

كلية الحقوق والعلوم السياسية



سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د في القانون

تخصص قانون العقود

تحت إشراف الأستاذة الدكتورة:

شيخ سناء

من إعداد الطالبة:

عيساوي رجاء

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د رايس محمد
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.د شيخ سناء
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	د. صنوبر أحمد رضا
مناقشا	جامعة عين تموشنت	أستاذ محاضر "أ"	د. عبد السلام نور الدين

السنة الجامعية: 2022/2021

شكر وتقدير

مصدقاً لقول الله تعالى: «لئن شكرتم لأزيدنكم»

الحمد والشكر لله سبحانه وتعالى الذي وفقني لإعداد هذه الرسالة.

يشرفني أن أتوجه بخالص الشكر والعرفان إلى أستاذتي الفاضلة الدكتورة شيخ سناء التي شرفنتني بقبولها الإشراف على هذه الرسالة، وتوجيهاتها العلمية وإرشاداتها القيمة طيلة فترة البحث، فجزاها الله كل خير.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع، ولما بذلوه من جهد في سبيل قراءته وتقييمه:

الأستاذ الدكتور ريس محمد، الأستاذ الدكتور صنوبر أحمد رضا والأستاذ الدكتور عبد السلام نور الدين.

والشكر موصول إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل

سواء من قريب أو من بعيد.

الإهداء

إلى أعز وأغلى من في الوجود وسبب نجاحي

أمي وأبي

أطال الله في عمرهما وأدامهما سنداً لي

إلى أخي عبد النور وأختي سمية

إلى كل من شجعني على إتمام هذا العمل

إلى كل من ساهم في إخراج هذا البحث بالقول

أو الفعل أو بالدعوة الصالحة

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ب.د.ن: بدون دار نشر

ب.س.ن: بدون سنة نشر

ص: الصفحة

ثانياً: باللغة الفرنسية

Art : Article

Cass.civ : cassation civile

Cass.com : cassation commerciale

N : Numéro

T : Tome

Op.cit : Ouvrage précédemment cité

CJEU : Cour de justice de l'Union Européenne

P : Page

مقدمة

تنظم نظرية العقد حركة الاقتصاد العالمي بدءا بالعقود التي تتم بين الأفراد والتي لا يخلو يوم من دون إبرامها، مروراً بالمؤسسات والشركات والمصانع وصولاً إلى أنظمة الدول وعلاقاتها ببعضها البعض.

يعد العقد من أبرز التصرفات القانونية الشائعة والمميزة لسلوك الإنسان قديماً وحديثاً لأنه يجسد الوسيلة الأمثل لإشباع حاجات الأفراد وتحقيق غاياتهم ومقاصدهم، وذلك من خلال التوفيق بين المصالح المتضاربة والتي يسعى كل طرف إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح على اعتبار أن أطراف العقد هم أعلم الناس بمصالحهم ما داموا متساوين أمام القانون مما يجعلهم يصنعون العدالة بأنفسهم لقول بعض الفلاسفة أن كل ما هو عقدي فهو عادل.

يُعرّف الفقه الجزائري العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني أيا كان الأثر المقصود، سواء كان إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو زواله¹؛ وقد عرّفه المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني²، بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص، بمنح، أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري: التصرف القانوني - العقد والإرادة المنفردة -، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004، ص42. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2017، ص17.

² - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، العدد 78.

إنّ الإرادة الحرة لها دور جوهري في إنشاء العقد وتحديد آثاره دون شكليات معينة، وقد تركز لها "مبدأ سلطان الإرادة" الذي يقصد به توافق إرادتين لإنشاء العقد وأن هذه الإرادة هي التي تحدد مدى الالتزامات والآثار القانونية المترتبة عنها؛ ونجد أن هذا المبدأ يقوم على عنصرين أساسيين: أولهما كفاية الإرادة أو التراضي لإبرام العقد وهو ما يعبر عنه بمبدأ الرضائية، وثانيهما يتمثل في أن الإرادة هي صاحبة السلطان في تحديد آثار التصرف القانوني وهو ما يعبر عنه بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" والذي أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني، بحيث لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو وفقا لما يقرره القانون من أسباب.

ازدهر مبدأ سلطان الإرادة في القرنين السابع عشر والثامن عشر في ظل المذهب الفردي الذي جعل الإرادة الحرة هي المهيمنة على العقد من حيث إبرامه وتحديد آثاره¹، إلا أن تغير العوامل الاقتصادية والسياسية في المجتمعات الحديثة جعل هذا المبدأ لا يتلاءم مع الواقع المعاش بسبب تقديسه الفرد على حساب الجماعة وتقديم المصلحة الخاصة على العامة، فوجهت له عدة انتقادات في أواخر القرن التاسع عشر²، من أبرزها: أولاً أن هذا المبدأ لا يحقق العدالة بشكل دائم بل يمكن أن يكون أداة للتعسف والإجحاف، حيث وإن كان العقد يبرم من طرفين متساويين من الناحية القانونية إلا أنهما ليسا كذلك من الناحية الاقتصادية والمعرفية فيفرض القوي اقتصادياً ومعرفياً شروطه على المتعاقد الضعيف، وثانياً، انتقد هذا المبدأ من حيث قضاؤه باحترام العقد وتنفيذه دون تغيير أو تعديل مما يتنافى

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1958، ص122.

² - Christian LAPOYADE-DESCHAMPS, Laurent BLOCH, et Stéphanie MORACCHINI-ZEIDENBERG, Droit des obligations, ellipses, 2^{eme} édition, 2008, p22.

مع مقتضيات العدالة، ذلك أنه إذا طرأت ظروف استثنائية تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي وإرهاق أحد الطرفين مما يستوجب تدخل القاضي لإعادة التوازن إلى العقد، أما ثالث انتقاد، فهو مبالغة هذا المبدأ في تمجيد الإرادة المطلقة، والواقع أن القانون هو من يضيف على العقد صفة القوة والإلزام بحيث يكتسب العقد قوته الملزمة من اعتراف القانون به وليس من إرادة أطرافه¹.

ظهر مبدأ التوازن العقدي للتخفيف من مساوئ سلطان الإرادة وكنتيجة لثورة التجديد التي هبت على النظرية العامة للعقد نظرا لاختلال التوازن في العلاقات العقدية نتيجة استغلال القوي اقتصاديا ومعرفيا الطرف الضعيف، وانشق عنه مبدأ حسن النية الذي يعمل على تحقيقه للتوازن العقدي من خلال افتراض النزاهة في العلاقة العقدية وضمن احترام كل متعاقد لمصالح وحقوق الطرف الآخر بشكل متوازن أثناء إبرام المعاملة العقدية وتنفيذها، وبالتالي تحقيق العدالة التعاقدية من خلال إيجاد نوع من التوازن بين أداءات أطراف العقد.

إنّ تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام التطورات الإجتماعية والإقتصادية التي أصابت المجتمعات، والحاجة إلى حماية الطرف الضعيف وتحقيق العدالة العقدية بإعادة التوازن إليها، دفع بالأطراف والمشرع وكذلك القاضي إلى البحث عن وسيلة لإعادة تنظيم العقد وضمن التوازن الإقتصادي له إذا اختل، وتمثلت في "وسيلة التعديل" التي تعد استثناء على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" والمقررة في التشريع الجزائري صراحة في المادة 106 من القانون المدني، والتعديل كمفهوم قانوني هو إجراء يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عدة

¹ - دريد محمود علي، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول: مصادر الالتزام -دراسة تحليلية مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2012، ص44.

عناصر من العقد، وذلك بالإنقاص أو بالإضافة أو إستبدال بعض شروط العقد بشروط أخرى أكثر مرونة للمحافظة على العلاقة التعاقدية مراعاة لمصالح الأطراف.

والمشعر الجزائري بإقراره وسيلة التعديل، ميّز بين التعديل الإتفاقي الذي يتم بإتفاق الأطراف وهو الأصل، وبين التعديل الذي يتدخل فيه المشعر إما بطريقة تلقائية مباشرة أي التعديل التشريعي، وإما بطريقة غير مباشرة عن طريق منح القاضي صراحة سلطة تقديرية لتعديل العقد ألا وهو التعديل القضائي.

التعديل التشريعي هو ذلك التدخل الذي يقوم به المشعر من أجل تكريس العدالة العقدية وحماية الفئة الضعيفة كلما إقتضت المصلحة العامة ذلك، كأن يتدخل بقواعد أمره لتنظيم مسألة ما تتعلق بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي كضمان المنافسة الحرة وتشجيع السوق وتحديد بعض الأسعار في بعض عقود الخدمات المتعلقة بالأعمال الطبية والمنتجات الصيدلانية، والدفاع عن المبادئ الأساسية والمصالح العليا للدولة، أو تتعلق بالنظام العام الاقتصادي الحمائي كحماية المصالح الخاصة لفئات يرى المشعر أنها جديرة بالرعاية لضعفها اقتصاديا واجتماعيا كحماية المستهلك بتحديد كفيات ضمان البضاعة المعروضة للإستهلاك وشروطها.

أما التدخل القضائي فهو نتيجة حتمية لتطور أساليب الإنتاج والتطور المعرفي الذي أفرز إختلالا في مراكز المتعاقدين واختلالا في التوازن الاقتصادي للعقد؛ فالتعديل القضائي هو ذلك التعديل الذي يجريه القاضي بمناسبة النزاع المطروح أمامه وبطلب من أحد أطراف العقد لإعادة التوازن المختل بها، ويكون ذلك في حالات محددة قانونا على سبيل الحصر متى كان العقد مخالفا لمبادئ العدالة.

تقتصر وظيفة القاضي في الأصل على تفسير العقود دون تعديل بنودها ولا المساس بقوتها الملزمة، إلا أنه استثناء، رخص له المشرع التدخل لإحداث التوازن العقدي -إعادة التوازن للعقد- وذلك بتعديل العقد إما في مرحلة تكوينه، إذا ما أبرم متعاقد عقدا في ظرف معين واستغل المتعاقد الآخر هذا الظرف مما يؤدي إلى إصابة المتعاقد الأول بغبن يحمله التزامات تفوق كثيرا ما اكتسبه من حقوق، أو إذا كان أحد أطراف العقد محتكرا لسعلة أو خدمة أو قويا من الناحية الاقتصادية والمعرفية فيفرض شروطا قد يتبين أنها تعسفية، ويذعن لها الطرف الآخر دون مناقشتها حتى ولو كان فيها إرهاب له؛ وإما يتدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد إذا حدثت ظروف استثنائية طارئة ستتسبب للمدين خسارة فادحة إذا ما نفذ العقد، أو تضمن العقد شرطا جزائيا يتضمن مغالاة وغبنا لأحد أطراف العقد، أو كانت حالة المدين لا تسمح له بالوفاء في الفترة التي حلّ فيها أجل الوفاء لظرف ما، أو في الحالة التي تقتضي استكمال العقد وإنقاذ العلاقة العقدية التي أصبحت مهددة بالجمود إذ لا يستطيع الطرفان إتمام تنفيذ العقد ومن ليس مصلحتهما وقف التنفيذ خصوصا إذا كان العقد يتعلق بمشروع فني أو اقتصادي يستثمر فيه مبالغ ضخمة.

هذه الحالات كلها تستدعي تدخل القاضي لِبسط سلطته قصد السير بالعقد نحو الأمان ودفع الضرر عن المتعاقدين لأن العقد لا يقتصر أثره على هذين الأخيرين فقط، بل ينعكس أثره على المجتمع، لذلك نظم المشرع أحكام تدخل القاضي لتعديل العقد وذلك بتضييق سلطته التقديرية تارة، وتوسيعها تارة أخرى. هذه السلطة أو هذا النشاط التقديري، يفترض في القاضي أن يقوم بمجهود في تفسير الوقائع الأساسية وإعطاء وصف قانوني لها، وذلك من خلال تكوينه وخبرته بالإضافة إلى إعتاده على وسائل فنية قانونية تساعده في تكوين إدراكه وفهمه للقضايا.

تتجلى أهمية دراسة موضوع سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي في أنه يشكل استثناء على أهم مبدأ قانوني يحكم العقد "العقد شريعة المتعاقدين" وهو من أدق موضوعات القانون لذلك يحتاج إلى دراسة وبحث للنظر في مدى ملائمة سلطان الإرادة للعلاقات التعاقدية وإمكانية التخفيف من حدته بإعطاء هذه السلطة للقاضي، كما تظهر أهمية هذا الموضوع من خلال حمايته للمصلحة المشتركة لأطراف العقد وحمايته للمصلحة العامة عن طريق حماية الفئات الضعيفة، وكذا إبرازه لوظيفة القاضي ودوره الإيجابي الذي يقوم به في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية وإعادة التوازن للعقد من أجل إنقاذه وتحقيق الغرض الأساسي الذي أبرم من أجله.

تتعدد الأسباب في اختيار هذا الموضوع، أولاً لأهميته وارتباطه بالواقع الاجتماعي ومسائل الناس، وكذا لحكم التخصص في قانون العقود والميول الذاتي للدراسات المتعلقة بالقانون المدني ولاسيما مبدأي التوازن العقدي والعدالة العقدية، بالإضافة إلى الإسهام قدر المستطاع مع من سبقني في تناول هذا الموضوع بتبيان الحماية المقررة للتوازن في نطاق العلاقات التعاقدية وتبيان دور القاضي الإيجابي الذي يهدف إلى تحقيق العدالة التعاقدية والأمن التعاقدية بإبراز سلطته في تعديل العقود بالإنقاص أو بالإضافة.

إنّ موضوع سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي تكتنفه بعض المصاعب لأنه يمس مواضيع كثيرة ضمن النظرية العامة للعقد في القانون منها: الغبن والإستغلال وعقد الإذعان والشروط التعسفية والظروف الطارئة والشرط الجزائي والأجل القضائي واستكمال العقد، فكل موضوع من هذه المواضيع يصلح أن يكون محور بحث مستقل، إضافة إلى كثرة آراء الفقهاء في المسألة الواحدة، مما يصعب إيرادها جميعاً بأدلتها ومناقشتها، وهذا ما دفع

بي إلى اجتناب المقارنات الجزئية لأفكار البحث أحيانا لأنها تشتت مباحثه وأهدافه وموضوعه الأساسي.

وبالرجوع إلى دور العدالة العقدية فإنه لا يمكن أن تكون أكثر فعالية إلا عند إعطاء القاضي سلطة إمكانية إحداث التوازن العقدي، لأن التوازن العقدي يدخل في مهمة القاضي المدني الذي يمكنه الوصول إلى الحل الأكثر مطابقة لمصالح المتعاقدين، وإيجاد حلول ملائمة للنزاعات الناتجة عن العقود بهدف تقادي زوال الروابط العقدية وإعادة التوازن إلى الواجبات والحقوق المتبادلة، مما يذهب بنا إلى طرح الإشكالية التالية:

فيما تتمثل سلطات القاضي التي يفترض فيها إحداث التوازن العقدي؟ وما هي الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد في مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه ومدى سلطته في ذلك؟ وما هي الضمانات الممنوحة له من أجل تحقيق التوازن العقدي؟

معالجة للموضوع، اعتمدنا المنهج الوصفي بغرض التعريف بكل نظرية لتسهيل وتسيير فهمها، كما اعتمدنا المنهج الإستقرائي والتحليلي لإبراز وفهم الآراء الفقهية وأحكام النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع غير أنه لامسنا غياب رؤية دقيقة وواضحة للفقه الجزائري وقلة الإجتهدات القضائية بشأنه مما دفعنا إلى الإستعانة ببعض الآراء الفقهية والتشريعات الأجنبية كلما دعت ضرورة الحال.

للإجابة على هذه الإشكالية فقد خصصت المذكرة لدراسة أبرز السلطات الممنوحة للقاضي وأشدها جراً وذلك بتقسيمها إلى بابين، حيث تم التطرق في الباب الأول سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي في مرحلة تكوينه شاملة سلطته في تعديل العقد بسبب الغبن الاستغلال وسلطته في تعديل عقد الإذعان بسبب الشروط التعسفية؛ أما الباب الثاني خصص لدراسة سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي في مرحلة تنفيذ العقد بتبيان كل

من سلطته في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، الشرط الجزائي، ومنحه أجلا قضائيا وكذا سلطته في استكمال العقد التي تعد تعديلا بالإضافة.

الباب الأول:

سلطة القاضي في إحداث

التوازن العقدي أثناء

تكوين العقد

إنّ القوانين المتأثرة بالنزعة الفردية أتاحت فرصة للأقوياء باستغلال الضعفاء تحت ستار حرية التعاقد¹، مما ترتب عليه مشاكل معقدة مست بالعدالة الاجتماعية، ففي مرحلة تكوين العقد قد يختل التوازن الاقتصادي للعقد، نظرا لما يحتله أحد المتعاقدين من مركز اقتصادي قوي يمكنه من فرض شروطه على الطرف الآخر، أو أن أحد المتعاقدين يصبح ضحية استغلال للمتعاقد الآخر نتيجة استغلال ضعف فيه كالطيش والهوى.

غير أنّ التبادلات المهمة التي طرأت على الحياة الاجتماعية والاقتصادية في العالم كله بسبب تقدم العلم والصناعة، أدت إلى زعزعة مبدأ سلطان الإرادة في تصرفات الناس، فحرصت مختلف التشريعات على الأخذ بيد الطرف الضعيف من خلال مضاعفة تدخل الدولة بقواعد أمره تحل محل إرادة الأطراف، وذلك من خلال إسناد القاضي دورا إيجابيا يتمثل في مراقبة وتعديل العقود منذ تكوينها حتى إنهائها.

تتميز سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه بطبيعة وقائية²، تتمثل في حماية مسبقة للطرف الضعيف في العقد ذلك أنّ المتعاقدين سيضعان في إعتبارهما عند إقدامهما على إبرام عقد من العقود، أنّ القانون يُخول للقاضي سلطة مراجعته أو تعديله، فيحرصان منذ البداية على أن يلتزما حدود القانون تجنباً لأي عارض يؤدي إلى تعديل

¹ - كان مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ المسيطر على العلاقة التعاقدية، إذ لا يجوز لأي من المتعاقدين تعديل العقد أو إنهائه إلا برضا الطرف الآخر، مما ترتب عليه مشاكل معقدة مست بالعدالة الاجتماعية، وهذا الحال دفع بعض الباحثين إلى القول بأن: "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ما هو إلا ستار يخفي استغلال القوي للضعيف". رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص22.

² - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية: شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011/2012، ص92.

تعاقدتهما، فالفكرة الأساسية الكامنة وراء تقرير هذا التدخل هي وجوب قيام التعامل بين الناس على أسس أخلاقية¹، تضمن الاستقامة وعدم استغلال القوي للضعيف.

يتدخل القاضي لتعديل العقد في مرحلة تكوينه بموجب السلطة الممنوحة له، إما لوجود تفاوت فادح بين التزامات طرفي العقد لوقوع أحد الأطراف في غبن نتيجة استغلاله من المتعاقد الآخر (الفصل الأول)، وإما لتضمن عقد من عقود الإذعان شروطاً تعسفية مرهقة للطرف الضعيف (الفصل الثاني).

¹ - في هذا الصدد نجد أن جانب من الفقه دعى إلى وجوب إعادة صياغة مبدأ سلطان الإرادة كأداة لصالح العدالة العقدية بسبب التحول من مبدأ سلطان الإرادة إلى سلطان الأخلاق العقدية".

Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, Traité de droit civil: les effets du contrat, 2 édition, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1994, p220.

الفصل الأول:

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الإستغلال

إنّ مبدأ حسن النية في التعامل يفرض أن لا يحصل استغلال من قبل طرف في العقد اتجاه الطرف الآخر لأي سبب¹؛ لكن الواقع العملي كشف في عدة أحوال إمكانية التعدي على مبدأ التوازن العقدي²، كتضمن العقد أحد الشروط التعسفية أو حالة الغبن التي قد تصاحب العقد وقت نشوئه أو كحالة تعيب الإرادة كأن يستفيد مشتري من حاجة ماسة لدى البائع ليفرض عليه البيع بثمن بخس وأن يستفيد من عدم خبرته أو طيشه.

تبقى القاعدة الأخلاقية تبقى هي المهيمنة على التعامل بين الأفراد³، وآثارها ظاهرة في سعي مختلف التشريعات على اختلاف توجهاتها إلى تحقيق العدالة العقدية من خلال إيجاد نوع من التوازن بين أداءات أطراف العقد، فقد وضعت نصوص قانونية تحمي بها المصلحة المشتركة للمتعاقدين وذلك بوجوب النظر في العقد من جديد لإعادة توازنه.

هاته النصوص القانونية هي استثناءات على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تعيد من خلالها الاعتبار لمبدأ العدالة العقدية، وقد حظي الغبن بنصيب من هذه النصوص؛ فنجد أن

¹ - مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، لبنان، 2007، ص417.

² - رباحي أحمد، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق -دراسة مقارنة-، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد2، العدد10، مارس 2010، ص1.

³ - إن القاعدة الأخلاقية تمنع كل سلوك سيء النية منافي للقيم الأخلاقية من تدليس أو غش أو استغلال. كما أن أخلفة العلاقة العقدية من الآليات الحديثة التي اعتمد عليها المشرع لمعالجة كل المشاكل المترتبة عن العلاقات العقدية الغير المتساوية الأطراف أي مواجهة العقود الغير المتوازنة، بتبنيه مبدأ حسن النية ومبدأ العدالة العقدية تحقيقاً للأمن القانوني في مجال العقود. نساخ بولغان فطيمة، أخلفة العلاقة العقدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة بالجزائر، المجلد 52، العدد 04، 2015، ص301 وما يليها.

المشرع الجزائري أخذ بفكرة الاستغلال كعيب في الإرادة يمتد لمعالجة اللاتوازن العقدي في جميع العقود وفق معيار ذاتي، وأصبح الغبن يشكل المظهر المادي لهذا العيب.

وبالنظر إلى السلطة الممنوحة للقاضي في كيفية إعادة التوازن العقدي المفقود بسبب الغبن الاستغلالي، فإنه لا بد من التطرق إلى سلطته في التحقق من توافر الشروط القانونية للغبن الاستغلالي (المبحث الأول)، ثم تبيان مدى تلك السلطة في تطبيق الجزاء بتعديل العقد بسبب الغبن الاستغلالي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: سلطة القاضي في التحقق من توافر الشروط القانونية للغبن الإستغلالي

إنّ محاولة القوانين المدنية الحديثة في كفالة نوع من التوازن العقدي في العلاقات التعاقدية من الناحية الاقتصادية، تجلت في تبنيها نظرية الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة؛ إذ وسعت من خلال هذه النظرية من نطاق الغبن، وحولته من نظرية مادية جامدة تقتصر على عقود معينة إلى نظرية مرنة تتناول جميع العقود وذلك كظاهرة تؤدي إلى إختلال التوازن الاقتصادي للعقد¹.

لذلك يُعدّ الغبن والاستغلال من المسائل الشائعة المعروفة والأكثر تعرضا للدراسة من قبل رجال القانون وعلم الاجتماع والاقتصاد لمساهما بالعدالة الاجتماعية، إلا أنهما من بين المواضيع الدقيقة والصعبة لإختلاف المنهج الدراسي لهما، فهناك من عالجهما معا وهناك من عالج كل واحد منهما على حدى.

¹ - هني عبد اللطيف، التوازن العقدي في عقد الاستهلاك، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 06، 2011، ص214.

تتمحور هذه الدراسة على الغبن الاستغلالي الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني بنصه على أنه: "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 إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

بإستقراء نص هذه المادة يتبين أنه على القاضي قبل استعمال سلطته في التعديل لرفع الغبن الناتج عن الاستغلال لابد من التأكد من تحقق توافر كل من التفاوت المادي (المطلب الأول) والتفاوت المعنوي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي في تحديد العنصر المادي

يعتبر الغبن مساسا بمضمون العقد لأنه يستند على تفاوت الإلتزامات وإختلالها اقتصاديا، والدليل على ذلك أنه يفترض الرجوع إلى أهمية ودور مرحلة التفاوض لكيلا يكون هناك مجال لاختلال الرضا بسبب الاستغلال، فمن السهل تصور أن يقع تفاوت في الإلتزامات بسبب عوامل ذاتية ونفسية يترتب عنها مساس بالأمن القانوني أكثر من القوة الملزمة للعقد¹.

¹ - زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2014، ص243.

أخذ المشرع الجزائري في تقنينه المدني بنوعين من الغبن يختلفان من الناحية القانونية سواء من حيث الشروط والآثار المترتبة عنهما، فهناك نوع من الغبن يستدعي تدخل القاضي لتعديل العقد بينما لا يستدعي تدخل القاضي في النوع الثاني، ولذلك لابد من توضيح الغبن المقصود من الدراسة (الفرع الأول)، ثم تبيان كيفية تقدير اختلال التوازن -الغبن- بين الالتزامات المتقابلة التي تشكل العنصر أو الشرط المادي لتدخل القاضي لتعديل العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الغبن المقصود من الدراسة

أخذ المشرع الجزائري بالغبن بالمجرد الذي يعد عيبا في العقد في نصوص قانونية متفرقة، والذي يخرج عن نطاق تدخل القاضي لتعديل العقد (أولا)، وبالغبن الاستغلالي كعيب في الإرادة والذي هو مجال أعمال القاضي سلطته التقديرية لتعديل العقد (ثانيا).

