

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



## دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص : قانون اجتماعي.

تحت إشراف الدكتور :

هنري عبد اللطيف

من إعداد الطالب :

خليل أحمد

أعضاء لجنة المناقشة :

الدكتور طيطوس فتحي

الدكتور هنري عبد اللطيف

الدكتور بن عيسى أحمد

الدكتور بوزيان بوشنتوف

الأستاذ عبد الحميد رويسات

رئيسا

أستاذ محاضر "أ"

مشرفا ومقررا

أستاذ محاضر "ب"

مناقشا

أستاذ محاضر "ب"

مناقشا

أستاذ محاضر "ب"

مناقشا

أستاذ محاضر "ب"

السنة الجامعية 2015/2016



# إهداء

❖ إلى كل من له الفضل في نجاحي، الذي كان حاضرا في كل مشوار حياتي الذي كان يدعمني ويشجعني، لمن رسم لي طريق التوفيق في كل أموري والذي العزيز أطل الله في عمره.

❖ وإلى من هي أرق من النسيم، إلى النهر المتدفق بالحب والحنان والتي وهبتي الحياة، أمي الغالية.

❖ إلى من قاسموني حنان الوالدين، إلى إخوتي .

❖ إلى زملائي وزميلاتي

❖ إلى كل أساتذتي وخاصة الأستاذ : "هني عبد اللطيف"

# الشكر والتقدير

هذا ما تيسر إيراده وتهيأ إعداده وأعان الله على إنجازهِ، فما كان فيه من سديد  
وصواب فمن الله وحده، أحمده تعالى على منه وتوفيقه، وما كان فيه من زلل أو خطأ فمن  
نفسي ومن الشيطان وأستغفر الله تعالى عليه.

...لأنه من لم يشكر الناس لم يشكر الله، فلا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم  
بجزيل الشكر إلى أساتذنا الفاضل الأستاذ "هني عبد اللطيف" لقبوله الإشراف على هذا  
العمل ولما جاد به من توجيهات ونصائح قيمة.

الشكر موصول كذلك إلى :

كل أساتذتي وخاصة:

"كافي محمد، مخلوف نور الدين"

ونخص بالشكر لجنة المناقشة كل من الأساتذة (د. طيطوس فتحي، د. بن عيسى  
أحمد، د. بوزيان بوشنتوف، والأستاذ عبد الحميد رويسات)

فجازاكم الله عنا كل خير

قائمة المختصرات :

المختصرات باللغة العربية:

(ق.م.ج.) : القانون المدني الجزائري

(ق.م.م.) : القانون المدني المصري

(ص) : صفحة

(ط) : طبعة.

(م) : المادة

(ج.ر.) : جريدة رسمية

## مقدمة:

ظهر القانون كأساس للتعاملات التعاقدية إذ يلجأ المشرع في بعض الأحيان إلى التدخل تلقائياً مستبقاً العقد شريعة المتعاقدين، فبكل إرادته محل إرادة الأطراف وذلك لتكريس العدالة العقدية وحماية الفئة الضعيفة كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

وتدخل المشرع يكون في مرحلة إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه وإذا كانت القاعدة العامة هي عدم جواز تدخل المشرع في العلاقات العقدية التي تم الاتفاق عليها أثناء إبرامها والتي تشكل قانوناً للأطراف، فإن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها، لاسيما وإن الأطراف غالباً ما يجدون أنفسهم أمام تقلبات اقتصادية واجتماعية أو سياسية لم تؤخذ في الحسبان.

وفي حقيقة الأمر فإن تدخل المشرع في العقود له صور عديدة، فقد يتدخل بقواعد أمره لتنظيم مسألة من المسائل المعينة، وتمنع على الأشخاص المساس بها، كما هو الشأن في الأمور المتعلقة بالنظام العام .

فالنظام العام التوجيهي أو الاقتصادي يتداخل المشرع بمقتضاه لتنظيم الاقتصاد تنظيمياً دقيقاً عن طريق ضمان المنافسة الحرة، وتشجيع السوق والدفاع عن المبادئ الأساسية والمصالح العليا للدولة، أما النظام العام الاجتماعي هو نظام يسعى إلى حماية مصالح الخاصة لفئات معينة يرى المشرع أنها جديرة بالرعاية، وذلك لضعفها اقتصادياً واجتماعياً، فالنظام الحمائي يقتصر على حماية الطرف الضعيف في بعض القواعد وذلك بأن يخضع المشرع بعض العقود إلى قواعد أمره بدلا من ترك مبادرات التبادل للأطراف الذين ليس لهم القدرة على ترتيب الحقوق والواجبات بحسب طريقتهم لأن العقود تكون تنظيمية بصفة أمره كما هو عليه عقد العمل مثلاً.

إن تدخل القاضي صار حتمية نتيجة تطور أساليب الإنتاج والتطور المعرفي الذي أفرز اختلالاً في مراكز المتعاقدين مما فرض تهذيب قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" تبعاً لذلك تبرز الإشكالية فما يتجلى دور القاضي في تعديل العقد؟

يتدخل القانون بما يمنحه للقضاء من سلطة تقديرية تمكنه من التدخل في العقود وتعديلها وإعادة التوازن المحتل بها، حيث أنه منح له سلطة التدخل في العقد عبر مراحله ففي مجال إبرام العقد منح له سلطة تعديل الشرط التعسفي وعقد الإذعان وفي مرحلة تنفيذ العقد في حالة حدوث ظروف طارئة وتخفيض الشرط الجزائي.

وللإجابة على هذا التساؤل فقد تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين، الفصل الأول تم تخصيصه في دور القاضي في إبرام العقد وقد تم تقسيمه إلى مبحثين حيث تم جمع في المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل عقد بسبب الغبن والاستغلال والمبحث الثاني سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان وتم تخصيص الفصل الثاني إلى دور القاضي في تنفيذ العقد وهو بدوره يتفرع عنه مبحثين، حيث تم جمع في المبحث الأول سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة وجمع في المبحث الثاني من هذا الفصل سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

ولقد اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي الوصفي من خلال تعداد النصوص القانونية الوطنية والمقارنة وتحليلها في المباحث وذلك لغرض التعريف بكل عنصر من العناصر المراد دراستها لتسهيل وتسيير فهمها كما تم الاعتماد على المنهج المقارن من خلال التعرض إلى النصوص التشريعية الوطنية والمقارنة كالقانون الفرنسي والمصري والألماني إضافة إلى الأحكام القضائية الأجنبية.

# الفصل الأول

## سلطة القاضي في إبرام العقد

تتسم سلطة القاضي في مرحلة إبرام العقد بطبيعة وقائية هامة تتمثل في أن المتعاقدين سيدخلان في اعتبارهما عندما يقدمان على إنشاء عقد من العقود، أن للقاضي سلطة ممنوحة له بموجب القانون تسمح له بمراجعة هذا الاتفاق وتعديله، فيحرص المتعاقدين ابتداءً على أن يضمنوا في تعاقدتهما الاستقرار، وذلك بأن يلتزما بالحدود المسموح بها ويتحاشيا الأسباب التي قد تؤدي إلى تعديل العقد، ولعل أبرز الأسباب ومظاهر تدخل القاضي في العقد وممارسة دوره وسلطته حينما يكون هناك تفاوت فادح بين التزامات طرفي العقد نلاحظه في تضمن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال (المبحث الأول)، أو نكون بصدد سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان (المبحث الثاني).

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

لم يكن القانون القديم أي القانون الفرنسي يهتم بتعادل التزامات المتعاقدين، والسبب في ذلك هو اعتماده على منطق « مبدأ سلطان الإرادة » وكذا مبادئ المذهب الفردي، فالعقد، بالنسبة لهذا المذهب، هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة وضمونها بين أفراد المجتمع، فهم متساوون في الحقوق والواجبات، ويتمتعون بالحرية الكاملة بحيث يستحيل أن يبرم أحدهم عقدا مضرا بمصالحه، وهذا لتصور الذي يعتد بالتعادل المجرد « Equivalence abstraite » تلخصه المقولة المشهورة «العقد هو العدل» "qui dit contrat dit juste" .

ولكن هذه الاعتبارات لم تمنع المشرع الفرنسي، وقت وضعه للتقنين المدني سنة 1804، من استثناء حالتين : القسمة، وبيع العقار ؛ حيث يكون العقد - بالنسبة لهاتين الحالتين - معييا إذا بلغ التفاوت بين التزامات المتعاقدين وليس بحالتهما النفسية. هذا الوضع الذي يسمى بالغبن هو عيب قائم بذاته، وهو عيب في العقد لا في الرضاء، كما أنه يقتصر عادة على العقود التبادلية والمحددة ؛ لأن العقد الملزم بجانب واحد يرتب التزاما واحدا، كما يتنافى الغرر الذي يميز العقود الاحتمالية مع الغبن.<sup>1</sup>

## المطلب الأول : مفهوم الغبن والاستغلال .

لقد تأثر مفهوم الغبن بنظرية الفكر القانوني وذلك تبعا للمذهب السائد في المجتمعات عبر العصور، إذ تطورت نظرية الغبن بمفهومه المادي والتي كانت سائدة في القوانين القديمة إلى النظرية النفسية للاستغلال في العصر الحاضر، وإن لم تتبنى القوانين الحديثة ذلك حيث ما يزال بعضهما متشبتا بنظرية الغبن القيمة، وجب التعرض في هذا المطلب إلى تعريف الغبن والاستغلال (الفرع

<sup>1</sup> علي فيلاي، الالتزامات ( النظرية العامة للعقد )، موفم للنشر، الجزائر، ط2010، ص 198.

الأول)، والتمييز بين الغبن والاستغلال (الفرع الثاني)، أما (الفرع الثالث) دور الفقه في معالجة اختلال تعادل التزامات المتعاقدين.

### الفرع الأول : تعريف الغبن والاستغلال .

#### أولاً : تعريف الغبن :

الغبن هو المظهر المادي للاستغلال ، وكما عرفه الأستاذ "السنهوري" بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه.

ويستخلص من هذا التعريف أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية. وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن، لأن الأولى طبيعتها تقتضي بوقوع الغبن على احد المتعاقدين، ولأن الثانية يعطي فيها احد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى، وأن الغبن يقدر وقت تمام العقد، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت، ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك، وأن الغبن يصعب الاحتراز منه، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش وبهذا التمييز العملي يقوم الفقه الإسلامي.<sup>1</sup>

#### ثانياً : تعريف الاستغلال :

لغة هو الانتفاع من الغير بدون حق. أما اصطلاحاً فهو استغلال الضعف النفسي الجامح الذي يعتري المتعاقد يغررض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو مع غير عوض.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون طبعة، ص.ص 355-356.

<sup>2</sup> علي فيلاي، المرجع السابق ص 203

## الفرع الثاني : التمييز بين الغبن والاستغلال :

الغبن كما رأينا هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه فهو بهذا يعتبر المظهر المادي للاستغلال ومن تم يتميز عنه بأمرين جوهرين .

أولاً : أنه لا يكون في التبرعات، لأن العاقد فيها يعطي ولا يأخذ.

ثانياً : أنه يقاس بمقيار مادي، فينظر فيه إلى ما بين الآداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية، أي القيمة بحسب سعر السوق، أما الاستغلال فهو أمر نفسي لا يعتبر الغبن إلا مظهراً مادياً له فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة ضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف.<sup>1</sup>

## الفرع الثالث : دور الفقه في معالجة اختلال تعادل التزامات المتعاقدين :

لقد أبرز تطور المجتمع حقائق جديدة، منها عدم المساواة بين أفراد المجتمع في شتى الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية؛ بحيث أصبح الأقوياء يفرضون شروطهم على الضعفاء، الأمر الذي جعل الفقه والتشريعات يهتمون بهذه الظاهرة؛ فاقترح الفقه تصورين من شأنهما معالجة اختلال تعادل التزامات المتعاقدين، لذا وجب التعرض إلى الصور الموضوعي (أولاً) والتصور الذاتي (ثانياً).

## أولاً: التصور الموضوعي :

ومفاده أن عدم التكافؤ بين ما يدفعه المتعاقد وما يحصل عليه يكون كافياً لإبطال العقد بغض النظر عن الاعتبارات الشخصية والنفسية لكل متعاقد؛ فالعبرة هي بالتفاوت بين القيمة المادية لالتزامات المتعاقد. فالعدالة التبادلية التي يقوم عليها هذا التصور أولى من اتفاق الإرادتين، بحيث

<sup>1</sup> محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري؛ الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، باتنة، 2012، 2011،

يتقدم تعادل الأداءات على الحرية العقدية. ويستمد هذا التصور الذي يكيف هذا التفاوت على أنه عيب قائم بذاته يسمى الغبن مما كان يسميه رجال الكنيسة «الثلث العدل» و«الأجر العدل» ويعاب على هذا التصور الذي يعتد التعادل الحقيقي للأداءات، صعوبة تطبيقه من حيث المشاكل الكبرى التي يواجهها الاقتصاديون بخصوص تحديد الأسعار.<sup>1</sup>

### ثانيا : التصور الذاتي :

ومفاده أن التفاوت الذي قد يوجد بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذا لالتزامه والفائدة التي يتحصل عليها هو ناتج عن ضعف المتعاقد المغبون من جهة، واستغلال المتعاقد معه لهذا الضعف من جهة أخرى. ويرى أنصار هذا التصور أن الغبن الذي يقع فيه المتعاقد يعني حتما عيبا في رضاه؛ مما يجنبه التناقض مع مبدأ القائل أن العقد هو العدل. وهكذا أصبح الغبن مجرد عيب من عيوب الرضا، حيث أن العبرة بالنسبة لهذه النظرية هي بالضعف النفسي الذي نال من سلامة رضاء المتعاقد المغبون. ويجب أن يكون هذا الضعف النفسي مؤثرا، ومستغلا من طرف المتعاقد المستفيد من العملية العقدية.

أما بالنسبة للمشرعين؛ فقد استحدثت جل القوانين الحديثة حولا تعالج مشكلة عدم تعادل التزامات المتعاقدين، فالمادة 138 من القانون المدني الألماني تقضي « ببطان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره، في نظير شيء يؤديه، أعلى منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء؛ بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحا في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء» وتقضي المادة 21 من قانون الالتزامات السويسري بأنه: « في حالة اختلال التعادل اختلالا واضحا ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر، يجوز للمغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما

<sup>1</sup>علي فيلاي، المرجع السابق ص199.

دفعه، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجربة»  
وتقضي المادة 22 من المشروع الفرنسي - الإيطالي بأنه - « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل » مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات».<sup>1</sup> وتنص المادة 129 من ق.م.م: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب عقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، ونبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هو جامحاً جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.. ويجب أن ترفع الدعوى لذلك من خلال سنة من تاريخ العقد، إلا كانت غير مقبولة... ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن».<sup>2</sup>

### المطلب الثاني : عناصر وجزاء الاستغلال.

وجب التعرض في هذا المطلب إلى عناصر الاستغلال (الفرع الأول)، جزاء الاستغلال (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، ص.ص 200 - 201

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.ص 201 - 202.

الفرع الأول : عناصر الاستغلال .

أولاً : العنصر المادي :

بالنظر إلى نوع العقد المعني بالاستغلال قد يمثل العنصر المادي في التفاوت بين التزام المتعاقد وال عوض الذي يتحصل عليه، أ، في التفاوت بين خط الربح والخسارة اللذين يتحملها كل متعاقد، أو في انعدام العوض أصلاً .<sup>1</sup>

### 1. التفاوت بين الالتزام والعوض :

يتضح من المادة 90 ق.م.ج أن للتفاوت صورتين : فقد يكون ما بين التزامات المغبون وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد، وتجسد هذه الصورة التفاوت الذي يحصل في عقود المعارضة. وقد يكون التفاوت ما بين التزامات المغبون والتزامات المستغل، وترجم هذه الصورة الثانية التفاوت الذي يلحق العقود التبادلية، أي العقود التي ترتب على المتعاقدين التزامات متبادلة ومتقابلة.

ولكن إذا كانت العبرة هنا هي بتعادل ما التزم به المتعاقد مع تلقاه مقابل ذلك، فإن الكلام ينحصر في عقود المعارضة دون غيرها. ويذكر في هذا الشأن أن عقد المعاوضة لا يقتضي حتماً تبادل الالتزامات، كما أن تبادل الالتزامات لا يتنافى مع عقد التبرع.

ويظهر أن ما قصده المشرع هو التفاوت بين ما يعطي المتعاقد تنفيذاً لالتزامه وما يأخذه من عوض في مقابل ذلك. فالتفاوت يكون ما بين أداء المتعاقد والأداء المقابل الذي قام به المتعاقد الثاني على سبيل العوض.

ويكون التفاوت إذن بين قيمة الأداء الذي يقوم به المتعاقد المغبون، وقيمة العوض الذي يتحصل عليه. ويتبين هذا التفاوت عند مقارنة قيمة الأداء بقيمة الأداء المقابل؛ ويعد المشرع

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 204.

الجزائري « بالتفاوت الكثير في النسبة »، في حين تأخذ التقنيات الأخرى « بالاحتلال الفادح » أو « الواضح » أو « أن تكون التزامات المتعاقد بعيدة عن كل تعادل » أو « لا تتعادل البتة ». وبمفهوم المخالفة فإن التفاوت اليسير الذي نجده في كل المعاملات هو أمر عادي ومقبول في التبادلات العقدية.<sup>1</sup>

لقد اكتفى المشرع بوصف التفاوت دون تعيين مقدار حسابي له، كما هو الأمر في حالات الغبن، سواء في بيع العقار، أو عملية القسمة. وفي الاعتقاد فإن سبب ذلك يعود إلى طبيعة العيب؛ إذ أن العبرة بالدرجة الأولى هي بنفسية المتعاقد، وبالقيمة الشخصية للأداءات وليس قيمتها الاقتصادية.

ومهما يكن من أمر، فإن القاضي هو الذي يتولى تعيين « التفاوت الكثير في النسبة » والذي يقتضي الحماية.

ونشير في هذا الشأن إلى أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة وله أن يفصل في كل قضية على حدة، خاصة وأن عملية التقدير هذه مسألة واقع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا. وقد يعاب على هذه الكيفية ما قد يعتري القاضي من تفريط وتعسف عند تقديره لتفاوت، غير أنها تبقى الأكثر انسجاماً مع مفهوم الاستغلال.

