف الشخصية للمدين، حسن النية و سوءها و حالته المادية.

و إذا تبيَّن للقاضي أن الشرط الجزائي مبالغ فيه لكن هذه المبالغة عادية فيمكنه رفض تخفيض الشرط الجزائي و يحكم به كما هو[1] ، و يكون وقت تقدير المبالغة بيوم استحقاق الشرط الجزائي عند وقوع الضرر بسبب عدم التنفيذ.

إذا تأكد القاضي من أنه أمام شرط جزائي مرتفع جدا فإن مهمته في التعديل تبدأ ومع ذلك فهو غير ملزم بالتعديل إذا لم ير ذلك ملائما، أما إذا وجد القاضي مبرر للتعديل القاضي فيعدل الشرط الجزائي بما يراه مناسبا وفقا للوقائع والظروف و هذا وفقا لنص المادة 184 من القانون المدني التي نصت على كلمة "يجوز" أي أن القاضي له سلطة في تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر دون أن يكون مساويا له تماما، وعلى أي حال فالأمر كله متروك لتقدير قاضي الموضوع حيث لا رقابة عليه من المحكمة العليا فيما يقرره و ينفيه من مبالغة في تقدير التعويض المتفق عليه أو فيما يراه حدا مناسبا لتخفيضه.

وعلى أي حال فالأمر كله متروك لتقدير قاضي الموضوع حيث لا رقابة عليه من المحكمة العليا فيما يقرره و ينفيه من مبالغة في تقدير التعويض المتفق عليه أو فيما يراه حدا مناسبا لتخفيضه.

[1]- حمة سوسن، المرجع السابق، ص. 46 و 47.

الحالة الثانية: تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه

إذا كان الشرط الجزائي مشروط عن عدم التنفيذ و كان المدين قد نفذ الالتزام جزئيا فإن للقاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، و لا يكون في هذا التخفيض أي مساس بما اتفق عليه المتعاقدان بل هو احترام لإرادتهما.

و معنى التنفيذ الجزئي يفهم من نص المادة 2/184 من القانون المدني أن كل تنفيذ جزئي للالتزام يمكن أن يؤدي إلى تخفيض الشرط الجزائي لأن النص جاء عام، و إذا كان يقصد بالتنفيذ الجزئي فائدة للدائن و هذا ما أغفله المشرع الجزائري فلو اتفق الطرفان على مبلغ يدفعه المدين و إذا أخل بالتزامه بتوريد كمية من السلع ثم قام بتوريد جزء من هذه السلعة ثم توقف يعتبر تنفيذاً جزئياً.[1]

و عليه فمتى أثبت المدين أن الالتزام نفذ جزء منه كان للقاضي أن ينقص مقدار التعويض إلى الحد الذي يتناسب و الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام، و لا يشكل هدا التخفيض أي مساس لما اتفق عليه المتعاقدان بل أن القاضي قد احترم إرادتهما في هذا الشأن.[2] .

كما يجوز للقاضي أن يخفض الجزاء المتفق عليه بنية المصلحة التي وفرها للدائن في هذا التنفيذ الجزئي أي يتعين على القاضي أن يخفض مبلغ الجزاء بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي للالتزام و ليس بنسبة الجزء الذي تم تنفيذه، و منه فعلى القاضي أن يمتنع عن تخفيض الجزاء إذا لم يعد التنفيذ الجزئي على الدائن بأية فائدة سواء كان التخفيض بنية الفائدة أو بنية الجزاء المنفذ من الالتزام، فإنه لا يجوز للقاضي أن يخفض التعويض إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر.[3]

---

[1] - حمة سوسن، المرجع السابق، ص. 48 و 49.

[2] - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.887.

[3] - محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص.233 .

كما و قد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائي إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي تنفيذاً سليماً سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلا أو نفذه تنفيذاً معيباً، و في هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ نزولا عند اتفاق الطرفين، و لكن إذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائي كتعويض عنه مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، جاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد المناسب.[1]

الحالة الثالثة : حالة تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع

تقوم هذه الحالة على مبدأ التعسف في استعمال الحق، ذلك أن الدائن متى تسب بسوء نية في إطالة أمد النزاع، فهو يتعسف في استعمال الحق المقرر له قانونا، فبدل أن يقصد أقصر الطرق للوصول إلى حقه، يعمد إلى إطالة أمد النزاع حتى يستغرق الشرط الجزائي، بأن يجعل الضرر متناسبا معه.