أولا: الغبن المجرد

يقصد بالغبن (laesio) في اللغة اللاتينية: جَرَحَ، ضَرَّرَ، غَبَنَ؛ وهو الضرر الذي يصيب أحد فريقَي العقد أو قسمة بسبب اللامساواة الأصلية في التقديرات المتبادلة أو الحصص¹.

ويقصد به في اللغة العربية الخداع، فيقال غبنه في البيع أي خدعه، ويقصد به أيضا النقص في الثمن أو غيره².

¹ - جيرار كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، الجزء الثاني: (حرف الصاد - حرف الياء)، مؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1998، ص1158.

² - أحمد إبراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص3.

في الشريعة الإسلامية، الغبن هو "الخسارة المالية التي تلحق أحد المتعاقدين في عقود المعاوضات المالية نتيجة عدم التعادل بين العوض والمعوض"، وقيل أنه: "طغيان مصلحة أحد المتعاقدين على مصلحة الآخر، بحيث لا يكون توازن بين ما يأخذه وما يعطي"¹.

أما من الناحية القانونية، الغبن هو "المظهر المادي للإستغلال وهو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه"²، أو "أنه عدم التعادل في الإلتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد"³، وبعبارة أخرى الغبن هو "التفاوت وانتفاء التوازن بين التزمات التي توضع لمصلحة فريق، والالتزامات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض، ولابد من تحديد قدر التفاوت بين التزمات طرفي العقد، بحيث لا يعتد بما يكون دون هذا القدر سواء تمثل في النصف أو الثلث أم الربع..."⁴.

إنّ الغبن هو المشكلة المسماة إختلال التوازن العقدي لإشارته للضرر الذي يعاني منه أحد المتعاقدين بسبب عدم التوازن القائم وقت تكوين العقد بين أداءات الأطراف المتقابلة⁵؛ وبالتالي يعتبر الغبن أداة مباشرة لحماية التوازن العقدي لأن تطبيقها يكون في حالة غياب واختلال التوازن العقدي إلا أن هذه الفكرة تشمل الحماية للبايع دون المشتري، وبقيت كاستثناء فقط بحيث أخذ المشرع الجزائري بفكرة الغبن المجرد في حالات محددة⁶.

¹- إيناس مكي عبد الناصر، خيار الغبن، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية صفي الدين الحلي، جامعة بابل، العراق، المجلد 01، العدد 11، 2012، ص115.

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص355.

³- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2011، ص184.

⁴- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، البحث الأول: أحكام العقد، الجزء الأول: أركان العقد، ب.د.ن، الطبعة الثانية، لبنان، 1997، ص 224.

⁵- عسالي عرارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014/2015، ص74. ص76.

⁶- أنظر الصفحة 18 من هذه الرسالة.

الغبين بوجه عام متوقع ومألوف في المعاملات نظرا لتقلبات الأسعار والنظرة الشخصية إلى قيمة الأشياء وتأثير الواقع الاقتصادي القائم على مبدأ العرض والطلب¹؛ فقلما يخلو منه عقد من العقود، فالعاقدين مهما احترز فلن يستطيع أن يتفاداه في كل عقود لذلك يصعب الاحتراز منه بصورة مطلقة جازمة²، ولهذا قيل في الفقه الإسلامي بأنه لا بد من التسامح في الغبن اليسير، والوقوف عند الغبن الفاحش³.

وعليه، يجب التفرقة بين الغبن اليسير، الذي يتسامح فيه عادة كبيع سلعة تساوي خمسمائة دينار بأربعمائة دينار أو ستمائة دينار⁴، ذلك أن عدم التعادل المقصود في الغبن لا يدخل في الإعتبار إلا إذا كان غير عادي وخارج عن المألوف⁵، وبين الغبن الفاحش الذي يتجاوز حدود التفاوت المعتاد في الأسعار⁶، الذي يعد ظلما والظلم يتوجب إزالته، إذ يكون لمن وقع في غبن فاحش الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه⁷، كبيع سلعة تساوي خمسمائة دينار بألف دينار أو شراءها بمئة دينار فقط.

تجدر الإشارة إلى أن الغبن المجرد لا يمكن تصوره إلا في عقود المعاوضة، أما العقود الاحتمالية وعقود التبرع فلا يمكن تصور الغبن فيها لأن طبيعة عقود الغرر أو

¹ - إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 213.

² - عبد الرحمن زعل الشرايعة، الضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، كانون أول 2014، ص 89.

³ - إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 213.

⁴ - محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004، ص 247.

⁵ - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 169.

⁶ - محمد علي محمد العمري، أثر الغبن المجرد على العقد - دراسة فقهية قانونية مقارنة -، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت بالأردن، المجلد 14، العدد 03، 2018، ص 210.

⁷ - رباحي أحمد، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق، المرجع السابق، ص 22.

الإحتمالية أن يقع الغبن على أحد العاقدين، وفي عقود التبوع يعطي أحد العاقدين دون مقابل ولذلك لا يثار عدم التعادل بين الأداءات¹.

لا يمكن الكلام عن الغبن إلا عند إنشاء العقد²، أما إذا تغيرت الظروف ونتج غبن أثناء التنفيذ أو بعد إنعقاده ولكن قبل تنفيذه فلا يتحقق الغبن هنا بل نكون بصدد ظرف طارئ (L'imprévision)³.

إنّ الغبن المجرد كما سبق تعريفه، هو عدم التعادل بين إلتزامات المتعاقدين وقت إبرام العقد، أي مجرد عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذ بمقتضى العقد⁴، دون الأخذ بعين الاعتبار تغيير القيم فيما بعد⁵.

إذن، الغبن المجرد لا يثار تلقائياً من القاضي ولا تراعى فيه الظروف النفسية للمتعاقد المغبون، وإنما يكفي عدم التعادل المادي فقط، فهو تقدير حسابي مقدر ومحدد مسبقاً (خمس أو ¼...) فلا مجال للاجتهاد وليس هناك مجال للخطأ، إذ ينظر إلى البذل الذي يعطيه المتعاقد والذي لا يكون متناسباً مع القيمة الحقيقية⁶.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام (العقد والإرادة المنفردة) - دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 197. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 421.

² قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2000/09/12، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الثاني، ص 137. جاء فيه مايلي: "يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحساب قيمته وقت البيع. ولما استبان من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قاموا بتقدير قيمة العقار بعد تاريخ البيع فإنهم خالفوا أحكام المادة 358 من القانون المدني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 197.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 192.

⁵ إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 213.

⁶ دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011/2012، ص 84.

كما أن الغبن المجرد هو ذلك الغبن الذي لم يصحبه أي نوع من أنواع الخداع والتحايل بحق أي طرف من أطراف التعاقد كالخيانة أو التغيرير أو التدليس¹.

لذلك يعد الغبن المجرد عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضا فهو عيب في العقد لا عيب في الرضا²، لأنه يتحقق بمجرد التفاوت المادي المقدر له حتى ولو كانت إرادة المغبون سليمة³.

أخذ المشرع الجزائري بالغبن المجرد⁴ في حالات محددة وهي واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة ومبعثرة ولا يجوز التوسع فيها، فلا تظهر أي سلطة للقاضي في تعديل العقد ذلك أن الغبن لا يثار تلقائياً من طرف القاضي⁵، وعند إثارته من طرف المغبون فإن الجزء يكون إما إبطال العقد أو تكملة الثمن المحدد قانوناً لرفع الغبن⁶، ومن أمثله الواردة في نصوص التشريع الجزائري:

أ- إذا بيع عقار بغير يزيد عن الخمس (5/1)⁷؛

¹ - محمد علي محمد العمري، المرجع السابق، ص 209.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 357.
-Philippe Malaurie, Laurent Aynés et Philippe Stoffel-munck, Les Obligations, Defrénois, paris, 2004, p244.

³ - عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974، ص 286.

⁴ - تنص المادة 91 من القانون المدني على أنه: "على أنه يراعى في تطبيق أحكام المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

⁵ - قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، الصادر بتاريخ 2007/07/11، المجلة القضائية لسنة 2008، العدد الثاني، ص 249: جاء فيه ما يلي: "لا تثار مسألة الغبن تلقائياً".

⁶ - حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 1997، ص 29.

⁷ - تنص المادة 358 من القانون المدني على أنه: "إذا بيع عقار بغير يزيد عن الخمس فلبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

ب- إذا كان هناك غبن في عقد المقايضة¹؛

ج- إذا كان هناك غبن في القسمة الإتفاقية²؛

د- إذا كان هناك غبن في بيع المؤلفات³.

يتم تقدير الغبن المجرد يكون بالمعيار المادي لا بالمعيار الشخصي، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 20/06/2001 والذي قضت فيه بما يلي: "المستفاد من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما رفضوا دعوى الطاعنين الرامية إلى تكملة ثمن بيع العقار لعدم إثبات الغبن فإنهم يكونون قد وقعوا في خلط بين دعوى الغبن ودعوى الإستغلال، فدعوى الغبن تقوم على أساس مادي لا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط أو ضحية غش بل أن يثبت فقط توافر شروط الغبن لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع والثمن عكس دعوى الإستغلال القائمة على الأساس الشخصي؛

¹- تنص المادة 414 من القانون المدني على أنه: "إذا كانت الأشياء المتقايز فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود".

- تنص المادة 415 من القانون المدني على أنه: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايزين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايز عليه".

²- تنص المادة 732 من القانون المدني على أنه: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة. ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

³- تنص المادة 66 من الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق لـ 19/07/2003، المتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية، الصادر بتاريخ 23/07/2003، العدد 44، على أنه: "يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه، وإن لم يحصل اتفاق يحق له رفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياسا بالريح المكتسب. ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك. يمكن للمؤلف أن يباشر دعوى بسبب الغبن الذي لحق به في أمد يسري مدة 15 سنة ابتداء من تاريخ التنازل. في حالة وفاة المؤلف يمكن لورثته التمسك بأحكام هذه المادة مدة 15 سنة تسري ابتداء من تاريخ وفاة المؤلف".

وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الموضوع يكونوا قد شابوا قرارهم بالخطأ في تطبيق القانون¹.

إذن، الغبن المجرّد هو تلك النظرية المادية التي تعتمد على أمرين، يمثل أولهما في العبرة بقيمة الشيء في حد ذاته وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب، وثانيهما أن درجة الاختلال في التعادل تكون درجة محددة بنسبة ثابتة².

ثانياً: الغبن الاستغلالي

تتميز النظرية المادية -الغبن المجرّد- بميزة التحديد وفي ذلك ضمان لاستقرار المعاملات، إذ تكفي نظرة واحدة لمعرفة الغبن من عدم وجوده في العقد، إلا أن هذه النظرية غير مرنة ولا تصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسي لأنها تعد رقم حسابي معين يطبق على جميع المسائل دون النظر إلى الفروق بين مسألة وأخرى³.

تطورت نظرية الغبن المادية إلى نظرية الإستغلال النفسية⁴، فإلى جانب عدم التعادل في الأداءات يقوم عنصر نفسي هو إستغلال ضعف في نفس المتعاقد قد يكون طيشاً بيناً أو هوى جامعاً.

إن الغبن الإستغلالي هو غبن مصحوب بالجانب النفسي الذي يؤثر على سلامة التقدير لعامل الطيش أو الهوى وهو ما يعرف بالاستغلال l'exploitation، ويقصد به إنتهاز أحد المتعاقدين لضعف المتعاقد الآخر للحصول منه على عقد معاوضة فيه غبن، أو

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 20/06/2001، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد الأول، ص157.

² - إيناس مكي عبد الناصر، المرجع السابق، ص117.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص293.

⁴ - إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص214. عبد الحميد شنيطي، المرجع السابق، ص29.

على عقد تبرع، أو على عقد إحتمالي تنطوي الخسارة على أحد طرفي العقد وكانت هذه الخسارة محققة الحدوث مستقبلاً¹.

إذن، إن الاستغلال هو إقدام شخص -المستغل- بناء على ما تبين له من طيش بين وهوى جامع في المتعاقد الآخر-المغبون- لدفعه إلى إبرام تصرف ينطوي على غبن فادح، وذلك بالحصول على مزايا دون مقابل أو لا تتناسب مطلقاً مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر².

على عكس الغبن المجرد، فإن الاستغلال مظهر من مظاهر عيوب الرضا، ولقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني السالفة الذكر، ويتبين منها أن للإستغلال عنصرين هما:

_العنصر المادي أو الموضوعي: وهو إختلال التعادل إختلالاً فادحاً كون أن إلتزامات أحد المتعاقدين لا يتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر³.

_العنصر النفسي أو المعنوي: وهو أن يستغل المتعاقد طيشاً بيناً أو وهوى جامعاً في الطرف المغبون، وهذا العنصر هو الذي يجعل الإستغلال عيباً من عيوب الإرادة⁴.

يعتبر هذا الغبن الناتج عن الإستغلال أو الغبن الإستغلالي هو مجال إعمال القاضي سلطته في تعديل العقود، وهو المقصود من الدراسة.

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 197. ص 201.

² - أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الإنترنت، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، 2017، ص 51.

³ - عسالي عرعارة، نظرية الإستغلال، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون الجزائر، 1997، ص 7. ص 8.

⁴ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 200.

عليه سنوضح في الفرع الثاني، كيفية تقدير القاضي لاختلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة كشرط لتدخله في العقد.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير اختلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة

يمثل اختلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة العنصر المادي والجوهري في الإستغلال، ويظهر في صورتين:

تتمثل الصورة الأولى في وقوع الإختلال الفادح بين التزامات العاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد، وتتحقق غالباً في العقود التي ترتب التزاماً على أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر كشخص وعد ببيع عقار كبير القيمة بثمن زهيد فالإختلال وقع بين التزام الواعد (بيع عقار ذي قيمة كبيرة) وبين الفائدة التي حصل عليها من العقد (الثمن الزهيد)¹، أو كشخص اشترى قطعة من أرض فلاحية كبيرة، وإلتزم في العقد بغرسها وعدم البناء عليها، فالتزامه هذا يدخل في التقدير عند تحديد المنفعة التي عادت عليه، ومقارنتها بالثمن الذي دفعه.

أما الصورة الثانية تتجسد في حالة الإختلال الفادح الواقع بين إلتزامات أحد المتعاقدين وإلتزامات المتعاقد الآخر، أو بإنتفاء التوازن للفرق الهائل بين الثمن الفعلي والقيمة الحقيقية له².

يأتي هذا العنصر المادي أو الموضوعي في الاستغلال في المقام الأول، فهو أول ما يتجه إليه البحث عند النظر في الاستغلال، لأنه ظاهر وواضح وسهل الإثبات ويكشف عن العنصر النفسي المتمثل في استغلال حالة الضعف في المتعاقد المغبون³؛ لذلك إذا قام

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص226. ص294.

² - إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص225. ص295.

³ - عبد الرحمن زعل الشرايعية، المرجع السابق، ص91.

الدليل على توافر العنصر المادي فإنه يلفت النظر إلى الظروف غير العادية التي تم فيها العقد، مما يجعل القاضي ينتقل إلى البحث في العنصر النفسي¹.

يؤخذ بالتفاوت الكبير أو الفادح أو الفاضح أو الصارخ الذي يعتبر شاذاً عن المؤلف في الأخذ والعطاء، أما التفاوت اليسير المؤلف في التعامل فلا يعتد به لأن الاعتداد به قد يؤدي إلى أن تصبح الغالبية من التصرفات معيبة، إذ من النادر أن تتكافأ الإلتزامات تماماً².

إن، الاختلال الذي يبرر تدخل القاضي هو الاختلال الكبير وله سلطة تقديرية واسعة في تقدير ذلك³.

يستترشد في سبيل استكشاف عدم التعادل أو التفاوت الفادح بأمرين، يتمثل من جهة في تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة للمتعاقد (أولاً)، ومن جهة أخرى في تقدير عدم التعادل أو التفاوت الفادح بالرجوع إلى وقت إبرام التصرف (ثانياً).

أولاً: تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة للمتعاقد

إن الأمر الأول الذي يستترشد به القاضي للكشف عن عدم التعادل أو التفاوت الفادح هو تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة للمتعاقد لا بقيمته المادية بحد ذاته⁴، أي القيمة التي يساويها الشيء محل التعاقد في اعتبار المتعاقد وكان مستعداً لدفعها من أجل

¹ - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص294.

² - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص257. محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص101.

³ - Samir TANAGHO, De l'obligation judiciaire, Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge, El wafaa bibliothèque juridique, 1 er édition, 2014, p167.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص363.

الحصول عليه، وتدل على ذلك عبارة "ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد"؛ فلا يوجد معيار حسابي يتبع في تحديد عدم التناسب بين الالتزامات¹.

يذهب جانب من الفقه إلى أن المشرع قصد بالتفاوت بين ما يعطي المتعاقد تنفيذاً للالتزامه وما يأخذه من عوض في مقابل ذلك، هو ذلك التفاوت الذي يكون ما بين أداء المتعاقد والأداء المقابل الذي قام به المتعاقد الثاني على سبيل العوض، فيكون التفاوت إذن بين قيمة الأداء بقيمة الأداء المقابل²، ويبررون ذلك بأن النظر إلى مستوى الاختلال من منظور شخصي - أي قيمته في نفس المتعاقد وقت التعاقد مهما زاد أو تجاوز قيمته المادية في السوق - لا يجعل هذا الاختلال يقيم الاستغلال لأنه يعتبر رضا ولا يمكن حمايته لأنه لا يوجد اختلال فادح من خلال منظوره الشخصي³؛ وهذا يتعارض مع مبدأ العدالة.

في حين يذهب جانب آخر من الفقه⁴، إلى أنّ تقدير القاضي لاختلال الالتزامات يكون وفق معيار موضوعي وشخصي في آن واحد أي أن تقدير الاختلال الفادح يكون بقيمة الشيء المادية أو الموضوعية مع الأخذ في الاعتبار الظروف النفسية والشخصية للمتعاقد المغبون.

طالما أن المعيار المادي هو معيار متغير غير ثابت يتغير تبعاً لظروف كل حالة وكل من المتعاقدين⁵، فإن مسألة التحقق من اختلال التوازن ووجود التفاوت في الالتزامات،

¹ - إن المشرع الجزائري إكتفى بوصف التفاوت بـ "الكثير" دون تعيين مقدار حسابي له أو رقم معين يجب أن يبلغه الفارق حتى يتوفر عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة، كما هو الحال في الغبن المجرد في العقار الذي حدده بالخمس.

² - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2013، ص219.

³ - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص108.

⁴ - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص257. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص363.

⁵ - إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص225.

مسألة واقع يعود تقديرها للقاضي على ضوء ظروف كل من المتعاقدين وما يحيط بكل تصرف من ملايسات.

وبالتالي لقاضي الموضوع سلطة واسعة في تقدير التفاوت الذي يقتضي الحماية بالنظر إلى كل قضية على حدى طالما أن المشرع لم يضع معيارا محددا¹، فتقديره يكون وفقا لظروف الحال، وما تعارف عليه الناس بالنظر إلى الأسعار المتداولة في السوق إذ كان العقد بيعا، أو قيمة الشيء بالنظر إلى مواصفاته كقيمة لوحة فنية²، كما يمكن للقاضي اللجوء إلى خبرة فنية إذا تطلب الأمر ذلك³، فمسألة التفاوت هي مسألة وقائع وليست مسألة قانون لا رقابة للمحكمة العليا على القاضي عند تقديره⁴، ومثاله، إذا اشترى هاوٍ لجمع التحف الأنتيكية، تحفة فنية بضعفي قيمتها في السوق لإتمام مجموعة غريبة من التحف في منزله، فيمكن إعتبار المنفعة التي حصل عليها بموجب العقد تساوي أضعاف قيمتها التجارية في السوق فقد يكون الشيء تافها في ذاته، ولكنه يمثل قيمة كبيرة في نظر من يريد الحصول عليه وذلك لإعتبارات شخصية بحتة أو خاصة به، ومن ثم يشتريه بثمن أكبر من قيمته المادية وهو يعلم بذلك غير واهم أو مخدوع، حيث أنه إذا ما باع المجموعة كاملة سوف يحصل على أضعاف القيمة التي سوف يحصل عليها فيما لو بيعت دون هذه التحفة⁵.

ومثاله أيضا، إذا كانت القيمة المادية لقطعة أرض تساوي مئة مليون دينار، فإنها بالنسبة لشخص يرغب شراءها لأنها مجاورة لأرضه قد تساوي أكثر بكثير من هذه القيمة،

¹- Samir TANAGHO, op.cit, p168.

²- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص426.

³- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 1985/03/06، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الأول، ص36: "يمكن الأمر بإجراء خبرة في دعوى الغبن لمعرفة مدى عدم التعادل المادي".

⁴- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص199.

⁵- محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010، ص105.

فقد يدفع ثمنها لها مئتي مليون دينار، ويعتبر هو الرابح في شرائها، دون شعور باختلال في التوازن أو تفاوت في الالتزامات المتقابلة.

هذا بالنسبة لعقود المعاوضة، أما بالنسبة لعقود التبرع لم يستبعدا المشرع من مجال تطبيق نظرية الاستغلال عليها على أساس الفقرة الثالثة من المادة 90 من القانون المدني، مما أثار تساؤلا في الفقه فيما إذا كان تصور عيب الاستغلال ممكنا في عقود التبرع، حيث ذهب البعض إلى وجوب "تطبيق نظام الاستغلال (الغبن)، على عقود المعاوضات وعقود التبرع على حد سواء"¹.

في حين يذهب بعض الفقه أنه لا غبن في عقود التبرع طالما توافرت نية التبرع، لأن المتبرع قد قبل أن يعطي شيئا من دون مقابل، فلا يتصور إختلال التعادل بين التزامات الطرفين، ولذلك يرى وجوب صياغة المادة 90 بشكل آخر، بوضع حكم خاص بالاستغلال في التبرعات².

كما ذهب اتجاه آخر إلى أن المادة 90 من القانون المدني تنصرف إلى عقود المعاوضة والتي تعني التفاوت بين الأداءات، وكذلك عقود التبرع التي يكون فيها أداء وتقابله فائدة³. فالعبرة في التفاوت بين قيمة المنفعة أو الفائدة المقابلة التي حصل عليها المتعاقد

¹-« De surcroit, si l'un des points de comparaison porte sur l'avantage retiré par 'un des contractants cela revient à considérer que la lésion concerne d'avantage les contrats à titre onéreux que les contrats à titre gratuit... ». Bencheneb ALI, le droit Algérien des contrats données fondamentales, édition ajed, Alger, 2011, page 144. p145.

²- زمام جمعة، المرجع السابق، ص249.

³- حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص32.

والتي قد تكون غاية معنوية أو أدبية تتحقق عادة في عقود التبرع، فإذا لم يكن هناك تفاوت بينهما فلا يمكن أن يغبن أحد المتعاقدين¹.

وعليه، إذا نظرنا لعقود التبرعات فإنه لا وجود للالتزامات متقابلة ولا منفعة أو فائدة من إبرام العقد ولا يصح القول -في عقود التبرع أن هنالك تفاوتاً فاحشاً في الالتزامات-، باعتبار أن طبيعة عقد التبرع تقضي بأن يعطي المتبرع دون أن يأخذ، إلا أن ذلك لا يعني أنه ينتفي الاستغلال في عقود التبرع، بل قد يتحقق هذا الاستغلال، وربما يكون أشد وطأة في عقود التبرع، منها في عقود المعاوضة²، وهذا ما اهتدى إليه المشرع الفلسطيني، متأثراً بالفقه حيث نص في المادة 128 الفقرة الثانية من قانونه المدني³ على أنه: "في عقود التبرع وليدة الاستغلال يكون للمتبرع أن يطلب إبطال العقد أو نقص قدر المتبرع به إذا أثبت أن التزاماته لا تتناسب إطلاقاً مع ثروته أو مع ما قدر المتبرع به في مثل الظروف التي تم فيها هذا التبرع".

قد يقع الاختلال في التبرعات، سواء كانت عقوداً كالهبة، أم تصرفات انفرادية كالوصية ويظهر ذلك من خلال عدم التناسب بين ما يعطيه المتعاقد وبين المنفعة الأدبية التي يحققها له المتبرع⁴.

¹ عبيد نجاه، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2015/2016، ص26. علي فيلال، المرجع السابق، ص221.

² إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص227.

³ القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012، الصادر بتاريخ 27 أغسطس 2012، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ أغسطس 2012، عدد ممتاز.

⁴ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الأول، 1984، مصر، ص395. ص389.

إذن، يسهل تصور الاستغلال في التبرعات لأنها المجال الخصب لوقوعه، ومثاله أن يتبرع شخص بأمواله عن طريق هبة بصورة بيع لزوجته الثانية وأولاده منها نتيجة لاستغلالها ضعفه وهواه، ويضيع بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعي، كما قد يوصي شخص بجميع ما يستطيع الإيحاء به لشخص استغل فيه طيشاً أو هوى جامحاً؛ ففي مثل هذين التصرفين يتحقق الاختلال، وإن كان من التبرعات وليس من المعاوضات¹.

هذا وقد ذهب بعض الفقه إلى أنه بالنظر إلى نوع العقد المعني بالاستغلال قد يتمثل العنصر المادي في التفاوت بين إلزام المتعاقد والعض الذي يتحصل عليه أو في التفاوت بين حظ الربح والخسارة اللذين يتحملهما كل متعاقد، أو في انعدام العوض أصلاً².