## 2. التفاوت بين حظ الربح والخسارة :

لا يعتد بهذا التفاوت في العقود الاحتمالية، حيث يرى بعض الفقهاء أنه لا مجال لتطبيق نظرية الاستغلال على هذه العقود كونها تقوم على حظ الربح والخسارة. والحقيقة أن احتمال الربح أو الخسارة الذي يقوم عليه العقد الاحتمالي شيء، واستغلال ضعف المتعاقد شيء آخر. لذا يجب أن يكون احتمال الربح والخسارة الذي يتحمله المتعاقد متكافئاً مع حظ الربح أو الخسارة الذي

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 204 - 205

يتحملة المتعاقد الثاني. أما إذا لم يكن هناك تكافؤ بين ما يتحملة كل متعاقد فإننا نكون بصدد تفاوت بين التزامات المتعاقدين، وقد يرجع ذلك إلى ضعف نفسي للمتعاقد المغبون واستغلال هذا الضعف من قبل المتعاقد الآخر.<sup>1</sup>

ولقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الحل فيما يخص بيع العقارات مقابل إيراد شهري أو سنوي؛ فإذا كان هذا الأخير أقل أو يساوي المدخولات الشهرية أو السنوية للعقار فإن حظ الخسارة الذي يتحملة المشتري لا يتناسب تماما مع ذلك الذي يتحملة البائع، فهناك تفاوت كبير في النسبة ما بين حظ الربح أو الخسارة الذي يتحملة المشتري، وذلك الذي يتحملة البائع.

### 3. انعدام العوض :

قد يتساءل عن مدى تطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع، خاصة وأن المتبرع يلتزم بدون مقابل بالكلام عن اختلال التعادل بين التزامات المتعاقدين لا يخطر على بال أحد، لكن المادة 90 ق.م.ج لم تستبعد هذه العقود من مجال تطبيقها، حيث ورد في فقرتها الثالثة : « ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن ». يفيد هذا الحكم الاستثنائي والخاص بعقود المعاوضة ن عقود التبرع تخضع لنظرية الاستغلال، والجزاء المترتب عليها هو إبطال العقد أو إنقاص التزامات المغبون. وينسجم هذا الحل تماما مع نظرية الاستغلال، إذ العبرة بالدرجة الأولى هي بالضعف النفسي للمغبون، بينما يترجم الاختلال في تعادل التزامات المتعاقدين النتيجة المترتبة على عملية الاستغلال.<sup>2</sup>

أما بخصوص توفر العنصر المادي في عقود التبرع، فاعتقاد أن المتعاقد - من خلل التصرفات التي يقوم بها - يرغب في تحقيق غاية قد تكون مادية كالحصول على عوض في عقود المعاوضة، وقد تقتصر على غاية أدبية أو معنوية، كما هو الحال بالنسبة لعقود التبرع . فيتمثل الاختلال في

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق ، ص.ص 206 - 207

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص 206-207.

التعادل بالنسبة لهذه العقود في الفرق بين الالتزامات التي يتحملها المتبرع والغاية المعنوية التي يسعى إلى تحقيقها، وتكون العبرة حينئذ بالقيمة الشخصية للأشياء لا بالقيمة المادية، فما هو تافه بالنسبة لمتعاقد قد يعتبره غيره من الأمور الهامة والضرورية، ويرجع ذلك إلى القناعات الشخصية لكل فرد.

ومن الناحية العملية اقترح الفقه كيفيتين لتقدير التفاوت بين التزامات المتعاقد والغاية التي يهدف إليها. أما الكيفية الأولى فيرى بأنه ما دام عدم التوازن في عقود التبرع موجودا أصلا لانعدام العوض فهي أولى بتحقيق الاستغلال فيها .

ومن ثم فإن العنصر المادي للاستغلال يكون دائما مفترضا في عقود التبرع. وأما الكيفية الثانية فيرى أصحابها أن التفاوت بين التزامات المغبون والغاية التي يسعى إلى تحقيقها يتمثل في المقدار غير المألوف للمال المتبرع به من جهة، وثروة المتبرع من جهة أخرى، وهذه الطريقة الأخيرة هي الأقرب لأحكام المادة 90 ق.م.

### ثانيا : العنصر النفسي :

للعنصر النفسي مظهران : يتمثل المظهر الأول في الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون، ويتمثل المظهر الثاني في استغلال المتعاقد معه لهذا الضعف.<sup>1</sup>

### 1. الضعف النفسي :

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 365.

يعتد المشرع في الضعف النفسي بحالتين هما : الطيش، والهوى. وقد ذكرهما على وجه الحصر في المادة 90 ق.م التي تنص « ... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا...»

#### أ. الطيش البين :

الطيش هو حالة نفسية تعترى الشخص فتجعله يتخذ قرارات بدون تبصر ولا تفكير كاف. ويتميز الشخص الطائش بالتسرع في تصرفاته دون تقدير عواقبها. إن حالة الطيش البين تشبه إلى حد كبير حالة السفه، التي تتميز أيضا بتبذير المال وإتلافه على خلاف ما يقتضيه العقل والشرع. ويرى القضاء المقارن في تبذير الأموال قرينة على حالة الغبن التي يسببها الطيش. وأما الفرق بين الحالتين فيتمثل في نقص أهلية السفيه، على عكس الشخص الذي يعتريه طيش والذي يتمتع بأهلية كاملة. ولا يستفيد السفيه - إلى غاية صدور الحكم بالحجر عليه - من الحماية لكونه كامل الأهلية، فتكون تصرفاته صحيحة. واعتقادنا بأنه يستفيد في هذه الحالة من أحكام المادة 90 ق.م بإدعائه الطيش البين. وهذه حماية إضافية للشخص الذي لم يحجر عليه بعد غير أنه - ضمانا لاستقرار المعاملات - يشترط في حالة الطيش أن يكون بينا، أي معروفا لدى الجميع.<sup>1</sup>

#### ب. الهوى الجامح :

الهوى الجامح هو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد فتتال من سلامة القرارات التي يتخذها؛ فمبول النفس واشتهاؤها شيئا ما، أو شخصا معيننا يندفع معه المتعاقد المغبون ويسعى لتحقيق رغباته دون تبصر، ومهما كان الثمن، غير مبال بالأضرار التي قد تلحقه.

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 208 - 209.

إن هذه الرغبة الشديدة تضغط على إرادة المتعاقد المغبون، فتمثل نوعاً من الإكراه يفقد المتعاقد حرية التصرف فيفسد رضاه. ويجب أن تفوق شدة هذه الميل الحد المعقول، بحيث لا يستطيع المغبون دفعها أو تحملها.

هذه الحالة النفسية التي تنال من إدراك وتمييز المتعاقد تتطلب حماية قانونية وهذا ما يبرر في اعتقادنا إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء.

## 2. استغلال ضعف المغبون :

زيادة على الضعف النفسي، تشترط أحكام المادة 90 ق.م أن يستغل المتعاقد هذا الضعف فيدفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد. والاستغلال هو الاستعمال الملائم لظروف معينة قصد الحصول على فائدة. وعليه فإن عملية استغلال الضعف النفسي تقتضي علم المتعاقد المستفيد بالضعف الذي يعتري المتعاقد المغبون، وأن تنصرف إرادته إلى استغلال هذا الظرف بقصد الحصول على فائدة. وعليه فإن ما يقوم به المستغل هو عمل غير مشروع قد يسأل عنه مدنياً وأحياناً جنائياً.<sup>1</sup>

وقد نتساءل عن مدى تحقق الاستغلال إذا كان المتعاقد المستفيد لا يعلم بالطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد المغبون وتعاقد معه بحسن النية معتقداً أنه قام بعملية رابحة لا غير؟ من الناحية النظرية يتعذر حتماً على المغبون إثبات عنصر الاستغلال، لأن المستفيد يجهل الضعف النفسي ولم تنصرف إرادته إلى استغلاله. لكن - عملياً - قد يتفطن الشخص اليقظ والحريص للفرق الكبير بين التزاماته والتزامات المتعاقد المغبون، ومن ثم يجب عليه أن يتساءل عما إذا كان رضاه المتعاقد المغبون سليماً، وأنه لم يستغل - ولو بطريقة غير مباشرة - ظروفه الخاصة.

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 210-211.

وللفقه بخصوص هذه المسألة آراء مختلفة، فهناك من يشترط إثبات الاستغلال من جهة، وأنه هو الدافع للتعاقد من جهة أخرى. وهناك من يرى أن العبرة بخطأ المتعاقد المستفيد، والمتمثل في استغلال طيش أو هوى المغبون، والمهم هو إثبات هذا الخطأ. ويرى 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 بتعويض الضرر الذي لحق المغبون.

إن غرض المشرع - كما أسلفنا - هو حماية الشخص الذي يعتريه طيش أو هوى ينال من رضائه، فالعبرة هي بسلامة رضاء المتعاقد المغبون فقط، ويجب أن يكون الاستغلال مؤثراً أما بخصوص العمل غير المشروع الذي يشترطه المشرع، والمتمثل في استغلال حالة المغبون، فهذا لا يعني أن الاستغلال أساسه مسؤولية المتعاقد؛ لأنه لو كان الأمر كذلك ما كنا بحاجة للمادة 90 ق.م، بل كان يكفي الرجوع إلى المادة 124 ق.م كما لا يمنع هذا الشرط من اعتبار الإستهلال عيباً من عيوب الرضاء كما هو الحال بالنسبة للتدليس، حيث يتم اللجوء إلى الحيل، وهو عمل غير مشروع، ومع ذلك فالتدليس يبقى قبل كل شيء عيباً في الرضاء.<sup>1</sup>

وفي اعتقادنا فإنه طالما أن الاستغلال عيباً في الرضاء، يكون رضا المغبون فاسداً إذا توفر العنصر المادي وكذا الضعف النفسي بغض النظر عما إذا كان المتعاقد يعلم أو لا يعلم بهذا الضعف النفسي، ولا نرى في وضع هذا الشرط إلا وسيلة لتضييق مجال تطبيق الاستغلال.

### الفرع الثاني : جزاء الاستغلال

إذا تحقق الاستغلال على النحو الذي أشرنا إليه آنفاً، يمكن للمتعاقد المغبون بمقتضى أحكام المادة 90 ق.م.ج أن يطالب بإبطال العقد، أو الإنقاص من التزاماته، وذلك من خلال سنة من

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 212.

تاريخ العقد، وإلا كانت طلباته غير مقبولة. وجعل المشرع الجزائري من الاستغلال عيباً في الإرادة ينطبق على سائر التصرفات ويتبنى الاستغلال عناصر ويترتب عنه جزاء.<sup>1</sup>

إن مدة وطبيعة هذا الأجل المعين لرفع الدعوى تطرح أكثر من تساؤل؛ فقد نشك في التكييف الذي انتهينا إليه بخصوص الاستغلال (على أنه عيب من عيوب الرضاء) إن مثل هذا الأجل سواء من حيث مدته أو موعد انطلاقه أو طبيعته، يخص - عادة - حالات الغبن، كما هو الوضع بالنسبة للغبن في بيع العقارات الذي أشارت إليه المادة 359 ق.م، أو الغبن في القسمة الذي تضمنته أحكام المادة 732 ق.م، ففي مثل هذه الحالات يعتبر الغبن عيباً في العقد قائماً بذاته ولا علاقة له بسلامة رضاء المتعاقد المغبون، فمن الطبيعي إذن أن تكون مدة الطعن في صحة العقد قصيرة، وأن ينطلق موعدها من تاريخ العقد، وأن يكون الأجل أجل إسقاط لا تقادم. غير أن اعتماد مثل هذا الأجل بالنسبة للاستغلال معناه رفض الحماية القانونية للمغبون، وإلا كيف يستطيع المغبون الذي يعتريه طيش بين أو هوى جامح أن يتفطن لحالته ويطعن في العقد في هذه المدة القصيرة؟<sup>2</sup>

وقد يدفع البعض باستقرار المعاملات لتبرير مثل هذا الحل، لكن حالة الاستغلال لا تختلف عن حالات عيوب الرضاء الأخرى، وإذا كانت الأحكام التي تسري على هذه العيوب لا تنال من استقرار المعاملات، فكيف يمكن تبرير هذا الحكم الخاص بالاستغلال بمثل هذا العذر؟ لذا كان على المشرع الأخذ بنفس الأحكام التي تسري على عيوب الرضاء التقليدية.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة غب الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،

ط1999، ص129

<sup>2</sup> علي فيلال، المرجع السابق، ص.ص 212 - 213.

المطلب الثالث : مدى سلطة القاضي في تعديل العقد لرفع الغبن والاستغلال .

وجب التعرض في هذا المطلب إلى دعوى الإبطال (الفرع الأول)، دعوى الإنقاص (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : دعوى الإبطال .

تثير هذه المسألة ثلاث مشكلات وهي على التوالي : من له الحق في المطالبة بإبطال العقد ؟ هل القاضي ملزم بالحكم بإبطال العقد ؟، وهل يمكن توقي دعوى الإبطال. لذا وجب التعرض على الإبطال حق للمغبون (أولاً)، والسلطة التقديرية للقاضي بسبب الغبن والاستغلال (ثانياً، أما (ثالثاً) توقي دعوى الإبطال.

### أولاً : الإبطال حق للمغبون :

يسعى المشرع من خلال نظرية الاستغلال إلى حماية المصالح الشخصية للمغبون - ومن ثم فإنه يترتب على تحقق الاستغلال قابلية العقد للإبطال، ومعنى ذلك أن للمغبون وحده دون غيره حق المطالبة بإبطال العقد، وله أيضا أن يتنازل عن هذا الحق.

ولا يجوز للمتعاقد المستغل أن يتمسك ببطلان العقد، ولا يمكن للقاضي أيضا أن يحكم به من تلقاء نفسه، وقد أشارت إلى هذا الموضوع المادة 90 ق.م بكل وضوح، حيث نصت : «.. جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد...»<sup>1</sup>

### ثانيا : السلطة التقديرية للقاضي بسبب الغبن والاستغلال :

إذا تقدم المغبون بدعوى الإبطال وتأكد لدى القاضي تحقق الاستغلال فهل يلزم بإقرار البطلان أم له أن يقضي بإنقاص التزام المتعاقد المغبون فقط ؟ إن مبادئ التقاضي تقيد بطلبات

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق ، ص 214

المتخصصين، ومعنى ذلك لا يمكن للقاضي أن يحكم بأكثر من طلبات الخصوم، في حين يجوز أن يقضي بأقل منها. ويعتبر إنقاص التزام المتعاقد المغبون أقل درجة من إبطال العقد، فللقاضي إذن أن يحكم بالإنقاص من التزامات المغبون عوض الإبطال.

وفي اعتقادنا فإن الاختيار بين إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون هو أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي ؛ ففي ضوء الملابسات وظروف القضية قد يحكم القاضي بالإبطال إذا كان أحسن وسيلة لرفع الغبن، وقد يكتفي بإنقاص التزامات المغبون وإبقاء العقد إذا كان ذلك كافيا لرفع الغبن.

### ثالثا : توقي دعوى الإبطال :

تنص الفقرة الثالثة من المادة 90 ق.م : « ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن ». طبقا لهذا الحكم، يمكن رفع الغبن بالنسبة لعقود المعاوضة بالزيادة في مقدار التزامات المستغل عوض إنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو إبطال العقد. ونؤكد في هذا الشأن أن الزيادة في التزامات المتعاقد المستغل أمر إرادي محض، يتم برضاء المتعاقد وإراداته التلقائية، ويلزم القاضي بطلب المتعاقد المستغل 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 الالتزامات التي من شأنها أن ترفع الغبن.<sup>1</sup>

وأخيرا سواء قضى القاضي بإبطال العقد، أو بإنقاص التزامات المغبون، أو بزيادة التزامات المستغل فإن النتيجة المنتظرة ليست التعادل الحسابي بين التزامات المتعاقدين، وإنما رفع التفاوت الفاحش فقط.

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق ، ص 215

## الفرع الثاني : دعوى الإنقاص.

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

إن دعوى الإنقاص تضمن استقرار المعاملات، ولكنها لا تحقق توازنا كلياً بين التزامات المتعاقدين، لأنها تقلل من فداحة الغبن فقط وعملية إنقاص 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 المقدار الذي يجب إنقاظه من الالتزامات لرفع الغبن، فللقاضي سلطة تقديرية واسعة معتدا فقط بالعدالة العقدية.<sup>1</sup>

**المطلب الرابع : ملاحظات حول مسلك المشرع الجزائري في نظرية الاستغلال والغبن من خلال المادة 90 ق.م والمادة 91 ق.م. ج :**

وجب التعرض في هذا المطلب إلى المادة 90 من القانون الجزائري (الفرع الأول)، والمادة 91 القانون المدني الجزائري (الفرع الثاني)..

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 216.

## الفرع الأول : المادة 90 من القانون المدني الجزائري :

عالج المشرع الجزائري في المادة 90 ق.م.م الواردة في القسم الثاني « شروط العقد» من الكتاب الثاني « الالتزامات والعقود » في النقطة الأولى تحت عنوان « الرضاء » والآتي نصها: «إذا كانت التزامات 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 إلى أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد ... ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة ... ويجوز في عقود المعارضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض هذا ما يراه القاضي لرفع الغبن».

يظهر موقع النص في التقنين المدني المشرع ألحق هذه المسألة بعيوب الرضاء .أما من ناحية الموضوع فقد نقل - تقريبا - المادة 129 من القانون المصري.

ويلاحظ من ناحية أخرى أن نص المادة 90 ق.م.م يصف الضحية «بالمغبون» مما يذكرنا بمفهوم الغبن - الذي اعتمده المشروع في بعض الحالات الخاصة. ويشير في نفس الوقت إلى فعل « استغلال الضعف النفسي»، وهكذا يذكرنا كذلك بعيوب الرضاء.<sup>1</sup>

ولقد أثار هذا المزج بين مفاهيم متباينة مشكل تكييف هذه الحالة. هل هي عيب في الرضاء؟ أو عيب في العقد؟ وفي اعتقادنا في حالة أقرب إلى عيوب الرضاء؛ لأن العبرة بالدرجة الأولى هي بالضعف النفسي لا بتفاوت الالتزامات؛ فالعقد لا يطل بالتفاوت الموجود بين الالتزامات وإنما يبطل بسبب الاستغلال طيش أو هوى المتعاقد الذي نتج عن اختلال في توازن التزامات

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 201 - 203.

المتعاقدين. أو بعبارة أخرى، يعتبر التفاوت بين الالتزامات معيارا للغبن ويكون نتيجة لعملية الاستغلال.

### الفرع الثاني : المادة 91 من القانون المدني الجزائري .

ونشير في الأخير إلى أن المادة 91 ق.م.ج تستبعد تطبيق أحكام الاستغلال على بعض العقود التي تسري عليها أحكام الغبن. وهناك تعريف ضيق للغبن، فهو : « عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد العاقد وما يأخذه » أو أنه « الضرر الذي يلحق أحد أطراف العقد نتيجة عدم التعادل بين الأداءات المتبادلة ».

ويترتب على هذا التعريف أن الغبن لا يتحقق إلا في عقود المعاوضة التبادلية غير الاحتمالية. وهناك تعريف أوسع للغبن كونه الضرر الذي يلحق أحد أطراف العقد نتيجة عدم التعادل بين ما تحصل عليه من فائدة وما قد قدم من تضحية، أي بين غنمه وغرمة. ويترتب على هذا التعريف أن الغبن يعني كل عقد معاوضة ولو كان ملزما لجانب واحد. ويعتبر أنصار التعريف الضيق أن هذا يعد ربا.