لذا فقد أورد المشرع هذا النص[2] منعا لتعسف المدين في إطالة النزاع بدون مبرر، و هذه الحالة تتحقق إذا ما كان الشرط الجزائي مقررا كتعويض عن التأخر في تنفيذ الالتزام ، ولا تشمل بالتالي حالة ما إذا اتفق عليه طرفا العقد كبدل عن استحالة تنفيذ الالتزام، ذلك أنه في هذه الحالة الأخيرة يلزم القاضي بالحكم باستحقاق الشرط الجزائي كاملا دون تخفيض، متى تبين له استحالة تنفيذ الالتزام عينا متى حل أجله، وتحقق الضرر المتوقع ، ولا يكون لإطالة أمد النزاع دخل في تخفيض الشرط الجزائي لأنه لا يكون أصلا للدائن في هذه الحالة مصلحة في إطالة أمد النزاع.

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.871.

[2]- المادة 187 من القانون المدني الجزائري :" إذا تسبب الدائن بسوء نيته و هو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر".

يشترط في إطالة أمد النزاع المخفض للشرط الجزائي أن يتم بسوء نية من الدائن بأن يتعمد ذلك ويقع على المدين عبء إثبات أن إطالة أمد النزاع هي بلا مبرر وكذا سوء نية الدائن، متى تبين ذلك للقاضي قام بتخفيض التعويض الاتفاقي إلى حد معقول عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر، ونكون هنا أمام حالة خطأ مشترك بين المدين والدائن، فالمدين تأخر في الوفاء بالتزامه، والدائن أطال هذا التأخر بإطالة أمد النزاع، كما يمكن للقاضي ألا يحكم بالشرط الجزائي أصلا متى وصل خطأ الدائن جراء سوء نيته إلى حد استغراق خطأ المدين.

الفرع الثاني : مبررات قيام القاضي بتخفيض التعويض الاتفاقي

هناك اعتبارات كثيرة تستلزم قيام القاضي بتخفيض مقدار الشرط الجزائي و من أهمها :

- احترام إرادة المتعاقدين: و محصلة هذا أن المتعاقدين إنما أراد إلزام المدين بأداء التعويض المتفق عليه في حالة عدم التنفيذ كلية.
- إن الضرر في حالة التنفيذ الجزئي أخف من الضرر في حالة عدم التنفيذ الكلي: فالضرر يكون كبيرا كلما كان عدم التنفيذ كليا، و يقل الضرر إذا تم التنفيذ في جزء و يقل في حالة زيادة هذا الأخير الذي تم من تنفيذ الالتزام .
- احترام قاعدة جواز الجمع بين الالتزام الأصيل والتعويض: و إذا كانت القاعدة العامة أنه لا يجوز الجمع بين الالتزام الأصيل وبين التعويض فإن هذه القاعدة واجبة الإعمال أيضا إذا كان الالتزام الأصيل قد نفذ جزئيا، لاسيما إذا كان مقبولا من طرف الآخر ومحققا مصلحته، ذلك أن الجمع بين التنفيذ الجزئي للالتزام و بين التعويض الاتفاقي مخالفا للمبادئ العامة.[1]

[1]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص . 224 و 225.

الفرع الثالث : طريقة تخفيض الشرط الجزائي

إذا قبل القاضي التدخل في التخفيض فيجب أن يتم هذا التخفيض على أساس مبلغ الشرط الجزائي المتفق عليه، و ليس على أساس مبلغ التعويض الذي يحكم به القاضي – عند عدم وجود الشرط الجزائي – و على هذا الأساس يتفق مع القانون لاحترام إرادة المتعاقدين، و يراعى أنه في حالة التنفيذ الجزائي للالتزام فإن التخفيض لا يكون إلى حد التساوي بين المبلغ المحكوم به وقدر الضرر الذي وقع فعلا، لأن قيام القاضي بتخفيضه إلى حدود الضرر يعني إلغاء الشرط الجزائي و إحلال التعويض محله[1]، ومن ثم يخفض المبلغ المقدر في الشرط إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي من تنفيذ الالتزام الأصلي.