قد يقع الاستغلال في عقود الغرر أو العقود الاحتمالية³، وذلك على الرغم من أن عقود الغرر تقوم على احتمال الكسب أو الخسارة، إلا أنه يتحقق الغبن عندما يجتمع في العقد التفاوت الفاحش بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة -أي كان الاختلال فادح بين الاحتمالين-، واستغلال حاجة المتعاقد أو طيشه، كما هو الأمر في عقد بيع عقار مرتفع القيمة مقابل دخل مدى الحياة لشخص هرم مريض لا يرجى منه أن يعيش إلا مدة وجيزة، فإن حظ الخسارة الذي يتحمله المشتري لا يتناسب تماماً مع الخسارة التي يتحملها البائع⁴.

كذلك القول فيما لو أن شخصاً أمّن منزله ضد الحريق، وكان المنزل بعيداً كل البعد عن التعرض لخطر الحريق ولم يؤمنه إلا تلبية لطلب دائن ارتهن المنزل، وقد اشترطت

¹ - إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 227. ص 228.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 218.

³ - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013، ص 131.

⁴ - صم بوعافية محمد، مجال تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي، مذكرة ماجستير في القانون المدني الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2015/2014، ص 28. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 220.

شركة التأمين أن يدفع المؤمن له أقساطا سنوية عالية بحيث يكون احتمال خسارتها أرجح بكثير من احتمال احتراق المنزل، ولم يكن هنالك فرق كبير بين مقدار القسط السنوي ومبلغ التأمين ذاته؛ ففي مثل هذا العقد وهو من عقود الغرر، قد يكون التفاوت في الموجبات فاحشا¹.

في الأخير، يقترح في الغالب إعادة صياغة المادة 90 من القانون المدني بشكل أوضح يزيل الغموض ويدل صراحة على انطباق نظرية الاستغلال على عقود التبرع²، أما فيما يخص عقود المعاوضات، فالأمر واضح، إذ لا خلاف في أنها محل لتطبيق نظرية الاستغلال، وهذا كله إذا كان التصرف القانوني عقدا، ولكنه قد يكون هذا التصرف تصرفا بإرادة منفردة كالوصية والوقف، إذ يمكن أن يستغل شخص من أجل أن يوصي لآخر أو يقف عليه.

ثانيا: تقدير عدم التعادل بالرجوع إلى وقت إبرام التصرف

إن العبرة في تقدير عدم التناسب الفادح بين الأخذ والعطاء الذي يقيم الإستغلال هي بالرجوع إلى وقت إبرام التصرف، ولا عبرة بما يطرأ من تغيير على قيمة الأداءات بعد ذلك، وإن كان التغيير في قيمة الأداءات بعد إبرام التصرف قد يُثير تطبيق نظرية الظروف الطارئة³.

عدم التعادل أو التفاوت الفادح هو اختلال في التوازن الاقتصادي بين مساهمات الأطراف التعاقدية حال قيامه وليس أثناء تنفيذه⁴.

¹ - إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 227.

² - Bencheneb Ali, op.cit, p145.

³ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 102. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، المملكة الأردنية الهاشمية، 2008، ص 141.

⁴ - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 254.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تحديد العنصر المعنوي للإستغلال

يتمثل العنصر المعنوي للإستغلال في الحالة النفسية الغير السوية التي يتعرض لها أو يمر بها المتعاقد بسبب الظروف أو الحالات التي يعاني منها (الفرع الأول)، وانتهاز الطرف الآخر لهذه الحالة لتحقيق مكاسب له ولغيره (الفرع الثاني) مما ينم ذلك عن شخصية نفعية وانتهازية تتعارض مع ما يدعو إليه الدين الإسلامي من الأخذ بيد المحتاج والفقير والضعيف إنسانياً، وعدم أكل أموال الناس بالباطل.

الفرع الأول: إستغلال حالة ضعف معين في المتعاقد المغبون

بالنظر إلى نظرية الاستغلال فإنه لا يكفي القاضي بتقدير الاختلال بين الأداءات وحده، وإنما يجب التأكد من توافر الشرط المعنوي أو العنصر النفسي، وقوامه أن ينتهز أحد العاقدين حالة من حالات الضعف الإنساني، أي أن تكون هناك حالة ضعف في المتعاقد المغبون ويستغلها الغابن، فلا يصدر رضاه عن اختيار كاف وهكذا يصبح غير مشروع مؤثراً في توجيه الإرادة لدرجة يصح معها القول، أنّ المتعاقد لو كان حراً في اختياره ولم يقع استغلاله، لما قبل التعاقد¹.

من استقراء المادة 90 من القانون المدني التي نصت على مايلي: "... أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشاً بينا أو هوى جامحاً..."، يتبين أن المشرع حصر الضعف النفسي في حالتين هما: الطيش والهوى، واشترط في الطيش أن يكون بينا (أولاً) وفي الهوى أن يكون جامحاً (ثانياً) حيث يكون في إمكان الطرف الآخر تبيئه.

¹ - إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 228.

مسألة تقدير ما إذا كان الطيش بينا والهوى جامحا مسألة موضوعية تترك لتقدير القاضي الذي ينظر في تصرفات الشخص والأحوال والظروف المحيطة بالتصرف¹؛ لأن الطيش والهوى يمكن أن يتحقق بالنسبة للصغار والكبار كما يجب أن يكون كل منهما واضحا ومؤثراً².

أولاً: الطيش البين

الطيش البين هو حالة من يُقدّم على عمل دون مبالاة أو إكتراث بما قد ينجم عنه من نتائج³، فيشمل الخفة والتسرع المؤديان إلى سوء التقدير كما يشمل الإقدام على إبرام التصرف في فترة من فترات التحمس أو الإستفزاز، ويشمل أخيراً حالة من لا يأبه إلا بنتائج الحالة العارضة وإغفال المضار المستقبلية، بحيث هو حالة مرضية تمنع الشخص من التبصر بعواقب الأعمال وتقدير ما فيها من غبن، وهو لا يعدم الإرادة وإنما يعيبها⁴.

تشبه حالة الطيش البين إلى حد كبير حالة السفه التي تتميز أيضاً بتبذير المال وإتلافه على خلاف ما يقتضيه العقل والشرع⁵، إلا أن الفرق بين الحالتين أن السفه ناقص أهلية لذلك يخضع للحجر⁶، في حين الشخص الذي يعتريه طيش يتمتع بأهلية كاملة.

1- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص96. ص97.

2- عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الإلتزام: دراسة للعقد والإرادة المنفردة والعمل النافع والعمل الضار والقانون كمصادر للإلتزام في القانون المدني المصري مع أحكام القضاء والإشارة إلى بعض أحكام الفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، مصر، 1990، ص106.

3- عبد الناصر محمد عبد عابدين، الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013، ص45.

4- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص197.

5- علي فيلاي، المرجع السابق، ص222.

6- تنص المادة 43 من القانون المدني على أن: ". كل من بلغ الرشد وكان سفهياً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون". كما تنص المادة 101 من قانون الأسرة على أن: " من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يُحجر عليه".

لا يشترط في الطيش أن يكون حالة مستمرة يتصف بها الشخص على وجه دائم، بل قد يظهر في نواح معينة أو لفترة محددة¹. ومن أمثلته، شاب ورث مالا فيعميه طيشه ويندفع في تصرفاته من غير تدقيق ولا وزن للعواقب، أو يستغله المرابون ويحصلون منه على عقود تودي بأمواله²؛ ومثاله أيضا إذا كان البائع طائشا ومبذرا وسكيرا ومقامرا ومرهقا بالديون وكان المشتري عالما بأحواله فيستغل طيشه واشترى منه عقارات بثمن بخس³.

ثانيا: الهوى الجامح

يقصد بالهوى الجامح تلك الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد نحو شخص أو شيء، تجعله يفقد سلامة الحكم على هذا الشخص أو ذاك الشيء⁴، ومن أمثلته، حالة زواج رجل مسن من امرأة شابة، إذ كثيرا ما تستغل هذه الأخيرة ما تلقاه عند زوجها من هوى، وتبرم معه تصرفات تستغل فيها هذا الهوى الجامح، أو امرأة تكره زوجها كرها يؤدي بها إلى الرغبة الملحة في الانفصال عنه فيحصل منها الزوج على مبلغ طائل من المال في مقابل طلاقه⁵، أو كالشخص المهووس بالسيارات، فيعجب بسيارة معينة فيعرض عليه مالكا ثمنا باهضا فيفقد المتعاقد المهووس حسن المعقولية ويندفع لشرائها بالثمن الباهظ⁶، أو حالة إعجاب أحد الهواة بلوحة فنية إلى حد أن تأسر عقله وتفكيره فيدفع مبلغاً خيالياً من أجل الحصول عليها⁷.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 197.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 366.

³ - إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 244.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 198.

⁵ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 96.

⁶ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 149.

⁷ - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 393.

الفرع الثاني: توافر نية الاستغلال

لا يكفي لقيام الإستغلال إصابة أحد المتعاقدين بغبن واستغلال حالة ضعف معين في المتعاقد المغبون، بل يلزم فوق ذلك توافر شرط نية الاستغلال التي تتعارض قانوناً مع توفير مبدأ حسن النية في إبرام العقود¹، ومؤدى هذا الشرط أن يكون الإستغلال هو الدافع إلى التعاقد أي هو الذي حمل الطرف المغبون على إبرام التصرف، إذ ما كان ليقدّم على التصرف لو لا ما وجد به من طيش بين أو هوى جامع، وما بذله الطرف الآخر لإستغلاله.

الجديد في فكرة الاستغلال أن نية الإستغلال هي نية الإستفادة من ضعف المتعاقد الآخر تكفي ولو لم تكن نية الإضرار به متوافرة².

المعيار ذاتي كما هو الشأن في عيوب الإرادة، إذ أنه باستغلال الضعف الموجود في المغبون، وقيام المغبون تحت هذا الاستغلال بإبرام التصرف، تكون إرادته معيبة فيصبح العقد قابلاً للإبطال³.

يجب إلفات النظر إلى أنه بين التفاوت المادي والعنصر النفسي علاقة سببية، بمعنى أن استغلال أحد العاقدين للضعف النفسي لدى العاقد الآخر هو سبب إختلال التعادل أو إنعدام المقابل في العقد، كما أن إختلال التعادل أو إنعدام المقابل في العقد هو نتيجة إستغلال أحد العاقدين لهذا الضعف النفسي لدى العاقد الآخر⁴.

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 151. ص 152.

² - فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية -دراسة مقارنة-، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2017، ص 172.

³ - عزت صلاح عبد العزيز محمد، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2013، ص 85.

⁴ - نفس المرجع، ص 81. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 200.

يعتبر الإستغلال صادرا من المتعاقد الآخر، ولو كان التأثير على المتعاقد المستغل قد وقع من شخص أجنبي عن العقد، مادام المتعاقد الآخر يعلم بهذا التأثير وكانت نيته الاستفادة منه، ومثاله أن تستغل الزوجة هوى زوجها الجامح نحوها فتجعله يهب ماله لقريب لها أو لأولادها¹.

يقع عبء إثبات العنصر المادي والنفسي على المتعاقد المغبون طبقا للمادة 90 من القانون المدني²، فهل يقع عليه إثبات نية الإستغلال خصوصا وأن المستفيد قد يكون عالما بظروف الضعف وقد يكون حسن النية، مما يصعب على المغبون إثبات نية الإستغلال فلا يستفيد من الحماية القانونية؟

للفقه بخصوص هذا الشأن آراء مختلفة، فمنهم من يشترط إثبات أن الغبن فاحش وشاذ عن المؤلف من جهة وأن المتعاقد الآخر قد استغل ضعفه النفسي من جهة أخرى³؛ أي أن المغبون عليه أن يقيم الدليل على العنصر المادي المتمثل في اختلال التعادل اختلالا فاحشا وأن يثبت أنه اندفع إلى إبرام العقد تحت تأثير الطيش البين أو الهوى الجامح. ومنهم من يرى أنه يقع عائق المتعاقد المغبون إثبات بجميع الطرق وجود الاختلال الفادح ووجود ضعف معين في المغبون واستغلال هذا الضعف أما نية الاستغلال وأن الاستغلال هو الذي دفع إلى التعاقد مسألة موضوعية تدخل في رحاب الواقع⁴. في حين يرى البعض الآخر أن عدم التعادل الفادح هو قرينة على توافر نية الاستفادة (نية الاستغلال) وبالتالي يستفيد

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 200.

² - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 115. وص 116.

³ - إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 238.

⁴ - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 308. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 397.

المغبون من الحماية القانونية، وإذا ثبت سوء نية المتعاقد المستفيد، يلزم هذا الأخير بتعويض الضرر الذي لحق المغبون¹.

الرأي الراجح من الفقه² يرى أنه "طالما أن الإستغلال عيب في الرضا، يكون رضا المغبون فاسدا إذا توافر العنصر المادي والضعف النفسي، بغض النظر عما إذا كان المتعاقد يعلم أو لا يعلم بهذا الضعف النفسي".

هذا وقد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بأنه يشترط لإبطال العقد على أساس الاستغلال إثبات العنصرين المادي والمعنوي³، وليس أحدهما كما لا يمكن القول أن توفر العنصر المادي بحد ذاته يثبت توفر العنصر الثاني لعدم نص المادة 90 من القانون المدني على ذلك⁴، فالشاب الذي باع أملاكه الموروثة بأي ثمن ليصرفه على ملذاته أو في سباق الخيل أو المراهنة وأدرك لاحقا سوء الذي لحق به، له حق طلب إبطال العقد على أن يثبت التفاوت بين المبيع الحقيقي والثمن المدفوع وأن المشتري استغل طيشه وعدم إدراكه لمصالحه لتحقيق منافع من خلال عقود تقتقر إلى التوازن بين إلزامات الأطراف⁵.

إن القاضي في بحثه عن العنصر النفسي لدى المستغل المستفيد من العقد لا ينحصر في الكشف عن سلوك إيجابي صادر من المستفيد أدى به إلى الحصول عن منافع فادحة، وإنما يكفي أن يكتشف القاضي ويتحقق من أنّ الطرف المستغل استفاد من المركز الذي

¹ - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 259. ص 261.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 225.

³ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم الملف 427599، الصادر بتاريخ 2008/09/17، مجلة المحكمة العليا لسنة 2009، العدد الأول، ص 123: "يشترط القانون المدني لإبطال العقد على أساس الاستغلال إثبات العنصرين المادي والمعنوي".

⁴ - إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 239.

⁵ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 329.

يوجد فيه الطرف الضعيف، ودفع به إلى التعاقد بشروط ما كان ليقبلها في الأحوال العادية، حيث يكفي اقتصار دور ونية المستغل في الاستفادة من حالة الضعف التي يتواجد فيها الطرف المغبون ولو لم تكن نية الإضرار به متوافرة¹.

تقدير ما إذا كان الإستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا، هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع من دون تعقيب عليه من المحكمة العليا²، أما الوصف القانوني لوقائع الإستغلال، وأن ما يصح إستغلاله مقصور على الطيش البين والهوى الجامح، فهو مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا³.

المبحث الثاني: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الاستغلالي

إنّ التوازن والتعادل في إلتزامات الأطراف المتعاقدة مرغوبٌ فيه إلا أنه واقعيًا لا توجد إلتزامات تزان بالقسطاس، بل توجد دوماً فوارق بين الإلتزامات مصدرها ظروف كل عقد ومواقف الطرفين فيه والمصالح المختلفة المعول عليها منه، وهذا أمر طبيعي لأنه خاضع لقاعدة العرض والطلب ولحرية التعاقد⁴.

غير أنه إذا تجاوزت الفوارق بين الإلتزامات الحد المعقول والمتعارف عليه تعاملًا وأخلاقياً تدخل المشرع لإعادة التوازن بين طرفي العقد من خلال منح القاضي سلطة يتحدد نطاقها إما بإبطال العقد، أو الإنقاص من إلتزامات الطرف الذي وقع عليه الغبن بسبب الإستغلال إلى حد عاب إرادته، بالإضافة إلى سلطة تقديره للعرض الذي يتقدم به الطرف المستفيد من الغبن لتوقي دعوى الإبطال (المطلب الأول)، إلا أن نطاق هذه السلطة وردت

¹ - توفيق حسن فرج، نظرية الإستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1966، ص315. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص115.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الأول، المرجع السابق، ص397.

³ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص103. عزت صلاح عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص85.

⁴ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص417.

عليه بعض الضوابط يجب على القاضي مراعاتها قبل التدخل لتعديل العقد وإلا كان حكمه معرضا للطعن بالنقض لمخالفته أحكام القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الإستغلالي

إنّ تناسب وتساوي التزامات المتعاقدين في العلاقات العقدية أمرٌ ضروري لأنه إذا ما اختلف هذا التناسب وأصبحت العلاقة التعاقدية غير متوازنة، وكان هذا الاختلال ناتجا عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة ضعف نفسي في المتعاقد الآخر، جاز للقاضي بطلب من المتعاقد المستغل التدخل لإعادة التوازن العقدي¹.

ومتى توافرت شروط الغبن الإستغلالي، كان للطرف المغبون أن يطلب تطبيق المادة 90 من القانون المدني والتي تجيز له أن يطلب إما إبطال العقد، وإما إنقاص التزاماته الناشئة عن العقد، على أن يرفع المغبون دعواه خلال سنة واحدة من تاريخ انعقاد العقد، وإلا سقط حقه في ذلك.

إنّ، يخول الاستغلال للطرف المغبون الخيار بين أمرين: دعوى الإبطال أو دعوى إنقاص الإلتزامات، مع الإشارة إلى أنّ القانون أجاز للمتعاقد الآخر في عقود المعاوضة أن يتقاضي دعوى الإبطال بأن يعرض على الطرف المغبون ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن؛ ولذلك سيتم التطرق إلى سلطة القاضي في دعوى إبطال العقد وإمكانية توقيها (الفرع الأول)، ثم سلطته في دعوى إنقاص الإلتزامات (الفرع الثاني).

¹ - بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007/2008، ص94.

الفرع الأول: سلطة القاضي في دعوى إبطال العقد وإمكانية توقيها

إن المشرع الجزائري بتكريسه لنظرية الاستغلال فإنه نظر إلى العقود من زاوية العدالة والأخلاق بهدف منع استفادة أحد المتعاقدين من نقص أهلية الطرف الآخر أو هواه أو تهوره وطيشه¹، لأن استغلال الضعف في العاقد لا يصل في تدنيه إلى مرتبة الأعمال التي تعتبر مخالفة لحسن الآداب ولكنه يمثل تنكرا لشرف التعامل².

كما رتب المشرع على تحقق شروط الاستغلال قابلية العقد للإبطال تكريسا لمبدأ حسن النية في طور إبرام العقود، وحماية المصلحة الشخصية للمتعاقد المغبون إذ يكون لهذا الأخير وحده دون غيره حق المطالبة بإبطال العقد.

يَحَقُّ للطرف المغبون -المستغل- أن يستعمل حقه في رفع دعوى الإبطال وللقاضي بموجب المكنتات القانونية الممنوحة إليه الاستجابة لطلبه من عدمه (أولا)، كما يكون للمتعاقد المستغل تفعيل مُكنة توقي هذه الدعوى إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن (ثانيا).

أولا: سلطة القاضي التقديرية في دعوى الإبطال

إنّ دعوى الإبطال مقررة للمتعاقد المغبون الذي وقع عليه الإستغلال كوسيلة لإزالة اختلال التوازن العقدي وليس للطرف الغابن ولا يمكن للقاضي أن يحكم بالإبطال من تلقاء نفسه³.

إن القاضي بصدد نظره في دعوى الإبطال لسبب الاستغلال، له سلطة تقديرية واسعة تتمثل في حق الرقابة على العقود بحيث لا تقتصر سلطته في البحث على العناصر اللازمة

¹ فوزي بن أحمد بالكناني، النظرية العامة للالتزام: نسبية الاستقرار، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، المجلد 01، العدد 02، 2015، ص21.

² عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الأول، المرجع السابق، ص389.

³ تنص المادة 90 من القانون المدني على مايلي: "... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد...".

لتكوين نظرية الإستغلال¹، بل تمتد إلى اختيار الجزء الذي ينبغي أن يطبق في حالة توافر كل الشروط².

يجوز للقاضي أن يجيب المتعاقد المغبون إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الإستغلال قد عاب الرضى إلى حد إفساده، بحيث أن هذا الأخير ما كان ليبرم العقد أصلا لولا هذا الإستغلال³، وبذلك يصبح العقد بأثر رجعي كأن لم يكن.

أما إذا رأى القاضي أنّ الإستغلال لم يفسد الرضى إلى حد أن المتعاقد المغبون كان دون إستغلال سيبرم العقد لو أن إلتزاماته لم تكن باهظة، رفض القاضي إبطال العقد، معاوضة كان أو تبرعا، وإقتصر على إنقاص الإلتزامات الباهظة⁴، وذلك بإنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون إلى الحد الذي يراه كافيا لرفع الغبن وبهذا يكون القاضي عدلّ العقد بدلا من إبطاله وهنا تتجسد سلطة هذا الأخير في التعديل رغم طلب الإبطال.

يقيد القاضي أثناء نظره في دعوى الإبطال بمبدأ لا يجوز الحكم بأكثر ما طلب منه إلا أنه غير مقيد بالحكم بأقل مما طلب منه، والإنقاص يدخل ضمن طلب الإبطال فطالما أن القاضي يملك الأكثر "الإبطال" فضمنا يملك الأقل "الإنقاص".

يسترشد القاضي أثناء الخيار ما بين إبطال العقد وإنقاص الإلتزامات، بملايسات القضية وظروفها، فالمسألة مسألة واقع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا⁵؛ ذلك أن القاضي عند خياره يقدر ظروف الدعوى ومصلحة الطرفين في الإبقاء على العقد أو إبطاله، كما

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص194.

² - Samir TANAGHO, OP.CIT, p167.

³ - فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد -دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2004، ص304.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص372. علي فيلالي، المرجع السابق، ص227.

⁵ - نفس المرجع، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، ص372.

يراعي في ذلك مبادئ العدالة والإنصاف وكذلك إحترام الإلتزام العقدي وعدم تعريضه للهدم لأسباب يمكن معالجتها بما فيه مصلحة الطرفين¹.

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في طلب توقي دعوى الإبطال

أجاز القانون للطرف الغابن في عقود المعاوضة دون سواها أن يتوقى دعوى الإبطال التي يرفعها المغبون إذا عرض زيادة في إلتزاماته بالقدر الذي يراه القاضي كافيا لرفع الغبن كأن يكون الغابن مشتريا ويعرض زيادة في الثمن²؛ فالقاضي يقدر الزيادة المقترحة التي لا يشترط أن تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء بل يكفي أن يصير الغبن يسيرا لا فاحشا³.

إنّ مسألة تقدير القاضي للعرض الكافي لإزالة الغبن لا تخضع لرقابة المحكمة العليا⁴، وبذلك يكون إلقاء الإبطال بالزيادة مرهون بمدى تحقيقه للهدف الذي ابتغاه المشرع وهو رفع الإختلال في التوازن بين إلتزامات طرفي العقد، ومتى تحقق ذلك فللقاضي الحكم باستمرار العقد وفقا للتعديلات الجديدة.

القاضي لا يملك الحق في فرض زيادة إلتزامات الطرف الغابن من تلقاء نفسه⁵، إلا أن له الحق في تنبيه الطرف المستعلّ (الغابن) إلى إمكانية الزيادة في إلتزاماته لتوقي الإبطال ويبقى لهذا الأخير قبول العرض أو رفضه.

¹ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص433.

² - زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الإلتزام: العقد والإرادة المنفردة مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من بعض المسائل، دار هوم، الجزائر، 2013، ص89.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص201.

⁴ - بن النوي خالد، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد واشتراط الشروط المقترنة بالعقد، مجلة الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عباس لغرور خنشلة، المجلد 04، العدد 02، 2017، ص878.

⁵ - عزيز كاظم جبر الخفاجي، الغبن عيب في الرضا أم في ذات العقد، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، المجلد 08، العدد 25، 2015، ص33.

إن حق المستغل في توقي دعوى الإبطال بعرض ما يكفي لإزالة الغبن يكون في أي مرحلة من مراحل الدعوى لأن الإبقاء على العقد أولى من إبطاله.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في دعوى الإنقاص

يحق للمتعاقد المغبون طلب إنقاص إلتزاماته بدلا من طلب الإبطال، وهذا الحل يتفق ومصلحة الغير ومصلحة المغبون إذ من المفروض أنه بحاجة لذلك العقد وليس من مصلحته إبطال العقد منعا لاضطراب المعاملات¹.

في هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد وإلا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم² ومن ثم لا يكون أمامه سوى أن ينقص إلتزام الطرف المغبون إلى الحد المعقول الذي يزيل الإختلال الفادح بين إلتزامات الطرفين، فإذا كان المشتري مثلا هو المغبون فإن القاضي ينقص الثمن إلى القدر الذي يراه كافيا لإزالة الإختلال الفادح.

تقدير نسبة الإنقاص من الإلتزامات لإعادة التوازن إلى العقد أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي على ضوء الظروف والملابسات المحيطة بالعقد³، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا⁴، وبالتالي فالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تعديل العقد في هذه الحالة واسعة المجال.

¹ - عسالي عرعارة، نظرية الإستغلال، المرجع السابق، ص110.