ومن بين العقود التي تسري عليها أحكام الغبن نذكر المادة 358 ق.م.ج المتعلقة ببيع العقارات التي تنص : « إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ... ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع»<sup>1</sup>.

وبمقتضى أحكام المادة 415 ق.م.ج تطبق هذه الأحكام على عقد المقايضة، ونصت كذلك المادة 732 ق.م.ج : « يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة ... ويجب أن

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق ، ص 216-218

ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديدا إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته».

ويتضح من هذه الأحكام الخاصة ما يلي :

- ✓ إن العبرة في الغبن تكون بالتفاوت المادي الموجود بين التزامات المتعاقدين؛ فالغبن عيب قائم بذاته وهو عيب في العقد، ولا دخل لاعتبارات الشخصية أو الحالات النفسية للمتعاقدين.
- ✓ إن الغبن يقتصر على بعض العقود المتعلقة بالعقار وهي : عقد البيع، وعقد المقايضة، وعقد القسمة، وهذا ما لم يوجد نص خاص يقر تطبيق الغبن على حالات أخرى.
- ✓ إن الغبن به لفائدة البائع والمتقاسم فقط، فلا يمكن للمشتري أن يدفع به، وإن مقدار التفاوت الذي يتحقق به الغبن هو خمس القيمة.
- ✓ إن العبرة هي قيمة العقارات وقت إبرام العقد، وفي حالة النزاع يستعين القاضي بخبير.

ويترتب على تحقق الغبن، بالنسبة لبيع العقار، وعقد المقايضة، حق البائع في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. فإذا بيع عقار بخمسين ألف دينار، وكان الفرق ما بين البيع والثمن الحقيقي يفوق الخمس، ( أي يفوق عشرين ألف دينار من الثمن الحقيقي وهو مئة ألف دينار) فيكون الغبن قد تحقق، وللبيع إذن الحق في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس - أي ثمانين ألف دينار - ويجب على المشتري، لرفع الغبن دفع الفرق ما بين ثمن الشراء وأربعة أخماس الثمن الحقيقي، أي:<sup>1</sup>

$$80.0000 - 50.000 = 30.000 \text{ (ثلاثون ألف دينار).}$$

وتسقط دعوى تكملة الثمن بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم إبرام العقد، ولا يسري هذا الأجل في حق عديم الأهلية إلا بعد إنقطاع العجز.

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 218

أما بالنسبة للقسمة، فإذا تحقق الغبن، أي إذا لحق المتقاسمين غبن يزيد على الخمس، فله أن يطالب بنقض القسمة خلال السنة التي تليها، مطالباً بقسمة جديدة.

ويمكن للمدعى عليه إيقاف هذه الدعوى إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته، علماً وأن إثبات الغبن من عدمه يتم عادة عن طريق الخبرة، على أن تكون العبرة بقيمة العقار وقت التعامل فيه.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 218.

المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان.

الأصل أن مختلف التشريعات تدخل لحماية الطرف الضعيف من سيطرة الطرف القوي، من أجل تحقيق التوازن بين متعاقدين عندما تؤدي الظروف الاقتصادية والاجتماعية إلى اختلاله كما هو الشأن في عقود الإذعان، وقد حرص المشرع الجزائري على معالجة عقد الإذعان بحكم خاص يعتبر استثناء من أصل القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وما تقتضيه القاعدة من عدم تدخل القاضي في تعديل موضوع العقد أو إلغاءه وذلك احتراماً لإرادة المتعاقدين، إذ بموجب الحكم الذي تتضمنه النصوص الخاصة بعقد الإذعان، وقد حولت للقاضي السلطة في التعديل.

لذا وجب التعرض إلى مفهوم عقد الإذعان (المطلب الأول) وأركان عقد الإذعان وطبيعته القانونية (المطلب الثاني)

### المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان.

نتطرق في هذا المطلب إلى نشأة عقد الإذعان (الفرع الأول) وتعريفه من خلال آراء الفقهاء المتعلقة بهذا العقد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: نشأة عقد الإذعان

لقد نشأ عقد الإذعان نتيجة للتطور الاقتصادي الحديث الذي اتجه نحو أسلوب الإنتاج الكبير، وترجع في الواقع فكرة الإذعان للطرف المحتكر، عن بوتيه (Pothier)\* والذي استوحاه القانون المدني على أن الإنسان في الأصل لا تقيده أي رابطة قانونية فهو حر في أن يتعاقد أو أن يقبل ما يشاء من الشروط التي يتضمنها العقد وبالتالي فإن المؤلف الوحيد للإرادات هو العقد، إذ هو اتفاق

\* بوتيه، أستاذ في التاريخ وشارح للقانون الفرنسي القديم.

إرادتين أو العديد من الإرادات يكون العقد الذي هو مصدر الحقوق بين الأشخاص وعليه يكون أسمى من القانون الذي يمثل الإدارة العامة وهذه المقابلة بين العقد المتبنى في المذهب الفردي والقانون الذي تبناه الفكر الاجتماعي قد دامت طويلا خلال القرن التاسع عشر<sup>19</sup> ، وأساسها أن العقد يضعف عندما يزداد تدخل الدولة، ومن ناحية أخرى فإن ارتقاء التعاقد يتلاءم مع البحث عن تدبير يجعل من العقد الصورة المعتدلة البديلة عن القانون، غير أن اجتهاد الفقه<sup>1</sup> خلال النصف الأول من القرن العشرين(20)، ومن أجل إيجاد حلول ملائمة لحماية الطرف الضعيف وتوجيه القضاء إلى تلك الحلول قد انعكس على التشريع وعندئذ تحول الضعف التعاقدية الذي يعانيه الفرد أي الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي إلى ضعف تعاقدية متولد عن التدخلات التشريعية من أجل حماية الطرف الضعيف وقد نادى الفقه<sup>2</sup> أيضا بالحماية الاجتماعية للمتعاقد الضعيف عن طريق إقامة التوازن العقدي، وباستبعاد تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقد الإذعان كما ذهب إلى ذلك صاحب هذه الفكرة الأستاذ السالبي، فمصطلح عقد الإذعان الذي اقترح بداية القرن كان من لدن ساليبي وكان موضوع دراسات فقهية خاصة في فرنسا، ومن ثم أثري عقد الإذعان ولاسيما من جانب أولئك الذين أنكروا أن يكون من طبيعة قانونية خاصة حيث تضاعف توسع عقد الإذعان، وأضحى التفاوض لا يمثل إلا خطوة سابقة على تكوين العقد وامتدت تلك الفكرة النابعة من فرنسا لتأخذ بها بلدان أخرى خاصة المتبعة للمذهب الفردي بعد أن أصلها كل من الفقه والقضاء<sup>3</sup>، لذلك يبدو أن هناك عدة عناصر ساعدت في نشأة عقد الإذعان ومنها العوامل الاقتصادية والقانونية والعوامل المادية والاجتماعية فهذه كلها أدت بطريقة غير مباشرة إلى نشوء عقد الإذعان وانتشاره عبر بلدان العالم مما أخذ به إلى التطور ووجب أن يعطى له تعريفا خاص به

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد لشعب، عقد الإذعان في ق.م.ج والمقارن، ب.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 09

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 11

<sup>3</sup> محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 12

## الفرع الثاني: تعريف عقد الإذعان

يعد أصل تسمية عقد الإذعان في الفقه العربي الذي كان صاحبها: "عبد الرزاق السنهوري" حيث يذكر الأستاذ "عبد المنعم فرج الصده: « أن هذه التسمية ذكرها السنهوري وهي أصح من التسمية الفرنسية التي أطلقها الأستاذ "ساليبي" إعلان الإرادة فقرة 89 التي معناها عقد الانضمام لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان، إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي نضم إليها القابل دون مناقشة»<sup>1</sup> وفيما يتعلق بتعريف عقد الإذعان فنجد الفقه قد اختلف بشأن إعطائه تعريف موجود ودقيق ولذلك حاول المشرع تدقيق تعريف عقد الإذعان من خلال التعريف التشريعي (أولاً)، ثم نتطرق إلى التعريف الفقه ي لعقد الإذعان (ثانياً) وهذا كالتالي:

أولاً: التعريف التشريعي لعقد الإذعان: في ظل نصوص القانون المدني الجزائري، يلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يحدد تعريف عقد الإذعان واكتفى بوصف الإذعان، وعلى كيفية حصول القبول في هذا النوع من العقود على غرار التشريعات العربية، وهذا بالنص عليه في المادة 70 ق.م.ج: «يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها» فيتضح من خلال المادة تعريف غير مباشر لعقد الإذعان وهذا من خلال توافر شروط يضعها الموجب في العقد دون قبول مناقشة الطرف الآخر، ولكن نجد بأن المشرع الجزائري قد عرف الإذعان من خلال القانون رقم 02/04 الصادر في 2004/06/23 والمحدد للقواعد المطبقة على النشاطات التجارية، ليضع تعريف لهذا العقد في الفقرة الرابعة من "المادة الثالثة" بأنه: «كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث أي تغيير حقيقي فيه» مما يعني أن المشرع

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصده، العقد في قوانين البلاد العربية، ب ط، دار النهضة للطباعة، بيروت، ص 135

اعتبر بعض عقود الاستهلاك بمثابة عقود إذعان وهذا ما يتم التعرض له لاحقا، وفي هذه العقود تعطى لأحد طرفيها فقط حرية الخيار والمفاوضة للقبول بها، مما يترتب عليها احتكار بعض المرافق الهامة احتكارا قانونيا أو فعليا، لا يمكن للمشتري سوى أن يقبلها كما هي دون نقاش وإذا قبلها كان متعاقدا.<sup>1</sup>

### ثانيا: التعريف الفقهي لعقد الإذعان:

**1. الاتجاه التقليدي:** اتجه جانب من الفقه، إلى تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار الفعلي أو القانوني شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصفة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة.<sup>2</sup>

**2. الاتجاه الحديث:** وسع هذا الاتجاه من دائرة عقود الإذعان من خلال تعريفها على النحو التالي: «عقودا محررة انفراديا من أحد أطراف العقد، وليس أمام الطرف الآخر إلا الخضوع لها دون أن يكون له سلطة حقيقية في تعديلها» وأضاف الفقه على هذا التعريف بعض الشكليات التي قد يتم فيها عقد الإذعان، والتي قد تأتي على صور متعددة، إذ قد يأتي العقد في شكل وثيقة مكتوبة وما على المستهلك إلا الإطلاع عليها وتكون غالبا تعرض على واجهة المحلات، فهذا التعريف يوسع من نطاق عقود الإذعان الإيجاب لفرد أو جماعة، كما لا يشترط أن يكون لأجل أو بدونه.<sup>3</sup>

وعند التكلم عن الفقه المقارن فإننا نجد الفقيه " ساليبي " والفقيه " جور برليوز " اللذين تعرضا

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 61

<sup>2</sup> محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص 23

<sup>3</sup> راضية العيطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق

والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، ص 95

لتعريف عقد الإذعان، فالفقيه "ساليي" يرى: «أن عقد الإذعان هو محض تغلب الإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، ومتملي قانونها ليس على فرد محدد بل هي مجموعة غير، محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من قبل قانون العقد».<sup>1</sup>

فلاحظ أن "ساليي" اعتبر عقد الإذعان مجرد إرادة تملي شروطها على إرادة أخرى دون أن يذكر محتوى العقد. أما فيما يخص الفقيه "جور برليوز" عرفه كالاتي: «بأنه العقد الذي يتم تحديد محتواه التعاقدية كليا أو جزئيا، بصفة مجردة وعمامة قبل المرحلة التعاقدية».<sup>2</sup>

وفي تعريف للأستاذ "محمد علي البدوي"<sup>3</sup> يقول: «بأن هذه العقود التي تتضمن شروط معدة مسبقا من طرف واحد (وهو القوي)، في شكل قائمة شروط تكون مطبوعة في العادة ولا يقبل مناقشتها أو تعديلها، موجهة إلى جمهور من الناس، هم في الغالب من المستهلكين الذين لا يكون لهم خيار سوى في قبولها أو عدم التعاقد، وكيف لهم أن يرفضوا التعاقد وهي تتعلق بسلع أو خدمات».

أما الأستاذ "عبد المنعم فرج الصده" عرفه بأنه: «العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق في نشأتها».<sup>4</sup>

<sup>1</sup> سليمة أحمد بجاوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، ص30

<sup>2</sup> Georges Berlioz, Le contrats d'adhésion, Thèse librairie générale, droit de jurisprudence, Paris, P 10.

<sup>3</sup> محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، ط2، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس (ليبيا)، ص58

<sup>4</sup> عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص137

ونذكر في هذا الصدد الأستاذ "عامر قاسم أحمد القيسي" يقول: « بأن هذه العقود لا تكون على ما يظهر إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد قد يحتكر احتكارا فعليا، أو قانونيا شيئا يعد ضروريا للمستهلك، يصدر الإيجاب عادة إلى كافة الناس».<sup>1</sup> وبشكل مشهر ويكون واحدا بالنسبة للجميع، ويغلب أن يكون مطبوعا والشروط التي يملئها الموجب في هذا الإطار شروطا لا تناقش وأكثرها لمصلحته وعن الأستاذ "عبد الرزاق السنهوري" فإنه يرى: « أن القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنا عنه فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان».<sup>2</sup>

وفيما يخص الفقه الجزائري فنجد مجموعة من الفقهاء قد عرفوا عقد الإذعان، فحسب تعريف الأستاذ "علي فيلاي"، فيقول: « عقد الإذعان هو عقد يملئ فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، يفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع والخدمات من طرف المتعاقد القوي».<sup>3</sup>

ويراد بعقد الإذعان وفقا لما جاء به الأستاذ "علي علي سليمان" هو: « العقد الذي يتم بين طرفين أحدهما قوي لأنه يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية احتكارا قانونيا أو فعليا أو شبه احتكار والطرف الآخر مضطر إلى هذه السلعة أو إلى هذه الخدمة، فيملئ عليه الطرف القوي شروطه وغالبا ما تكون في صيغة عقود مطبوعة يدعنها لها الطرف المضطر ولا يستطيع مناقشتها ولا تعديلها

<sup>1</sup> عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن)، ط 1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، المجلد 1، ب ط، منشورات الحلبي، بيروت لبنان، ص 244

<sup>3</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 60.

ويضطر إلى قبولها، ومثال هذه العقود، عقود شركات المياه وشركات الكهرباء والغاز وشركات النقل وشركات التأمين».<sup>1</sup>

ويقول "محمد صبري السعدي" بأن: «الأصل في التعاقد كل طرف في المنافسة والمساومة ولكن هناك نوع من العقود يضع فيه أحد الطرفين شروط العقد وللطرف الثاني إما أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة».<sup>2</sup>

ومن خلال التعاريف الفقهية المذكورة أنفا يبدو وإن اختلفت إلا أنها تصب في نقاط معينة، وقد يكون القاسم المشترك بينها أو تجتمع على تعريف واحد لعقد الإذعان بأنه، العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها.

إذن فعقد الإذعان هو وليد انتفاء المناقشة وهذا ما أكده المشرع من خلال نص المادة 70 من ق.م.ج، ولكي يتم عقد الإذعان لا بد من توفر أركان يقوم عليها العقد، وكذلك تحديد طبيعته القانونية ولهذا وجب التعرض إلى أركان عقد الإذعان وطبيعته القانونية (المطلب الثاني).

### المطلب الثاني: أركان عقد الإذعان وطبيعته القانونية

وجب الإشارة في هذا المطلب إلى أركان عقد الإذعان (الفرع الأول)، والطبيعة القانونية لعقد الإذعان (الفرع الثاني)

### الفرع الأول: أركان عقد الإذعان

<sup>1</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في ق.م.ج)، ط3، د.م.ج، الجزائر، ص38  
<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام في ق.م.ج، المصادر الإدارية، العقد والإرادة المنفردة، الكتاب 1، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ص60

يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إنشاء أثر قانوني، وهذا ما حاء في المادة 54 ق.م.ج، ولكي ينعقد لا بد له من توافر شروط معينة والمتمثلة في الرضا (أولاً)، والمحل (ثانياً)، والسبب (ثالثاً).

**أولاً: الرضا:** إن أهم ركن في العقد هو الرضا، أي الإيجاب والقبول وانطباقهما بإرادة حرة وواعية، هذا ما سنورده كالتالي:<sup>1</sup>

**1. الإيجاب في عقد الإذعان:** في العقود التي تتم بطريق الممارسة يتم فيه بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية وهذا ما نصت عليه المادة 59 ق.م.ج. وفي عقد الإذعان فإن للإيجاب ميزات واضحة إذ لكل منها طابع خاص، فالإيجاب في عقد الإذعان يصدر من الموجب في صورة قاطعة شاملا كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية وغير قابل للمناقشة أو المفاوضة، ومن جهة فإن تمام العقد يحتاج إلى أكثر من أن ينضم قبول يكون بمثابة إذعان لما صدر من الموجب من شروط ولا يتسنى هذا الحكم سوى العرض الذي نكون فيه شخصية القابل محل الاعتبار، وفي هذه الصورة الأخيرة فإن العرض الصادر من الطرف القوي في العقد يعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد لا ترقى إلى مستوى الإيجاب.

فالإيجاب في عقد الإذعان هو " الشرط " ويقصد بهذا الأخير: « ذلك الذي يضعه أحد الأطراف ليشكل به نظاماً في العلاقة القانونية المحتملة ويكون غير قابل للمناقشة».

فهو شرط محرر بإرادة منفردة من جانب واحد وهو الطرف الموجب، ووضع الشرط غالباً ما يكون بكيفية تحمي مصلحة واضعه إن عقد الإذعان يتميز بإيجاب بات في بادئ الأمر يعقبه إذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لا بد منه وهذا ما يظهر فيما يلي.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> علي علي سليمان، مرجع سابق، ص41

## 2. القبول في عقد الإذعان:

أ. المبدأ العام في القبول: لا إزام على من وجه إليه الإيجاب بأن يقبله، إذ وجه الإيجاب فإن الموجب لا يجتم على من وجه إليه الإيجاب القبول، بل يكون الموجه إليه الإيجاب حرا في أن يقبله أو يرفضه، وإذا رفضه يظل الإيجاب مجرد إيجاب وقبوله أو رفضه ليس مطلقا في جميع الأحوال، إذ أن ظروفها قد تجعل الموجب له ملزما بالقبول، ويتحقق ذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد معه.

ب. الطريقة التي يتم بها القبول في عقد الإذعان: أما القبول في عقد الإذعان فيكون رضوخا وتسليما بالشروط التي وردت في الإيجاب لذا نصت المادة 70 ق.م.ج على أنه: «يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها». لهذا فإن هذه العقود أصبحت في رأي بعض الفقهاء سمة بارزة من سمات التطور العميق الذي أصاب النظرية التقليدية للعقد.<sup>2</sup>

إذا اعتبرنا أن القول الذي يتم عن طريق الرضوخ والاستسلام لشروط مقررة هو قبول، ولكي يكتمل عقد الإذعان لا بد من وجود محل وهذا ما سندرسه في (ثانيا).