و نشير إلى أن الأحكام السابقة تنطبق أيضا في حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مشروطا للتأخر في التنفيذ، فيجوز للقاضي تخفيض التعويض بنسبة ما نفذ من الالتزام على تأخير، و قد لا يرى القاضي مبررا لتخفيض الشرط إذا اثبت أن الجزء الذي تم تنفيذه تافها، و لم يتحقق من التنفيذ الجزئي أي فائدة.[2]

الفرع الرابع : الشروط التي يتعين توافرها لإمكان تخفيض الشرط الجزائي

1-أن يكون الالتزام قابل للتجزئة:إن عدم قابلية الالتزام الأصلي للتجزئة تعني أن القاضي لن يجد الأساس القانوني الذي يقيم عليه سلطته التقديرية في تخفيض الالتزام، و بالتالي لا تخفيض حيث تنعدم إمكانية التنفيذ.

---

[1]- بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 66.

[2]- حمة سوسن، المرجع السابق، ص. 49 و 50.

2-يجب أن يحقق التنفيذ الجزئي مصلحة للدائن أي إذا كان يعود عليه من ورائه مصلحة أو فائدة محققة، لذلك فإنه ينبغي على القاضي أن يبحث في مسألة أولية قبل تخفيض الشرط الجزائي و هي إلى أي حد أفاد من التنفيذ الجزئي و مدى الضرر.[1]

3-ألا يقبل الدائن التنفيذ الجزئي ابتداءً و إنتهاءً، فإن اتفق المتعاقدان في بندهما الجزائي على إمكانية و كيفية تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي، أو قبل الدائن ذلك التنفيذ الجزئي بعد حدوثه فلا دخل للقاضي.

و أخيرا يمكننا القول أنه لم يوضح المشرع الجزائري قدر أو نسبة المغالاة التي تجيز للقاضي تعديل الشرط الجزائي، و إنما أورد معيارا عاما لها تاركا تقدير هذه المغالاة إلى قاضي الموضوع و الذي يلزم ببحث وبيان بدقة وجه المغالاة أو البخس في الشرط مقارنة بالضرر اللاحق فعلا بالدائن.[2]

المبحث الرابع: آثار التعديل القضائي على العقد في حالة الغبن و الاستغلال

تجدر الإشارة أن الاستغلال ينطوي على أمرين: من جهة ينطوي على عمل غير مشروع من جانب الطرف المستغِل، و من جهة أخرى على إرادة معيبة لدى الطرف المغبون، وقد اعتد القانون المدني الألماني بإرادة المستغل، فاعتبر الاستغلال مخالفا للآداب العامة، وجعل جزاءه البطلان المطلق، فمتى توافرت شروط الاستغلال سالفة الذكر كان للطرف المغبون أن يطلب إما إبطال العقد وإما إنقاص التزاماته الناشئة عن العقد، على أن يرفع المغبون دعواه في ظرف سنة واحدة من تاريخ العقد وإلا سقط حقه في ذلك.[3]

فالاستغلال إذن يخول للطرف المغبون الخيار بين أمرين: دعوى الإبطال أو إنقاص الالتزامات.

---

[1]- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 268.

[2]- بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 67.

[3]- محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص. 108، هامش 41 و ص. 109.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

المطلب الأول : دعوى الإبطال

طبقا لنص المادة 90 من القانون المدني سالفة الذكر يتضح أن المشرع الجزائري قد منح للطرف المغبون حق رفع دعوى الإبطال، فما هي إذن السلطة المخولة للقاضي في إطار هذه الدعوى؟

الفرع الأول : الإبطال حق للمغبون

يسعى المشرع الجزائري من خلال نظرية الاستغلال إلى حماية المصالح الشخصية للمغبون، ومن ثم فإنه يترتب على تحقق الاستغلال قابلية العقد للإبطال، ومعنى ذلك أنه للمغبون وحده دون غيره حق المطالبة بإبطال العقد، وله أيضا أن يتنازل عن هذا الحق ولا يجوز للمتعاقد المستغِل أن يتمسك ببطلان العقد، ولا يمكن للقاضي أيضا أن يحكم به من تلقاء نفسه، و هذا ما نصت عليه صراحة المادة 90 من القانون المدني بقولها :"...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد...".

الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في عوى الإبطال

إذا تقدم المغبون بدعوى الإبطال و تأكد لدى القاضي تحقق الاستغلال فهل يلزم بإقرار البطلان أم له أن يقضي بإنقاص التزام المتعاقد المغبون فقط؟

إن مبادئ التقاضي تقيد القاضي بطلبات المتخاصمين، و معنى ذلك أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بأكثر من طلبات الخصوم في حين يجوز له أن يقضي بأقل منها، و يعتبر إنقاص التزام المتعاقد المغبون أقل درجة من إبطال العقد، و للقاضي إذن أن يحكم بالإنقاص من التزامات المغبون عوض الإبطال و هذا أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي.