² - هذا ما جاء به القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008، العدد 21، بنصه في المادة 25 الفقرة الأولى: "يتحدد موضوع النزاع بالإدعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد." وكذلك المادة 26 الفقرة الأولى: "لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات".

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص201. ص202.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص373.

إن القاضي عندما يتبين له أن التزامات المغبون باهظة ويقرر إنقاصها، بمناسبة نظره في دعوى الإنقاص أو حتى دعوى الإبطال، فإنه يخفضها إلى الحد الذي ينخفض فيه عدم التعادل الفادح بينها وبين التزامات الطرف الآخر؛ أو بين فائدة المغبون من العقد، وليس إلى المقدار الذي يحقق التعادل التام، فيظل عدم التعادل بين التزامات الطرفين في العقد قائماً، ولكنه يصبح غير فادح¹.

أما سلطة القاضي في عقود التبرع عندما يكون بصدد دعوى إنقاص بناء على طلب المتبرع، فالمنطق يكون بأن ينقص القاضي من المال المتبرع به وفقاً للعدالة وما هو مألوف التعامل والتبرع به².

المطلب الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الاستغلالي

إن المشرع عند تنظيمه لنظرية الإستغلال ومنح القاضي سلطة في تعديل العقود كان يهدف إلى حماية الضعفاء من مظاهر الاستغلال التي قد يتعرضون لها وتلحق بهم أضراراً نتيجة الغبن في تعاقدهم، إلا أن هذه السلطة لم تمنح للقاضي على إطلاقها، وإنما يجب عليه مراعاة ضوابط شكلية وضعها المشرع كصاحب الحق في رفع الدعوى والأجل المحدد قانوناً لرفع هذه الدعوى (الفرع الأول) ومراعاة ضوابط موضوعية تشمل ناحية الضعف النفسي المنوط بالحماية وتقيد القاضي بالطلب القضائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضوابط الشكلية

يتقيد القاضي بمجموعة من الضوابط الشكلية تتعلق بإجراءات يستوجبها القانون من أجل التدخل في العقد كأن يتأكد من توافر الصفة والمصلحة في رافع الدعوى (أولاً)، وكذا

¹– Samir TANAGHO, op.cit, p168.

²– عسالي عرارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص129. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص314.

التأكد من أن دعوى الإستغلال رفعت خلال المدة المقررة قانونا وإلا يبث فيها القاضي بعدم القبول (ثانيا).¹

أولا: صاحب الحق في رفع الدعوى

يقتصر الحق في رفع دعوى رفع الغبن الناتج عن الإستغلال على المتعاقد المغبون الذي وقع عليه الاستغلال وحده دون غيره¹، لأنه هو المتضرر من العقد وصاحب الصفة والمصلحة في رفع الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

كما للمتعاقد المغبون أن يتنازل عن هذا الحق في الدعوى فلا يستطيع أن يعيد رفعها بنفس الحق لأنه يكون قد تنازل عن أداة الحماية القضائية².

إن دعوى الاستغلال هي دعوى شخصية، عكس دعوى الغبن المجرد التي تنتقل بوفاة البائع إلى الخلف العام باعتبارها دعوى مالية³، وبالتالي لا يجوز لغير المتعاقد المغبون أن يطالب بإبطال العقد بسبب الغبن الاستغلالي، وهذا ما تؤكدته المادة 99 من القانون المدني التي نصت على أنه: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

¹ - تنص المادة 90 من القانون المدني على أنه: "... بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقض التزامات هذا المتعاقد".

² - عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، الموسوعة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2015، ص52.

³ - "تنتقل إلى الخلف العام دعوى الغبن، باعتبارها دعوى مالية، بوفاة البائع". قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2010/07/22، مجلة المحكمة العليا لسنة 2011، العدد الأول، ص105.

يقع على عاتق المتعاقد المغبون عبء إثبات الإستغلال وفقا للقاعدة العامة في الإثبات "البينة على من إدعى واليمين على من أنكر"¹، ويكون الإثبات بكافة الطرق ويستقل قاضي الموضوع بتقدير عنصري الإستغلال دون رقابة من المحكمة العليا².

ثانيا: ميعاد رفع الدعوى

قيّد المشرع من سلطة القاضي من حيث الزمان حيث أنه لو توافرت جميع شروط قيام الغبن الناتج عن الإستغلال لابد من توافر شرط آخر متمثل في رفع الدعوى خلال مدة سنة تسري من تاريخ إبرام العقد، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 90 السالفة الذكر بأنه: "ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ إبرام العقد، وإلا كانت غير مقبولة". إن المدة التي حددها المشرع هي مدة سقوط لا تقبل قطعا ولا إيقافا، لذا يلزم رفع الدعوى قبل إنتهاءها وإلا كانت غير مقبولة³.

اعتماد المشرع مثل هذا الأجل لرفع دعوى الغبن الناتج عن الإستغلال يعني ترجيح استقرار المعاملات على حساب الحماية القانونية للمغبون⁴، لأن قصر المدة يُبَرِّر الرغبة في حسم النزاع بشأن العقود التي يداخلها الإستغلال، فلا يبقى مصير العقد معلقا مدة طويلة على دعوى مجال الإدعاء فيها واسع وفسيح وفي ذلك حماية للتعاقد واستقرار للتعامل⁵.

غير أنه يعاب على هذه المدة أنها قصيرة لا تحقق الحماية القانونية للمغبون لأنها لا تسمح للمتعاقد المغبون الذي يعتريه طيش بين أو هوى جامح بأن يتفطن لحالته ويطعن في

¹- قول عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- في رسالته لأبي موسى الاشعري -رضي الله عنه- بقوله: "البينة على من إدعى واليمين على من أنكر".

²- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص201.

³- نفس المرجع، ص202. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص312.

⁴- علي فيلاي، المرجع السابق، ص226.

⁵- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص371.

العقد خلال هذه المدة القصيرة¹، فقد يبقى المغبون تحت تأثير الاستغلال فترة تزيد عن السنة وبالتالي فإن القانون لا يستطيع حمايته في هذه الحالة، وتكون دعوى الاستغلال عديمة الجدوى، لذا كان من الأجدر أن يأخذ المشرع بنفس ميعاد عيوب الرضا، لأن هذا الأجل القصير يجعل الحماية مستحيلة²، وأن يبدأ ميعاد رفع الدعوى من وقت انتهاء الضعف الذي أدى إلى الاستغلال وليس من يوم انعقاد العقد³.

يظهر عدم جدوى دعوى الاستغلال لقصر المدة في أغلب حالات الاستغلال شيوعاً تتمثل في أن زوجة استغلت في زوجها هواه الجامح اتجاهها، وجعلته يهب لها ولأولادها مالا، وامتد به العمر إلى ما يتجاوز السنة الواحدة وهو لا زال خاضعاً لتأثير الهوى الجامح الذي يستشعره نحو زوجته ثم زال السبب أو توفى، ثم تم الطعن في الهبة من طرفه أو من طرف أولاده من زوجة أخرى، فإن القاضي يحكم هنا بعدم قبول دعوى الاستغلال لسقوطها⁴.

إنّ تحديد سقوط دعوى الاستغلال بسنة واحدة لا يحقق العدالة بين الحماية المقررة للمتعاقد ضحية غلط أو إكراه أو تدليس والحماية المقررة للمتعاقد ضحية الغبن الاستغلالي إذ لا فائدة من تقرير المشرع هذه المدة بالغة القصر التي لا تعطي المتعاقد متسع من الوقت لبيّان حقه. وأن تعديل المدة كما سبق تبياناه هو الحل السليم الذي يتماشى مع الهدف من تكريس نظرية الاستغلال ألا وهو تحقيق التوازن العقدي وحماية المتعاقد الضعيف الذي أبرم العقد ورضائه غير سليم من خلال إعطائه مدة أطول.

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 226.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 401. عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 134.

³ - فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 173.

⁴ - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 401.

الفرع الثاني: الضوابط الموضوعية

بعد تأكد القاضي من صحة رفع الدعوى من الناحية الإجرائية، نجده يتقيد من حيث الموضوع بنواحي الضعف الإنساني التي يسمح له القانون بالتدخل فيها وهي محصورة في حالتين وفق التشريع الجزائري (أولا) وكذا عدم تجاوز سلطته من خلال التقيد بمبدأ الطلب القضائي (ثانيا).

أولا: نواحي الضعف الإنساني

إنّ المشرع الجزائري وعلى الرغم من تعدد نواحي الضعف النفسي التي يمكن أن تكون موضع استغلال، إلا أنه حصر حالات الضعف الإنساني المنوطة بالحماية في حالتين فقط هما: الطيش البين والهوى الجامح، وهذا يعني أنّ القاضي مقيد في ممارسة سلطته في حماية من وقع عليه الغبن بهاتين الحالتين من الضعف لا يتجاوزهما قانونا، حيث أن القاضي لا يتدخل لحماية الطرف المغبون نتيجة إستغلال نواح أخرى من الضعف الإنساني المتعددة كالحاجة، أو الضرورة أو الضيق¹، أو نقص التجربة أو ضعف الإدراك أو عدم الخبرة²، وغيرها من الحالات الأخرى التي من شأنها إضعاف إرادة الشخص ودفعه إلى

¹ - "يقصد بالضيق، العسر المالي الذي يؤثر في نفسية الشخص فيحمله على قبول التعاقد بشروط مجحفة". إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 229. ص 232.

- "وحالة الضيق تتوفر عندما يكون الإنسان بحاجة ماسة إلى المال للقيام بالتزامات معينة كالغذاء والاستشفاء ودفع أقساط المدارس وإيفاء الديون المهددة لمكانته المالية، كتعرضه في حال عدم الإيفاء للإفلاس إذا كان تاجرا. فإذا أقدم الفرد على التعاقد بشروط مرهقة وغير متناسبة مع الموجبات المقابلة وبصورة شاذة وغير مألوفة وأثبت أن عاقده استغل وضعه المالي السيئ ليفرض عليه شروطه غير الملائمة أمكنه التذرع بالغبن الاستغلالي طلبا لإبطال العقد". مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 427.

² - "يراد بعدم الخبرة عدم توفر المعلومات اللازمة بالنسبة للعقد الذي تم إبرامه، ويتحقق بالجهل، وعدم مخالطة المجتمع في قضاياه الاجتماعية والاقتصادية. كالمهاجر إلى دولة أخرى يجهل ولا يعلم سعر العقارات في بلده الأم". إلياس ناصيف، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 235. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 429.

التعاقد كما أخذت به مختلف التشريعات الأخرى كالتشريع اللبناني الذي أخذ بالطيش، والضيق، وعدم الخبرة؛ بينما التشريع العراقي توسع أكثر بإضافته إلى الحالات السابقة حالي الحاجة وضعف الإدراك، أما التشريع الكويتي نجده أخذ بالسطوة الأدبية التي يقصد بها النفوذ الأدبي الذي يكون لشخص على آخر، ويبلغ تأثيره عليه من الكبر حدا بحيث يجعله ينقاد إليه ويصدع لقلوه، إما عن عقيدة في صواب رأيه، وإما خشية إغضابه كما هو الشأن وعلى وجه الخصوص في السطوة التأديبية التي قد تكون للأب على ابنه، أو للرئيس على مرؤوسه، أو للمعلم على تلميذه، ففي مثل هذه الحالات، يتولد عادة لدى الشخص رغبة ملحة أي هوى جامح للتودد والتقرب وعدم الإغضاب¹.

هذا التوجه في الحقيقة منتقد لما فيه من تقويت لفرص إعادة التوازن العقدي في الأحوال الأخرى²، فهو يعجز عن تحقيق الهدف الذي توخاه المشرع وهو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية³؛ إلا أن هناك من يبرر تضيق الدائرة التي يطبق فيها الإستغلال بحصر حالاته على الطيش والهوى خشية من التحكم، ورغبة في انضباط التعامل وإستقراره⁴.

- "إن الشريعة الإسلامية توفر الحماية لعديم الخبرة من الغبن "المسترسل" لأنه "في بيع المسترسل قد يكون المشتري جاهلا بقيمة السلعة لحدائتها أو سذاجته أو لجهله بأسعار بلدة حل بها، أو يكون شأنه أنه لا يحسن المبايعة، فيسترسل إلى البائع ويمستلم له ويطلب أن يبتاع منه بما يبتاع الناس به، فنظرا لسذاجة هذه الفئة من الناس وقلة خبرتهم فإنهم في حاجة لحماية أكثر من غيرهم، وقد اعتبرت الشريعة الإسلامية غبن أمثال هؤلاء أشد جرما من غيرهم". محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص252.

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الأول، المرجع السابق، ص375. محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، المرجع السابق، ص108. ومايلها.

² رياحي أحمد، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق، المرجع السابق، ص26.

³ عبد الرحمن زعل الشراعية، المرجع السابق، ص94.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص365.

كان يستحسن صياغة المادة 90 من القانون المدني في شكل مبدأ عام، أي بمقتضى صياغة عامة، تركز على أن الاستغلال هو عيب عام في الإرادة، دون إيراد تفاصيل لذلك، إذ أن الاستغلال يكون في الواقع العملي متى ثبت الطيش البين أو الهوى الجامح أو الحاجة الملحة، أو النفوذ الأدبي، أو الضرورة الملحة، لضعف نفسي أو مرضي أو ضعف ظاهري، أو غيرها من الحالات المشابهة، كالجهل أو عدم الخبرة ونقص التجربة أو حالة السكر، وغيرها من الظروف التي يستغلها المتعاقد الآخر أو الغير، مع علم هذا المتعاقد أو سهولة علمه بذلك¹. خصوصا وأن قانون العقود حاليا يتجه إلى تحقيق الأمن التعاقدى² وحماية المستهلك الطرف الضعيف في السلسلة التعاقدية ليس بسبب استغلال طيشه أو هواه، وإنما لحاجته وعدم خبرته ومن ثم إذا تم التوسعة في حالات الضعف فيكون لهذا الطرف الضعيف وسائل عدة لإعادة التوازن العقدي (نظرية الاستغلال والتعسف في عقود الإذعان).

ثانيا: مدى تقييد القاضي بالطلب القضائي

يتبين من استقراء نص المادة 90 التي تنص على مايلي: "جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ..."، أن للقاضي سلطة جوازية لا وجوبية لأنه غير ملزم بقبول الدعوى حتى وإن توافرت الشروط القانونية لقيام الغبن الناتج عن الإستغلال لأن المسألة تخضع لتقديره واقتناعه ولا رقابة عليه من المحكمة العليا في ذلك.

¹ - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 260.

² - "إن هاجس توفير الأمن التعاقدى، ينطلق من مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه لتحقيق التوازن العقدي، ويتجلى من خلال مرتكزات ينبنى عليها: مبدأ القوة الملزمة للعقد وإمكانية تأثرها بنظرية الظروف الطارئة، تنفيذ العقد بحسن نية، احترام الأطراف للمراكز القانونية الناشئة عن العقد، الإبقاء على العقد ما أمكن، سواء في حالة كون العقد محل تأويل، أو في حالة وجود ما يهدد صحته أو تنفيذه، إذ تقتضي فعالية العقد الإبقاء عليه، مبدأ استقرار العقد، الذي يؤدي إلى القول بأمن التصرفات والحفاظ عليه من باب الأمن القانوني." عبد المجيد غميحة، أبعاد الأمن التعاقدى وارتباطاته، عرض مقدم في اللقاء الدولي حول الأمن التعاقدى وتحديات التنمية المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين، الصخيرات بالمغرب، 18 و 19 أبريل، 2014، ص 3.

غير أن القاضي مقيد بمبدأ الطلب القضائي¹، وقاعدة "لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما طلب منه"، وبالتالي لا يجوز له أن يزيد إلتزامات المستغل (الغابن) إلا بناء على طلبه، أيضا في حالة رفع دعوى الإنقاص لا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد وإلا يكون قضي بما لا يطلبه الخصوم²؛ أما إذا وقع العكس بأن طلب منه إبطال العقد، فمن الجائز أن يحكم بإنقاص إلتزاماته خاصة إذا تولى الطرف الآخر دعوى الإبطال بأن عرض ما يراه القاضي كافيا لإعادة التوازن إلى العقد.

نؤيد الرأي الذي يطالب بضرورة الإشارة في المادة 90 السالفة الذكر إلى سلطة القاضي في زيادة إلتزامات الطرف الآخر من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب المتعاقد المغبون³، ذلك أن القاضي قد يقدر أفضلية الحكم بزيادة إلتزامات المتعاقد الآخر لإنقاذ العلاقة التعاقدية بدلا من الإبطال أو الإنقاص، فطالما القاضي يملك الأقوى والأكثر (إبطال العقد) يملك طبيعيا ومنطقيا الأضعف والأقل (الإنقاص من إلتزامات المغبون أو الزيادة في إلتزامات المتعاقد الآخر) لعلاج العيب وإصلاحه وفقا لمبدأ الملائمة في التعاقد وإحقاق العدالة الاجتماعية الأخلاقية ومن ثم إرجاع التوازن الاقتصادي العام للالتزام التعاقدية.

¹ - يراجع قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2001/04/03، مجلة قضائية لسنة 2002، العدد الأول، ص161، الذي قضت فيه بما يلي: "إن القانون يوجب تحديد عناصر الطلب القضائي التي تتكون من عنصر الأشخاص والموضوع والسبب تحديدا نافيا للجهالة. وأن خلو الدعوى من أحد هذه العناصر يترتب عنه بطلان المطالبة القضائية".

² - فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص173.

³ - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص261.

الفصل الثاني:

سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان لإحداث التوازن العقدي

الأصل هو احترام القاضي للعقد الذي يربط المتعاقدين متى كان سليما ومتوازنا، وهذا هو الشأن في جميع العقود التي تخضع فيها العملية التعاقدية لمبدأ المساومة بين أطراف العقد، فهو لا يملك سلطة التدخل في العقد احتراما لمبدأ سلطان الإرادة الذي لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بالإرادة المشتركة للطرفين.

غير أن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه قد يجافي العدالة، ذلك أنه بعد اتساع دائرة النشاط الإقتصادي وظهور الشركات الإحتكارية ازداد عدد العقود التي لا تتساوى فيها المراكز القانونية للمتعاقدين -عقود الإذعان-، حيث تمكن الطرف القوي من التعسف في شروط العقد، لأنه غالبا ما يستغل بوضع شروط التعاقد مقدما وبشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر، حيث يقتصر دور هذا الأخير إما على قبول العقد كله أو رفضه دون أن يكون له الحق في تعديله، كما قد يضطر المتعاقد الضعيف إلى القبول لتعلق موضوع التعاقد بمرفق أساسي لا غنى عنه¹.

لذلك تدخل المشرع رغبة منه في إيجاد توازن لهذه العلاقة التعاقدية، وحماية للطرف الضعيف لاسيما عندما تؤدي ظروف إلى اختلال هذا التوازن. فمُنِحَ القاضي سلطة التدخل في العقد لاسترجاع التوازن العقدي، وفقا للتغيرات المستجدة التي تقتضي ذلك (المبحث الأول)، ويكون تدخله في حالات محددة قانونا (المبحث الثاني).

¹ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص26.

المبحث الأول: الشروط القانونية الواجب توافرها من أجل تعديل الشروط

التعسفية في عقود الإذعان

إنّ التطور الذي شهده العالم في شتى الميادين وخاصة الميدان الاقتصادي، أين ظهرت الخدمات والسلع التي لا يمكن لكل فرد تقديمها، واتضحت الفوارق الاقتصادية بين فئة المحترفين والمستهلكين، الأمر الذي أدى بظهور عقود الإذعان التي يقوم بتحريرها المحترف وفقا لما يكون في صالحه، والتي تحوي في بنودها شروطاً تعسفية يذعن لها المستهلك وترهق كاهله.

وهذا ما حدا ببعض التشريعات، ومنها المشرع الجزائري إلى مراعاة التفاوت بين المتعاقد القوي والمتعاقد الضعيف بمنح القاضي سلطة استثنائية هزت مبادئ قانونية عتيقة وراسخة، هدف من خلالها إلى إسعاف الطرف الضعيف المذعن من تفوق المحترف الموجب وتعسفه، وذلك بإعطائه السلطة التقديرية في تحديد الشرط التعسفي (المطلب الثاني) والقول أن عقد الإذعان يتضمن شروطاً تعسفية (المطلب الأول).

المطلب الأول: شرط وجود عقد إذعان

منح المشرع الجزائري¹ القاضي سلطة تكييف طبيعة العقد فيما إذا كان من قبيل عقود الإذعان أم لا، ولأجل التحقق من -شرط وجود عقد الإذعان- على القاضي البحث في عناصر العقد وطبيعته القانونية للتأكد ما إذا كان العقد قد تم بطريق الإذعان وبالتالي تشمله الحماية القضائية المقررة له قانونا. ولذلك لا بد من تحديد مفهوم عقد الإذعان (الفرع الأول)

¹- تنص المادة 110 من القانون المدني على مايلي: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

ثم الوقوف على طبيعته القانونية (الفرع الثاني) وبعض الصور والتطبيقات العملية لعقود الإذعان (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن العقود تنقسم من حيث مساواة الطرفين في كيفية حدوث التراضي إلى عقود مساومة وعقود إذعان، ذلك أن عقد المساومة هو الأصل الذي يترجم النموذج التقليدي للعقد، حيث يكون لكل من المتعاقدين الحرية الكاملة في وضع شروط العقد وبنوده، إذ يساهم كل طرف في صنع الاتفاق¹.

أما عن عقد الإذعان فهو حالة خاصة تتغلب عليه النزعة الاقتصادية لأن ناحية الإذعان في العقد كانت نتيجة اختلال التوازن الاقتصادي فيه، وهذا الاختلال في التوازن أدى إلى أن يتمتع أحد الطرفين بمركز اقتصادي متفوق، يتيح له وضع شروط لا تقبل لها تعديلا أو تغييرا. وعلى ضوء ذلك، لابد من تعريف عقد الإذعان (أولا) والإمام بخصائصه المميزة له (ثانيا).

أولا: تعريف عقد الإذعان

يُطلق على عقود الإذعان في القانون الفرنسي تسمية عقود الإنضمام *contrat d'adhésion* لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون مناقشة²، غير أن الدكتور عبد المنعم فرج الصده يرى أن تسمية "عقد الإذعان" التي أطلقها الدكتور السنهوري على تلك العقود هي

¹ - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، ب.س.ن، ص27. علي فيلالي، المرجع السابق، ص81.
² - Article 1171, LOI n°2018-287 du 20 avril 2018, Code Civil Français : «Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.»

الأصح، لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان، إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة؛ كما يفضل تسميته بعقد موافقة التي اختارها القانون اللبناني في المادة 172 موجبات وعقود¹.

1: الإذعان في اللغة

من ذَعَنَ يذعن ذعناً، والإذعان هو الانقياد الخضوع، يقال أذعن الرجل إذا إنقاد². وقيل في لسان العرب: "الإذعان هو الإسراع مع الطاعة والإذعان الانقياد وأذعن الرجل: انقاد وسلس"، وأن الإذعان للحق والإعتراف به هو الإقرار³؛ وورد في مختار الصحاح: "أذعن له خضع وذَلَّ"⁴، والمعنى الذي يتناسب مع طبيعة الموضوع هو الانقياد والخضوع.

2: الإذعان في الاصطلاح

إنّ المعنى الاصطلاحي لعقد الإذعان لا يخرج عن المعنى اللغوي، حتى أن المشرع الجزائري لم يحدد تعريفاً لعقد الإذعان في القانون المدني بل اكتفى بالنص على كيفية حصول القبول في هذا العقد⁵، منتهجاً بذلك سياسية تهدف إلى وضع مبادئ عامة ومرنة تستطيع مواكبة الظروف المتجددة من قبل الفقه والقضاء، حيث تسند لهذين الأخيرين بمهمة

¹ - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 135.

² - أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، ب.س.ن، ص 208.

³ - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، دار صادر، بيروت، لبنان، ب.س.ن، ص 172. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الخامس، دار صادر، بيروت، لبنان، ب.س.ن، ص 88.

⁴ - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص 93.

⁵ - تنص المادة 70 من القانون المدني على مايلي: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

التجديد المستمر لهذه المبادئ والأفكار العامة بالشكل الذي يضمن في النهاية قدرتها على استيعاب المستجدات التي تحدث في المجتمع¹.

على إثر ذلك، لابد من اللجوء إلى الفقه لتحديد مفهوم عقد الإذعان، فنجد الفقه التقليدي حصر عقود الإذعان في طائفة ضيقة (أ)، إلا أن الواقع الحالي دفع بالفقه إلى تطوير مفهوم عقد الإذعان محاولاً تكمله ملامحه وتفصيلاته من أجل الوصول إلى مفهوم واسع لعقد الإذعان قادر على استيعاب كل وصف للطرف الضعيف خاصة المستهلك(ب).

أ: المفهوم الضيق لعقد الإذعان

لم يجمع الفقه التقليدي على تعريف واحد حيث نجد عدة تعاريف، فعرفه بعض الفقهاء² بأنه: "ذلك العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها".

في حين عرفه البعض الآخر³ بأنه عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة إلى إحتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي.

¹ - ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية: دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2014، ص37.

² - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري: دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010، ص12. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص134.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص82. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2003، ص26. ص38.

يظهر من هذا التعريف أنه بيان لضوابط عقد الإذعان، فهو تعريف مجمل لكل صفات هذا العقد حيث ذكر محل العقد الذي يرد عليه والمتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي وكذلك العلاقة بين طرفي العقد أي الموجب والقابل¹.