ثانيا: المحل: نص المشرع الجزائري عن محل العقد في المواد 92 إلى 95 ق.م.ج، ومحل الالتزام هو كل ما يلزم به المدين، وهو إما التزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بإعطاء شيء ويقصد به نقل أو إنشاء حق عيني، وشروط محل الالتزام هي أن يكون ممكنا، فإذا كان مستحيلا كان العقد باطلا وجري الفقه،<sup>3</sup> في حالة الالتزام بإعطاء شيء على اشتراط أن يكون المحل موجودا بدلا من

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص، ص82

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 137

<sup>3</sup> محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص93

عبارة ممكنة، والواقع أن الإمكان في هذه الحالة هو وجود المحل وأن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين وذلك مهما كانت صورته إذ يجب أن يكون محددًا أو قابلاً للتحديد، وأن يكون محل الالتزام مشروعاً، أي قابلاً للتعامل فيه إذا كان الالتزام بإعطاء شيء وإذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناع عن عمل وجب ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة وإلا كان العقد باطلاً. فالمحل في عقد الإذعان هو مجموع الشروط التي يجررها الموجب ويلتزم بها المدين ليشكل بها نظاماً في العلاقة القانونية وتكون غير قابلة للمناقشة، فقواعده عموماً تكون محررة بإرادة منفردة من الطرف القوي أما في عقد الإذعان فلا توجد تلك المفاوضات ولا تلك المساواة، فشروط التعاقد تعد مسبقاً من الموجب دون مناقشة من الطرف الآخر فيقبل العقد كما كان عليه محله في حال الإيجاب، وعدم وجود الحوار والمفاوضة يجعل المحل ثابتاً مستقراً لا يمكن استبعاد أي شرط من شروط محتواه سواء كان في وثيقة العقد، أو كان شرطاً آخر تابعا له في وثائق أخرى وفي الواقع فإنه لا يجد من تلك الشروط سوى النظام العام أو الآداب العامة وكذا مدى مطابقتها للقانون، وفقاً لنوع العقد،<sup>1</sup> فإذا كانت بعض الشروط مخلة بالنصوص القانونية المتعلقة بالنظام العام تكون باطلة على غرار نص المادة 622 ق.م.ج.

**ثالثاً: السبب:** هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه والفرق بينه وبين المحل كما يقال في العادة هو أن المحل جواب من يسأل بماذا التزم المدين؟ أما السبب فجواب من يسأل لماذا التزم المدين؟ والسبب في هذا المعنى لا يكون عنصراً في كل التزام. بل يقتصر على الالتزام العقدي، إذ الالتزام غير العقدي يتم على اتجاه إرادة الملتزم لأحداث الأثر القانوني حتى يصبح السؤال عن الغرض الذي قصد إليه من وراء التزامه والسبب كعنصر في الالتزام العقدي إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة، والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها، ولكنه هو الغرض المباشر الذي

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص، ص 207

اتجهت إليه الإرادة،<sup>1</sup> واعتنق المشرع الجزائري النظرية الحديثة مثل القانون المصري إذ نصت المادة 97ق.م.ج على أنه: «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو سبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا». وهي الموافقة للمادة 136 من القانون المدني المصري والمادة 1132 من القانون المدني الفرنسي وبما أن عقد الإذعان هو عقد نموذجي، كعقد التأمين البري والبحري مثلا، فإن سببه دائما يكون مشروعا إلى أن يتبين العكس.<sup>2</sup>

ويقول السنهوري: «والقضاء في مصر كان أكثر تماشيا في الفقه مع النظرية الحديثة فأخذ بها في الكثير من أحكامه، وقد اقتضى في ذلك القضاء في فرنسا».<sup>3</sup>

وبعد أن رأينا أركان عقد الإذعان التي يبنى عليها، فلقد اختلف الفقهاء من حيث تحديد طبيعته القانونية وانقسموا إلى اتجاهات وتباينت الآراء حول اعتباره ذا طبيعة تعاقدية أو طبيعة لائحية، ولذلك سوف نتطرق لطبيعة عقد الإذعان في (الفرع الثاني).

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر فائدة إذ الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد هذه الطبيعة، ولا شك أن هذه الطبيعة كانت محل دراسات الفقهاء الذين انقسموا إلى فريقين فمنهم من يرى أنها ليست عقودا حقيقية، وآخرون يرون أنها لا تختلف عن سائر العقود. وللوقوف على طبيعته القانونية فإنه يجب علينا عقد موازنة الآراء الفقهية التي تعرضت إلى عقد الإذعان تباعا وذلك من خلال النظرية التعاقدية (أولا)، والنظرية غير تعاقدية أو اللائحية (ثانيا)، أما (ثالثا) النظرية المختلطة.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، مرجع سابق، 133

<sup>2</sup> محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص 94

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 518

أولاً: النظرية التعاقدية لعقد الإذعان: سندرس في هذه النقطة آراء الفقهاء، ثم الاعترافات والأدلة التي تدافع عن النظريات.

**1. آراء الفقهاء:** إن أغلبية فقهاء القانون المدني رفضوا إتباع الأفكار التي أوردها كل من "ساليي" و"ديجيه" ومن تبعهم وتمسكوا برأي مخالف مفاده الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان.<sup>1</sup>

ونجد "سليمان مرقس" يقول: «وقد ثار الشك أول الأمر حول اعتبار الإذعان قبولاً ينعقد به عقد حقيقي أو اعتبار العلاقة بين المحتكر والمذعن له علاقة لائحية ينظمها القانون إن كان الاحتكار قانونياً، والراجح الآن في فقه القانون المدني أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا ولا حتى الذي يفسده وبالتالي فإن القبول بطريق الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي»، ويقول "عبد الفتاح عبد الباقي": «إنه إذا كانت إرادة الطرف المذعن تجيء تحت تأثير الضغط الاقتصادي، فإن ذلك لا يمس ذات وجودها، ولا يعتبر حتى سببا من شأنه أن يفسدها».

## 2. الاعترافات التي تدافع عن النظرية: نجد الاعترافات الآتية:

أ. أنه من الخطأ القول بفكرة أن العقد يقتضي أن تكون شروطه نتاج مفاوضات حرة ومتساوية بالنسبة للطرفين لأن مفهوم العقد يفترض الاتفاق أي رضا مزدوجاً، ولكنه لا يفترض أن تكون قبل "الإذعان" قد نوقشت الشروط من الطرفين.

ب. لا يشترط لاتفاق الإرادتين اتفاقاً صحيحاً أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أنه يكون من عمل الطرفين.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 83

<sup>2</sup> محفوظ بن حامد لشعب، المرجع السابق، ص 42

إن تكوين عقد الإذعان يفترض بالضرورة إرادة مشتركة للطرفين أو للعديد من الأطراف وبدون وجود هذين الإرادتين واتجاههما لإحداث أثر قانوني معين نستطيع في الواقع القول أننا بصدد عقد. ولكن لا يخلو هذا الرأي من المبالغة والتصنع، مما أدى إلى وضع قواعد خاصة به، تراعي عند انعقاده وتنفيذه وتفسيره بوصفه عقد ذو طبيعة خاصة، من حيث اعتبار القبول فيه أقرب إلى معنى التسليم به.<sup>1</sup>

أما الاتجاه الثاني فيرى أن عقد الإذعان ذا طبيعة لائحية وهذا سنورده في (ثانيا).

**ثانيا: النظرية غير التعاقدية أو اللائحية:** بعد أن رأينا النظرية التعاقدية فسوف نتناول أيضا في هذه النظرية إلى آراء الفقهاء، ثم الأدلة التي يستند عليها أصحاب هذه النظرية.

**1. آراء الفقهاء:** هذا الاتجاه ينكر وصف العقد على الإذعان حيث يرى فيه مركزا قانونيا منظما Institution تنشئة إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تحكم تفسير العملية وتطبيقها. ويتكون وجود عقد الإذعان انطلاقا من أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف، وقد ذهب فقهاء القانون العام إلى إنكار وصف العقد على عقد الإذعان ومن بينهم نجد "ديجي"، "هوريو"، "ساليي".

بحيث يرى Duguit ديجي أنه عبارة عن مركز قانوني منظم، تنشئة إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه، مما يفترض في هذا الأخير من التساوي بين أطرافه، وكذا حرية إبرامه، ذلك أن الضرورات الاجتماعية تبرز أحيانا منح بعض أشخاص القانون الخاص سلطة التنظيم فأضحى عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم ومن ثم وجب أن يفسر كما يفسر القانون أو اللائحة.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 42

وقد ذهب ساليي Saleills أن عقد الإذعان يبرز الاعتراف بالقوة الملزمة التي من الممكن أن تنتج عن التعبير بالإرادة المنفردة، وقد كتب "ساليي" بأن "عقد الإذعان" المزعوم ليس له من العقد سوى الاسم لأنه في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة، تملّي قانونها على مجموعة غير محددة، وتلزم مسبقا انضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد.<sup>1</sup>

ونجد رأي الفقيه Hauriou هوريو بأن عقد الإذعان ليس سوى مركز قانوني تميز باستغلال مقدم السلعة أو الخدمة في وضع أحكامها، بحيث يقتصر دور المشتري على سريان هذه الأحكام عليه.<sup>2</sup>

**2. الأدلة التي يستند عليها أصحاب هذه النظرية:** حيث يرى "ديجي" أن مفهوم العقد يفرض المساواة في الأحوال ما بين المتعاقدين وهذا هو الاتجاه العام في القانون المدني الذي يعالج العديد من العقود التي تتضمن شروطا التعاقدية ليس فيها مساواة بين أطرافها كما هو الحال بالنسبة لعقود الشركات حيث تنص المادة 426 من ق.م.ج على أنه: «إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا، حيث يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط أن لا يكون قد قررت له أجره ثمن عمله»، وتقابلها المادة 1855 من القانون المدني الفرنسي وكذا بالنسبة لحق الفسخ بالنسبة للغبن الزائد بنسبة 07/12 في بيع العقارات في القانون المدني الفرنسي. وفي دعوى تكملة الثمن في ق.م.ج تنص المادة 358 على أنه: «إذا بيع عقار بغبن يزيد على الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن مثل...».

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص 48

<sup>2</sup> محمد بودالي، مرجع سابق، ص 17

ويقول الفقيه "ديرو" بشأن تطبيق نظام المصنع على العامل ما يلي: «إن العامل الذي لم يحس بوجود هذه الملصقات لا يمكن اعتبار جهله بأحكامها إرادة منه وبالتالي فإنه لا يمكن افتراض قبوله بها، إذ من الغرابة أن توجد إرادة تجهل نفسها».<sup>1</sup>

ونستطيع أن نحقق ذلك في مختلف عقود الإذعان، فتساءل مثلاً عن آثار الشروط المطبوعة على تذاكر النقل البحري فنجد أن المحاكم تحت تأثير الفقه التقليدي، قد قبلت بأن هذه الشروط لا يحتج بها على المسافرين الذين لم تتح لهم إمكانية شراءها أثناء أخذهم التذاكر.

كيف نفرض كما تقتضي النظرية العقدية بأن المسافر قد قبل تلك الشروط المطبوعة بإرادة حرة وواعية، إنما لا يمكن أن نجعل الواقع وتناسي كيف تحدث فيه هذه الأشياء فعندما يرغب شخص في السفر فإنه يتقدم إلى شبك التذاكر ويجد نفسه أمام استحالة مادية لإجراء مناقشات مع بائع التذاكر لأنه بمجرد أن يحدد المكان الذي يتجه إليه ينطبق عليه ثمنًا محددًا وتكون التذكرة أمامه، إذ لم يقبل بعد ذلك بعض الشروط فإن العقد يكون قد انعقد، إن هذا المثال الذي أورده "ديرو" رغم تحمسه للإرادة المنفردة إلا أننا نجد نفس التعبير رد في قوله: «إذا لم يقبل بعض الشروط فإن العقد يكون قد انعقد»<sup>2</sup> وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن مجرد تقدم المواطن للانضمام إلى الإيجاب يعتبر قبولاً ينعقد به عقد حقيقي، ونستخلص من ذلك على العكس من "ديرو" أن المسافر قد قبل حقيقة شروط التعاقد.

ومن خلال الرأيين السابقين فإنه توجد بينهما آراء وسطى تختلف بحسب ما يرى أصحابها في عقد الإذعان من عقد تعاقدى أو غير تعاقدى، فمنها ما يقترب من الرأي الأول.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 18

<sup>2</sup> محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص 49

فيرى أن عقد الإذعان ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة وإن كان يخضع عليه وصف العقد، وهذا ما سنراه في (ثالثا).

**ثالثا: النظرية المختلطة:** لقد ذهب الأستاذ "ديرو" إلى اعتبار أن: «عقد الإذعان خليطا بين جزئين أحدهما تعاقدى والجزء الآخر لائحي». فيما يخص الأستاذ "ديرو" فقد اتبع الفكرة التعاقدية لعقد الإذعان ولكن يفرق بين الشروط الجوهرية في العقد والشروط التبعية، فيرى أن الشروط الجوهرية هي التي غالبا ما يتفق عليها الطرفان وتكون مشافهة أو بالكتابة وغالبا ما يقبلها المتعاقد بحرية، أما الشروط التبعية فهي الشروط المطبوعة التي إذا ما أخذناها بحريتها فإننا نعتبرها مكملة للالتزامات الأساسية الناتجة عن الشروط الجوهرية المقدمة ولا نجعلها ترقى إلى مستوى يغير أو يعدل من طبيعة وجوهر العقد، ولكن شروط العقد الجوهرية في أغلب عقود الإذعان مطبوعة وهذا لا يعني عدم إضافة شروط جوهرية مكتوبة، ولكنها غالبا ما تكون على سبيل الإضافة والتعديل.<sup>1</sup>

إلا أنه يمكن كذلك التنازل عن مدى طبيعة العقد ونوعه فهو عقد خاص أم عقد إداري؟ فنقول إن عقود الإذعان لا تختلف عن سائر العقود، فقد تكون عقود إدارية أحيانا وأحيانا أخرى تكون عقود خاصة مدنية أو تجارية. ويعرف العقد الإداري بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي، من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام.<sup>2</sup>

إلا أن الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر اختلفا في معيار تحديد العقد الإداري أنه يمكن إجمالا القول بنوعين من العقود الإدارية:

### 1. المعيار القانوني للعقود الإدارية.

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 83

<sup>2</sup> سعاد الشرفاوي، العقود الإدارية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر)، ص 6

## 2. المعيار القضائي للعقود الإدارية.

وعليه فإن عقود الإذعان طبقا للمعايير السابقة فإنه من الصعب القول عنها بأنها عقود إدارية أو عقود خاصة، هذا وإن كانت ملكية الدولة قد توسعت في إطار التطبيق الاشتراكي بواسطة تأميم أغلب المؤسسات الخاصة الحيوية، إلا أنها قد وضعت في صورة شركات أو مؤسسات تحت وصاية الدولة، غير أن نظامها القانوني غالبا ما يخضع للقانون الخاص على الرغم من أنها تعتبر مرافق عامة إلا أن روابطها بالمنتفعين يجعلها مرتبطة أكثر بالقانون الخاص، خاصة الشركات ذات الطابع الاقتصادي، كشركات الغاز والكهرباء والسكك الحديدية والتأمين.

إن طبيعة عقد الإذعان تختلف باختلاف ما إذا كنا بصدد عقد إداري مدني، فالنظرية العقدية يخضع عقدها إلى القانون الخاص أي أنه تحكمه القواعد العامة للقانون المدني، إلا ما ورد فيه نص خاص. « كحالة تفسير العقد لصالح الطرف المدعن سواء كان دائنا أو مدينا».<sup>1</sup>

أما بالنسبة للنظرية اللائحية التي تعتبر عقد الإذعان مركزا منظما فإنها تخص العقد الإداري الذي له أحكامه التنظيمية الخاصة به.

فنجد أنه وإن اختلفت الاتجاهات حول طبيعة عقد الإذعان إلا أنه قد حسم الموقف اتجاهها واعتبارها عقود حقيقية، والكل متفق حول أن عقد الإذعان له علاقة بفكرة التعسف فقد يتضمن شروط تعسفية، وهذا ما دفع بالمشرع إلى إعطاء الحق للقاضي في التدخل للحماية من هذه الشروط التي تعتبر مرهقة للطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان.

## الفرع الثالث : دور القاضي في تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان.

<sup>1</sup> محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص.ص 56-58.

إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، فإنه يجوز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقاً لما يقضي به قواعد العدالة، وهذه القاعدة تضع في يد القاضي سلطة واسعة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه الشركات الاحتكارية.<sup>1</sup>

ومن أهم مظاهر حماية الطرف المدعي في عقد الإذعان، ما يتمتع به القاضي من حرية وسلطة في أن يعدل الشرط التعسفي أو يعفي الطرف المدعن منه، وسلطة القاضي في ذلك لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أو على استبعادها، لأنها تتصل بالنظام العام، ولكن لا يكون ذلك إلا بطلب الطرف المدعن هذه الحماية، وإلا اعتبر راضياً بالشرط التعسفي.<sup>2</sup>

فإذا كشف القاضي بسبب سلطته التقديرية تعسفياً في عقد الإذعان، فله أن يعدل بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه ولم يرسم للقاضي حدود في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة.

وقد وضع المشرع الفرنسي بالمواراة في قانون Scrivener الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978، المتعلق بإعلام وحماية المستهلك من الشروط التعسفية، إجراء يهدف إلى أن تستعد في عقود الإذعان الشروط غير المألوفة أي الشروط التي تبدو أنها مفروضة على المستهلكين عن طريق إساءة استعمال القوة الاقتصادية للطرف الآخر، والتي منحت هذا الطرف ميزة فاحشة، أو أن الشروط تؤدي إلى اختلال التوازن بين التزامات الطرفين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد التجارية والمدنية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 2002، ص 245

<sup>2</sup> محي الدين إسماعيل - نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة، ص 204

<sup>3</sup> جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط 2000، ص 260.