فعلى ضوء الملابسات و ظروف القضية قد يحكم بالإبطال إذا كان أحسن وسيلة لرفع الغبن، و قد يكتفي بإنقاص التزامات المغبون و إبقاء العقد إذا كان ذلك كافيا لرفع الغبن.[1]

الفرع الثالث : توقي دعوى الإبطال بزيادة التزامات المتعاقد المغبون

تنص الفقرة الثالثة من 90 المذكورة أعلاه أنه :" و يجوز في عقود المعارضة أن يتوقى الطرف الأخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاصي كافي لرفع الغبن"، طبقا لهذا الحكم يمكن رفع الغبن بالنسبة لعقود المعارضة بالزيادة في مقدار التزامات المستغِل عوض إنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو إبطال العقد.

و ينبغي الإشارة في هذا الصدد، إلى أن الزيادة في التزامات المتعاقد المستغِل أمر إرادي محض، يتم برضاء المتعاقد و بإرادته التلقائية، ويلزم القاضي بطلب المتعاقد المستغِل إذا كانت الزيادة التي يعرضها كافية لرفع الغبن فلا يمكنه إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، غير أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يخص مقدار الزيادة في التزامات التي من شأنها أن ترفع الغبن.[2]

فإذا كان المشتري قد استغل البائع فإن المشتري يستطيع أن يتقي الإبطال إذا عرض زيادة في الثمن يراها القاضي كافية لرفع الغبن، وهذا لا يعني أنه يجب التعادل بين الثمن وقيمة المبيع، إذن

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 161.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 162.

ليس المقصود هو دفع الفحش في الغبن والإفراط في الغرم، وعليه فإن عدم التوازن القليل بين الأخذ والعطاء لا يؤديان إلى قيام الاستغلال أصلا.[1]

المطلب الثاني: دعوى إنقاص التزامات العقد

إلى جانب إبطال العقد أقر المشرع وسيلة ثانية لرفع الغبن تتمثل في الإنقاص من التزامات المتعاقد المغبون, ويلزم القاصي بدعوى الإنقاص التي يتقدم بها المغبون, حيث لا يمكنه أن يقضي بإبطال العقد لأن ذلك يخالف مبدأ التقاضي الذي أشرنا إليه سلفا، و لا يسع القاضي إذن إلا أن ينقص من الالتزامات المغبون إذا تحقق وجود الاستغلال أو أن يرفض الدعوى إذا لم يتحقق الاستغلال.

إن دعوى الإنقاص تتضمن استقرار المعاملات ولكنها لا تحقق توازناً كلياً بين التزامات المتعاقدين لأنها تقلل من فداحة الغبن فقط، وعليه فإنقاص الالتزامات لا تفيد الزيادة في التزامات المستغل, فهناك فرق كبير بين هذين الأمرين, حيث يكون إنقاص الالتزامات بمقتضى القانون, بينما ترجع زيادة التزامات المستغل إلى إرادة المعني فقط، أما بخصوص مقدار الالتزامات التي يجب إنقاصها لرفع الغبن فللقاضي سلطة تقديرية واسعة.[2]

ونلاحظ أنه بصدد طلب إنقاص الالتزامات هذا يجب على القاصي أن يتقيد بهذا الطلب فقط، ويترتب على ذلك ما يلي:

- لا يجوز للقاصي أن يحكم بالإبطال و إلا كان ذلك قضاء بأكثر من طلبات رفع الدعوى وهذا لا يجوز طبقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية و إدارية.

---

[1]- محمد سعيد المغفور ، المرجع السابق، ص. 109 و 110.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق ص . 162.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

- لا يجوز للقاضي بدل أن ينقص التزامات الطرف المغبون أن يرفع التزامات المستفيد من الاستغلال (الطرف المستغِل) لكي تتعادل مع التزامات المغبون لأن القانون لم يخوله هذه السلطة, إذ أن نص المادة 90 لم يذكر سوى إنقاص التزامات الطرف المغبون, و ثم فلا يجوز رفع التزامات الطرف المستغِل إلا إذا عرض من تلقاء نفسه و في عقود المعوضات وحدها دون التبرعات، زيادة التزاماته إلى الحد الذي يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.