يلاحظ بذلك أن عقود الإذعان لا تكون إلا في حالة إحتكار للخدمة، حيث يصدر الإيجاب لجميع المستهلكين وبشكل مستمر، وعادة ما يكون مطبوعا سلفا ومحددا لشروط عادة ما تكون في صالح الموجب، ولا يمكن للشخص العادي فهمها بسهولة².

وعليه، نجد أنّ الفقه التقليدي حصر عقود الإذعان في طائفة ضيقة حيث قام بوضع شروط أو معايير محددة على سبيل الحصر (1-احتكار السلع والخدمات؛ 2-ضرورة السلعة أو الخدمة؛ 3-عمومية الإيجاب واستمراريته)، وهذه الشروط يجب أن تتوافر في العقد حتى يمكن وصفه بأنه عقد من عقود الإذعان³.

إنّ هذا المفهوم الضيق لعقود الإذعان يعبر عن أفكار تتفق مع النظرية القديمة التي كانت تتحفظ بكل ما يقيد مبدأ سلطان الإرادة ولكنها اليوم أصبحت شاذة في وقوفها في وجه حماية المستهلك وفق المفهوم الواسع أو الحديث لنظرية الإذعان⁴.

¹ - رحمون عامر، مقال عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 08، العدد 02، 2015، ص220.

² - جرعود ياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/2002، ص63.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2011، ص85.

⁴ - محمد احمد عبد الحميد احمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2015، ص130.

ب: المفهوم الحديث لعقد الإذعان

غيرت مقتضيات حماية المستهلك والمبادئ المعاصرة كمبدأ التوازن العقدي من مفهوم عقد الإذعان¹، وأصبح الاتجاه المعاصر يسير نحو هجر المفهوم الضيق لعقد الإذعان إلى فكرة أكثر اتساعاً تتناسب مع التكتلات الاقتصادية التي يشهدها العالم نتيجة لتركز آلة الإنتاج في منشآت الصناعات الكبرى الأمر الذي ساعد المنتج على تحقيق أقصى ارتفاع ممكن من خلال الإعداد المنفرد لشروط العقد ثم عرضها على المتعاملين معها فتضطرهم الظروف إلى قبولها².

يُعرّف عقد الإذعان حسب هذا الاتجاه الحديث بأنه: "العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كلياً أو جزئياً بصورة موحدة وعامة قبل الفترة التعاقدية"³؛ أو بأنه "انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينظم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"⁴.

حسب هذا المفهوم الحديث لعقد الإذعان نجد أنه قد قلص الشروط اللازم توافرها ليعتبر العقد إذعانا إلى شرط واحد فقط وهو أنّ الطرف القوي في العقد يقوم مسبقاً بإعداد

¹ - إيمان طارق مكي، منصور حاتم محسن، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، مجلة الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل العراق، المجلد 01، العدد 01، 2009، ص200.

² - رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني-دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2016، ص205.

³ - عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2012، ص117.

⁴ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص97.

- « Le contrat d'adhésion peut aussi être défini comme l'adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier. »

شروط العقد ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم ولا يكون أمام الطرف الآخر (المستهلك) إلا توقيع هذه العقود دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو تعديلها¹.

إنّ الاتجاه الحديث لمفهوم عقد الإذعان هو مفهوم واسع أهمل اشتراط الاحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة ضرورية لإسباغ صفة الإذعان على العقد²، لأن ضعف المستهلك وعدم التوازن بين مركز المتعاقدين لم ينشأ من احتكار الطرف القوي، بل إن صفة الإذعان تتأتى من عدم قدرة الطرف الضعيف على مناقشة شرط العقد المعد مسبقاً من الطرف الآخر، وقلة خبراته في النواحي الفنية والاقتصادية والقانونية وتفوق الطرف القوي وتمكنه من فرض الشروط المختلفة من دون مفاوضة³.

بمعنى آخر يتحدد معنى الإذعان، في الانضمام لعقد نمطي أو نموذجي انفراد أحد الطرفين بصياغته وينضم إليه الطرف الآخر من دون أن يستطيع حقيقة تعديله فلا يكفي مجرد قبول العقد جملة دون مناقشة، بل ينبغي أن يستقل الموجب بصياغة العقد وتحديد شروطه، سواء تم ذلك من جانبه مباشرة أو بواسطة جهة أو هيئة تمثل مصالحه وحده⁴.

يُبرر أصحاب هذا الاتجاه التوسع في تحديد مفهوم عقد الإذعان بأن حماية المستهلك هي الغاية الأساسية من تنظيم عقود الإذعان، فالمستهلك اليوم بحاجة ماسة للحماية في ضوء التفاوت في الخبرة والعلم في مجال المعاملة بين الطرفين المقبلين على التعاقد، فإذا كان اهتمام المشرع والقضاء بالطرف الضعيف في عقد الإذعان نابغاً من الرغبة في إعادة التوازن والعمل على وجود علاقات عقدية ذات أداءات متوازنة، فإن الغاية تجد لها نطاقاً

¹ - خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 85.

² - رحمون عامر، مقال عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 220.

³ - زياد خلف عليوي الجوالي، الحماية المدنية للمستهلك في عقد الإذعان: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، جامعة تكريت بغداد، المجلد 02، السنة 05، العدد 19، أيلول 2013، ص 427.

⁴ - فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 181.

واسعا حاليا في ظل نماذج العقود التي باننت نتيجة حتمية لتتنوع الإنتاج وكثافة التوزيع¹، وإذا كان الإنتاج الضخم والتوزيع الكثيف يفرضان استعمال العقود النموذجية بشروطها، فإن تنظيمها الأحادي الجانب هو المصدر الفعلي للإساءة بمبدأ التوازن العقدي، ويشكل خطرا حقيقيا على الرضا في العقد وإعطاء الطابع الوهمي له، لأن في هذا التنظيم ما يسمح ويكفل المنتج من وضع ما شاء من شروط تعسفية بحق الطرف الآخر².

3: التعريف القانوني لعقد الإذعان

واكب المشرع الجزائري الفكرة الحديثة لعقد الإذعان رغبة منه في توسيع نطاق هذا العقد بهدف حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يمكن أن تتخلله دون اشتراطه لعنصر الاحتكار لسلعة أو خدمة ضرورية للمستهلك وذلك من خلال نصه في المادة الأولى من المرسوم رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية³، وكذا المادة 03 الفقرة 04 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁴، بأن: "العقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

¹ إيمان طارق مكي، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 204.

² جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 97. ص 98.

³ المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006، العدد 56، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2008، العدد 07.

⁴ القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004، العدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010، العدد 46.

لذلك يجب حماية المستهلك في هذه العقود التي نظر إليها المشرع أنها عقود إذعان، فيحق للمستهلك المطالبة بحمايته من الشروط التعسفية فيها، وهذا مرده أن هذه العقود يصعب التفاوض في شروطها¹.

ثانياً: خصائص عقد الإذعان

تختلف خصائص عقد الإذعان أو بالأحرى تتحدد على حسب المفهوم الذي يركز عليه كل من الفقه التقليدي والحديث، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل فيما يلي:

1: خصائص عقد الإذعان وفق المفهوم التقليدي

تشترط المبادئ التقليدية لاعتبار العقد إذعانا أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة من قبل مقدمها، وأن تكون السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك، وأن الإيجاب الصادر من الطرف القوي يتضمن شروطاً موجهة للجمهور عامة، وليس للطرف المذعن حق مناقشتها أو تعديلها².

وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان تلك العقود التي يعقدها الأفراد مع شركات الطيران التي تحتكر النقل الجوي، وشركات توريد الغاز الطبيعي التي تحتكر بيع هذه

¹ - سليمة لدغش، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت بين الواقع والضرورة، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 05، العدد 01، أبريل 2017، ص 367.

² - وهذا ما استقر عليه القضاء المصري في أحد قراراته الذي قضى بما يلي: "من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات، .. ويكون فيها احتكار الموجب احتكاراً قانونياً أو فعلياً وتكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب إلى الناس كافة بشروط واحدة ولمدة غير محددة". - نقض 1954/4/22-س5-ص788، مشار إليه في: معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني -تشمّل على نصوص القانون المدني معلقاً عليها بالشرح والمذكرة الإيضاحية والأعمال التحضيرية وأحكام النقض من سنة 1931 إلى 1986، الجزء الأول، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 1987، ص144.

السلعة للمستهلكين، وعقود إدخال الخدمة التلفونية¹، أما إذا كانت الخدمة مقدمة من طرف عدة متنافسين فإن التعاقد معها لا يعد من قبيل عقود الإذعان².

أ: ضرورة السلعة أو الخدمة

استقر الفقه على أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرفق يعد من الضروريات بالنسبة للمنتفعين أو المستهلكين، بحيث لا يمكن للمتعاقد المذعن الإستغناء عن هذه الخدمة أو السلعة في حياته دون أن يلحقه أذى أو مشقة³.

عرفت محكمة النقض المصرية السلع الضرورية بأنها السلع التي لا غنى للناس عنها والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطربهم إلى التعاقد بشأنها، كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة أو الاتجار فيها لا يعد احتكارا يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان ما لم تكن تلك السلعة من الضروريات الأولية للجمهور بالمعنى المتقدم⁴.

يذهب اتجاه من الفقه إلى أن مفهوم السلع والخدمات الضرورية يجب التوسع فيه وعدم تفسير الضرورة تفسيراً اقتصادياً بل تفسيراً حضارياً فمثلاً تعاقد التاجر مع القائمين على

¹ - عزت صلاح عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص104. ص105.

² - معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص144.

³ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص59.

⁴ - نقض مدني 12 مارس 1974، مجموعة أحكام النقض، السنة2، رقم 80، ص492. نقض مدني 22 مايو 1958، مجموعة أحكام النقض، السنة5، رقم 119، ص788. مشار إليهما في: ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص50.

تنظيم شؤون المعرض، وعقد الإيجار في المدن الكبيرة لأغراض مهنية أو لأغراض السكن أصبح من عقود الإذعان¹.

يرتبط هذا المعيار ارتباطاً وثيقاً مع المعيار الثاني المتمثل في الاحتكار، حيث يشكل معياراً ضرورياً للسلعة أو الخدمة وعنصراً محدداً للاحتكار.

ب: احتكار السلع أو الخدمات المقدمة للمستهلك

إنّ الخاصية الثانية التي تميز عقد الإذعان هي ضرورة توفر إحتكار قانوني أو فعلي أو حتى منافسة محدودة بشأن هذه السلعة، أي للشخص المحترف قدرة على فرض شروط العقد مع التيقن بعدم وجود المنافس؛ فعقد الإذعان يفترض عدم التوازن الإقتصادي بين طرفيه، فمقدم السلعة أو الخدمة يجب أن يكون طرفاً قوياً إقتصادياً لأنه يحتكر تقديم هذه السلعة أو الخدمة، بينما مستهلك السلعة أو المنتفع بالخدمة هو طرف ضعيف إقتصادياً لأنه بحاجة إلى هذه السلعة أو الخدمة، ولا يهم إن كان مصدر الإحتكار قانوني أو فعلي لرجحان القوة الإقتصادية أو التفوق الإقتصادي لمقدم السلعة أو الخدمة².

يتكرّس التفوق الإقتصادي في نقطتين؛ تتجسد الأولى في تمتع الموجب باحتكار قانوني مثل ما هو الحال في عقود توريد الكهرباء والمياه والهاتف، فالشركات المقدمة لهذه الخدمات تتمتع بامتياز قانوني لأنها الوحيدة التي يمكن تقديمها هذه الخدمات دون أي مناقشة؛ أما الثانية تتجسد في تمتع الموجب باحتكار فعلي مثل ما هو الحال في منطقة لا توجد فيها إلا شركة تأمين وحيدة، ففي عقد التأمين يبرز التفوق الإقتصادي الواضح للمؤمن

¹ محمد فواز صباح الألوسي، التعسف في عقود الإذعان، مجلة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة الأنبار العراق، المجلد 02، العدد 13، 2017، ص193.

² رباحي أحمد، أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، كلية الحقوق بجامعة الشلف، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، المجلد 01، العدد 02، جوان 2008، ص344. عزت صلاح عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص104.

حيث تقدم عمليات التأمين بطبيعتها مخاطر ضخمة تبوئها كاهل الشخص المنفرد مما يجعلها دائما حكرا على الشركات القوية والغنية، وإذا كانت شركات التأمين لا تتمتع باحتكار قانوني إلا أنها في الواقع تتمتع باحتكار فعلي حيث تتفق الشركات فيما بينها على تعريف القسط وعلى شروط عامة تكون متماثلة إلى حد كبير بحيث أن طالب التأمين إلى أي شركة يتوجه فإنه سيواجه نفس التعريف ونفس الشروط مما يضطره إلى التعاقد مع أول شركة تقابله راضيا بما تمليه عليه من شروط دون أدنى مناقشة¹.

ج: عمومية الإيجاب واستمراريته

يجب أن يكون الإيجاب في عقود الإذعان عاما موجها إلى الناس كافة بشكل دائم وموحد، والإيجاب يكون من الطرف القوي وحده في شكل نموذج معد مسبقا أو في شكل شروط مفصلة لا يجوز فيها المناقشة فيها وغالبا ما تكون هذه الشروط لمصلحته².

يقصد أن يكون الإيجاب يكون عاما ودائما أنه إيجاب موجه للجمهور والى فريق معين تتوفر فيه صفات معينة، وذلك لأن شخصية الطرف المدعن ليست محل اعتبار، فشرية السكك الحديدية لا تهتم بصفة من يدفع التذكرة من المسافرين، وكذلك الإيجاب الصادر من مؤسسة الكهرباء أو الماء أو الهاتف هو إيجاب عام موجه إلى كل الناس دون اهتمام بصفة الشخص الراغب في الاشتراك أو مهنته³.

¹ - محمد فواز صباح الآلوسي، المرجع السابق، ص 192.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 230. رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص 204.

³ - محمد فواز صباح الآلوسي، المرجع السابق، ص 193.

أما القصد من أنه مُعد في شكل نموذج معد مسبقا فتجدر الإشارة إلى أن العقد النموذجي¹ يعتبر وسيلة لإبرام عقود الإذعان نظرا لسهولة إفراغ الإيجاب الموجه للعامة في شكل مكتوب ومعد لانضمام الطرف المذعن فقط، غير أنه ليس كل عقد نموذجي عقد إذعان وإنما يصبح كذلك إذا كان مقدم السلعة أو خدمة محتكرا لها²، أو تنتقي صفة التفاوض فلا يقبل أية مساومة في شروط العقد³.

كما أنه لا يجوز للموجب الذي يتمتع باحتكار قانوني أن يرفض القبول الموجه إليه، لأنه موجه للجمهور، ويبقى ملزما لطلباته طبقا لعقد الالتزام بالشروط التي تضمنها هذا العقد، أما إذا كان يتمتع باحتكار فعلي فلا يحق له رفض القبول إلا لسبب مشروع، أو اعتبر متعسفا وبالتالي توجب مسؤوليته⁴.

لا تقتصر عقود الإذعان على عقود مكتوبة وإنما يلحق وصف الإذعان حتى العقود الشفوية⁵؛ لكن نظرا لأهمية وحجم المعاملات التي يقع عليها ومدتها، فغالبا ما يكون العقد مكتوبا يعده المحترف سلفا ويعرضه على زبائنه، أو تعده هيئة أو منظمة مهنية لاستخدامه من قبل أعضائها، ويتضمن هذا العقد شروطا عامة ترد في قائمة ترفق مع العقد الذي يحيل

1- "العقد النموذجي عقد معد من قبل احد المتعاقدين، ويتضمن شروط العقد المعروضة على المتعاقد الآخر في حال الرغبة في الدخول في العقد دون أن يكون لهذا المتعاقد الحق في المساومة أو الاختيار. ويقدم هذا العقد في شكل مطبوع فيه شروط وفراغات يملؤها طرفيه حتى يصبح خاصا بهم". مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير في الحقوق: فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بجامعة يوسف بن خدة، 2009/2008، ص27.

2- علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط، 2011، ص28. عبيد نجاة، المرجع السابق، ص56. مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص27. دحمون حفيظ، التوازن في العقد، المرجع السابق، ص52.

3- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص130.

4- الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية-دراسة مقارنة-، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، جوان 2014، ص102.

5- أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص18.

إليها صراحة أو ضمنا، كما تتخذ صورة عقد نموذجي مكتوب تتضمنه وثائق مطبوعة يوقع عليها المستهلك، وقد تتخذ صورة إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في محلات استقبال الجمهور كما هو الحال بالنسبة لشركات التأمين. وهكذا فالقاسم المشترك بينها هو وجود نص مكتوب مسبقا من قبل محترف، يتوجه بفرضه على مجموعة من الأفراد¹.

وإذا كانت تلك هي خصائص عقد الإذعان وفقا للمفهوم التقليدي: محترف ومستهلك، قوي وضعيف، محتكر ومحتاج...²، فلا بد من توافرها مجتمعة لإعتبار العقد من عقود الإذعان.

2: خصائص عقد الإذعان وفق المفهوم الحديث

إنّ خصوصية عقد الإذعان وفق المفهوم الحديث لا تشترط عنصر الاحتكار³، مبقية على باقي الشروط الأخرى، وذلك لاعتبارين:

- من ناحية أن الاحتكار فكرة غير منضبطة ولا تصلح كمعيار للعلاقة بين طرف قوي وطرف ضعيف إذ أن شرط الاحتكار ليس شرطا مستقلا، وإنما هو قرينة على أن القبول قد اقتصر على مجرد التسليم بالشروط المقررة سلفا من جانب الموجب دون إمكانية مناقشتها أو تعديلها⁴.

¹ - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص14.

-Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, Droit de la consommation, Dalloz, 5^{ème} édition, 2000. P171.

² - محمد بودالي، نفس المرجع، ص58.

³ - رحمون عامر، مقال عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص220.

⁴ - رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص206. زياد خلف عليوي الجوالي، المرجع السابق، ص428.

-من ناحية أخرى، فإن الاحتكار ليس مقصودا لذاته وإنما يترتب عليه من وجود الموجب في مركز قوي يسمح له بوضع شروط التعاقد بصفة مستقلة وسابقة وبدون أن يقبل فيها أي مناقشة أو تعديل، فالمذعن قد يلجأ للتعاقد مع الطرف القوي بسبب تخصص هذا الأخير وخبرته لا بسبب احتكاره لسلعة أو خدمة ضرورية فعدم التوازن هنا راجع لذات العلاقة العقدية كونها تتم بين طرف ضعيف يقوم بعملية منفردة ومحترف أو منتج متخصص يقوم بعمليات متكررة ولا يرجع إلى فكرة الاحتكار وهي فكرة خارجة عن إطار العلاقة العقدية. ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا المركز للموجب نتيجة احتكار سلعة أو خدمة، فما يميز عقد الإذعان إذن هو ضعف الطرف المذعن¹.

بالإضافة إلى أن خصوصية الإذعان انطلاقا من المفهوم الحديث له لا تبدو في سعي المتعاقد ورغبة في التفاوض أو إحجامه وعزوفه عن ذلك، وإنما تكمن في حظر التفاوض المفروض عليه من المتعاقد الآخر، وذلك الحظر الذي يؤدي به إلى الإذعان للتعاقد؛ ذلك أنه في الواقع يمكن أن يتم العقد بلا مفاوضات سابقة من دون أن ينطوي على إذعان، وهذا هو شأن العقود البسيطة محدودة القيمة، وبالتالي اقتضى القول أن الإذعان ليس دائما وليد انعدام المفاوضات، وإنما يتحقق بالأحرى كنتيجة لحظرها².

يذهب البعض إلى أنه يساهم في تحديد عقد الإذعان معياران: أولهما اقتصادي يتمثل في وجود قدرة اقتصادية وفنية لأحد أطرافه تجعله في وضع أقوى من الطرف المذعن، والثاني معيار قانوني يتمثل في انفراد الطرف القوي بوضع بنود العقد دون وجود مفاوضة

¹- عنصري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مذكرة ماجستير في تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر 1، 2013/2012، ص 49. إيمان طارق مكي، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 206.

²- فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 182.

حقيقية مع الطرف المذعن، لكن كثير من الآراء تكتفي بالمعيار القانوني حتى يمكن التوسع بشكل أكبر في مفهوم عقد الإذعان¹.

إنّ الأخذ بالمعيار القانوني هو الأقرب للصواب لأن سلطة الانفراد بتحرير بنود وشروط العقد تظهر مدى القوة الاقتصادية والفنية للطرف المذعن من جهة، ومن جهة أخرى إن أخذنا فقط بمعيار القوة الاقتصادية والفنية فإننا نشهد ثورة جديدة تسمى بعدم التوازن المعرفي وليس فقط الاقتصادي وبالتالي نضيق من مفهوم عقد الإذعان ولا نحقق حماية كافية للطرف الضعيف؛ غير أنه لا مانع من تبني كلا المعيارين لتحقيق حماية واسعة للطرف الضعيف.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

إن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإذعان، يستوجب التطرق إلى موقف الفقه من طبيعة عقد الإذعان (أولاً)، وإلى موقف المشرع الجزائري منه (ثانياً).

أولاً: موقف الفقه من طبيعة عقد الإذعان

انقسم الفقه إلى فريقين حول طبيعة عقود الإذعان فمنهم من يرى أنها ليست عقوداً حقيقية، وآخرون يرون أنها لا تختلف عن سائر العقود، ويرجع سبب الخلاف أساساً إلى الطريقة التي يتم بها إتفاق الإرادتين:

1: الفريق الأول: يرى بأنّ عقود الإذعان هي عقود تنظيم

ذهب بعض الفقهاء إلى إنكار الصفة التعاقدية لعقد الإذعان فأرأوا أنه عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد

¹ - ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص58. فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص182.

وصف العقد عنه، لما يفترض في هذا الأخير من تساوي بين أطرافه، وكذا حرية إبرامه¹، حيث أن عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم ومن ثمّ يجب أن يفسر كما يفسر القانون أو اللائحة²، خلافا للعقود التي تفسر بالبحث عما اتجهت إليه إرادة العاقدين المشتركة، لكن هنا لا توجد إرادة مشتركة، وبالتالي يجب الإعتداد بإرادة محرر العقد كما هو الحال بالنسبة لقواعد القانون إذ يبحث القاضي فيها عما اتجهت إليه نية المشرع³.

فهم يرون مثلا أنّ العامل يَنْظَمُ إلى نظام لا يد له في وضع شروطه، ولا في تحديد آثاره، ولا يحق له مناقشة تلك الشروط؛ فهو يقبل قانونا ما يعرض عليه ولا يناقش شروطه، وبالتالي عقد الإذعان يعتبر مركزا قانونيا منظما يطبق لصالح العمل أولا، ثم يراعى ما يستحق الحماية من مصالح طرفي العقد لاحقا⁴.

2: الفريق الثاني: يرى بأنّ عقود الإذعان هي عقود عادية

يشكل رأي غالبية فقهاء القانون الخاص حيث ذهبوا إلى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل من أنّ أحد

¹ – JACQUES DOLLAT, Les contrats d'adhésion, thèse pour le doctorat, faculté de droit de L'université de paris, 1905, p133 et suivant.

– RAYMOND SALEILLES, De la déclaration de volonté, contribution a L'acte juridique dans le code civil allemand (art.116 à 144), librairie cotillon, 1901, p 229. P230.

– LEON DUQUIT, Les transformation générales du droit privé depuis le code napoléon, 2ème édition, paris, 1920, p21.

² محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص15.

³ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص44.

⁴ محمود حمودة صالح، عقود الإذعان والممارسات المصاحبة لها: نموذج الهيئة القومية للكهرباء، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة إفريقيا العالمية السودان، العدد 03، 2004، ص294.

المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه الظاهرة إقتصادية لا ظاهرة قانونية¹، وهذا التباين الإقتصادي في عقد الإذعان لا يؤثر في صحة التراضي وبالتالي فإن القبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب².

وعلى الرغم من أنّ لكلا الفريقين حججهما، إلا أنّ الطريقة التي تتم بها عقود الإذعان ماهي إلا ثمرة تطور كبير في أساليب التعاقد فرضتها الحياة الإقتصادية الحديثة³، وهو ما يجعلنا نميل للفريق الثاني الذي يرى بأن عقد الإذعان ما هو إلا عقد عادي تسري عليه الأحكام العامة في العقود لأنه عقد تتوفر في الأركان المعروفة، إذ ينعقد برضا الطرفين ويقوم على الإيجاب والقبول، غير أنه يتميز بأن الإيجاب فيه يصدر عاما للكافة وبشروط محددة غالبا تكون لمصلحة الطرف القوي، وأن قبول تلك الشروط مفروض على الطرف الضعيف لأنه بحاجة ماسة للتعاقد والحصول على تلك السلعة أو الخدمة دون أن يناقشها أو يتفاوض فيها.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من طبيعة عقد الإذعان

حسم المشرع الجزائري الخلاف الفقهي حول طبيعة عقد الإذعان، فرغم أنه لم يضع تعريفا له، إلا أنه أضفى عليه الصيغة التعاقدية وذلك بنصه في المادة 70 من القانون المدني على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص231. عبد الفتاح عبد الباقي، الكتاب الأول، المرجع السابق، 209. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص51.

² محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص15.

³ - الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص103.

يتبين من إستعمال المشرع عبارة "مجرد التسليم" أنه يبرز ضعف الطرف المذعن وإستعماله لعبارة "شروط مقررة" لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب، والتي تتيح له وضع شروط العقد بمفرده كاملة دون تفاوضٍ حولها مع المتعاقد الآخر الذي ليس أمامه إلا أن يقبل العقد أو يرفضه، أي عقد الإذعان هو كباقي العقود يقوم على الإيجاب والقبول، إلا أن ما يميزه هو الحاجة إلى التعاقد للحصول على سلعة أو خدمة تعد من الضروريات لا يمكن الإستغناء عنها، لذلك يجد الطرف المذعن نفسه مضطرا لقبول الإيجاب، أي رضاه موجود لكنه مفروض عليه¹.

يتبادر دائما إلى الذهن سؤال: هل يمكن اعتبار القبول في عقود الإذعان قبولاً بالإكراه وبالتالي يؤدي بالعقد إلى البطلان؟

الواقع أنه لا وجه للقياس بين عقود الإذعان وبين تلك العقود التي يكون فيها الرضاء مشوبا بعيب الإكراه ذلك لأن الإرادة في النوع الثاني من العقود تفقد سلطانها تماما تحت وطأة الإكراه، في حين أنّ عقود الإذعان لا تتعدم فيها الإرادة بل تنقص من سلطانها فيما يتعلق بتحديد شروط التعاقد²، ومن وجه آخر فإنه ليس هناك إكراه في عقود الإذعان على قبول التعاقد لأن القبول فيها يقع على بينة واختيار بخلاف الوضع في القبول المعيب بالإكراه، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 88 من القانون المدني على أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق". ومن هذا يتضح أن الإكراه يتطلب عناصر ثلاثة هي: الإكراه، التأثير في الرضاء، وعدم مشروعية الإكراه، وعند النظر إلى هذه العناصر الثلاثة نجدها بعيدة عن عقود الإذعان.

¹ - عزت صلاح عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص105.

² - محمد فواز صباح الألويسي، المرجع السابق، ص197.

الفرع الثالث: صور وتطبيقات عملية لبعض عقود الإذعان

لم يتفق الفقهاء على العقود التي تدخل ضمن مسمى عقود الإذعان، ناهيك عن التطور الذي شهده هذا العصر أدخل صوراً أخرى تتوافر فيها شروط عقد الإذعان إلى جانب الصور التقليدية ولذلك فإن كل العقود سواء كانت مسماة أو غير مسماة يمكن أن تندرج ضمن عقود الإذعان إذا ما توافرت فيها الشروط اللازمة¹.

من أفضل الأمثلة عن عقود الإذعان هي: عقد خدمات ما بعد بيع العقار²، عقد العمل في الصناعات الكبيرة، وعقد التأمين بمختلف أنواعه، وعقد النقل مع مصلحة السكك الحديدية، وشركات السيارات العامة، وشركات البواخر، وشركات الطيران، وعقد الاشتراك في المياه والنور والغاز والتليفون، والتعاقد مع مصلحة البريد والتلغراف.

تعد الدولة الحديثة أكبر متعاقد عن طريق عقود الإذعان، ففي كل هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش، ولا مفر للطرف الآخر من القبول، لأنه يتعاقد

¹ - علي مصبح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 77.

² - "عقد خدمات ما بعد بيع العقار، هو عقد يلتزم بموجبه مقدم الخدمة (المستثمر) بتقديم الخدمات المتفق عليها في العقد كافة أو التي يقتضيها العرف، لمستفيد (مالك العقار) بفترات دورية أو صورة مستمرة أو عند الحاجة مقابل عوض نقدي يسدد من قبل الأخير لقاء هذه الخدمات.

ويعتبر عقد خدمات ما بعد بيع العقار المبرم يعد من عقود الإذعان. وذلك لأن المستفيد لا يملك التفاوض على بنود هذا العقد فليس أمامه إلا أن يبرم العقد أو يرفضه، كون شروط العقد موجهة للكافة (لكل من يرغب بشراء الوحدة السكنية في هذه المجمعات) دون تمييز بين أي شخص، وكذلك فإن محل العقد يتعلق بتقديم خدمة مهمة بالنسبة للمستفيدين كونها من ضروريات الحياة القاطنين في المجمعات السكنية في الوقت الحاضر". مهند ابراهيم علي، صهبا نزار ناظم، صفة الإذعان في عقد خدمات ما بعد بيع العقار، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية بجامعة كركوك، المجلد 05، العدد 20، 2017، ص 103.

مع محتكر للسلعة أو مرفق من ضروريات الحياة التي لا غنى عنه¹؛ وسنعرض فيما يلي بعض العقود التي كُفِت على أنها عقود إذعان:

أولاً: العقود الأكثر تداولاً

تعتبر عقود التأمين، العقود البنكية وعقود العمل من أكثر عقود الإذعان تداولاً وانتشاراً في المجتمع المعاصر تماشياً مع التطور الاقتصادي وما واكبه من نشوء مؤسسات وشركات وأشخاص تحتكر سلع وخدمات لا غنى للجمهور عنها؛ وسنتناول كل واحد منها بالتفصيل فيما يلي:

1: عقود التأمين

انتشر عقد التأمين ليصبح عقداً من العقود المسماة التي وضع المشرع لها تنظيمًا خاصاً لأنها أكثر شيوعاً وأهمية في العمل²؛ ويتميز بأنه من أبرز وأخطر عقود الإذعان ونموذج حي لها³؛ حيث أنه عقد يتم بتوافق الإيجاب والقبول إلا أن المؤمن (شركات التأمين)

¹ محمود حمودة صالح، عقود الإذعان والممارسات المصاحبة لها: نموذج الهيئة القومية للكهرباء، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة إفريقيا العالمية السودان، العدد 03، 2004، ص285.

السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص28.

² يعرف القانون المدني في المادة 619 منه التأمين بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

نصت المادة 02 من الأمر 07-95 الصادر في 1995/01/25 المعدل والمتمم بالقانون 04-06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالتأمينات بأن: "التأمين، في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بان يؤدي إلى المؤمن أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو اية دفعات مالية أخرى".

³ سارة بوفلحة، مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، المجلد 28، العدد 01، 2017، ص378.

يعد الطرف القوي صاحب المركز المالي الذي يضع شروطاً نمطية مطبوعة ومعرضة على الناس كافة لا تقبل المساومة ولا المناقشة من قبل المؤمن له (المستأمن) وكل ما له قبولها كاملة دون اعتراض أو رفضها¹.

إنّ اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان دليل على الأخذ بالمفهوم الحديث لعقد الإذعان والقائم على معيار الانفراد المسبق بتحرير العقد وفرض بنوده، وليس على معيار الاحتكار لوجود الكثير من شركات التأمين والمنافسة موجودة بينها².

كما تجدر الإشارة إلى أنّه وإن كانت بعض الشركات تسمح للمؤمن له بإدخال تعديلات طفيفة على بعض الشروط التي تدرج عادة تحت قائمة الشروط الخاصة، إلا أن هذه التعديلات لا تمس الشروط الجوهرية لعقد التأمين وبالتالي لا تنال من وصف عقد التأمين كعقد إذعان³.

-يذهب رأي إلى أن عقد التأمين بوجه عام لا يعتبر من عقود الإذعان لأن المؤمن له يمكنه رفض التعاقد واللجوء إلى شركة تأمين أخرى مما ينفي صفة الإلزام والرضوخ من جانب المؤمن له، إلا أنه يرد على ذلك بأن المؤمن له في حقيقة الأمر سيختار من بين شركات التأمين المتعددة الشركة التي يفضل الإذعان لها". عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقد التأمين حقيقته ومشروعيته -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2003، ص 269.

1- حسين جاسم الكويدلاوي، التأمين: دراسة فقهية قانونية مقارنة، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، 2015، ص 180. ابراهيم بن عبد الرحمن العروان، عقد التأمين التجاري وحكمه في الفقه الإسلامي، مركز البحوث التربوية، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 1995، ص 17.

2- بهاء الدين مسعود سعيد خويصة، الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في برنامج القانون الخاص، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين، 2008، ص 22.

-إن تطبيق شروط الإذعان في النظرية التقليدية على عقد التأمين يصعب القول بأنه عقد إذعان بصورة مطلقة، لأن عنصر احتكار خدمة التأمين انتفت لوجود عدد معتبر من الشركات التي تمارس أعمال التأمين المختلفة في الدولة الواحدة، كما أن عنصر ضرورة الخدمة فإن خدمة التأمين ليست ضرورية باستثناء التأمين الإلزامي الناجم عن استعمال المركبات. سارة بوفلحة، المرجع السابق، ص 386.

3- علي مصبح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 77.

يترتب على اعتبار التأمين من عقود الإذعان حماية واسعة للمستهلك المستامن من تعسف المؤمن، حيث يجب على القاضي عند عرض النزاع عليه أن يبطل الشروط التعسفية لمصلحة المؤمن له¹، كما أن المشرع حرص على حماية جمهور المؤمن لهم من أي تعسف يمكن أن يلحق بهم نتيجة استخدام شركات التأمين للعقود الجاهزة المعدة سلفاً²، إذ جاء بنصوص لا يجوز مخالفتها وإلا كان الاتفاق باطلاً³.

يؤكد على أن التأمين نموذج متجدد لعقود الإذعان مما قضت به محكمة النقض الأردنية: "أنّ عقد التأمين هو من عقود الإذعان التي يقوم المؤمن لوحده بطباعة نماذج العقد، ويضع في البويصلة شروطاً لا يقبل بها نقاشاً"⁴.

نفس القرار أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 2015/10/22 والذي جاء فيه أن: "عقد التأمين هو عقد إذعان وشروط التنازل عن أي مطالبة بالتعويض يعتبر تعسفياً، يعطي للمؤمن له الحق في طلب التعويض وفقاً للمادة 110 من القانون

¹ - لياس بروك، الشروط التعسفية في عقد التأمين، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي بالأغواط، المجلد 01، العدد 05، 2017، ص 292.

² - عيد أحمد أبو بكر، وليد اسماعيل السيفو، إدارة الخطر والتأمين، دار اليازوري العلمية، الأردن، 2019، ص 126. ص 127.

³ - نصت المادة 622 من القانون المدني على أنه: " يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: -الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جنائياً أو جنحة عمدية؛ - الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذ تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول؛ - كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط؛ - شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة؛ - كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

⁴ - مشار إليه في: دالي بشير، مبدأ تأويل العقد: دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007، ص 45.

المدني. التنازل المنفصل عن عقد التأمين يعتبر رضائياً وليس عقد إذعان ولا يخضع لأحكام المادة 110 من القانون المدني¹.

ومن أمثلة عقود التأمين كعقود إذعان، عقد التأمين على السيارات²، عقد تأمين المباني³؛ عقد التأمين على الطائرة لأن المؤمن له (مالك الطائرة أو مستثمرها في العقد يمثل الطرف الضعيف الذي لا يستطيع المناقشة وليس له سوى أن يقبل بشروط المؤمن دون أن يكون له الحق في مناقشتها⁴.

2: العقود البنكية

تلعب العمليات البنكية أو المصرفية دوراً بارزاً في مجال التنمية الاقتصادية للدولة، الأمر الذي أنتج علاقة عقدية غير متكافئة بين المستهلك كطرف ضعيف محتاج والبنك ذو المركز القوي اقتصادياً وفنياً وقانونياً؛ ولذلك تتسم العقود البنكية باختلال التوازن العقدي بين

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2015/10/22، مجلة المحكمة العليا لسنة 2015، العدد الثاني، ص37.

² - حسين جاسم الكويدلاوي، المرجع السابق، ص37.

³ - يعد تأمين المباني ذلك العقد الذي يبرمه مالك المبنى مع إحدى شركات التأمين بغرض تعويض الأضرار التي تصيب هذا المبنى مقابل دفع أقساط؛ ويتخذ عدة صور: التأمين ضد الحريق، الكوارث الطبيعية، أعمال الشعب، الحروب، الإرهاب، السرقة؛ هذا وقد أُسبغ بصفة الإذعان لأن شركات التأمين أقوى اقتصادياً ومالياً وفنياً وتتفرد بوضع شروط التعاقد مسبقاً بصورة موحدة معروضة للجمهور عكس مالك المبنى أو مستأجره هو الطرف الأضعف لعدم خبرته وتجربته يقبل بشروط العقد دون إمكانية مناقشتها. لمين لعريض، الحماية التشريعية للمستهلك في المجال العقاري "الحماية في عقود تأمين المباني - نموذجاً"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس المدية، المجلد 01، العدد 01، 2015، ص142.

⁴ - علاء عزيز حميد الجبوري، حسنين مكي جودي، عقد التأمين على الطائرة - دراسة مقارنة -، مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت ببغداد، العدد 20، ديسمبر 2016، ص355.

البنك والزيون، لاسيما عندما يكون هذا الأخير ينتمي إلى فئة الزبائن العاديين أي المستهلكين¹.

إن البنك بصدده توفيره لمختلف خدماته البنكية يكون حرا في تحديد نوعية الخدمة التي يعرضها للجمهور²، كما تكون له الحرية في تحديد العمولات والمكافآت والفوائد التي يفرضها عليها ولا يملك الزبون البنكي مناقشة بنود العقد أو التفاوض مع البنك بشأنها³.

تعد العقود البنكية من أبرز عقود الإذعان أو المثال الوصفي لها، لأن البنوك تنفرد بتحرير العقود والتي غالبا ما تكون مدرجة ضمن نماذج معدة مسبقا لكثرة العمليات اليومية، فلا تخول للزبون إمكانية مناقشة الشروط أو التفاوض بشأنها في كل عملية على حدى⁴؛ بالإضافة إلى صياغتها بأسلوب فني وقانوني دقيق ومعقد نظرا للمؤهلات التقنية والاقتصادية والقانونية للبنك مقارنة بالزبون كطرف ضعيف محتاج للخدمة البنكية وجاهل بتفاصيل القانون مما يصعب عليه فهم الشروط والوثائق⁵.

¹ - تدريست كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 15، العدد 01، 2017، ص238.

² - تنص المادة 03 من النظام رقم 01-13 المؤرخ في 08/04/2013 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، على أنه: "يمكن البنوك والمؤسسات المالية أن تقترح على زبائنها منتجات ادخار وقرض جديدة. غير أنه، من أجل تقدير أفضل للمخاطر المتعلقة بها وقصد ضمان الانسجام بين الأدوات، يتعين إخضاع كل عرض منتج جديد في السوق إلى ترخيص مسبق يمنحه بنك الجزائر".

³ - تنص المادة 09 من النظام رقم 01-13 السالف الذكر على أنه: "يتم تحديد نسب الفائدة الدائنة والمدينة من قبل البنوك والمؤسسات المالية بكل حرية".

⁴ - HAMMOD MAY, La protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance, thèse doctorat en droit, université panthéon-Assas, 10/12/2012, p22.

علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص80.

⁵ - محمد جاسم محمد، مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية (دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة إلى القانونية الأمريكي والفرنسي)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة ذي قار العراق، العدد 13، السنة 11، 2019، ص440. ص442.

ترجع قدرة البنك على الإنفراد بتحرير العقود البنكية ووضع شروطها للسيطرة الفعلية والقانونية الناتجة عن احتكار تقديم الخدمات البنكية، كما يتمتع بسلطة تعديلها وإغائها¹.

3: عقود العمل

يعد عقد العمل من بين العقود التي تتعرض لاختلال في التوازن نظرا للمصالح المتعارضة لطرفيه، لأن العامل يسعى إلى تأمين مصدر عيشه والمحافظة عليه وعلى الحقوق المترتبة عن شغله لمنصب العمل، ولأن المستخدم يسعى لتحقيق أكبر ربح مغلبا المصالح الاقتصادية للمؤسسة على مصالح العمال².

يتصدر عقد العمل قائمة عقود الإذعان نظرا للاختلال الواضح بين أطرافه الناتج عن حاجة الأفراد للعمل وتوفير المال من أجل العيش³، ولذلك غالبا ما تعد الشركات عادة عقودا نمطية موجهة لجميع العاملين فيها للتوقيع عليها ولا يكون لطالب العمل فرصة مناقشة الشروط والأحكام الواردة فيه فيخضع ويقبل بها بصفته طرف ضعيف اقتصاديا⁴.

¹ - تنص المادة 70 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، على أنه: "البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبنية في المواد من 66 إلى 68 أعلاه بصفة مهنتها العادية".

² - سي فضيل زهية، تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود العمل، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، المجلد 02، العدد 02، 2017، ص193.

³ - MONA JAMAL, Le contrat d'adhésion: étude comparée des droits français et koweïtien, thèse pour obtenir le grade de docteur de l'université de Strasbourg, école doctorale, université de Strasbourg, 24/10/2017, p131.

⁴ - حلو أبو الحلو، حماية الطرف الضعيف في عقد العمل: محاولة لتأصيل الفكرة وتقرير آليات الحماية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 05، 2008، ص63.

- "يذهب رأي إلى أن عقد العمل عقد رضائي تفاوضي إذا ما تم النظر إلى الاتفاقيات الجماعية للعمل التي تعتبر ثمرة تفاوض بين العمال وأرباب العمل والتي تتضمن من البنود ما يلاءم العمال ويحميهم ضد تعسف المستخدم، إضافة إلى نصوص قانون العمل وما تتضمنه من قواعد أمر لا يجوز مخالفتها". سي فضيل زهية، المرجع السابق، ص199.

ثانياً: عقود الإشتراك في الخدمات العامة، النقل، الفرانشيز

تعتبر من قبيل عقود الإذعان عقود الإشتراك في الخدمات العامة وعقود النقل من التي لا يمكن الاستغناء عنهم في الحياة العملية، وكذا عقود الفرانشيز وفق المفهوم التقليدي إذ يتمتع فيها الطرف الأقوى باحتكار قانوني وفعلي يمكنه من فرض ما يشاء من الشروط؛ وسنتناول كل واحد منها بالتفصيل فيما يلي:

1: عقود الإشتراك في الخدمات العامة

لا يستطيع الإنسان الاستغناء عن الإشتراك في عقود الخدمات العامة كالتعاقد مع شركات المياه والكهرباء ونحو ذلك، إذ يعرض مقدم الخدمة سواء كانت شركة عامة أو خاصة عقداً نمطياً لا يكون للمستفيد سوى التوقيع أو الرفض وليس له مناقشة شروط العقد.

إنّ عقود الإشتراك في الخدمات العامة هي عقود الإذعان، وصيغتها تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يُعدّه أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي يقبله أو يرفضه دون أن يكون له الحق في تغيير العبارات الواردة فيه أو الشروط التي يتضمنها، ومثال ذلك: عقود خدمة الكهرباء، والماء هي عقود إشتراك تتعلق بخدمة ضرورية محتكرة من طرف جهة معينة؛ وتكون إرادة أحد الأطراف (المشترك) محكومة بالشروط العامة التي يملها الطرف القوي اقتصادياً (الشركة)، فلا يكون للطرف الضعيف إلا الإذعان للشركة المتخصصة المحترفة وقبول شروطها دون مناقشة¹.

يتصف عقد خدمات الهاتف المحمول في الجزائر بصفة الإذعان لقلة عدد الشركات الموردة لخدمة الاتصالات محتكرة بذلك مجال الاتصالات، إضافة إلى أن الإيجاب فيها عام ومصاغ بطريقة صعبة الفهم من قبل المشترك البسيط، بينما تختفي هذه الصفة -الإذعان-

¹ - علي مصبح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 81.

في الدول التي تتواجد فيها شركات عديدة مما يؤدي إلى التنافس بين هذه الشركات بشكل حاد، فتطرح كل شركة خدماتها بشروط معقولة لا تتقل كاهل المشترك لأنها تهدف إلى تحقيق أكبر عدد من الربح، كما أن للمستهلك حرية الاختيار في أن يتعاقد مع المورد الذي يحقق مطالبه وطموحاته¹.

تعد أيضا عقود تأجير السيارات من بين العقود التي تقدم خدمات عامة، والتي قضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية في 6 كانون الثاني 1994 أن عقود تأجير السيارات المعروضة من قبل الشركة المؤجرة للمستأجرين هي عقود إذعان مفروضة على هؤلاء بالنظر على موقع الشركة الاقتصادي وبالتالي تعتبر المحكمة أن ما ورد في هذه العقود من التزامات ملقاة على عاتق المستأجر شروطا تعسفية فتبطل، حتى ولو تمت في ظروف غير متوقعة، أو غير قابلة للتوقع (قوة القاهرة)².

¹- أسيل باقر جاسم، كاظم فخري علي، المفهوم القانوني لعقد خدمات الهاتف المحمول، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل العراقية، المجلد 06، العدد 02، 2014، ص335.

-يستفاد من حكم محكمة النقض المصرية أن عقد إشترك التليفون يعد من عقود الإذعان، وأن شرط الإعفاء من المسؤولية الوارد به هو شرط تعسفي، وأن إعفاء محكمة الموضوع من هذا الشرط يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي شريطة أن يكون الحكم مبني على أسباب سائغة. الطعن 388 لسنة 57 القضائية، صادر بتاريخ 12/12/1989، مكتب فني (سنة 40-قاعدة 368-صفحة 288)، على الرابط: www.cc.gov.eg

-يرفض البعض صفة الإذعان لبعض العقود لانقضاء صفة الضرورية والأولية عن السلعة أو الخدمة، مثل القضاء بعدم تكييف العقد المبرم بين شركة الهواتف المتنقلة وبين أحد المشتركين في خدمة "الهاتف النقال" بأنه من عقود الإذعان لأن الشركة لا تتمتع باحتكار الخدمة بالاستناد إلى أن الخدمة ليست من الضروريات التي لا غنى للناس عنها". محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص129.

²- Cour de cassation, Chambre civile1, N° de pourvoi 91-19.424, 06/01/1994, sur le site:

<https://www.legifrance.gouv.fr>

إن عقود السياحة والأسفار التي لا غنى عنها في حالة أداء مناسك الحج والعمرة، أكد المشرع الجزائري على طابع الإذعان فيها في نص المادة 16 من القانون رقم 106/99¹ التي جاء فيها ما يلي: "عقد السياحة والأسفار يثبت عن طريق تسليم مستند معد من طرف الوكالة يحدد وواجبات أطراف العقد، ويوافق عليه الزبون؛ فدور الزبون يقتصر فقط على الموافقة على هذه الشروط دون مناقشتها إذا ما أراد السفر إلى البقاع المقدسة مثلا حيث يتحتم عليه الرضوخ لكل طلبات الوكيل السياحية مقابل أداء فريضة الحج أو مناسك العمرة، أو حتى السفر للسياحة في بلد آخر².

2: عقد النقل

يعتبر النقل خدمة تقديم منفعة تلبي رغبات المؤسسات والأفراد المستقرة بعيدا عن أماكن قضاء حاجاته كالعامل أو السياحة أو نقل البضائع، لهذا فإن الندرة النسبية لهذه الخدمة الراجع لاحتكار الناقل لها وكذا العرض والطلب عليها اللذان يحددان ثمنها يجعل عقد النقل من أهم نماذج عقود الإذعان على اختلاف أنواعه من نقل بري، بحري، وجوي:

إن عقد النقل البري³ يعد عقد إذعان، لأن الإيجاب فيه يصدر مطبوعا في شكل نماذج معدة سلفا من طرف الناقل تختلف شروطها وبياناتها طبقا لطبيعة العقد ووسيلة النقل ومحل النقل⁴، كما أنّ ليس للطرف المرسل حرية مناقشة شروطه، وليس له من خيار سوى

¹- قانون رقم 99-06 مؤرخ في 04/04/1999، يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار، الجريدة الرسمية، الصادرة في 07/04/1999، السنة 36، العدد 24، ص14.

²- عبد الرحمن زوهير، النظام القانوني لعقد السياحة والأسفار في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، 2006/2009، ص11.

³- عرفت المادة 36 من القانون التجاري عقد النقل البري بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أو شيء إلى مكان معين".

⁴- رحمون عامر، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، 2013، ص 131.

التسليم وقبول تلك الشروط أو رفضها، فمثلا في عقد النقل البري للبضائع يكون الإيجاب عاما موجها للجمهور، ويتم العقد بمجرد قبول المرسل¹؛ أو في عقد النقل بالسكك الحديدية تكون تعريفه النقل معدة سلفا من طرف الناقل وما للطرف الآخر إلا الإذعان لذلك².

يكتسي عقد النقل البحري أهمية في حياة الشعوب والأمم لأنّ عملية نقل مختلف البضائع في العالم والمتاجرة بها تتم عن طريق البحر، وهو عقد رضائي يتم بموجب اتفاق بين الناقل البحري والشاحن بتطابق إرادتهما³، إلا أنّ خطوط الملاحة البحرية المنتظمة أصبحت تحتكره اليوم شركات كبرى تُضمّن وثائق الشحن التي تُصدرها في شروط مطبوعة لا يقوى الشاحنون على مناقشتها كأن يضمن شروطا تعفيه من المسؤولية، مما يجعل هذا العقد من قبيل عقود الإذعان التي تجعل الشاحن مضطرا للتسليم وقبول هذه الشروط⁴.