والمشروع الجزائري هو الآخر وفي سبيل حماية الطرف المدعى من الشروط التعسفية، بتوضيح مفهوم الشرط التعسفي، فنص بموجب المادة 03 الحالة 05 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية (المؤرخ في 27 يونيو سنة 2004)، بأه: "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي شرط تعسفي، كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

وذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1991/04/22 رقم 1320 من أن تقدير ما إذا كان الشرط المدرج في عقد الإذعان شرطاً تعسفياً أم لا، يملك القاضي تعديله بما يزيل أثر التعسف أو يلغيه فيعفي الطرف المدعى منه، في حدود ما تقتضيه العدالة عملاً بنص م 149 من ق.م.م، وذلك من مسائل الواقع التي تستقبل تقديرها محكمة الموضوع.<sup>1</sup>

ومن هنا يتضح مدى تأثير السلطة التقديرية التي يقوم بها القاضي على مبدأ سلطات الإرادة في عقود الإذعان، والواقع أن سلطة القاضي التقديرية تقوم بمعالجة حالة الإذعان التي يوجد فيها الطرف المدعي في مثل هذه العقود، وذلك عن طريق ما يملكه القاضي من أدوات لعلاج آثار هذا الإذعان.<sup>2</sup>

### المطلب الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

تعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يقيد التزام المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الاقتصادية في العقود الاستهلاكية باعتبارها شروطاً مجحفة، ظالمة تضر بالمستهلك، نتناول في هذا المبحث الوصول إلى مفهوم الشرط التعسفي في (المطلب الأول)، وصور للممارسات التعسفية في (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> معوض عبد الثواب، المرجع في التعليق على النصوص القانونية، منشأة المعارف الإسكندرية، ط 4، 1998، ص 473.

<sup>2</sup> نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 245.

## الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي

وجب التعرض إلى تعريف الشرط التعسفي (الفرع الأول) ومعيار التعسف ومجال تطبيقه (الفرع الثاني)

## أولاً: تعريف الشرط التعسفي

هو الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل طرف قوي ونتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية وهذا لحصوله على ميزة مفرطة.

**المقصود بالشرط التعسفي:** حيث تعني كلمة تعسف لغة: " الاستخدام السيئ"، أما بالنسبة للاصطلاح القانوني " الاستخدام الفاحش لميزة قانونية". بحيث يرى الفقه،<sup>1</sup> بأنه يعتبر تعسفا: «الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر»، ويمكن أن يعتبر تعسفاً تطبيقاً لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها، وكذا الشروط الجزائية، أو أنه في العقد المبرم بين المستهلك ومهني والمحرر في حقوق والتزامات الأطراف، بالنظر للميزة المحففة على المهني.<sup>2</sup>

ومن بين التعاريف التي أوردها المشرع الجزائري في إطار تعريف الشرط التعسفي نجد في المادة 5/03 من القانون رقم 02/04 التي نصت على أنه: « كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف

<sup>1</sup> السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص32

<sup>2</sup> أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر)، ص.ص-213

العقد».<sup>1</sup> ومن التعاريف السابقة نجد أنه لوصف شرط أو بند يعتبر بأنه تعسفي ينبغي أن تتوفر فيه العناصر التالية:

- أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو تأدية خدمة.
- أن يكون العقد مكتوباً.
- أن يكون طرفي العقد مستهلكاً وعونا اقتصادياً.
- أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.<sup>2</sup>

### ثانياً: معيار التعسف ومجال تطبيقه

بعد التعرض لتعريف الشرط التعسفي سوف يعرض معيار التعسف (أولاً)، ومجال تطبيقه (ثانياً).

**1. معيار التعسف:** بالرجوع إلى التعريف القانوني الذي جاء في المادة 03 ، نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد على معيار واحد وهو " الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الطرفين"، وهذا اعتماداً على المعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 132 من قانون الاستهلاك الحالي. بعد أن كان يعتمد في القانون الصادر في 1978/01/01 على معيار " النفوذ الاقتصادي " والمعيار الآخر " الميزة الفاحشة"، وهذا ما تضمنته المادة 35 منه.<sup>3</sup> إلا أنها اعتبرت معايير ذات طابع عام، لذلك قد تمت عملية إصلاح، فأدت إلى إجراء تعديل على هذا التعريف

<sup>1</sup> المادة 5/03 من القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004 ، ج.ر، المتعلق بالممارسات التجارية، الصادرة في 27 جوان 2004، عدد 41

<sup>2</sup> محمد بودالي، مرجع سابق، ص 80

<sup>3</sup> Article 35, La loi 78/23, Du 10 Janvier 1978, Sur la protection et L'information des consommateurs de produits et de service.

المتضمن في المادة 1/132 السابقة وأصبحت الشروط التعسفية هي تلك التي شهدت إلى خلق عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الطرفين في العقد.

**2. مجال تطبيق الشرط التعسفي:** إن تحديد مفهوم الشرط التعسفي يقتضي أيضا تحديد مجال تطبيقه، فهل أن منع الشروط التعسفية، يسري فقط على عقود الإذعان، أم تمتد إلى باقي العقود الأخرى؟ من ناحية طبيعة العقد، فإن المادة 29 من القانون رقم 02/04 نصت على أنه: «تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع»، وعليه يمكن القول أن المشرع قد قصد عقود البيع المبرمة بين المستهلك والبائع، أي استبعد العقود المبرمة بين المهنيين وهو نفس الموقف الذي اتجه إليه المشرع الفرنسي.<sup>1</sup>

**الفرع الثاني: دور تعديل القاضي الشروط التعسفية.**

**أولاً: دور وشروط القاضي في تعديل الشروط التعسفية**

إن تعديل الشرط التعسفي متعلق بالإنقاص إلى غاية إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الهدف الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو تحقيق التوازن بين

الأداءات المتبادلة في العقد أما إعفاء الطرف المدعى يعد سلاحا بالغ الخطورة في يد القاضي، إذا ما تبين له أن الشرط تعسفيا أن يعدله ويعفي الطرف المدعى منه مخالفا بذلك قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ويلجأ القاضي لاستخدام سلطته في الإعفاء حينما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف الذي وصف به الشرط، ويكون

<sup>1</sup> أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 227.

هذا في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد، ولن يتحقق العدل إلا بإزالة الشرط أو إعفاء الطرف المدعن منه.<sup>1</sup>

يعدل القاضي الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المدعن منها في عقد الإذعان وأصل هذه السلطة مبنية على نص المادة 110 من ق.م.ج، كما نجد أيضا نص المادة 112 الفقرة الثانية من نفس القانون،<sup>2</sup> حيث إذا كانت السلطة التقديرية للقاضي معترف بها من طرف المشرع يمارسها على كل قضية مطروحة عليه للفصل فيها وإصدار الحكم القضائي المناسب، فإن سلطة التعديل هي سلطة استثنائية منحت للقاضي في حالات محددة بنص في القانون، فهي تفرض وجود عقد من العقود التي لحقها اختلال في توازن الأداءات،<sup>3</sup> وذلك من خلال الشروط تدخل القاضي وهي كالتالي:

استنادا إلى نص المادة 110 من ق.م.ج،<sup>4</sup> يتبين أنه لا بد من توفر شرطين لسماح للقاضي بالتدخل لتعديل ما تضمنه هذا العقد من شروط تعسفية أو إعفاء الطرف المدعن منها وهما:

**1. وجود عقد إذعان:** كما رأينا سابقا أن عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، فيما يتعلق بسلعة، أو مرفق ضروري، ويكون محل الاحتكار إما قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محدودة النطاق.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص.ص 47-50

<sup>2</sup> المادة 02/112 من الأمر 58/75 / المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون 05/07، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج. ر. العدد، 31 الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007، المتضمن القانون المدني حيث نصت المادة على ما يلي « غير أنه لا

يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن»

<sup>3</sup> نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ب ط، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، ص 81

<sup>4</sup> المادة 110 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، مرجع سابق، والتي تنص على أن « إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان

قد تضمن شروط تعسفية...»

<sup>5</sup> السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 27

وكذلك يظهر من خلال المادة 4/03 من القانون رقم 02/04 قد عرفت العقد على أن عقد الإذعان هو: « كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد الأطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي».<sup>1</sup>

وعلى ضوء هذا التعريف يبدو أنه لكي نكون بصدد عقد الإذعان لا بد من توفر عنصرين وهما:

- التحديد المسبق لمحتوى العقد من أحد أطرافه.
- عدم إمكانية الطرف المدعن من إحداث تغيير حقيقي في العقد.

**2. وجود شروط تعسفية:** إن المبرر القانوني لتدخل القاضي هو أن يتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية فرضها الموجب بحكم القوي في العلاقة التعاقدية، إذ هنا يكون للقاضي الحق في تعديل هذا الشرط أو إعفاء الطرف المدعن منه، بما يعيد للعقد التوازن الذي يجب أن يكون عليه بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين ويخفف الإرهاق عن الطرف الضعيف في العقد.

### الفرع الثالث: صور الممارسات التعسفية

نصت المادة 29،<sup>2</sup> من القانون رقم 02/04 على ثمانية 08 من الصور التي قد يمارسها المهني والتي ينتج عنها اختلال في التوازن العقدي، ويظهر من خلالها المستهلك كطرف ضعيف، بالإضافة إلى اثنا عشر 12 حالة جاءت في المادة الخامسة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 حيث نعرض كلا المادتين كالتالي:

<sup>1</sup> المادة 4/03 من القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج.ر، المتعلق بالممارسات التجارية، الصادرة في 27 جوان 2004، عدد 41.

<sup>2</sup> المادة 29 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج.ر، المتعلق بالممارسات التجارية، الصادرة في 27 جوان 2004، عدد 41.

أولاً: وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة: يتجسد هذا الاختلال من خلال ما نصت عليه الفقرة 01، حيث يأخذ البائع حقوقاً وامتيازات، لا تقابلها حقوقاً أو التزامات مماثلة للمستهلك، حيث أن هذا الأخير يبدو طرفاً ضعيفاً في مواجهة البائع الذي يستقل وحده بصياغة بنود العقد ويضمنها ما يشاء من الشروط التي تخدم مصلحته ويقدمها جاهزة للمستهلك الذي لا يملك إلا أن يوافق عليها وأن يقبل بها، وهو وما يدل عليه مضمون الفقرة 02 بفرض هذه الالتزامات على المستهلك دون أن يلتزم بها هو، وهذا ما نصت عليه الفقرة 05 من هذه المادة وهو الأمر الذي يجعل البائع يحصل بذلك على امتيازات وحقوق يحرم منها المستهلك.

ثانياً: التفرد بتعديل العقد: وهذه الممارسات تتجسد في الفقرات 03 و04 و07 من نفس المادة بحيث أنه إضافة إلى فرض الالتزامات على المستهلك، ووضع الشروط المتوافقة مع صلحته، فقد يعتمد المهني أيضاً إلى استخدام سلطة نفوذه عن طريق التفرد بتعديل عناصر العقد، كتعديل محل العقد مثلاً أو الثمن، سواء كان عقد بيع أو خدمة، دون أن يوافق المستهلك على ذلك، وهو ما نصت عليه الفقرة 03، ومثال ذلك جعل العقد يتضمن شرط عدم المسؤولية، أو جعل عبء مصاريف النقل على عاتق المشتري، وقد يصل هذا التعديل ليمس أجل تسليم المنتج أو تنفيذ الخدمة، وهذا ما يؤثر بشكل واضح على المستهلك، مما يظهر الطابع التسلطي والتحكمي الذي يمارسه المهني في هذه الحالة.<sup>1</sup>

ثالثاً: رفض حق المستهلك في فسخ العقد: نجد أن حق الفسخ العقد هو حق مشروع وممنوح لكل متعاقد في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه طبقاً للقواعد العامة، حيث نصت المادة 119 من القانون المدني على ذلك، باعتبار أن كل العقود بيع السلع أو تقديم الخدمات، هي ملزمة للجانبين، لكن وبما أن معظم العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين عقود إذعان فإن البائع

<sup>1</sup> المادة 29 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج.ر، المتعلق بالممارسات التجارية، الصادرة في 27 جوان 2004، عدد 41.

أو مقدم الخدمة قد يرفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أحل هو بالتزام في ذمته وهذا ما جاء في الفقرة 06 من نفس المادة وهنا ينبغي للقاضي التدخل لمنع الشرط التعسفي المتمثل في إلغاء حق مقرر قانونا.

**رابعا: تهديد بقطع العلاقة التعاقدية:** إن تهديد بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض الخضوع لشروط غير متكافئة يعد من قبيل الإكراه الذي يؤدي إلى بطلان العقد وهذا ما نصت عليه المادة 1/88 من ق.م.ج، وهذا ما جعل المشرع في الفقرة 08 اعتبار هذا الشرط تعسفيا يعاقب عليه المهني في حالة ممارسته على المستهلك لأن قطع العلاقة التعاقدية قد يجلب أضرارا مادية لهذا الأخير،<sup>1</sup> مما يجبره على القبول بالشروط غير المتكافئة المعروضة عليه، وفي هذا إهدار واضح للتوازن العقدي ومبدأ حرية التعاقد مما استدعى التدخل لحماية المستهلك الذي يعد طرفا ضعيفا.

وإضافة إلى ما جاءت به المادة 29 نجد الحالات المذكورة في المادة 05،<sup>2</sup> من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والتي درجت تحت عنوان البنود التي تعتبر تعسفية، بحيث هذه المادة تضمنت اثنا عشر 12 شرطا تعسفيا وهي شروط لها نفس قوة الشروط المنصوص عليها في القانون رقم 02-04، إذ تعد ملزمة لأطراف العلاقة التعاقدية بحيث يمنع العمل بها في العقود المبرمة بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين أو المتدخلين كما أنها ملزمة للقاضي ونورد هذه الشروط كما يلي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود: ويقصد به حسب المادة 02،<sup>3</sup> من نفس المرسوم أنها تلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن مطابقة السلع والخدمات، وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع،

<sup>1</sup> أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 228

<sup>2</sup> المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، ج.ر، عدد، 56، الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر

المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية

<sup>3</sup> المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ نفسه.

وتتعلق عناصر العقد الأساسية كذلك حسب المادة 03،<sup>1</sup> من نفس المرسوم أيضا على خصوصيات السلع والخدمات، وطبيعتها والأسعار والتعريفات، كفيات الدفع، شروط التسليم وأجاله، عقوبات التأخير عن الدفع والتسليم، كفيات الضمان ومطابقة السلع والخدمات، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد.

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا مقابل دفع تعويض.
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك، وفي حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير صحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على التخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو فسخه.
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها من قبل إبرام العقد.
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك عن تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد، دون أن يمنحه نفس الحق.
- يعني نفسه من الواجبات التي تعتبر المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

<sup>1</sup> المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ نفسه.

- تحميل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.<sup>1</sup>

ومن خلال تعرضنا لهذه الصور التي اعتبرها المشرع شروط تعسفية نلاحظ أنه أحاطه كذلك بحماية لمواجهة الشروط التعسفية.

---

<sup>1</sup> المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ السابق.

# الفصل الثاني

## سلطة القاضي في تنفيذ العقد

حرصاً على حماية المتعاقدين من الجوار وتحقيقاً للعدالة رأى أن يمد هذه الحماية إلى مرحلتين تنفيذ العقد فمنح القاضي في هذه المرحلة سلطة التدخل في العلاقات العقدية لمواجهة الظروف المتغيرة والتقلبات الاقتصادية التي ينشأ عنها اختلال التوازن العقدي وبالتالي اختلال العدالة التعاقدية وذلك بأن حول المشرع للقاضي سلطة واسعة في التعديل بالنص على حالات كثيراً ما يحدث فيها التوازن العقدي أثناء التنفيذ، لذا وجب التعرض إلى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ( المبحث الأول ) وسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

القاضي وإن كان كقاعدة عامة لا يجوز له الحق فقي تعديل العقد وأحكامه أو حق تفضيه إلا أن القانون واستثناءً من هذه القاعدة أعطى القاضي حق التعديل أحكام العقد، وذلك بالمادة 107 من القانون المدني الجزائري الفقرة الثالثة منها والتي نصت على أن: «غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»<sup>1</sup>. ويتمثل الحديث عن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، لذا وجب التعرض إلى مفهوم نظرية الظروف الطارئة (المطلب الأول)، ودور القاضي في نظرية الظروف الطارئة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف تجعل تنفيذ الالتزام مرهق إذا وضع المشرع نظرية الظروف الطارئة كقاعدة لإعادة التوازن لأطراف العقد. ومن خلال هذا المطلب يتم تحديد تعريف نظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول) وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني) وما يترتب على الظروف الطارئة (الفرع الثالث).

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2، 2005، ص107.

## الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة.

تنص المادة 107 من القانون المدني في فقرتها الثالثة على نظرية الظروف الطارئة: «غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها إن الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين. بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

الأصل أن لا يجوز للقاضي تعديل العقد باعتبار أن العقد قانون المتعاقدين، فلا يملك غيرهم تعديله، إلا أن المشرع أجاز للقاضي على سبيل الاستثناء أن يحل محل إدارة المتعاقدين لإجراء تعديل في العقد إذا ما توفرت الشروط اللازمة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ومثال الحوادث الاستثنائية العامة حرب أو إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغائها يكون من ورائها أن ترتفع سعر المواد الأولية أو أجور العمال.

فتطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تؤدي إلى فرض تنفيذ الالتزام بالرغم من حدوث هذه الظروف غير المتوقعة، لأن تنفيذه غير مستحيل لأن المدين لا يستطيع عدم التنفيذ يدعو أن فيه إرهاباً.<sup>1</sup>

مبدأ العدالة يقتضي أن يتحمل الطرفان معاً الظروف الطارئة، ولهذا يتدخل القاضي ليعدل الالتزامات الناشئة في ذمة طرفي العقد بما يتناسب مع الحادث الطارئ.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرة العامة للالتزامات، دار الهدى، طبعة 2004، الجزء الأول، ص 319.  
<sup>2</sup> خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 2، 2005، ص 107.

غالباً ما يتم التمسك بالظروف الطارئة عن طريق الدفع يثيره المدين عن رجوع الدائن عليه بتنفيذ الالتزام وبالتعويض أيضاً، ولكن لا وجود ما حول التمسك بما عن طريق الدعوى المبتدئة يرفعها المدين على الدائن طالباً رد التزامه إلى الحد المعقول، وفي كلتا الحالتين يتحمل المدين عبء إثبات الظروف الطارئة والشروط اللازمة تطبيقها، فإن كان دفعاً تتحمل بإثبات دفعه وإن كان مدعياً تحمل بإثبات دعواه ويكون الإثبات بكافة الطرق المقررة قانوناً لأنه يرد على واقعة مادية، مفاد ذلك أن المحكمة لا تطبق نظرية الظروف الطارئة من تلقاء نفسها وإنما بموجب طالب المدين ولكن يقع باطلاً الاتفاق على عدم خضوع التزام المدين لهذه النظرية باطلاً بطلان مطلق طالما تم ذلك قبل توافر شروطها، أما بعدها فيجوز التنازل عن تطبيقها.

### الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

يشترط لتطبيق هذه النظرية ثلاث شروط هي:

#### أولاً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

الشروط اللازمة توافرها لتطبيق الظروف الطارئة هي:

#### 1. أن يكون العقد متراخي التنفيذ:

معنى ذلك أن يكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين إبرام العقد وتنفيذه، على أن العقد إذا كان غير متراخي، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً فليس يوجد ما يمنع هذه النظرية.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، المجلد الآل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص206.