و نشير هنا إلى أن الإنقاص كالإبطال يجوز في التبرعات، و عليه يجوز للقاضي أن ينقص التزامات المتبرع المغبون إلى الحد الذي يراه كافيا.[1]

ومن بين العقود التي تسري عليها أحكام الغبن نجد نص المادة 358 من القانون المدني المتعلقة ببيع العقارات, والتي تنص :"إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربع أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

كما تطبق أحكام الغبن على عقد المقايضة بمقتضى أحكام المادة 415 من القانون المدني، وتنص كذلك المادة 732 من ذات القانون على أنه:" يجوز نقص القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعي عليه يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته".

يتضح من هذه الأحكام ما يلي :

- إن العبرة في الغبن تكون بالتفاوت المادي الموجود بين الالتزامات للمتعاقدين.

---

[1]- محمد سعيد المغفور ، المرجع السابق، ص. 110 و 111.

- إن الغبن يقتصر على بعض العقود المتعلقة ببيع العقارات و عقد المقايضة، عقود القسمة و هذا ما لم يوجد نص خاص يقرر تطبيق الغبن على حالات أخرى.
- إن مقدار التفاوت الذي يتحقق به الغبن هو خمس القيمة.

و أخيراً يمكن القول أنه سواء قضى القاضي بإبطال العقد أو بإنقاص التزامات المغبون أو بزيادة التزامات المستغِل فإن النتيجة المنتظرة ليست التعادل الحسابي بين التزامات المتعاقدين، و إنما رفع التفاوت الفاحش.[1]

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق ص . 162 إلى 164.

الخاتمة

إن الإرادة باعتبارها مصدر إنشاء الالتزامات التعاقدية يظهر دورها بوضوح في إبرام العقد وتحديد أثاره، إلا أنه لا يمكن اعتبار القوة الملزمة للعقد استناد لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين قاعدة مطلقة لأنها تكون في بعض الحالات عرضة لإعادة النظر فيها أثناء تنفيذ العقد.

إضافة إلى ذلك فقد أقر المشرع الجزائري القوة الملزمة للعقد في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري بما يوحي انه أطلق دور الإرادة في تنفيذ العقود التي تبرمها، إلا أنه أورد على ذلك قيودا مختلفة وذلك بمنح القاضي السلطة التقديرية في تعديله حسب الحالة المعروضة عليه كلما توفرت شروطها القانونية، وجعل اتفاق الأطراف على خلاف ذلك من النظام العام، كما منح للأطراف مطلق الحرية في تعديل ما اتفقوا عليه إذا توافقت إرادتهما على ذلك.

و من خلال دراستنا لهذا البحث توصلنا إلى النتائج التالية:

إن الإرادة هي جوهر وأساس العلاقات التعاقدية لما لها من دور في إنشاء العقد وتحديد الالتزامات المترتبة عنه، وكذا القيام بالتعديلات المناسبة لتغيير مضمونه.

إن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ليس مبدأ مطلقا بل له استثناءات تتمثل في تعديل العقد باتفاق الأطراف وتعديل العقد بنص القانون.[1]

الأصل أن يتم تعديل العقد باتفاق الأطراف فكما ينشأ العقد بإرادة الأطراف يمكن تعديله بهذه الإرادة، إلا أن هناك حالات يمكن فيها تعديله العقد بإرادة المنفردة وهي حالات محددة على سبيل الحصر قانونا[2].

---

[1]- حمة سوسن، المرجع السابق، ص. 45.

[2]- عقد الوكالة (المادة 587 و 588 قانون مدني)، عقد القرض (المادة 485 قانون مدني)، عقد العارية (المادة 546 و 547 قانون مدني)، عقد المقاولة (المادة 566 قانون مدني).

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

إضافة إلى تعديل العقد بإرادة الأطراف يمكن تعديله بنص القانون، و قد يكون هذا التعديل وجوبي يتم بتدخل المشرع مباشرة و يسمى بالتعديل القانوني، وقد يكون جوازي يتم بتدخل المشرع بصفة غير مباشرة و هذا ما يطلق عليه بالتعديل القضائي.

يقصد بالتعديل القضائي أنه يجوز للقاضي تعديل العقد في الحالات المحددة قانونا إذا توافرت شروطها، و يشترط في التعديل القضائي أن يكون بنص قانوني صريح.