يعتبر عقد النقل الجوي عقد إذعان، لأن شركات الطيران تعرض شروطها المطبوعة على الكافة ولا تقبل مناقشة فيها كما لا يكون لإرادة الطرف الثاني أي دور في شروط العقد وما له سوى القبول أو الرفض؛ فالناقل الجوي يحتل مركزا اقتصاديا قويا لأنه في الغالب يكون مرفقا عاما يقدم خدمات للجمهور، في شكل نموذج مطبوع يتعين على المسافر الموافقة

¹ - مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2002، ص161.

² - RAYMOND SALEILLES, op.cit. p230.

³ - عرف المشرع الجزائري عقد النقل البحري في المادة 738 من القانون البحري بنصها على ما يلي: "يتعهد الناقل بموجب عقد نقل البضائع عن طريق البحر بإيصال بضاعة معينة من ميناء إلى ميناء آخر ويتعهد الشاحن بدفع المكافأة له المسماة أجرة الحمولة".

⁴ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص131.

عليه ولا يتسنى له مناقشة البنود وهو ما يمثل ضررا كبيرا بمصالح الركاب الأقل قدرة في مواجهة الناقل الجوي عند إبرام العقد¹.

3: عقد الفرنشيز

لم يخصص المشرع الجزائري نصوص قانونية لتعريف عقد الفرنشيز وتنظيم أحكامه، وقد عرفه القرار الوزاري الفرنسي الصادر في 29 نوفمبر 1973 بأنه: العقد الذي بمقتضاه تخول شركة لعدة شركات أخرى مستقلة عنها، نظير مقابل مادي، الحق في استخدام اسمها التجاري وعلامتها التجارية لبيع بعض المنتجات أو الخدمات. ويصاحب هذا العقد في الغالب تقديم مساعدة تقنية².

يقوم عقد الفرنشيز على التعاون بين طرفين مستقلين، من جهة هناك مانح الفرنشيز الذي يحتكر معرفة فنية مميزة وقابلة للانتقال، والذي طور مشروع اقتصادي ناجح وقابل للتكرار، ومن جهة أخرى نجد متلقي الفرنشيز يتمثل في شخص مستقل عن المانح يَنْصَم لشبكة الفرنشيز ويصبح عضوا فيها³.

¹ - علي غسان أحمد، إنعام محمد رضا عبد العزيز، القانون الواجب التطبيق على عقد النقل الجوي "دراسة مقارنة"، مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 03، العدد 02، 2019، ص160.

² - «Contrat par lequel une entreprise concède à des entreprises indépendantes, en contrepartie d'une redevance, le droit de se présenter sous sa raison sociale et sa marque pour vendre des produits ou services. Ce contrat s'accompagne généralement d'une assistance technique ». Arrêté du 29 novembre 1973, relatif à la terminologie économique et financière, journal officiel de la république française, 03/01/1974, N° 3, p95.

³ - إقبطال فريدة، النظام القانوني لعقد الفرنشيز في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج بالبويرة، 2016/06/16، ص10.

إذا حاولنا تطبيق هذه شروط عقد الإذعان على عقد الفرنشيز، نلاحظ ما يلي¹:

- يتمتع الطرف الأقوى وهو المانح في عقد الفرنشيز باحتكار قانوني، أو فعلي يعطيه سيطرة مستمرة على الطرف الآخر، ومن ثم يستطيع أن يملئ ما يشاء من الشروط مستندا إلى احتكاره، والممنوح لا يستطيع أن يجد البديل، إذ يتميز مجال المعرفة الفنية بالطبيعة الاحتكارية، حيث تعتبر المعرفة الفنية ركيزة جوهرية في العقد.

- أن معيار ضرورة السلعة لاعتباره عقد إذعان متوفرة، لأن المعرفة الفنية الخاصة بالمانح تكون ضرورية للممنوح بحيث لا يمكنه الاستغناء عنها كضرورة اقتصادية لنجاحه.

- يصدر الإيجاب في عقد الفرنشيز بصفة عامة وبشكل نموذجي معد مسبقا، بحيث لا يستطيع القابل أن يعدل في شروطه لأن مركزه الاقتصادي الضعيف يؤثر على إرادته بعكس المانح المحتكر.

وعليه، إن الشروط الخاصة بعقد الإذعان وفق المفهوم التقليدي قد توافرت في عقد الفرنشيز، ومن ثم أمكن وصفه بعقد إذعان.

ثالثا: العقود النموذجية والتجارة الالكترونية

تعد من قبيل عقود الإذعان العقود النموذجية وعقود التجارة الالكترونية لأن الغالب فيهما إعداد الشروط مسبقا من طرف الموجب مع صعوبة التفاوض بشأنها ولا يكون للطرف المستهلك إلا التسليم لها وقبولها؛ وسنتناول كل واحد منها فيما يلي:

¹ - عروسي ساسية، الطبيعة القانونية لعقد الفرنشيز، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة سطيف2،

1: العقود النموذجية

العقد النموذجي هو عبارة عن "صيغة مكتوبة تتضمن القواعد التي تحدد آثار العقد بشكل عام، أي حقوقه والتزاماته، وغالبا ما تقوم بوضع صيغ العقود النموذجية-وهو الأصل-الجمعيات التجارية، والنقابات المهنية التي يعينها الأمر مباشرة، وذلك بغرض تسهيل تجارة سلعة معينة أو مجموعة من السلع بالنسبة لأعضائها المنتمين إليها"¹.

ينبغي عدم الخلط بين العقود النموذجية وعقود الإذعان، فالعقد النموذجي ليس بالضرورة أن يكون من عقود الإذعان، إلا أنه يمكن اعتباره وسيلة من الوسائل لإبرام عقود الإذعان، لاسيما في المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، لأن المذعن يُقبل على العقود النموذجية بما تحويه من بنود وشروط معدة مسبقا ولا حول له إلا بالتسليم لهذه الشروط رغم العنت الذي يجده من خلال الإقبال على التعاقد تبعا لحاجته الملحة وضرورته الملجئة لعرض الطرف المذعن الذي يملك الخبرة والتكنولوجيا لترويج السلعة أو تقديم الخدمة، ولا قدرة له في عدم قبول التعاقد ورفض السلعة أو الخدمة لاحتكار الموجب لها، مما يوحي بتعسفه لحظة إعداد نماذج العقود وتعسفه أثناء التعاقد بعدم المناقشة فضلا عن التنازل عن بعض الشروط؛ لكن ليس كل شرط معد مسبقا في شكل نموذج يعتبر بندا تعسفيا فمن العقود تحمل شروط لا تعكس بالضرورة التعسف ولا يقصد من وراءها إذعان القابل².

لم يضع المشرع الجزائري أحكاما تنظم العقود النموذجية ولكن تفسير نوع من هذه العقود تنطبق عليه أحكام عقود الإذعان؛ لأن من خصائص العقد النموذجي أنه ذا هيكل تنظيمي سابق-الإنفراد بإعداد العقود- أي أن صدور إيجابه يكون على شكل صيغ مطبوعة معدة سلفا وبصورة موحدة لكل من يتعاقد معه وبشروط متماثلة، ومثال ذلك بطاقات الاشتراك

¹- بيان إسحاق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، مذكرماجستير في القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت بفلسطين، 2007، ص110.

²- دحمون حفيظ، التوازن في العقد، المرجع السابق، ص52.

الشهري في خدمة الاتصالات فالسرعة التي تتم بها هذه العقود وعدم وضوح بنودها يؤدي بالطرف الضعيف بالتوقيع دون أن يفهم آثارها أو مداها¹.

رغم الأثر السلبي الناتج عن التعسف الذي تصطبغ به بعض بنود العقود النموذجية إلا أن هذه الأخيرة تحقق مزايا متعددة من خلال مسايرتها للوقت الحالي الذي يتطلب السرعة والوفرة، إذ تهدف إلى توفير الوقت والجهد والنفقات في إعداد العقود المشابهة وعدم الدخول في مفاوضات مرهقة، كما تعمل على تقنين العادات التجارية السائدة ومن ثم توحيد القواعد القانونية المعمول بها في الأوساط التجارية؛ وعلى إثر ذلك لا تسلب العقود النموذجية من الناحية النظرية حق المستهلك في المناقشة، ولا تشكل ضررا محققا به، وإنما هي ضرورة فرضتها الظروف العقدية لتتلاءم مع سرعة وكثافة المعاملات التي يتطلبها الوقت الحاضر².

2: عقود التجارة الإلكترونية

يشهد العقد الإلكتروني نموا متزايدا، حيث بات يمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية والداخلية، ويرجع ذلك إلى سهولة وسرعة إبرامه، إذ أنه لا يخرج في تركيبه ومضمونه عن سياق العقود العادية، فعرف على أنه: "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا وتنشئ التزامات تعاقدية"³,

¹ - حاسي جهاد، علي فتاك، التنظيم القانوني للعقود النموذجية في قانون التجارة الدولية- بالتطبيق على قواعد اليونيدورا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، المجلد 57، العدد 04، 2020، ص246.

² - سهى نمر الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت بفلسطين، 2008، ص41.

³ - لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في القانون: فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون بجامعة الجزائر 1، 2010/2011، ص7.

كما عرفه المشرع الجزائري في المادة 2/6 من قانون التجارة الالكترونية¹ بأنه: "العقد بمفهوم القانون 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني"، وقد عرف القانون 02-04 في المادة 4/2 العقد بأنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا".

إن عقود التجارة الالكترونية ليس بالضرورة هي عقود إذعان، وإنما هي تارة عقود إذعان وتارة أخرى عقود تفاوضية، وفقا لظروف كل عقد على حدى²؛ إذ يجب التمييز حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد، فلو تم التعاقد بالضغط على زر الموافقة على عقود نمطية معدة سلفا فهنا نكون أمام عقود إذعان، بينما إذا تم التعاقد عن طريق برنامج محادثة أو البريد الإلكتروني فهنا يوجد مجال للتفاوض وبالتالي قد لا نكون أمام عقد إذعان³.

¹ - قانون رقم 05-18 المؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 16 مايو 2018، العدد 28.

² - يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس بفلسطين، 2007، ص 21.

³ - بوعيسى يوسف، حماية المستهلك في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة وهران، 2013/2014، ص 157.

يرى غالبية الفقه أن العقود الالكترونية هي في حقيقتها عقود إذعان لأنه يصعب التفاوض بشأنها¹، ويستند هذا الرأي إلى حقائق موضوعية وهي:

1- أنّ المهني (الموجب) في مركز اقتصادي ومعلوماتي قوي، وأن العقد يتعلق بسلع وخدمات لا غنى عنها للمستهلك الذي يسعى لتلبية حاجاته الشخصية أو حاجات أسرته بالإضافة إلى أن الإيجاب يعد عاما موجه لجمهور غير محدد، ولوقت غير محدد، وتتم صياغة شروطه في قالب نموذجي تتسم الصياغة فيه بالتطرق لمسائل فنية دقيقة تقتصر إلى الوضوح وإن كانت واضحة فلا يتييسر فهمها للمستهلك العادي². ومن ثم إنّ وجهة النظر هذه استبعدت شرط الاحتكار في عقد الإذعان واتجهت إلى المفهوم الواسع لعقد الإذعان³.

2- أنّ التعاقد عبر الانترنت لا يوفر تواملا مباشرا بين المهني والمستهلك فلا يتيح فرصة المساومة من أصلها، ويتم التعامل على هذا المحتوى بأكمله كوحدة بمجرد النقر على الموقع والضغط على عبارة موافق؛ وطالما أن العقد غير متوازن فإن عدم التوازن سوف يميل لصالح المهني ولغير صالح المستهلك⁴.

3- أنّ الشركات العملاقة في نطاق التجارة الالكترونية تشبه تماما شركات الاحتكار في عقود الإذعان، وذلك كونها تكون محتكرة لسلعة عن طريق شبكة الانترنت ويكون

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، مصر، 2006، ص45. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، المرجع السابق، ص130. زروق يوسف، حماية المستهلك من الإذعان في عقود الاستهلاك الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشر الجلفة، المجلد 08، العدد 04، 2015، ص345.

² رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص43.

³ حابت آمال، التجارة الالكترونية في الجزائر، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015/09/30، ص54.

⁴ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص45.

المستهلك في حاجة لاقتنائها بهذا الطريق، ولا يملك حرية المفاضلة بين أكثر من شركة وإنما هي شركة واحدة، إن قبل فلا يملك سوى التعاقد معها¹.

المطلب الثاني: الشرط التعسفي كشرط لتعديل عقد الإذعان

إذا توافر الشرط الأول سالف الذكر، أي وجود عقد إذعان قائم صحيح، جاء دور الشرط الثاني، والمتمثل في اشتغال العقد على شرط أو عدة شروط تعسفية تبرر رقابة القضاء لأن هناك العديد من عقود الإذعان لا تتضمن اشتراطاتها أي تعسف.

إنّ الهدف الذي أراده المشرع من المادة 110 قانون مدني جزائري هو حماية الطرف المدعن لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد أو على الأقل إزالة التفاوت الكبير فيه؛ وإذا لم يكن العقد متضمنا لأي من هذه الشروط فلا محل لمراجعة القاضي وإلا عدّ تدخله تحريفا للعقد، الأمر الذي يكون مبررا لنقض الحكم².

إن تحديد الصفة التعسفية في الشرط يتطلب منا تعريف الشرط التعسفي وتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له (الفرع الأول) ومن ثم تحديد المعايير التي يعتمد عليها القاضي في تحديده لصفة التعسف ومدى سلطة القاضي الجزائري في تقدير الطابع التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي

أحيط مفهوم الشرط التعسفي باهتمام كبير وواسع لأنه شرط ضروري لتدخل القاضي في العقد حماية للمتعاقد المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، ولتحديد مفهوم هذا الشرط لابد من تعريفه (أولا) وتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له (ثانيا).

¹ - إسماعيل قطاف، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، مذكرة ماجستير: فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2006/2005، ص18.

² - عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2002، ص434.

أولاً: تعريف الشرط التعسفي

نتج عن توفير الحماية للمستهلك من تعسف¹ الفريق القوي في العقد، إثارة تساؤل حول مفهوم الشرط التعسفي وكيفية مكافحته سواء من قبل المشرع أو من قبل القضاء؛ لذلك وجدت العديد من التعريفات: التعريف الفقهي، القضائي والقانوني، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل فيما يلي:

1: التعريف الفقهي

لم يعد لوجود الشرط التعسفي في عقد الإذعان محل شك²، مما أثار اهتمام الفقه بتعريف الشروط التعسفية، فوجدت العديد من التعريفات والتي يعتمد كل تعريف منهما على زاوية معينة.

بداية إن كلمة شرط يقصد بها ما يدخله المتعاقدان من بنود في العقد لمجرد تنظيم علاقتهما العقدية، وكلمة تعسف تعني الجور أو التعدي³.

يقصد بالشرط التعسفي في عقود الاستهلاك عموماً بأنه: "شرط -بند- في العقد يؤدي إلى اختلال توازنه اشتراطه الطرف القوي بما له من نفوذ اقتصادي بهدف تحقيق ميزة فاحشة له على حساب الطرف الآخر دون مقتضى"⁴.

¹ - التعسف لغة: هو الاستخدام السيء للشيء. وفي لسان العرب ورد أن: عسف: العسفُ: السَّيرُ بغير هداية والأخذ على غير الطريق، وكذلك التَّعَسُفُ والاعتِسافُ. ومن قيل: رجل عسوفٌ إذا لم يقصد قَصْدَ الحقِّ. وتَعَسَّفَ فلان فلاناً إذا ركبهُ بالظلم ولم يُنصِفْهُ. ورجل عسوفٌ إذا كان ظلوماً. والعسيفُ: الأَجِيرُ المُسْتَهَانُ به. ابن منظور، لسان العرب، الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثالثة، لبنان، 1999، ص206.

² - أمال بوهنتالة، سلوى قداش، سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 09، العدد 14، أبريل 2017، ص254.

³ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2012، ص512.

⁴ - رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص193.

يعرف الشرط التعسفي من حيث طبيعته ومناقضته لمبدأ حسن النية أنه: "ذلك الشرط الذي يتناقض مع ما ينبغي أن يسود التعامل ما بين المهني والمستهلك من نزاهة وشرف، ومن ثم مناقض لما تستوجبه مقتضيات حسن النية"¹.

ويعرف من حيث المصدر وطريقة فرضه بأنه: "تلك الشرط أو الشروط التي يفرضها المتعاقد القوي من الناحية الاقتصادية على المتعاقد الضعيف من الناحية نفسها، ولا يستطيع هذا الأخير إلا أن يقبلها نظرا لضعف مركزه الاقتصادي، بحيث لو لم يكن في هذا المركز الضعيف لما قبلها"².

كما يعرفه جانب آخر من الفقه بالنظر إلى أطراف العلاقة التعاقدية بأنه: "الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"³.

يُعرف الشرط التعسفي أيضا من حيث أثره على العلاقة العقدية وتوازنها بأنه: "كل شرط يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من وجود اختلال في توازنه"⁴. وكذلك بأنه: "الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن عقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك الذي لا تتوافر لديه الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية"⁵.

¹ - زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017/2018، ص254.

² - فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص98.

³ - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص32.

⁴ - أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص212.

⁵ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص459.

من خلال ما تم عرضه من تعريفات للشروط التعسفية وعلى الرغم من اختلافها في بعض الجزئيات نجدها تتضمن عنصرين¹: يمثل الأول في أن المؤسسات الخدمية والإنتاجية وما تتضمنه من نفوذ اقتصادي واجتماعي وبما تحوزه من قدرات بشرية وتقنية تسترسل في فرض شروطها المجحفة على المستهلكين والذين يمثلون الطرف الضعيف مقارنة بما لهذه المؤسسات من مقدرات وقدرات عالية؛ أما العنصر الثاني فيتمثل في حدوث إخلال بالقوة الندية والتفاوضية نتيجة لما لهذه المؤسسات الإنتاجية والخدمية من تفوق اقتصادي وتقني فينتج عنه عدم توازن فاحش في الحقوق والالتزامات بين المهني والمستهلك وتجعل تنفيذه لا يتوافق مع مبدأ حسن النية والعدالة والأنصاف الذي تنشده القوانين والتشريعات.

خلاصة للقول، أنّ تعريف الشرط التعسفي ليس بالأمر اليسير لكونه من المفاهيم الحديثة التي لا يزال الغموض يحيط بها، إلا أنه يتضح من خلال التعريفات السابقة على الرغم من اختلاف مصدرها والأساس المعتمد في كل تعريف منها أنها تتفق في الأثر الذي يخلفه هذا الشرط.

وبالتالي نرجح التعريف الشامل للشرط التعسفي القائل بأنه: "ذلك الشرط الذي لم يكن محلاً للمفاوضة والنقاش الفردي الفعلي بين طرفي العقد، والذي يترتب عليه إيجاد حالة من عدم التوازن والتكافؤ بين الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن العلاقة التعاقدية، وأن يكون هذا الشرط مكتوباً بصفة مسبقة دون أن يكون لرأي المستهلك أو مشورته أي تأثير في مدى

¹ - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2005/2004، ص262.

إمكانية تغيير هذا البند، ويستوي أن تكون هذه الحالة التعاقدية بسبب الاختلاف في القوة الاقتصادية بين الطرفين أو بسبب المعرفة الفنية أو بسبب القانون¹.

2: التعريف القضائي

للقضاء دور كبير في تعريف الشرط التعسفي بحيث تعتبر محكمة النقض الفرنسية أنه من الوقت الذي يبرم فيه عقد بين المهني والمستهلك يعتبر محرما الشرط الذي من شأن محله أو أثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم الوفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت².

قضت محكمة النقض الفرنسية بمناسبة قضية ناشئة عن علاقة بين بنك وأحد عملائه، أن الشرط يعتبر تعسفيا إذا كان تصرفا غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكل غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية العقدي³.

كما جاءت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي بغرفتها الأولى بمناسبة تفسير حكم صادر بتاريخ 1993/04/05 متعلق بقضية أحد العملاء مع أحد البنوك بشأن اتفاقية قرض عقاري، بأنه يعتبر البند الوارد في العقد الذي لم يتم التفاوض بشأنه تعسفيا عندما يؤدي،

¹ - عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، دراسة تحليلية مقارنة لتقرير حماية فعالة للمستهلك في مواجهة القوة الاحتكارية لشركات إنتاج برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2015، ص50.

² - Cour de Cassation, chambre civile1, du 25 janvier 1989, N° de pourvoi :87-13.640. sur le site : www.legifrance.gouv.fr

³ - «... une pratique illicite modifiante l'économie général du contrat incompatible avec le respect de la bonne foi contractuelle constitue une clause abusive...». T.G.I, paris, 25.oct.1989, N°200,Bull. d'info. C.Cass. n°298, 25.fév.1990.

مشار إليه في: سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك: دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007، ص99.

على الرغم من شرط حسن النية، إلى عدم توازن كبير على حساب المستهلك بين التزامات وحقوق الأطراف الناشئة عن العقد¹.

لقد عرفت محكمة النقض المصرية الشرط التعسفي تارة بأنه: "الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام"². وفي حكم آخر لها عرفته بأنه: "ذلك الشرط الذي يتوقف تنفيذه على محض إرادة الطرف الأقوى اقتصاديا في العقد"³.

عند الإمعان في تعريف محكمة النقض المصرية نجد أنها جعلت الشرط التعسفي هو الشرط الذي يتناقض مع جوهر العقد فقط، في حين في حكم آخر جعله الشرط الذي يتوقف تنفيذه على محض إرادة الطرف الأقوى اقتصاديا، وهذا تناقض واضح، لأن الشرط قد يرد في العقد ولا يتناقض مع جوهر العقد لكنه يخل بالتوازن العقدي لصالح الطرف الأقوى اقتصاديا أو معرفيا أو الأقوى بالقانون مثل أن يكون الطرف القوي إحدى جهات الدولة المرفقية كشركة المياه أو الكهرباء⁴.

غير أنه بالرجوع إلى القضاء الجزائري نجده أنه اعتبر شرط التنازل عن أي مطالبة بالتعويض شرطا تعسفيا⁵، كما اعتبر الشروط التي تملص فيها شركة التأمين من الالتزام

¹- CJEU, Cour, 1 er chambre, n°C-342L13, Ordonnance de la cour, 3 avril 2014, sur le site : <http://eur-lex.europa.eu>

²- الطعن رقم 296 لسنة 25 قضائية، الصادر بجلسة 1960/04/21، مكتب فني (سنة 11-قاعدة 50-صفحة 330)؛ الطعن رقم 1276 لسنة 53 قضائية، الصادر بجلسة 1988/03/23، مكتب فني (سنة 39-قاعدة 93-صفحة 459). منشورين على الرابط: www.cc.gov.eg

³- الطعن رقم 396 لسنة 37 قضائية، الصادر بجلسة 1974/03/12، مكتب فني (سنة 25-قاعدة 80-ص 492)؛ على الرابط: www.cc.gov.eg

⁴- عبد المنعم أحمد خليفة، المرجع السابق، ص 64.

⁵- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2015/10/22، مجلة المحكمة العليا لسنة 2015، العدد الثاني، ص 37.

بالضمان من الشروط التعسفية¹، وما عدا ذلك لا يمكن استخلاص مواقف حول تحديد مفهوم الشرط التعسفي ولعل السبب في ذلك راجع إلى كون المشرع الجزائري تطرق إلى تحديد هذه المفاهيم ولم يترك المجال للقضاء.

3: التعريف القانوني

إن القوانين بصفة عامة تهدف في مجملها إلى الحماية من الشروط التعسفية أو للتخفيف من آثارها ولكنها تواجه صعوبة في تحديدها ورصد مختلف مظاهرها وتجلياتها²؛ وفي هذا السياق سنتطرق إلى موقف الدول التي عرفت الشرط التعسفي في تشريعاتها.

أ: تعريف التشريعات الأجنبية

إن بعض التشريعات الأجنبية قد قامت بتعريف الشروط التعسفية على ضوء مفهوم التوازن العقدي كمعيار لتحديدها، ومن هذه التشريعات، التشريع الألماني والبلجيكي، الكندي والاسباني والفرنسي، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

• تعريف المشرع الألماني:

يعتبر المشرع الألماني السباق في مجال الحماية من الشروط التعسفية حيث سارع إلى إصدار قانون بتاريخ 09 ديسمبر 1976 متعلق بالشروط العامة للعقود، والذي بدأ العمل به في أول أبريل 1977. وقد تبنى فيه النظام التشريعي حيث وضع قائمة بالشروط الباطلة في

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2015/03/19، مجلة المحكمة العليا لسنة 2015، العدد الأول، ص161.

² - عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك: الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان وفي العقود المبرمة بين المهنيين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص96.

المادة 10 و 11 منه. كما اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى مبدأ حسن النية بموجب المادة 09 منه¹.

هذا وقد عرف في المادة 01 من نفس القانون الشروط العامة المخلة بالتوازن العقدي بأنها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، كما وقد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد، فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه، دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه².

كذلك حدد المشرع الألماني الشروط التعسفية الباطلة ضمن قائمتين (رمادية وسوداء)، حيث لا يقصر الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين بل تمتد الحماية إلى المهنيين أنفسهم كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الإذعان مع استثناء المفاوضة والمساومة وقد اشترط القانون للاعتداد بها إعلام الطرف الآخر بها خاصة المستهلك³.

إنّ هدف المشرع الألماني من خلال هذا التنظيم هو إعادة التوازن العقدي بين أطراف العقد، والذي قد يخل به المحترف عند إيرادها للشروط العامة⁴.