## 2. طراً حادث استثنائي عقب إبرام العقد:

يجب أن يكون الحادث استثنائياً أي نادر الوقوع وغير مألوف كالحرب أو الزلازل أو الوباء أو الحصار، وأن يكون عاما أي ألا يكون خاصا بالمدين أو مقصوراً عليه، وإنما مجرداً وشاملاً لطائفة من الناس، لذلك لا تطبق النظرية في حالة إفلاس المدين أو مرضه أو هلاك بضاعته.<sup>1</sup>

## 3. أن يكون الحادث غير متوقع:

ذلك أن الحادث غير المتوقع لا يمكن أن يكون حادثاً مألوفاً، كارتفاع أسعار مواد المعيشة، أو تقلب أسعار العملة، أو مهاجمة الدودة زراعة القطن في مصر.<sup>2</sup>

## معيار التوقع:

يجب أن يكون الحادث الطارئ حادثاً لا يتوقع الرجل العادي وقوعه، فلا يكفي أن يكون المتعاقد نفسه لم يتوقع أن يطرأ الحادث الطارئ وإنما يجب أن لا يكون بوسعه أن يتوقع حدوثه، فمعيار التوقع ليس معياراً شخصياً وإنما معياراً موضوعياً، ولهذا لا يجوز المتعاقد أن يطالب بتعديل العقد بسبب حادث لم يتوقع التعاقد وقوعه، ما دام الرجل العادي كان يمكنه توقعه.<sup>3</sup>

## 4. أن يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً:

معنى ذلك أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل الالتزام مرهقاً للمدين، دون أن يصل الأمر إلى حد استحالة تنفيذه، وفي هذا يختلف الظرف الطارئ من القوة القاهرة لأنه إذا كان الجامع بينهما

<sup>1</sup> عبد الله الدليمي، نظرية العامة للالتزام، ج1، منشورات الجامعة المنشورة طرابلس، ط 1998، ص154-155.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2003، ص100.

<sup>3</sup> د. جلال العدوي، الأصول للالتزامات، (مصادر الالتزامات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1997، ص262.

صفة المفاجأة، غلا أن الفرق بينهما هو أن القوى القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وهذه الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: ما يترتب على الظروف الطارئة.

متى توفرت الشروط السابقة يصبح القاضي سلطة تقديرية واسعة لتقدير خسارة المدين وكيفية رد الالتزام الحد المعقول حيث أن المادة 107 تنص على أنه: «يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق...» وبهذا نستخلص أن التعديل يشمل فقط الالتزام المدين دون الدائن حيث يكون لهذا الأخير الخيار بين فسخ العقد دون تعويض وبين التعديل الذي يجربه القاضي لرفع الإرهاق الذي يقتصر فقط حتى زوال الظروف الطارئة.

كما يجوز القاضي إذا رأى أن الظروف مؤقتة إن يوقف تنفيذ العقد حتى زواله إذا لم يترتب على ذلك ضرر الدائن وذلك إعمالاً لنص المادة 2/281 من القانون المدني: «يجوز للقاضي ونظر لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنح أجلاً ملائمة الظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقف التنفيذ مع إبقاء العقد».<sup>2</sup>

إذ جاز للقاضي أو يزيد أن ينقص في الالتزامات أو توقف العقد أو يمنح لأجل، إلا أنه لا يجوز له أن يحكم بفسخ العقد بناءً على الطلب المدين، فنظرية الظروف الطارئة تهدف إلى إعادة التوازن بين المتعاقدين وتوزيع الخسارة عليهما، أما في الفسخ بناءً على طلب المدين فإن الدائن هو الذي يتحمل وحده بالخسارة كلها.

<sup>1</sup> د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ط3، 2004، ص257.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، ط2004، ج1، ص319.

والعكس يجوز الدائن أن يطلب فسخ العقد دون تعويض وفي ذلك تخفيف لوقف المدين بإيقافه من تنفيذ الالتزام المرهق.<sup>1</sup>

وفي الأخير إن نظرية الظروف الطارئة تعد قاعدة متصلة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على استبعادها بوضع شرط يمنع القاضي من استعمال سلطة التعديل.

### المطلب الثاني: دور القاضي في نظرية الظروف الطارئة

مقتضى هذه النظرية انه إذا طرأ بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، حوادث لم تكن متوقعة، ترتب عليها اختلال التعادل بين التزامات الطرفين اختلالاً فادحاً، بحيث أصبح التزام أحدهما مرهقاً يهدده بخسارة جسيمة، فعندئذ يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد، لا لإحلال المدين من التزامه، وإنما لتعديل التزامات الطرفين على الوجه الذي يرد به الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، مثل ذلك عقد توريد حدد فيه سعر السلعة التي تعهد المتعاقد بتوريدها على أساس الظروف الاقتصادية القائمة وقت إبرام العقد، ثم يحدث حادث غير متوقع كحرب مثلاً، يترتب عليها ارتفاع فاحش في الأسعار بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد بالسعر المتفق عليه يتهدهده بخسارة فادحة، تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار.<sup>2</sup>

وكان القضاء المدني الفرنسي يرفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بسبب أن القاضي سيعدل العقد بناء على طلب أحد المتعاقدين دون رضا الطرف الآخر، مما يشكل خرقاً للقوة الملزمة للعقد

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط3، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص234.

<sup>2</sup> نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، مصادر إرادة العقل، الإرادة المنفردة، دار المعرفة الجامعية، ط1994، ص.ص222-223.

ولكن في الأخير تدخل المشرع الفرنسي، وأخذ بنظرية الظروف الطارئة بنصوص خاصة، وعلى العكس ازدهرت نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري، وأخذ بها مجلس الدولة الفرنسي.<sup>1</sup>

وتطرق المشرع المصري لهذا المبدأ في م 138. (ق.م.م.) على أنه: « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف.

وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ويقابله نص م 107. (ق.م.ج.)، «غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد المراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». ومن من خلال هذا المطلب سوف يتم تحديد دور القاضي في تعديل العقد في حالة الحادث الطارئ (الفرع الأول)، أما في (الفرع الثاني) سلطة القاضي التقديرية، وفي (الفرع الثالث) الاستثناء الوارد على سلطة القاضي التقديرية

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 222

## الفرع الأول: دور القاضي في تعديل العقد في حالة الحادث الطارئ

يجوز للقاضي أن يوازن تبعاً للظروف بين مصلحة الطرفين وأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والقاضي في الأصل لا يملك إلا أن يفسر عبارات العقد الغامضة أو يحدد نطاقها في الحدود التي رسمها القانون، ولا يجوز له في الأصل أن يأخذ بالتعديل على ما اتفق عليه<sup>1</sup>

أما في حالة الحوادث الطارئة فإن القانون يعطي للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وهي سلطة تقديرية واسعة، يستطيع القاضي بموجبها اختيار الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الالتزام.<sup>2</sup>

وطبق المشرع السوري هذا المبدأ في القانون المدني على عقد الإيجار م 575. (ق.م.)، فاعتبر أنه «إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا أوجدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً».<sup>3</sup>

وقضت المحكمة العليا الجزائرية في قرار أصدرته بتاريخ 1999/10/24 أنه: "من المقرر قانوناً أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبجس نية... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد المراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

والمستفاد من القرار المطعون فيه، أن قضاة الموضوع لما أقرّوا زيادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقاً لعقد التخصيص تماشياً مع عدالة العقد وتوازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 226

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 226

<sup>3</sup> أحمد عيسى، الدولة بين الأفراد والجماعة في المجال التعاقدية، مجلة تلمسان، العدد 2007/04، الطبعة 2007، ص.ص 56-57

الشروط المدرجة في العقد طبقاً لأحكام م. 107 ف. 3 (ق.م.ج.)، إذ ما طرأت حوادث استثنائية ذات طابع عام وغير متوقعة، من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونون قد أخطئوا في تطبيق نص م 107 (ق.م.ج.)<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية

القاضي له الحق في زيادة الالتزام مقابل الالتزام المرهق، حيث يتحقق التوازن الاقتصادي بينهما فإذا تعهد شخص مثلاً بتوريد قمح بسعر، ثم ارتفع السعر بسبب حادث طارئ، ففي هذه الحالة يرفع القاضي السعر المتفق عليه في العقد، ويراعي في ذلك عدم الاعتداد بالزيادة المألوفة أي أنه يرفع السعر في الحدود التي لا تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بالنسبة للمدين.<sup>2</sup>

والقاضي عندما يرفع السعر، لا يفرض على الطرف الآخر الشراء بالسعر الذي حدده، بل يكون له الخيار بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد، فإذا تخير الفسخ كان ذلك محققاً لمصلحة المدين. إذ يزول عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ.

كما يقوم القاضي بإنقاص الالتزام المرهق بدلاً من زيادة الالتزام المقابل، فمثلاً أن يتعهد شخص بتوريد كمية من الخشب ثم يرتفع السعر ارتفاعاً باهظاً بسبب كوارث طبيعية جعلت قطعه متعذراً، وهنا تنقص الكميات الموجودة في السوق، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص الكمية التي يلتزم المدين بتوريدها، وذلك في الحدود التي تجعل تنفيذ الالتزام ميسوراً غير مرهق.

وقد يلجأ القاضي لوقف تنفيذ العقد<sup>5</sup>، حتى يزول الحادث الطارئ، إذا ظهر له أن هذا

<sup>1</sup> القرار المؤرخ في 24-10-1999، ملف رقم 191705، المجلة القضائية العدد الثاني، 1999، ص 95

<sup>2</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 226.

الحادث زمني مما يقدر له الزوال في وقت قريب، ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى في وقت محدد، وترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعا باهظا بسبب حادث طارئ، فإذا قدر القاضي أن هذا الارتفاع زائل في وقت قصير، لقرب السماح باستيراد المواد اللازمة مثلا، فهو يقضي بوقف تنفيذ التزام المقاول في الموعد المتفق عليه، حتى يتيسر للمقاول تنفيذ التزامه دون إرهاب، ويشترط ألا يترتب على وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى.

وبينت المحكمة العليا الجزائرية موقفها من خلال قرار صادر في 10/10/1993، بأن تنفيذ الالتزام التعاقدي في حالة الحادث الاستثنائي، يوجب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وجاءت في حيثيات هذا القرار " من المقرر قانونا 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 المراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ولما ثبت من مستندات القضية المثارة أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة)، بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا، يجب الأخذ به".<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: الاستثناء الوارد على سلطة القاضي التقديرية

لا يجوز للقاضي الحكم بالفسخ بناء على طلب المدين، وذلك لأن الهدف المقصود من نظرية الظروف الطارئة هو توزيع تبعات الحادث على الطرفين وفي حالة الحكم بالفسخ بناء على طلب المدين وتحميل الدائن وحده الخسارة كلها. كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يطلب الدائن الحكم

<sup>1</sup> القرار المؤرخ في 10-10-1993، ملف رقم 99694 م.ق. 1994، العدد الأول، ص 217، مأخوذ عن عمر سعيدة، المرجع السابق، ص.ص 39-40.

بفسخ العقد دون تعويض، إذا لم يشأ أن يقبل تعديله . إذ لا محل لأن يفرض على الدائن تعديل العقد إذا كان يؤثر التخلي عن الصفقة، وخاصة وأنه في هذه الحالة لا يصيب المدين أي ضرر، بل يكون هذا في صالحه إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ.<sup>1</sup>

### الفرع الرابع : القاضي لا يملك تعديل العقد

إذا كان على القاضي ألا تغيب العدالة عن نظره في تفسير العقد وتطبيقه، فإنه لا يجوز له أن يغفل إرادة المتعاقدين مادامت في حدودها، بدعوى أن هذه الإرادة لا تتفق مع قواعد العدالة فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها. وشأن العدالة في إرادة المتعاقدين، شأنها في القانون لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن تطبيق نص صريح في القانون أوفي العقد، بدعوى انه يتناقض مع العدالة، على أن هناك أحوالا استثنائية يملك القاضي فيها حق تعديل العقد، خضوعا لاعتبارات عادلة، كما في جواز تعديل الشرط الجزائي، وفي جواز إعطاء مهلة للمدين وفي جواز تعديل أجره الوكيل، وفي نظرية الحوادث الطارئة.

وجاء في قرار لمحكمة النقض بمصر، مؤرخ في 09-01-1980 إذا استقر الرأي بين الطرفين فيصبح قانون المتعاقدين، العقد النهائي، دون العقد الابتدائي، ومن ثم فإذا تبين أن عقد البيع النهائي قد خلا من النص على الشرط الجزائي الوارد في عقد البيع الابتدائي، أو الإحالة إليه فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط، وانصرفت نيتهما عن عدم التمسك به أو تطبيقه".

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 227

وما يمكن استخلاصه في الأخير، أنه لا يجوز للأطراف نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين لأن العقد يعتبر قانون المتعاقدين كأصل عام، ولكن استثناءً يجوز للقاضي أن يتدخل في تعديل العقد كحالة الظروف الطارئة طبقاً لنص م 107. (ق.م.ج.).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 951.

## المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

عادة ما يعتمد المتعاقدان إلى تضمين اتفاقهما، إضافة إلى التزامات الأصلية اتفاقاً على تعويض مقدر سلفاً سواء حين التعاقد أو في وقت لاحق يتحمل به الطرف الذي يقع منه هذا الإخلال هذا الاتفاق الإضافي يعتبر شرط من شروط اتفاقهما الأصلي. فإذا أحلى المتعاقدان بالتزامه يحدد جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه ولذا يسمى "الشرط الجزائي" فهو في أغلب الأحوال يهدف إلى تحذير الملتزم من الإخلال بالتزامه وتهديده بالجزاء الشديد المشترط لحمله على الحرص على الوفاء، وفي موعده ذلك أن "الجزاء" المشترط لا يقدر قياساً على ضرر معين بل يقدر تقديراً جزافياً، وهنا يمكن للطرف المتضرر من هذا الشرط المبالغ فيه أن يلجأ إلى القاضي لإعادة تقدير التعويض لما يتناسب مع الضرر. لذا وجب توضيح مفهوم الشرط الجزائي (المطلب الأول)، وضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي.

إن الشرط الجزائي يحدث كثيراً أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل بل يعمدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير هذا التعويض فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحق الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، وهذا التعويض الذي يستحقه إذا لم يقم المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو تعويض عن التأخير هذا الاتفاق مقدماً على التعويض يسمى بالشرط الجزائي.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ط، ص125

وسمي بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه ولكن لاشيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد (م 223) قانون المدني المصري بل لاشيء يمنع من أن يكون اتفاقاً على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعامل غير مشروع وإن كان هذا يقع نادراً. ولذا وجب التعرض إلى تعريف الشرط الجزائي في اللغة والاصطلاح (الفرع الأول)، ومدى سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي (الفرع الثاني)، وسلطة القاضي على شروط استحقاق الشرط الجزائي (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي في اللغة والاصطلاح.

سوف نتطرق عن معنى الشرط الجزائي في اللغة والاصطلاح ومن ثم في القانون الجزائري.

#### أولاً: معنى الشرط الجزائي في اللغة.

للشرط عدة معان في اللغة والذي يعني الدراسة هو ما جاء في لسان العرب من أنه التزام الشيء والتزامه في بيع ونحوه والشرط العلامة والجمع أشرط ومعنى الجزائي: نسبة إلى الجزاء وأصله فعلة: جزى جزاء بمعنى عاقبه وجازيته بذنبه، عاقبته وجزيته الدين: قضية لأن قضاء الدين جزاء على مع صاحبه.<sup>1</sup>

#### ثانياً: معنى الشرط في الاصطلاح.

<sup>1</sup> محمد عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، اليمن، ص 165.

هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجوداً شرعياً بأن يوجد الشرط وكون خارجاً عن حقيقة المشروط، ويلزم من عدمه عدم المشروط وذلك كالشاهدين في عهد الزواج فهما شرط له يلزم من عدمها عدم صحة عقد الزواج، ولا يلزم من وجودها وجود العقد ولا عدمه.

وهذا معنى الشرط الشرعي أو الحقيقي في اصطلاح الأصوليين غير أن هناك نوعاً آخر من الشروط يشترط الناس، ويصفونها في معاملاتهم بإرادتهم ويوقفون عقودهم عليها ويعلقونها لها ويجعلونها مرتبطة بهذه الشروط. بحيث لا تتحقق تلك العقود إلا إذا تحققت هذه الشروط يطلق عليها الشرط التقيدي المعترف بالعقد، وهو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه شرعاً.

### ثالثاً: الشرط الجزائي في القانون الجزائري.

تناول المشرع الجزائري الشرط الجزائي في الأمر 75-58 المؤرخ في هر رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري بثلاث نصوص وهي المواد 183-184-185 كما يلي:<sup>1</sup>

نصت المادة 185 من القانون المدني جواز الاتفاق مقدماً على تقدير التعويض المستحق للدائن حال إخلال المدين بالتزاماته، وهو المعروف بالتعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي، وتنص المادة على «يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق وتطبيق في هذه الحالة أحكام المواد 76 إلى 181».

<sup>1</sup> محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري؛ الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، -2012  
2011، ص.ص.328-329.

ولما كان الشرط الجزائي يخضع في استحقاقه شرط المسؤولية المدنية، فقد أنفى المشرع على ركن الضرر بحكم بالتعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر.

وبخصوص سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على سلطة القاضي في إنقاص قيمة التعويض "ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو الالتزام الأصلي فقد نفذ في جزء منه".

أما سلطة القاضي في زيادة التعويض المتفق عليه فقد نصت المادة 185 على أنه إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ صحيحاً.

### الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي.

تتجه النية المشتركة للمتعاقدین بناء على الشرط الجزائي إلى تحديد التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن، نتيجة إخلال المدين بالتزامه، وعلى ذلك فإن سلطة قاضي الموضوع في هذا الشأن تقوم على إعمال الصفة التعويضية للشرط الجزائي، وبناء على ذلك فإن للقاضي سلطة استبعاد الشرط الجزائي أو تخفيضه أو زيادته.

وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية، في قرارها بتاريخ: «العقد النهائي دون العقد الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين، ويصبح قانون المتعاقدین، وإذا تبين من العقد النهائي أنه قد خلا من الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد الابتدائي، فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط، وانصرفت نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عبد المدین لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التفسيرية والعقدية، الناشر عالم الكتب القاهرة، ط1979، ص194.

أولاً : سلطة القاضي في استبعاد الشرط الجزائي:

لا يستحق الدائن التعويض الاتفاقي في حالة إثبات المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، فحيث يثبت أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى تحديد التعويض، وأن هذا الأخير لا يكون إلا جبراً للضرر، لذلك إذا لم يصب الدائن بأي ضرر فإنه لا يستحق تعويضاً إعمالاً للنية المشتركة للمتعاقدين.