الأصل أنه ليس للقاضي سلطة في تعديل العقد و إنما يلزم بتطبيقه فالعقد هو بمثابة القانون الذي يحكم الطرفين إحتراما لإرادتهما المشتركة سعيا لاستقرار المراكز القانونية و تخفيفا للمنازعات التي قد تطرح على القضاء، و بالتالي سلطة القاضي تنحصر في كشف إرادة المتعاقدين من خلال عملية التفسير (المادة 111 و 112 من القانون المدني) و تحديد النطاق (المادة 107 من القانون المدني)، لكن يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد أغفل النتيجة المترتبة على التفسير حيث لم يورد نصا خاصا بالتكييف.

و نظرا لعدم تكافؤ و تعادل إرادتي أطراف العقد وإمكانية تغير الظروف التي أبرم فيها العقد، أعطى المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد في حالات خاصة يختلف دوره فيها من حالة إلى أخرى.

ففيما يخص عقد الإذعان، منح المشرع الجزائري سلطة استثنائية للقاضي تتمثل في إمكانية تعديل و إلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان تحقيقا للعدالة، و يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري قد منح سلطة خطيرة للقاضي تتمثل في إمكانية إهدار الشرط التعسفي كلية دون الإكتفاء بتعديله طبقا لنص المادة 110 من القانون المدني.[1]

[1]- سواسي نزهة، المرجع السابق، ص. 62.

و يؤخذ عليه أنه لم يعرف الشرط التعسفي و لا عقد الإذعان ضمن نصوص القانون المدني، و إنما اكتفى فقط ببيان بعض الأحكام المتعلقة بتكوينه و تفسيره، كما أنه لم يحدد المعيار الذي يرتكز عليه القاضي لاعتبار الشرط تعسفياً.

إن مسالة حماية إرادة الطرف الضعيف في العقد، والتي شكلت موضوع اهتمام كل التشريعات جعلت المشرع الجزائري يتدخل بنصوص آمرة في مضمون العقد قصد إعادة التوازن، ولم يكتف في هذا المجال بقواعد العامة للقانون المدني التي أصبحت قاصرة عن تحقيق هذا التوازن، بل تدخل بإصدار قوانين خاصة لحمايته من الشروط التعسفية، و ذلك بموجب القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي حدد المشرع الجزائري بموجبه تعريف للشرط التعسفي و عقد الإذعان بهدف توفير حماية خاصة من هذه الشروط.

أما في حالة الظروف الاستثنائية فقد قرر المشرع هذه السلطة للقاضي مراعاة لمصلحة الطرف الضعيف دون إهمال لمصلحة الطرف الأخر، من خلال تمكينه من تعديل العقد دون فسخه، من خلال إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد مؤقتا لحين انتهاء الظروف الطارئة، كما يمكن للقاضي منح أجل للمدين للوفاء بديونه.

فقد يكتفي القاضي بوقف تنفيذ العقد إذا توقع زوال الظرف الطارئ بعد مدة معقولة، و أن الوقف لا بسبب ضررا جسيما للدائن، و قد يحكم بتعديل العقد، و ذلك بتوزيع الخسارة غير المألوفة بين الطرفين، و بناء على ذلك فللقاضي أن يزيد في الالتزام المقابل للالتزام المرهق، و قد يرى إنقاص الالتزام المرهق، و قد يجمع القاضي بين هذه الحلول جميعا تبعا لتقديره.

إن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ليست مطلقة بل مقيدة بالظروف المحيطة بالقضية، فالقاضي مثلا ملزم باللجوء إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد بدلا من الزيادة في الالتزامات المتقابلة أو الإنقاص فيها إذا تبين له من الظروف أن الحادث الاستثنائي مؤقت و قريب

الزوال، كما يتقيد أيضا بضرورة الموازنة بين مصلحة المتعاقدين، إذ يجب عليه أثناء قيامه بتوزيع عبء الظرف الطارئ بين التعاقدين توقي الدقة بهدف تحقيق التوازن العادل لطرفي العقد، و هذا ما تضمنته المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري.

أما بالنسبة لسلطة القاضي لتعديل الشرط الجزائي، فقد يلجأ إما إلى تخفيضه إذا كان مفرطًا أي مبالغًا فيه طبقا لأحكام المادة 2/184 من القانون المدني، و للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال بالاعتماد على عدة عناصر، و نكون أمام وسيلة التخفيض إذا تم تنفيذ الالتزام جزئيا، و كذا في حالة اتفاق الأطراف على التنفيذ الجزئي، كما يمكن له اللجوء إلى زيادة الشرط الجزائي إذا ما تبين له أن المدين قد ارتكب غشًا أو خطأ جسيمًا طبقا لأحكام المادة 185 من القانون المدني.