ثانياً : سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

يتقرر للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين:

- تنفيذ البعض من الالتزام
- تقدير الشرط الجزائي بأكثر من المتفق عليه.

### 1. تنفيذ البعض من الالتزام:

يجوز للقاضي أن يخفض التعويض الإتفاقي، إذا أثبت المدين أن الالتزام في الأصل قد نفذ في جزء منه، ويتمشى هذا الحكم مع النية المشتركة للمتعاقدين، حيث تتجه إلى تحديد لتعويض عن الإخلال بالالتزام برمته، وعلى ذلك، إذا أثبت المدين قيامه بالتنفيذ الجزئي لالتزامه، فإن للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي بقدر أهمية الأداء الذي نفذه المدين، والتخفيض في هذه الحالة جوازي للقاضي، فقد لا يحكم به إذا تبين له أن ما نفذه المدين لا يلي حاجيات الدائن.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> فتحي عبد الرحيم عبد الله شوقي محمد عبد الرحمن، شرح النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة 2001، ص39.

## 2. تقدير الشرط الجزائي بأكثر من المتفق عليه

للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة. فحيث أن قصد المتعاقدين هو تحديد تعويض عن ضرر يصيب الدائن، فإن الشرط الجزائي يخرج عن مفهومه المقصود، إذا تبين أن الضرر الذي أصابه لا يتناسب مع التقدير المرتفع المحدد في الاتفاق وينقلب وضعه بالتالي إلى تمديد مالي لا يقصده المتعاقدان.

وسلطة القاضي في ذلك هي تخفيض قيمة التعويض، ليس إلى الحد الذي يجعله متساوياً مع الضرر، ولكن بالقدر الذي يتناسب معه.

## ثالثاً : سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

تنص م225 . (ق.م.م.) على أنه: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطلب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً»، ويقابلها نص م 185 . ( ق.م.ج.). ويتأسس هذا الحكم على أن ثبوت زيادة الضرر عن قيمة الشرط الجزائي، يتضمن اتفاقاً على الإعفاء من المسؤولية عند عدم صدور الغش أو الخطأ الجسيم من المدين م 217 .(ق.م.م.)، وتقابلها نص م 182 .(ق.م.ج.) وعلى ذلك فإن القاضي يتعين عليه، في هذه الحالة أن يحكم بزيادة الشرط الجزائي بقدر الزيادة في الضرر ولأحكام الواردة بشأن سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي تتعلق جميعها بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على خلافها، ويقع بالتالي باطلاً كل اتفاق مخالف لنص م 224 . ( ق.م.م.) والتي تقابلها نص م 183 .(ق.م.ج.)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> فتحي عبد الرحيم عبد الله شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص38-39..

## الفرع الثالث: سلطة القاضي على شروط استحقاق الشرط الجزائي.

بعد أن يتأكد القاضي من مشروعية الشرط الجزائي بأن لا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة لاسيما القواعد القانونية الآمرة، وبعد أن يعطي للشرط وصفه الصحيح والدقيق بغرض تطبيق القواعد الملائمة، فإنه ينتقل على مرحلة أخرى لا تقل أهمية عن المراحل السابقة وهي التأكد من مدى توفر شروط استحقاق الشرط الجزائي المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية إضافة إلى شرط الإعذار.

## أولاً: سلطة القاضي على شرط الخطأ.

الخطأ العقدي كما عرفناه هو امتناع المدين عن تنفيذ التزام ترتب في ذمته بموجب عقد صحيح، فالقاضي وهو بصدد رقابة عنصر الخطأ يجب عليه التأكد من أمرين الأول هو ثبوت عدم تنفيذ الالتزام والثاني هو نسبة عدم التنفيذ إلى المدين أي أن هذا الأخير لم يتمكن من نفي مسؤوليته.<sup>1</sup>

وبما أن الإثبات هو الوسيلة الوحيدة التي يتم من خلالها نسبة الخطأ إلى المدين يتم إلزامه بالتعويض، فلا بد على القاضي أن يتيقن من كيفية إثبات الخطأ العقدي، فإذا كان التزاما بتحقيق نتيجة فعلى الدائن أن يثبت عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره فيه أو أنه قد نفذه بصورة معينة، أما إذا كان التزام المدين ببذل عناية فالدائن ملزم بإثبات مصدر الالتزام ثم إثبات عدم التنفيذ وأخيراً عليه أن يثبت أن المدين لم يبذل العناية اللازمة لتنفيذ التزامه والمعيار هنا موضوعي لا ذاتي، وهذا النوع من الالتزامات أصعب للإثبات بالنسبة للدائن، وأصعب للاقتناع بالنسبة للقاضي.

<sup>1</sup> حازم طاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2011، ص29.

أما أهم عنصر يراقبه القاضي في الخطأ فهو التأكد من أن الالتزام الذي أحل به المدين هو الذي تناوله الشرط الجزائي، وهذا معناه أم العقد قد رتب عدة التزامات في ذمة المدين غير أن الشرط الجزائي المتفق عليه قد وضع لكفالة تنفيذ أحد هذه الالتزامات دون غيره، فإذا أحل المدين بالالتزام غير الالتزام المكفول بالضمان فعلى القاضي في هذه الحالة عدم إعمال الشرط.<sup>1</sup>

### ثانياً: سلطة القاضي على شرط الضرر

يعتبر الضرر أي أركان الشرط الجزائي على الإطلاق لاسيما وأن موقف المشرع الجزائري في المادة 184 ق.م.ج جاء واضحاً إذ ربط استحقاق التعويض بوجود ثبوت الضرر، غير أن مهمة القاضي في رقابة هذا العنصر تعتبر يسيرة مقارنة بعنصر الخطأ، إذ أن الدائن متى استطاع إثبات الخطأ تشكلت قرينة قانونية لصالحه تجعل الضرر قد وقع فعلاً، غير أنها قرينة بسيطة غير قاطعة بإمكان المدين إثبات عكسياً لذا فإن القاضي ملزم بمنح المدين فرصة لإثبات أن الدائن يلحقه ضرر من عد تنفيذ لالتزامه.<sup>2</sup>

### ثالثاً: سلطة القاضي على علاقة السببية

تدخل سلطة رقابة القاضي على هذا العنصر في إطار سلطته التقديرية، والتي تعني أن القاضي يقوم بنشاط ذهني للتيقن من أن الفعل الخاطئ الذم ارتكبه المدين كان وبجسب الجرى العادي للأمر هو المتسبب في الضرر، فالمعيار هنا موضوعي وهو معيار الرجل العادي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> رغيذ عبد الحميد فتال، الشرط الجزائي في القانون الفرنسي، مجلة الدراسات القضائية، معهد التدريب والدراسات القضائية، الإمارات العربية المتحدة، العدد 11، ديسمبر 2013، ص 29.

<sup>2</sup> منير قزماف، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص 107.

<sup>3</sup> أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية لمقاضي المدني، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 1988، ص 111.

أما إذا كنا بصدد نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر لحدوث قوة قاهرة فإن رقابة القاضي تنصب على عنصرها الأساسيين وهما عدم إمكانية الدفع وعدم إمكانية التوقع والمعيار دائما موضوعي غير أنه يظهر في صورته المتشددة إذ لا يكتفي بالشخص العادي بل يجب أن يكون عدم توقع القوة من طرف أشد الناس حرصا، وأن تكون عدم إمكانية الدفع مطلقة من طرف الجميع دون استثناء.<sup>1</sup>

#### رابعا: سلطة القاضي على شرط الإعذار

إذا كانت رقابة القاضي على العناصر السابقة يسودها بعض اللبس والصعوبة لكونها تنصب على أمور موضوعية تستدعي الدقة والتبصر، فإن رقابته على عنصر الإعذار تعتبر سهلة وبسيطة، إذ يكفي أن يتلقى من الدائن ما يثبت قيامه بهذا الإجراء، كالمحضر الرسمي الممضى من طرف المحضر القضائي، أو الإشعار بالوصول للرسالة محتوم من طرف مصالح البريد.

من خلال دراستنا لهذا المطلب نصل إلى أن المشرع رغم أنه حول القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي إلا أنه لم يترك هذه السلطة مطلقة لأنها تعتبر استثناء عن الأصل وخروج عن القواعد العامة التي يحكمها مبدأ الحرية التعاقدية كالذم يعتبر اللبنة الأساسية لكافة التصرفات القانونية ذات الطبيعة الاتفاقية.

هذا الأمر الذي دفع الفقه والقضاء إلى وضع مجموعة من القيود والضوابط تنسج مع روح القانون المدني، وفق تسلسل زمني منطقي، ينطلق فيه القاضي من رقابة مشروعية الشرط الجزائي كونها تتعلق بالنظام العام والآداب العامة التي تشكل الركيزة الأساسية للمجتمعات

<sup>1</sup> أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.ص 111-112.

ثم ينتقل القاضي بعد ذلك إلى رقابة التكييف الذي يعطيه الأطراف للبند العقدي والتأكد من مدل تطابقه مع ما يتطلبه القانون بغرض إعطائه الوصف القانوني الصحيح والدقيق الأمر الذي يسمح لمقاضي بتأدية مهمته الأساسية على أكمل وجو وهي التطبيق الصحيح للقانون من خلال إسقاط القواعد القانونية المناسبة على العقد وما يتضمنه من شروط.

وكمرحمة ثالثة يقوم القاضي برقابة مدى توفر شروط استحقاق الشرط الجزائي كونها الفيصل في أحقية الدائن بالمبلغ المتفق عليه كاملاً أو أنه يستحق المراجعة نظراً لعدم تناسبه مع الضرر الفعلي الذي لحق الدائن<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

إذا كانت سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تعتبر بمثابة الآلية القانونية التي بموجبها نحد من غلو مبدأ سلطان الإرادة لفائدة قواعد العدالة، فإن هذه السلطة ينبغي أن ندعمها بضمانات تكفل لها تحقيق الغرض الأسمى الذي شرعت من أجله، هذه الضمانات في فكرة النظام العام (فرع أول)، سلطة القاضي على مشروعية الشرط الجزائي (فرع ثاني)، وأخيراً سلطة القاضي على تكييف الشرط الجزائي (فرع ثالث).

### الفرع الأول: فكرة النظام العام

قبل البحث عن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومدى اعتبارها من النظام العام، ينبغي الحديث ولو بإيجاز عن مفهوم النظام العام كفكرة قانونية (أولاً)، وبعدها نتطرق لمسألة الرقابة القضائية على الشرط الجزائي ومدى اعتبارها من النظام العام (ثانياً)

<sup>1</sup> أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 113.

## أولاً: مفهوم النظام العام

إن الهدف الأساسي من وضع القواعد القانونية بصفة عامة هو تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع تنظيمياً يكفل تحقيق العدالة بينهم دون استغلال أحد للآخر، غير أن المصالح التي ينظمها القانون تتفاوت من حيث الأهمية، الأمر الذي دفع المشرع إلى تقسي القواعد القانونية إلى طائفتين، الأولى هي القواعد المكتملة لإرادة الأطراف والتي تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد الذين بإمكانهم الاتفاق على مخالفتها، أما الطائفة الثانية فهي القواعد القانونية الآمرة التي تتعمق بالمصلحة العامة إذ لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ونظراً لأهمية فكرة النظام العام في قوانين أي دولة فقد كانت من أكثر ما اختلف الفقهاء في تعريفه، كما أن المشرع وأن جعل من النظام العام ضابطاً لكثير من التصرفات القانونية، إلا أنه لم يقدم تعريفاً له.<sup>1</sup>

وخير ما يقال في النظام العام هو أن قوامه فكرة المصلحة العامة، سواء كانت مصلحة سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية، وأنه لما كانت فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى، وفي ذات الدولة من زمن إلى آخر، فإنها تعتبر فكرة نسبية ومتغيرة، فمثلاً فكرة تعدد الزوجات مباحة في المجتمعات الإسلامية أم في المجتمعات الغربية فتعتبر مخالفة للنظام العام.

## ثانياً: الشرط الجزائي والنظام العام.

باستقراء نص المادة 184 ق.م.ج، نجد أن المشرع الجزائري قد وضع أحكاماً لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وجعلها من النظام العام، بالمقابل نجده وضع أحكاماً أخرى ولم يضيف عليها صبغة النظام العام.

<sup>1</sup> أنور سلطان، المرجع السابق، ص 110.

## 1. سلطة القاضي في التدخل ليست من النظام العام

تنص المادة 184 ف1 ق.م.ج على أنه "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان التقدير مفرطاً..."، ويفهم من نص المادة سالفة الذكر أن القاضي وإن كان محول قانوناً بمراجعة قيمة الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، إلا أن سلطته هذه مقيدة بوجوب تقديم طلب المراجعة من المدين، بمعنى أن القاضي لا يملك سلطة المبادرة بتعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه، ذلك أنه إذا كان عبئ إثبات المبالغة أن التنفيذ الجزئي يقع على عاتق المدين فمن باب أولى أن يكون التخفيض بناءً على طلب هذا الأخير.

ومن جهة أخرى يعتبر تعديل الشرط الجزائي حقاً محولاً للمدين كحده، لهذا يجب على هذا الأخير أن يطلبه، لأن القاضي لو خفضه من تلقاء نفسه يكون قد حكم بما لم يطلب منه الخصم ما يجعل حكمه معرضاً للنقض.<sup>1</sup>

أما النقطة الثانية التي تجعل سلطة القاضي غير متعلقة بالنظام العام فهي أن هذه السلطة جوازية، بمعنى أن المدين حتى وأن تمكن من إثبات الإفراط في التقدير أو التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، فإن ذلك لا يعني بالضرورة تخفيض قيمة الشرط الجزائي، لأن سلطة القاضي في ذلك جوازية اختيارية، إذ أنه غير ملزم بالتخفيض في كل مرة يثبت فيها المدين دواعي هذا التخفيض، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة سالفة الذكر حينما ذكرت عبارة "يجوز لمقاضي"، فهي مسألة واقع ترجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

<sup>1</sup> عبد الله نحاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص207

ويبدو لي أن المشرع الجزائري لم يوفر الحماية المطلوبة للمدين، إذ كاف الأجدر به أن يجعل سلطة القاضي في التدخل من النظام العام، بمنحه صلاحية المبادرة بالتعديل من تلقاء نفسه، وأن يجعل تدخله وجوبيا كلما تمكن المدين من إثبات دواعي التخفيض، لأن ذلك هو الوسيلة الأكثر نجاعة وفعالية التي توفر بموجبها حماية للمدين الذي يعتبر الطرف الضعيف في أغلب العلاقات التعاقدية.

## 2. سلطة القاضي في التدخل من النظام العام

إذا نظرنا لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من جهة القاضي نفسه فإنها لا تعتبر من النظام العام، على أساس أنه لا يملك سلطة المبادرة بالتعديل من تلقاء نفسه، كما أنها تعتبر جوازية، غير أننا إذا نظرنا لهذه السلطة من جهة الأطراف المتعاقدة فإننا نجد أنها من النظام العام، لأنه لا يستطيعون الاتفاق على استبعادها.<sup>1</sup>

بمعنى أن الالتزام الأصلي إذا كاف مشمولاً بشرط جزائي يكفل تنفيذه، فليس للدائن أن يتفق مع المدين على عد إخضاع الشرط للرقابة القضائية، كما لا يجوز لهما الاتفاق على استحقاق قيمة الشرط الجزائي حتى ولو يلحق الدائن أي ضرر.

وتبرير ذلك أنه لو تركت سلطة التعديل لمشيئة الأطراف بدون هذه الخصوصية (النظام العام)، لما تردد الطرق القوي في إلزام الضعيف بما يكفل استبعادها، فمن قبل على نفسه تعويضاً، اتفاقاً مرتفعاً أو منخفضاً إلى درجة كبيرة، سيرضى في خضم هذا الخضوع استبعاد سلطة القاضي،<sup>2</sup>

<sup>1</sup> راجع نص المادة 184 ق 3 م.ج

<sup>2</sup> حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، مصر، د.ط، 2013، ص 252.

لذلك فإن أم اتفاق يتضمن استبعاد هذه السلطة يعتبر باطلاً وعدم الأثر كما تقضي به صراحة المادة 184 وكذا المادة 185 التي استعملت عبارة "...لا يجوز للدائن...".

ومن صور النظام العام كذلك أنه لا يجوز الاتفاق على استبعاد مسؤولية المدين إذا ارتكب غشا أو خطأ جسيماً، رغم أن القواعد العامة تميز ذلك،<sup>1</sup> وتبرير ذلك أن ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسي يعنى الخروج من المسؤولية العقدية إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، ولأن أحكام هذه الأخيرة تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها وإلا كان الشرط باطلاً.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: سلطة القاضي على مشروعية الشرط الجزائي.

إن أول ما يراقبه القاضي هو مشروعية الشرط الجزائي لأن المشروعية تتعلق بالنظام العام، فمتى ظهر للقاضي إن الشرط الجزائي في ذاته غير مشروع أو إن الالتزام الأصلي الذي يكفله غير مشروع بأن يكون مخالفاً لنص قانوني أو شرعي وجب عميه الحكم ببطلانه.

فالبطلان إذن هو الجزاء القانوني المترتب على عدم المشروعية، كم يشترط في القواعد القانونية التي تمت مخالفتها إن تكلف قواعد أمره كما في الشرط الجزائي الذي يضمن اتفاقاً يتعلق بتركة إنسان على قيد الحياة.<sup>3</sup>

والشرط الجزائي قد يجد منه حد يتعلق بمداه أو بمدى إعماله، فإذا نص القانون على تحديد مقدار التعويض المستحق عند إخلال المتعاقد بالتزام فإن الشرط الجزائي لا يجوز أن يتجاوز القيد

<sup>1</sup> نص المادة 178 ق.م.ج.

<sup>2</sup> إبراهيم سيد أحمد، التعويض الاتفاقي فقهاً وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر د.ط، 2005، ص55.

<sup>3</sup> محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، 2004، ص163.

لمحدد قانوناً،<sup>1</sup> ومن أمثلة ذلك ما جاءت به نصوص القانون رقم 74-15 المؤرخ في 01-01-1974 30 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار الجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات، فإذا حدث وإن تعرض شخص لأضرار جسمانية نتيجة حادث مرور فليس لو أن يتفق مع مرتكب الفعل على مبلغ التعويض لأن القانون سالف الذكر قد حدد وبدقة طرق تقدير التعويض، فمتى تضمن عقد النقل شرطاً جزئياً بهذا الشكل، فإنه يكلف غير مشروع لمخالفته النظام العام ويتعين على القاضي الحكم بطلانه.

ومن حالات منع المشرع الجزائري لمشرط الجزائري ما جاءت به أحكام المادة 78 من الأمر-31 75 المؤرخ في 29-04-1975 المتعلق بعلاقات العمل في القطاع الخاص والتي نصت على أنه "لا يجوز في أي حال أن ينص في النظام الداخلي على غرامات"، والنظام الداخلي هو عبارة عن مجموعة قواعد يخضع لها العالم أثناء عمله يضعها رب العمل ويضمنها جزاءات مالية تكفل احترامه".

غير أن المشرع الجزائري بموجب نص المادة 78 من القانون سالف الذكر قد منع رب العمل من استعمال الشرط الجزائي الذي يأخذ شكل غرامة تستقطع من راتب العامل، والهدف من هذا التحريم هو ضمان الحد الأدنى من الأجر خاصة وأن اقتطاع مبلغ الشرط الجزائي قد يؤثر عليه ويجعله لا يصل على الحد الأدنى الذي يضمنه القانون.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: سلطة القاضي على تكيف الشرط الجزائي.

<sup>1</sup> محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 163.

<sup>2</sup> عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 181.

إن الأطراف المتعاقدة عندما تتجه إرادتهم إلى إبرام العقد فإن كل منهم يتوقع من الطرف الآخر الحصول على مزايا وفوائد هذا العقد، وهذا الهدف يظل دائماً وأبداً هو المسيطر على ذهن الأطراف المتعاقدة بداية بمرحلة التفكير ثم المفاوضات ثم التكوين وصولاً إلى تنفيذ العقد.

وأطراف العقد وهم بصدد إبرامه يضعون في حساباتهم احتمال أن هناك طرف قد يخل بتنفيذ التزامه والمقصود بعدم التنفيذ في هذا المقام المعنى الواسع للكلمة سواء عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التراخي في التنفيذ أو التنفيذ المعيب.<sup>1</sup>

وخشية الإخلال بهذا العقد يقوم الأطراف بوضع بند في العقد ويطلقون عليه تسمية الشرط الجزائي، غير أن القاضي بماله من صلاحيات فإن غير ملزم بالتكييف الذي يعطيه الأطراف بل يجب عليه التأكد من أن البند المعروض أمامه يشكل شرطاً جزئياً، ذلك أن الأطراف غالباً ما يتمسكون بالتكييف الذي يتماشى أكثر مع مصالحه، الأمر الذي يلزم القاضي بالعمل على إعطاء البند الوصف الصحيح تمهيداً لمعرفة النصوص القانونية الواجبة التطبيق لإعطاء الحل القانوني للقضية المعروضة أمامه.<sup>2</sup>

وللقاضي وهو بصدد إيجاد الوصف القانوني الصحيح أن ينظر إلى الظروف الملابسة وأن يبحث في النية المشتركة للأطراف، ومن أمثلة البنود التعاقدية التي أثارت جدلاً في الفقه الفرنسي حول تكييفها نذكر البند المتضمن تعويض العامل عن تسريحه من طرف رب العمل، حيث اعتبرت

<sup>1</sup> إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 9.

<sup>2</sup> محمد مرعي صعب، البند الجزائي، المؤسسة الحديثة للكتاب، مصر، د.ط، 2006، ص 346.

محكمة النقض الفرنسية وقد سايرها جانب كبير من الفقد الفرنسي من بينهم Martinon أن هذا البند هو شرط جزائي.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 22 juin 2011, no 09-68.762 «Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a fait ressortir, par motifs propres et adoptés, que l'indemnité contractuelle de rupture due par l'employeur en cas de cessation du contrat de travail à son initiative, hors les cas de faute grave.

## خاتمة:

إن الحياة في الجماعة تفرض ضرورة وجود حدّ أدنى من الاستقرار العادل ولا يمكن ترك ذلك إلى وجهات النظر الفردية الخاصة لذلك ترجم هذا الحد الأدنى من الاستقرار العادل في صورة قواعد عامة مجردة وملزمة للجميع وفي نفس المنوال فتح أمام القضاء نافذة يستطيع من خلالها بنفد إلى هذه المعاملات وتوجيهها قصد إقامة التوازن فيها تحت شعار السلطة التقديرية للقاضي سعياً منه لتدعيم فعالية القاعدة القانونية.

وهكذا فإن القانون يحل مشكلة عدم فاعلية بواسطة القضاء فإنه يسد ثغرات ويستعمل نفسه بنفسه، ولذلك قيل إن القضاء ركن من قانونية النظام وأنه لا قانون بلا قاضي، والحقيقة أن القضاء وفق للقانون حماية ضد عدم فعاليته لا غنى عنها في المجتمع الإنساني ويتم ذلك عن طريق نشاط القاضي الذي يتكون من العديد من العمليات والمراحل الذهنية المعقدة والذي يعتمد فيها على العديد من العناصر الواقعية والقانونية التي تمر بعمليات التقدير القضائي والتكيف القانوني إلى أن ينتهي القاضي من ذلك بإزالة العارض الذي اعترض فعالية القانون ويتم تقدير ذلك بالعمل القضائي الذي يصدره القاضي.

ويمكننا القول أن فعالية القاعدة القانونية يتم وجودها في المجتمع إما بصفة أصلية وعادية عن طريق الاحترام التلقائي للأفراد لهذه القاعدة، وإما عن طريق سلطة القضاء التي تعيد الفعالية للقانون عند تعود الأفراد عن التواصل إلى هذه الفعالية والمشروع يدرك ذلك لأن صفة الالتزام في القاعدة القانونية مقترنة بالجزاء المادي الذي توقعه السلطة العامة عدد مخالفة الأفراد لهذا الالتزام، ولن يتم تقرير هذه المخالفة إلا بإعمال السلطة القضائية لسلطتها.

ومن بين مظاهر تجسيد السلطة التقديرية القضائية في مجال العقود هو تدخل القاضي في العقد بقدر ما يسمح به القانون مما يقودنا إلى التساؤل حول مدى نجاعة هذه السلطة؟ في هذا الإطار

وكل ما في الأمر أنه لو سلمنا بترك المجال التعاقدي لمشيئة الأفراد لسعي كل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية نحو تحقيق مصلحته الخاصة مما يؤدي إلى كثرة النزاعات ويصبح المجتمع يتخبط في فوضى عارمة باسم التعاقد، ينهار أهم عنصر يقوم عليه النظام التعاقدي وهو ثقة المتبادلة في إبرام الصفقة.

وهو الأمر الذي من شأنه أن يعكس صفو الحياة العقدية إذ يكون لزاماً على كل متعاقد أن يحتاط ويتسع بالحذر اتجاه الآخر وهذا ما يحول دون السير الحسن في إجراء التعاملات ويشكل سبباً كافياً لطول أمد مرحلة انعقاد العقد بحيث لا يتم ذلك إلا بعد تخطيط معمق.

ولو نظرنا على موضوع من جانبه الآخر وقلنا بإحلال سلطة القانون محل السلطة التقديرية للقاضي فإن ذلك يؤدي على أن يجعل من العقد نظام قانوني لا يمكن المساس به والذي بالضرورة يسمح بجمود القانون.

عندئذ يجد المتعاقد نفسه مقيد ومحاصر في فئة معينة من العقود النموذجية والتي تقيد من حريته فيلجأ إلى التهرب والتحايل على القانون بشتى السبل وهذا ما يخلق نوع من عدم الاستقرار وعدم التحكم لأن طبيعة النصوص القانونية متناهية أي تفسر حسب الغاية التي شرعت من أجلها وطبيعة المعاملات غير متناهية وما هو غير متناه لا يمكن ضبطه بالمتناهي.

إضافة إلى هذا كله فإن إعمال سلطة القانون وحدها تقتضي المشرع أن يقوم بتنظيم كل عقد على حدى وأن يحيطه بتفصيل وأن يراعي فيه جميع الاحتمالات الممكنة بدءاً من مرحلة انعقاده إلى مرحلة ما بعد تنفيذه وهو أسوأ احتمال يمكن تصوره لأننا نكون أمام ترسانة قانونية هائلة إن صح القول يصعب تطبيقها إن لم يكن مستحيلاً ونكون أمام مجال فسيح لإعمال نظام السابقة القضائية في الفصل في الدعوى.

ولكن لا يعني هذا أن أعمال السلطة التقديرية للقاضي في المجال التعاقدى لا ينطوي على المساوى حيث يؤخذ عليها أنها تفتح أمام القاضي نافذة ينفذ من خلالها إلى العقد ليشارك أطرافه في انعقاده أو في تنفيذه مع العلم أن هذه المشاركة وإن كانت في ظاهرها تبدو توجيهية إلا أنه لا يمكن إخفاء ما تحمله في طياتها من قهر وإجبار في عقد يعتبر من الدرجة الأولى من نتاج طرفيه، ولكن يعمل فيه بإرادة القاضي خاصة وقد رأينا أن هذا الأخير لا يتقيد بتصورات المتعاقدين في كثير من الأحوال.

ولذلك فإن المتعاقد يجد في نفس الشيء من الضغط ممارس عليه من طرف القضاء ويصبح لا يطمئن لما يبرمه من عقود لأنه في كل الأحوال قد يتغير مفهوم العقد وبالتالي تتغير معه النتائج على الأقل تلك التي كان يرجوا المتعاقد جنيها من هذا العقد بسبب تدخل القاضي.

وفي ذات الوقت لا يثنينا التكلم في مساوى هذا النظام عن الإيجابيات التي حققها في المجال العقدي وأسمى دور بحسب له هو حماية الطرف الضعيف في ظل العلاقات التي تختلف فيها مراكز القانونية من حيث القوة وعليه فإننا لا نعتبر أنه في احترام السلطة التقديرية للقاضي في المجال التعاقدى هو مصدره لسلطة الأفراد أو حدا منها، ولكن كان يمكن أن تكون أفضل لو خفف من وطأها وذلك يترك المجال لوجهات نظر المتعاقدين للتفاوض حول حسم الخلاف بينهم ويكون دور القضاء ثانوياً بحيث لا يتدخل إلا بعد عدم التفاهم، إضافة إلى ذلك التضييق من مسائل الواقع وإحاطتها بالرقابة وبذلك يكون لهذه السلطة لمسة فجوة في نظر المتعاقدين فبدل أن يوجههم القاضي يقوم بمرافقتهم.

قائمة المراجع :

أولاً : المؤلفات باللغة العربية :

1. الكتب :

أ. الكتب العامة :

1. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط4، 2010.
2. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ط3، 2004.
3. جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط 2000.
4. جلال العدوي، الأصول الالتزامات، (مصادر الالتزامات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1997.
5. حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، مصر، د.ط، 2013.
6. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2، 2005.
7. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط3، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، 2004.
8. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر).
9. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون طبعة .
10. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ط.

11. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، المجلد الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011.
12. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المجلد1، ب ط، منشورات الحلبي، بيروت لبنان.
13. عبد الله الدليمي، نظرية العامة للالتزام، ج1، منشورات الجامعة المنشورة طرابلس، ط 1998.
14. عبد المدين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الناشر عالم الكتب القاهرة، ط1979.
15. عبد المنعم فرج الصده، العقد في قوانين البلاد العربية، ب ط، دار النهضة للطباعة، بيروت
16. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2003.
17. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام في ق.م.ج)، ط3، د.م.ج، الجزائر.
18. علي فيلاي، الالتزامات ( النظرية العامة للعقد )، موفم للنشر، الجزائر، ط2010 .
19. فتحي عبد الرحيم عبد الله شوقي محمد عبد الرحمن، شرح النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة 2001.
20. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام في ق.م.ج، المصادر الإدارية، العقد والإرادة المنفردة، الكتاب1، دار الكتاب الحديث، الجزائر
21. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، ط2، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس(ليبيا).
22. محي الدين إسماعيل - نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الدار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة.
23. معوض عبد الثواب، المرجع في التعليق على النصوص القانونية، منشأة المعارف الإسكندرية، ط4، 1998 .
24. منير قزماف، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005 .

25. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، مصادر إرادة العقل، الإرادة المنفردة، دار المعرفة الجامعية، ط 1994.
- ب. الكتب المتخصصة :
1. إبراهيم سيد أحمد، التعويض الاتفاقي فقهاً وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر د.ط، 2005.
2. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر).
3. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية لمقاضي المدني، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 1988.
4. سليمة أحمد يحياوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر
5. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن)، ط1 ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن
6. محفوظ بن حامد لشعب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، ب.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.
7. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 .
8. محمد مرعي صعب، البند الجزائري، المؤسسة الحديثة للكتاب، مصر، د.ط، 2006
9. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد التجارية والمدنية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط2002.
10. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ب ط، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر).
- ثانيا : الرسائل الجامعية والمذكرات :

1. حازم طاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2011.
2. عبد الله نجاري، الشرط الجزائري في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.
3. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، باتنة، رسالة دكتوراه، 2011-2012.
4. محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائري والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، 2004.
5. محمد عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائري وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، اليمن، 2010.
6. راضية العيطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر.

#### المجلات :

1. المجلة القضائية العدد الثاني، القرار المؤرخ في 24-10-1999، ملف رقم 191705
2. أحمد عيسى، الدولة بين الأفراد والجماعة في المجال التعاقدية، مجلة تلمسان، العدد 2007/04، الطبعة 2007.
3. رغيد عبد الحميد فتال، الشرط الجزائري في القانون الفرنسي، مجلة الدراسات القضائية، معهد التدريب والدراسات القضائية، الإمارات العربية المتحدة، العدد 11، ديسمبر 2013.

#### النصوص القانونية :

#### القوانين :

1. الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم بالقانون 05/07، المؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج.ر. الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007، العدد 31
2. القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 ، ج.ر، المتعلق بالممارسات التجارية ، الصادرة في 27 جوان 2004 ، عدد 41 .

**المراسيم :**

1. المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 ، ج.ر، عدد، 56، الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006.
- ثانيا : المؤلفات باللغة الفرنسية :

**A/ Ouvrages spéciaux et thèses :**

1. Georges Berlioz, Le contrats d'adhésion, Thèse librairie générale, droit de jurisprudence, Paris

**B/ Les articles :**

1. La loi 78/23, Du 10 Janvier 1978, Sur la protection et L'information des consommateurs de produits et de service.
2. Cass. soc., 22 juin 2011, no 09-68.762

الفهرس

المقدمة	أ.ب.....
الفصل الأول : سلطة القاضي في إبرام العقد	3.....
المبحث الأول : سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال	4.....
المطلب الأول : مفهوم الغبن والاستغلال	4.....
الفرع الأول : تعريف الغبن والاستغلال	5.....
الفرع الثاني : التمييز بين الغبن والاستغلال	6.....
الفرع الثالث : دور الفقه في معالجة اختلال تعادل التزامات المتعاقدين	6-8.....
المطلب الثاني : عناصر وجزاء الاستغلال	8.....
الفرع الأول : عناصر الاستغلال	8-15.....
الفرع الثاني : جزاء الاستغلال	15-16.....
المطلب الثالث : مدى سلطة القاضي في تعديل العقد لرفع الغبن والاستغلال	17.....
الفرع الأول : دعوى الإبطال	17-18.....
الفرع الثاني : دعوى الإنقاص	19.....
المطلب الرابع : ملاحظات حول مسلك المشرع الجزائري في نظرية الاستغلال والغبن من خلال المادة 90 ق.م.م والمادة 91 ق.م.ج	19.....
الفرع الأول : المادة 90 من القانون المدني الجزائري	20-21.....
الفرع الثاني : المادة 91 من القانون المدني الجزائري	21-23.....
المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان	24.....
المطلب الأول : مفهوم عقد الإذعان	24.....
الفرع الأول : نشأة عقد الإذعان	24-26.....

31-26.....	الفرع الثاني: تعريف عقد الإذعان.....
31.....	المطلب الثاني: أركان عقد الإذعان وطبيعته القانونية.....
35-31.....	الفرع الأول: أركان عقد الإذعان.....
41-35.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.....
43-41.....	الفرع الثالث : دور القاضي في تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان.....
43.....	المطلب الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية.....
46-44.....	الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي.....
48-46.....	الفرع الثاني: دور تعديل القاضي الشروط التعسفية.....
52-48.....	الفرع الثالث : صور الممارسات التعسفية.....
53.....	الفصل الثاني : سلطة القاضي في تنفيذ العقد.....
54.....	المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.....
54.....	المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.....
56-55.....	الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة.....
58-56.....	الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....
59-58.....	الفرع الثالث: ما يترتب على الظروف الطارئة.....
60-59.....	المطلب الثاني: دور القاضي في نظرية الظروف الطارئة.....
62-61.....	الفرع الأول: دور القاضي في تعديل العقد في حالة الحادث الطارئ.....
63-62.....	الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية.....

- 64-63.....الفرع الثالث: الاستثناء الوارد على سلطة القاضي التقديرية.
- 65-64.....الفرع الرابع : القاضي لا يملك تعديل العقد.....
- 66.....المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.....
- 67-66.....المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي.....
- 69-68.....الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي في اللغة والاصطلاح.....
- 71-69.....الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي.....
- 75-72.....الفرع الثالث: سلطة القاضي على شروط استحقاق الشرط الجزائي.....
- 75.....المطلب الثاني: ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.....
- 79-75.....الفرع الأول: فكرة النظام العام.....
- 80-79.....الفرع الثاني: سلطة القاضي على مشروعية الشرط الجزائي.....
- 81-80.....الفرع الثالث: سلطة القاضي على تكييف الشرط الجزائي.....
- 84-82.....الخاتمة.....
- 89-85 ..... قائمة المراجع

## الملخص:

أصبحت العقود تخضع في مجملها على عدة عوامل خارجية عن إرادة أطرافها كاعتبارات النظام العام وتدخل الدولة وتدخل القانون إما بقواعد آمرة أو ما يمنحه للقاضي من سلطة تقديرية في هذا المجال بدءاً بإبرام العقد إلى تنفيذه، حيث منح له سلطة في تكييف العقد وتكملة الالتزامات الناشئة عنه وسلطة تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال والشرط التعسفي في عقد الإذعان في مرحلة إبرام سلطة تعديل العقد الطرف الطارئ وتخفيض الشرط الجزائي.

**الكلمات المفتاحية:** سلطة القاضي في مرحلة إبرام العقد، سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

## Résumé

Devenu les contrats soumis dans son intégralité sur plusieurs externe de la volonté des parties facteurs d'ordre public et l'intervention de l'État et l'intervention de la loi, soit des règles impératives ou ce qui lui donne le pouvoir discrétionnaire des juges dans ce domaine à partir de la conclusion du contrat à être mis en œuvre, où la lui donnant le pouvoir d'adapter le contrat et de compléter les obligations découlant de celle-ci et l'autorité modification du contrat en raison de l'injustice et l'exploitation, la clause arbitraire dans le contrat d'adhésion à la conclusion de la puissance d'urgence de modifier la partie du contrat et de réduire la phase de clause pénale.

Mots-clés: l'autorité du juge à l'issue de la phase du contrat, le pouvoir du juge dans la phase du contrat de mise en œuvre.