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد قصر سلطة زيادة الشرط الجزائي على حالة غش المدين و خطئه الجسيم، فيكون بذلك قد قصر الحماية على المدين دون الدائن، ففي حالة ارتكاب المدين مثلا لخطأ يسير و نجم عنه ضرر فادح، فلا تعويض للدائن عن هذا الضرر، الأمر الذي لا يحقق عدالة بين أطراف العقد، و لهذا يستحسن على المشرع الجزائري إعادة النظر في المادة 185 من القانون المدني ، فيكون القاضي أحيانا ملزمًا بإعادة التوازن العقدي، كلما توفرت الشروط القانونية لتدخله، و كلما اقتضت العدالة من إنصاف الطرف المتضرر بما يحقق استقرار المعاملات بين الأفراد، من خلال إعطاء سلطة للقاضي في زيادة الشرط الجزائي على غرار التخفيض و عدم حصرها في حالة الغش و الخطأ الجسيم، لأن المشرع أراد بهذا الاستثناء حماية المدين الذي اعتبره الطرف الضعيف في العقد، وهذا لا ينطبق على جميع الحالات.[1]

إذا كان للقاضي سلطة في تعديل مبلغ التعويض الإتفاقي فإنه لا يجوز له أن يزيد في هذا المبلغ المحدد بالشرط أو أن يخفض منه إلا في حدود الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ

[1]- سواسي نزهة، المرجع السابق، ص. 63.

الإلتزام، لأن المشرع الجزائري قد ربط بين الشرط الجزائي و الضرر و أجاز للمدين نفي وقوع الضرر ليتخلص من الشرط الجزائي كلية، كما أجاز تخفيض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، و الهدف في الحالتين هو حماية المدين لذلك جعل هذين الحكمين من النظام العام و لا يجوز الإتفاق على مخالفتهما .

إن منح القاضي سلطة لتعديل الشرط الجزائي لا تلغي ميزة الشرط بل تدعمها لأن في ذلك إحترام لمبدأ سلطان الإرادة و السبب في إعطاء القاضي سلطة التعديل أن الشرط الجزائي أصبح كوسيلة استغلال أحد طرفي العقد للآخر.

و أخيراً، منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل الالتزامات المترتبة عن العقد في حالة الغبن و الاستغلال، فمتى توافرت شروط الاستغلال جاز للطرف المغبون أن يطلب إما إبطال العقد وإما إنقاص التزاماته الناشئة عن العقد، فالاستغلال إذن يخول للطرف المغبون الخيار بين أمرين: دعوى الإبطال أو إنقاص الالتزامات، و من جهة أخرى يمكن للطرف المستغل أن يتوقى إبطال العقد بعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن بالنسبة لعقود المعارضة بالزيادة في مقدار التزامات المستغِل عوض إنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو إبطال العقد.

فإذا رفع المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يقضي له بذلك، كما يجوز له أن يحكم بإنقاص التزاماته إذا رأى أن المغبون كان يقبل بشروط أقل تكلفة، و المسألة إذن متروكة لتقدير القاضي، فعلى ضوء الملابسات و ظروف القضية قد يحكم بالإبطال إذا كان أحسن وسيلة لرفع الغبن، و قد يكتفي بإنقاص التزامات المغبون و إبقاء العقد إذا كان ذلك كافيا لرفع الغبن، أما إذا طلب المغبون الإنقاص فلا يمكن للقاضي الحكم بالإبطال كما ليس له أن يعالج الغبن عن طريق زيادة التزامات المستغِل.

قـــائمـــــة المصـــــادر

① **النصوص القانونية:** ***(حسب التسلسل التاريخي)***

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. 27 يونيو 2004، العدد41، ص. 3.

② **قائمة المراجـع:** ***(حسب الترتيب الهجائي)***

- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994.
- أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة1، 2003.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 4، 2005.
- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007.
- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة 2، 2002.
- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2004.

- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة 3، 2002.

- سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1956.

- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة ، الطبعة الأولى، عمان، 2002.

- عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء 2، بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، الجزء 1، دار النهضة العربية، 1990.

- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة 2، 2005

- لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

- محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة.

- محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

- محمد صبري السعدي, الواضح في شرح القانون المدني الجزائري, النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام, العقد و الإرادة المتفردة, الجزء 1, دار الهدى, الطبعة 4، 2008.

- نبيل إبراهيم سعد و محمد حسن منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

③ **المقالات و المذكرات** : ***(حسب الترتيب الهجائي)***

- حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، ندوة حماية المستهلك في الشريعة و القانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998.

- حمة سوسن, تعديل العقد أثناء التنفيذ, مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء, دفعة 17,سنة 2008- 2009.

- حمي عبد الطيف وبن الطيب عبد الرحمان، تنفيذ الالتزامات العقدية، مذكرة التخرج لنيل شهادة الليسانس، جامعة مولاي الطاهر- سعيدة-، 2009-2010.

- زوبير قويدري، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية أثناء التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2005-2006.

- سواسي نزهة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005- 2008.

- محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998.

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

الفهـــــــــرس

المقدمة..... 02

الفصل التمهيدي: ماهية التعديل**..... 07**

المبحث الأول: مفهوم التعديل 07

المبحث الثاني: أنواع التعديل 08

المطلب الأول: التعديل الاتفاقي وشروطه..... 09

المطلب الثاني: التعديل القانوني وشروطه 10

المبحث الثالث: مبررات التعديل..... 12

المطلب الأول: مبررات التعديل الاتفاقي..... 12

المطلب الثاني: مبررات التعديل القانوني..... 12

المطلب الثالث: مبررات التعديل القضائي 14

الفصل الأول: صور التعديل القضائي **..... 17**

المبحث الأول: تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان 17

المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان..... 18

الفرع الأول: المفهوم التقليدي لعقد الإذعان و خصائصه..... 19

الفرع الثاني: المفهوم الحديث لعقد الإذعان و خصائصه 22

المطلب الثاني: مفهوم الشروط التعسفية 26

الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية 26

الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي 30

المبحث الثاني: تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة 32

المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة 33

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 34

المبحث الثالث: تعديل الشرط الجزائي 37

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي 37

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي 38

الفرع الثاني: تمييز الشرط الجزائي عما يشابهه من أوضاع 43

الفرع الثالث: عناصر الشرط التعسفي 47

المطلب الثاني: شروط إستحقاق الشرط الجزائي 48

الفرع الأول: قيام المسؤولية المدنية 49

الفرع الثاني: الإعذار 53

المبحث الرابع: تعديل العقد في حالة الغبن و الاستغلال 54

المطلب الأول: مفهوم الغبن و الاستغلال 55

الفرع الأول: تعريف الغبن و الاستغلال..... 55

الفرع الثاني: التمييز بين الغبن والاستغلال..... 57

المطلب الثاني: عناصر الغبن و الاستغلال 57

الفرع الأول: العنصر المادى للاستغلال 58

الفرع الثاني: العنصر النفسي للاستغلال..... 60

الفصل الثاني: آثار التعديل القضائي 65

المبحث الأول: آثار التعديل القضائي على الشروط التعسفية في عقد الإذعان. 65

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية. 66

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية. 67

المبحث الثاني : آثار التعديل القاضي على العقد في ظل الظروف الطارئة..... 68

المطلب الأول : سلطة القاضي في ظل تحقق الظروف الطارئة 68

الفرع الأول : الضوابط التي تحكم سلطة القاضي في ظل الظروف الطارئة 69

الفرع الثاني : وسائل القاضي في تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة 71

المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي في ظل الظروف الطارئة 76

المبحث الثالث : آثار التعديل القضائي على الشرط الجزائي..... 79

سلطـة القـاضـي فـي تعـديـل العقـد

المطلب الأول : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالزيادة 81

المطلب الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض 85

المبحث الرابع : آثار التعديل القضائي على العقد في حالة الغبن و الاستغلال 93

المطلب الأول : دعوى الإبطال 93

الفرع الأول : الإبطال حق للمغبون..... 94

الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في عوى الإبطال..... 94

الفرع الثالث : توقي دعوى الإبطال بزيادة التزامات المتعاقد المغبون 95

المطلب الثاني : دعوى إنقاص التزامات العقد 95

الخاتمة **99**

قائمة المصادر **105**

الفهرس **109**