¹- MICKLITZ Hans- W, La Loi Allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976, revue internationale de droit comparé, société de législation comparée, 1989, année :41, N° 1, p105. P106.

²- محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2011، ص48.

³- سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص: عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013/2014، ص60.

⁴- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص22.

• تعريف المشرع البلجيكي، الكندي، الإسباني:

صدر في بلجيكا قانون بتاريخ 14 يوليو 1991 أدخل تعديلات على قانون 14 يوليو 1971 الخاص بالممارسات التجارية من خلال فصل جديد (فصل 5) عنوانه: "الأحكام العامة المتعلقة ببيع السلع والخدمات للمستهلكين"، حيث ورد تعريف في المادة 31 منه على أن الشرط التعسفي: "كل شرط تعاقدى يؤدي إلى اختلال مبالغ فيه في التوازن بين الحقوق والالتزامات التعاقدية على حساب المستهلك"¹.

عرّف التقنين المدني لمقاطعة الكيبك الكندية الشرط التعسفي في المادة رقم 1437 بأنه: "... كل شرط يضع المستهلك في ضرر مفرط وغير معقول، ويعارض بذلك مبدأ حسن النية، يعتبر تعسفياً بالأخص الشرط الذي يستبعد إلتزامات أساسية مترتبة عن القواعد التي تحكم العقد عادة فيغير منها ذلك الشرط"².

أصدر المشرع الإسباني قانون 19 يوليو 1984 المعدل بالقانون 13 أبريل 1998 في مادته العاشرة الشروط التعسفية بأنها: "تلك الشروط الضارة بالمستهلكين والتي تعكس

¹– Article 31, Loi 14 juillet 1991 : « Pour l'application de la présente loi, il faut entendre par clause abusive, toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clause ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties ».

²– Article 1437, Code civil du Québec : «La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion et nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.»

أسلوب عدم التكافؤ أو الملائمة، أو بأسلوب غير عادل، أو ما يؤدي إلى عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات لأطراف العقد"¹.

• تعريف المشرع الفرنسي:

أثار المشرع الفرنسي مسألة تعريف الشرط التعسفي، لأن محكمة النقض يلزمها سنين من أجل أن تأخذ موقفا إزاء كل شرط أو نموذج من الشروط²؛ فعرفته في البداية في المادة 35 من قانون 10 يناير 1978 المتعلق بحماية وإعلام مستهلكي السلع والخدمات، بأنه: "في العقود المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين يمكن أن تكون ممنوعة أو محددة أو منظمة بمرسوم يصدر من مجلس الدولة الفرنسي بعد التشاور مع اللجنة المشكلة طبقا للمادة 36 من هذا القانون، تلك الشروط المتعلقة بطبيعة السلعة أو الخدمة المعنية، أو التي تتعلق بالتسعير أو طرق السداد أو التسليم أو عبء المخاطر ونطاق المسؤوليات والضمانات وشروط التنفيذ والإنهاء أو التجديد للعقد، حينما يتم فرض هذه الشروط على غير المهنيين أو المستهلكين بسبب سوء استعمال القوة الاقتصادية من الطرف الآخر بحيث يعطيه هذا الشرط ميزة غير عادلة"³.

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص115.

²- « Mme. Scrivener Christiane, ... il faut des ânées pour que la cour de cassation prenne parti et cela, sur chaque clause ou sur chaque type de clause.». Compte rendu intégral : 44° séance, 1^{er} ordinaire de 1977-1987, Débat parlementaire sénat, journal officiel de la république français, 19 décembre 1977, N°102, p 4217.

³- «dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en conseil d'état pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et

لقد صدر مرسوم فرنسي رقم 78-464 لتنفيذ الفصل الرابع من القانون 78-23 السالف الذكر، والذين نص في مادته الأولى أن الشرط الذي محله وأثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه يعتبر شرطا تعسفيا، وكذلك نص في مادته الثانية على أنه يعتبر شرطا تعسفيا الشرط الذي محله أو أثره يلغي حق غير المهني أو المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت¹.

لكن بعد أن قضى التوجيه الأوروبي لـ 05 أبريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية²، بضرورة تعديل قوانين الدول الأوروبية الأعضاء لتتسجم معه في مادة الشروط التعسفية، أصدر المشرع الفرنسي قانون 95-96 بتاريخ 01 فيفري 1995 المعدل للقانون 26 جويلية 1993 المتعلق بالاستهلاك استجابة للتوجيه وأصبح تعريف الشروط التعسفية بموجب المادة

garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». Article 35, Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, sur la protection et l'information des consommateurs des produits et de services.

¹-Décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, journal officiel de la république française, 1 avril 1978, N°77, p1412.

- "اهتم هذا المرسوم بثلاثة أنواع من الشروط وهي: أ- الشروط المعفية او المحددة لمسؤولية المهني في عقود البيع مع إبعاد عقود أداء الخدمات؛ ب- الشروط التي تعطي للمهني الحق في أن يعدل من جانبه فقط خصائص السلعة أو الخدمة المطلوبة (مثال ذلك عقود السيارات، وعقود بيع أثاث المنازل)؛ ج- شروط الضمان التعاقدية التي لا تنص على وجود الضمان القانوني للعيوب الخفية". عبد المنعم أحمد خليفة، المرجع السابق، ص.56.

²- عرف التوجيه الأوروبي رقم 93-15 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، الصادر عن البرلمان والمجلس الأوروبي في 5 أبريل 1993، الشرط التعسفي حيث نص في المادة 3 البند 1 منه على أنه: "يعتبر الشرط الذي لم يكن محلا لتفاوض فردي شرطا تعسفيا، على الرغم من شرط حسن النية، إلى حدوث خلل كبير في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف الناشئة من العقد".

L.132-1 بأنها: "تلك الشروط التي يكون موضوعها أو الهدف من نتائجها أن تخلق -على حساب غير المحترف أو المستهلك- اختلال كبير بين حقوق والتزامات أطراف العقد"¹.

يلاحظ أن المادة L.132-1 تختلف عن المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 السالف الذكر من حيث الصياغة، وهذا الاختلاف يكمن في أن المعيار المعتمد لتعريف الشرط التعسفي في المادة 35 يتمثل في سوء استعمال القوة الاقتصادية وما يترتب عنه من ميزة مفرطة أو فاحشة، أما في المادة L.132-1 أصبح المعيار المعتمد يتمثل في إختلال التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف.

إنّ المادة L.132-1 تطبق الحماية ضد الشروط التعسفية على العقود من كل نوع، أي كانت دعامتها، وعلى بعض شروط الخدمات العامة، مع وجوب أن يتم إبرام العقد بواسطة مهني مع مستهلك أي يكون مدرجا في عقد استهلاك؛ وهو عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري حينما مد الحماية من الشروط التعسفية حتى إلى العقود المبرمة بين المهنيين كما سنرى لاحقا.

ب: تعريفات التشريعات العربية

نصّ المشرع المصري في المادة 10 من قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 وما يقابلها حاليا المادة 28 من قانون حماية المستهلك لسنة 2018: "يقع باطلا كل شرط

¹- article L.132-1: «Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnel ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droit et les obligations des parties au contrat.». Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, journal officiel de la république française, 02/02/1995, N°28.

يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأنه خفض أي التزامات المورد الواردة بهذا القانون أو لائحته التنفيذية أو إعفاؤه منها"¹.

إن التركيز في هذا النص يتبين أنّ المشرع المصري قد أخذ بمعيار عدم التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الطرفين في تعريفه للشرط التعسفي، لأنه طالما قضى بالبطلان في حالة تخلص المهني من بعض التزاماته يعني أنه قد وضع على عاتقه التزاما بحفظ التوازن العقدي².

أما القانون المغربي فنصّ في قانون حماية المستهلك³ في المادة 15 منه على أنه: "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط كون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين الحقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك".

أما التشريع اللبناني فنصت المادة 26 من قانون رقم 659 الخاص بحماية المستهلك⁴ والصادر بتاريخ 2005/02/04 على ما يلي: "تعتبر بنودا تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير"، كما عدت هذه المادة بعض البنود التي تعتبر تعسفية على سبيل المثال لا

¹- قانون رقم 181 لسنة 2018 بإصدار قانون حماية المستهلك، الصادر في 03 محرم 1440هـ الموافق لـ 13 سبتمبر 2018م، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، عدد 37، السنة الحادية والستون.

²- " .. إنّ ظاهرة التوازن العقدي تعني التكافؤ في الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، فإذا قام المورد أو مقدم الخدمة بالتخلص من بعض التزاماته، فإن هذا يؤدي إلى عدم التكافؤ في الالتزامات بين التاجر والمستهلك، الأمر الذي يجب أن يترتب عليه بطلان الشرط كما نصت المادة 10 من القانون المذكور أعلاه". إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص117.

³- ظهير شريف رقم 1.11.03، صادر في 14 من ربيع الأول 1432هـ الموافق لـ 18 فبراير 2011 بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، حرر بالرباط، الجريدة الرسمية، عدد 5932، بتاريخ 03 جمادى الأولى 1432 هـ الموافق لـ 07 ابريل 2011، ص1072.

⁴- قانون رقم 659، حماية المستهلك، صادر بتاريخ 2005/02/04، الجمهورية اللبنانية.

الحصر، كما أضافت في فقرتها الأخيرة أن هذه البنود تعتبر باطلة بطلانا مطلقا على أن تنتج أحكام العقد الأخرى كافة مفاعيلها.

ج: تعريف المشرع الجزائري

لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالشروط التعسفية في القانون المدني تاركا ذلك للقاضي الذي يتمتع بسلطة تقديرية في قياس مدى التعسف؛ ذلك أن التعسف صفة نسبية تختلف من حالة إلى أخرى بحسب ظروف التعاقد وموضوع العقد وكذا على ضوء ما في هذه الشروط من جور وشدة¹.

إلا أنه تدخل بعد ذلك في نص المادة 03 من القانون رقم 02_04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر، إذ عرف الشرط التعسفي بأنه: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

يتبين من هذا التعريف أنّ المشرع الجزائري عرّف الشرط التعسفي على ضوء مفهوم التوازن العقدي، وهذا ما نراه يحقق الأمن القانوني لأنّ التعريف القانوني الدقيق والمؤكد الصادر عن التشريع لأي فكرة يقدم فائدة كبيرة لكل نظام قانوني، فمن ناحية، إنّ التعامل مع أي واقعة أو ظاهرة اجتماعية لا يمكن تحليلها قانونيا إلا بإدخالها أو بإلحاقها بطوائف أو مفاهيم قانونية بشرط أن يتم تعريف وتحديد هذه المفاهيم بدقة، ومن ناحية أخرى، إنّ التعريف القانوني لأي فكرة وتحديدتها يساعد على الاستقرار القانوني لأنه يؤدي إلى تحديد

¹ - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2002، ص36.

دقيق للأفكار، الأمر الذي يُيسّر للقاضي تطبيق القانون واستنباط حلول موحدة لكل المشاكل التي تثور في المجتمع¹.

كما أورد المشرع قائمة للشروط التعسفية السارية في علاقة المستهلك بالبائع في المادة 29 من القانون رقم 02_04 السالف الذكر: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،
- 2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين انه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،
- 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،
- 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،
- 5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،
- 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،
- 7- التفرد بتغيير أجال تسليم منتج أو أجال تنفيذ خدمة،

¹ - ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص94.

- « pour assurer la sécurité juridique, il faut que tout concept juridique soit susceptible d'une définition fondée sur les attributs qu'il comporte et les relations spécifiques entre ces divers éléments.».

8 تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

ويستشف من المادة:

1- أنّ المشرع حصر مجال تطبيق هذه المادة في عقود البيع فقط دون العقود الأخرى باستعماله عبارة "العقود بين المستهلك والبائع"، وهذا التحديد يُقَصِّر من حماية المستهلك باعتباره قد يبرم عقودا مختلفة وليس عقود بيع فقط.

2- أنّ هذه القائمة أوردت الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر، ويظهر فضل ذلك في توسيع نطاقها مما يسمح للقضاء ببسط سلطته على شروط التي لم يرد ذكرها في هذه المادة، وبالتالي يستطيع القضاء أن يعتبر شرطا معيناً من الشروط التعسفية بالرغم من عدم ذكر هذا الشرط ضمن القائمة الواردة في المادة 29 سالف الذكر.

أضاف المشرع الجزائري قائمة نموذجية أخرى للشروط التعسفية نص عليها في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306_06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية السالف الذكر، والتي جاء فيها: "تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

1- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 و03 أعلاه،

2- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك،

3- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،

4- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة دون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،

5-النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضده،

6-فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،

7-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 نفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه،

8-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،

9-فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،

10-الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،

11- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسته نشاطاته،

12- يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته".

يتبين بعد التمعن في دراسة هذه المادة أن الشروط التعسفية المدرجة فيها خاصة بفترة تنفيذ العقد فقط، وأنها جاءت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، ذلك لأن المشرع وبموجب المادة 06 من نفس المرسوم 06-306 أعطى للحكومة ممثلة في شخص الوزير المكلف بالتجارة صلاحية إنشاء لجنة البنود التعسفية¹؛ والتي بدورها مكلفة بالبحث في كل

¹ تنص الفقرة الأولى من المادة 06 من المرسوم رقم 06-306 السالف الذكر على ما يلي: "تتشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة".

العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين عن البنود ذات الطابع التعسفي¹.

هكذا يكون المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 04-02 والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 اللاحق له قد نظم الحماية ضد الشروط التعسفية وذلك بتعريفها ووضع قائمتين نموذجيتين لهذه الشروط التعسفية التي بإمكان القاضي الاستناد عليها عند تقديره للشرط التعسفي بمناسبة النزاعات المطروحة أمامه.

إنّ وضع تعريف للشرط التعسفي يغني عن النقاشات الفقهية والتوسع أو التضييق في مفهومه، مما يتيح فرصة تطبيق قواعد حماية المستهلك بشكل مباشر وفي حدود ما قصده المشرع²؛ وبالتالي إنّ المشرع الجزائري قد اعتمد في إرساء قواعد حماية المستهلك -طريقة تحديد موضوع الحماية بشكل واضح ودقيق- لأنه أدرج تعريفاً للشرط التعسفي مباشرة ضمن أحكام القانون المطبق على الممارسات التجارية.

كما تمثل المواد المذكورة سالفاً مظهراً حمائياً بالنسبة للمستهلك، لأن أهميتها تكمن في تذليل بعض الصعاب التي قد يواجهها قاضي الموضوع والمستهلك، خصوصاً ما تعلق بالوقت الذي يستغرقه القاضي للفصل في النزاع، الذي يكون في وقت قصير مادام يجد أمامه

¹- تنص المادة 07 من المرسوم 06-306 السالف الذكر على ما يلي: "تكلف اللجنة، لاسيما بالمهام الآتية: -تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية".

²- زرداوي عبد العزيز، مواجهة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 05، العدد 01، أفريل 2017، ص76.

نصاً قانونياً واضحاً يكشف عن وجود الصفة التعسفية في الشرط محل النزاع، كونه وارداً في القائمة¹.

ثانياً: تمييز الشرط التعسفي عن بعض المفاهيم المشابهة له

يقترّب مفهوم الشرط التعسفي من بعض الأنظمة التي تعبر هي الأخرى عن شروط تعاقدية، كالشرط الجزائي، الشرط غير المشروع والشرط النموذجي؛ وهذا ما سنوضحه من خلال ما يلي:

1: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط الجزائي

يُعد الشرط الجزائي ذلك الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدان -مسبقاً بطريقة جزافية- التعويض المستحق في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدية، فهو بمثابة تقدير اتفاقي للتعويض يكون القصد منه غالباً استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض، والتخلص من عبء إثبات الضرر².

يشترك كل من الشرط الجزائي والشرط التعسفي من حيث كونهما شروطاً تقترن بالعقد لأن كلاهما شرط تقييدي يقيد حكم العقد المقترن به، كما أن كلاهما يؤدي إلى اختلال التوازن العقد مما يتطلب إعادة تنظيم العقد لتحقيق العدالة التعاقدية للعقد³.

¹ - حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير: تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بجامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2018/2017، ص 77.

² - كريم بن سخرية، المسؤولية المدنية للمنتج وآليات تعويض المتضرر: دراسة تحليلية وتطبيقية في ضوء أحكام القانون المدني وقانون حماية المستهلك وقمع الغش لعام 2009، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2015، ص 174.

³ - منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي: دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون بجامعة بابل العراق، العدد 04، السنة 07، 2015، ص 169.

يختلف الشرط الجزائي والتعسفي من حيث كيفية التدخل القضائي، حيث يتدخل القاضي في العقد في حالة اختلال التوازن العقدي بسبب الشرط الجزائي بالتعديل سواء بالتخفيض أو الزيادة، أما في حالة اختلال التوازن بسبب الشرط التعسفي يتدخل القاضي سواءً بالإلغاء أو التعديل.

بالإضافة إلى أن المشرع لو كان يهدف إلى معنى واحد وإلى أحكام موحدة لكل من الشرط التعسفي والجزائي لأدراجهما ضمن نظام موحد، إلا أننا نجد نظم أحكام الشرط الجزائي في مواد القانون المدني وأحكام الشرط التعسفي نظمها ضمن القوانين الخاصة.

2: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع

يعتبر الشرط غير المشروع ذلك الشرط التعاقدى المخالف لقواعد القانون الأمرة التي تكفل احترام النظام العام والآداب العامة¹، ويكون الجزاء المترتب على هذا الشرط متمثل في البطلان المطلق أو النسبي طبقاً للمادة 104 من القانون المدني².

يترتب البطلان المطلق للعقد بما في ذلك الشرط غير المشروع مثلاً، إذا تضمن عقد شركة شرطاً بأن لا يساهم أحدهم في الخسارة بينما يستفيد من الأرباح المحصلة (شرط الأسد) فيقع عقد الشركة باطلاً طبقاً للمادة 426 من القانون المدني³، وتقرير البطلان لوجود

¹ - بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير في قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي بأب البواقي، 2011/2012، ص56.

² - تنص المادة 104 من القانون المدني: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".

³ - تنص المادة 426 من القانون المدني: "إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في الخسارة كان عقد الشركة باطلاً".

مثل هذا الشرط أمر طبيعي باعتبار المساهمة في الأرباح والخسائر ركن من أركان عقد الشركة¹.

أما عن ترتب البطلان النسبي، فيقتصر على بطلان الشرط غير المشروع فقط مع بقاء العقد قائماً، وهو ما يعرف بنظرية إنقاص العقد²، ومثال ذلك الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في التصريح بالحادث المؤمن عليه طبقاً للمادة 622 من القانون المدني، أو الشرط الذي يقضي بإعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد أو الإنقاص منه³ أو الشرط الذي يسقط أو ينقص من الضمان عندما يتعمد البائع إخفاء عيب في المبيع غشاً منه⁴.

يظهر الاختلاف بين الشرط غير المشروع والشرط التعسفي من خلال ما يلي:

- الشرط التعسفي شرط صحيح، غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وغير مخالف للقواعد الآمرة في القانون⁵، على خلاف الشرط غير المشروع المخالف للنظام العام والآداب العامة.

1- عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري، دار المعرفة، الجزائر، 2002، ص 161.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 367.

3- تنص المادة 2/566 من القانون المدني: "غير أنه يجوز للمحكمة أن تخفض مبلغ التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً، ويتعين عليها بوجه خاص أن ينقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر".

4- تنص المادة 384 من القانون المدني: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشاً منه".

5- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية-دراسة مقارنة-، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بغداد، العراق، 2011، ص 252.

-ميز القانون رقم 04-02 السالف الذكر بين المصطلحين غير مشروع وتعسفي، فعبر عن الأولى بالممارسات التجارية غير المشروعة (pratique commerciales illicites) وذلك في الفصل الأول من الباب الثالث منه، في حين عبر عن الثاني بالممارسات التعاقدية التعسفية (pratique contractuelles abusives) وذلك في الفصل الخامس منه، وبالتالي لو كان يهدف المشرع لمفهوم واحد لما خصص لكل منهما فصلاً مستقلاً.

-إنّ البنود التعاقدية تكون صحيحة ما دامت غير مخالفة للنظام العام وللقواعد القانونية الآمرة وإلا كانت شروطاً غير مشروعة، في حين أن البنود التعسفية يكون مجالها عقود الإستهلاك، ولا تمتد إلى العقود التي تتسم بالتوازن العقدي، وبالتالي لا يخالف الشرط التعسفي النصوص الآمرة، بل هو التعسف في استعمال رخصة مشروعة في الأصل هي حرية التنظيم الاتفاقي للعقد¹.

-يختلف تعامل القاضي مع الشرطين، حيث أنه إذا وجد شرطاً غير مشروع في العقد يقضي القاضي ببطلانه من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك الخصوم به، أما إذا وجد شرطاً تعسفياً فعلى لقاضي أن لا يقرره من تلقاء نفسه بل يجب أن يكون محل دعوى مباشرة للنظر فيه².

3: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي

يعد الشرط النموذجي ذلك الشرط أو البند المُعدّ سلفاً من قبل أحد أطراف العقد المتمتع بمقدرة فائقة على التفاوض كي يشكل شرطاً عقدياً للاستخدام العام والمتكرر دون إجراء مفاوضات مع الطرف الآخر حوله³.

¹ عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 05، العدد 01، أبريل 2017، ص105.

² أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص61.

³ سهى نمر الشنطي، المرجع السابق، ص3.

يتفق الشرط النموذجي مع الشرط التعسفي في أنّ كلاهما لا يقبلان التفاوض لأن المستهلك لا يملك سلطة تعديل أي من الشرطين¹، فالتداخل بينهما واضح وكبير لأن الأول يعبر عن وصف الثاني، فالشرط النموذجي قد يتسم بالتوازن وبالتالي يكون شرط نموذجي عادي بمفهومه الإيجابي، وقد يظهر باللون التعسفي ويكون بذلك شرط نموذجي تعسفي بمفهومه السلبي².

يتميز أن الشرط النموذجي عن الشرط التعسفي كون أنّ الأول أخف وطأة على المستهلك، بينما الثاني يُوضَع دائما خلافا لمصلحة المستهلك وخلافا لمبدأ حسن النية، فالشرط النموذجي ليس بالضرورة أن يوضع خلافا لمبدأ حسن النية، أضف إلى ذلك أنّ الشرط التعسفي يعطي ميزة لطرف على حساب طرف آخر بغض النظر عن المساواة والتعادل فيما بين الأطراف³.

كما أنّ يتميز الشرط النموذجي عن الشرط التعسفي، كون الأول مجاله غير محدد لا من حيث الأشخاص ولا من حيث العقود أما الثاني يتموقع في عقود الاستهلاك استغلالا لمركزه الضعيف⁴.

الفرع الثاني: تحديد الطابع التعسفي للشروط

إنّ تحديد الطابع التعسفي للشروط يستوجب أن يتوفر للقاضي مجموعة من الأدوات القانونية، مادية كانت أو ذهنية حتى يستطيع القيام بمهمته على أفضل وجه، وهنا يظهر

¹ - عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص 133.

² - بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص 61.

³ - عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص 134.

⁴ - بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص 61.

دور المعايير القانونية¹ التي تساعد على تعريف الأفكار بشكل يضمن سهولة ارتباطها وانطباقها على الواقعة المراد تطبيق القانون عليها (أولاً)، ومن ثم سنبين سلطة القاضي الجزائي في تحديد وتقدير الشرط الجزائي (ثانياً).

أولاً: المعايير التي يتحدد من خلالها الطابع التعسفي للشرط

تتضمن قواعد القانون المدني معياراً تقليدياً يستهدي به القاضي لإصدار حكمه بكون الشرط المدرج في عقد الإذعان تعسفياً أم لا، وهو معيار العدالة الذي يستشف من نص المادة 110 من القانون المدني لما منحت للقاضي سلطة تقديرية في إعمال معيار العدالة العقدية من أجل تقدير الطابع التعسفي للشرط².

هذا وقد تضمنت القواعد المعاصرة التي سنت من أجل حماية المستهلك من الشروط التعسفية، عدّة معايير يتم على أساسها تحديد الطابع التعسفي للشرط الوارد في عقد الإذعان أو عقد الإستهلاك من عدمه³.

إعتمد المشرع الفرنسي على معياري التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة المفرطة لتحديد الطابع التعسفي للشرط، وهذان المعياران يستشفان من نص المادة 35 السالفة الذكر من القانون 1978/01/10 المتعلق بحماية وإعلام مستهلكي السلع والخدمات التي عرفت الشرط التعسفي؛ ولذلك فإنّ البحث في هذين المعيارين يكتسي أهمية بالغة لأنهما من أول المعايير التي استند عليهما لتحديد طابع التعسف للشرط (1).

¹- "المعيار هو أداة الربط بين المواقف المراد تكييفها وبين الأفكار القانونية، أي هو همزة الوصل التي تسيّر ارتباط الفكرة القانونية على الواقعة المراد بحثها". إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص93.

²- "انتقد معيار العدالة العقدية بأنه معيار قد يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية لاختلاف الشعور بالعدالة من قاضٍ لآخر، وهو ما يهدد استقرار المعاملات" عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص179.

³- خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 45 قالمة، 2016/2015، ص62.

تخلى المشرع الفرنسي عن المعيارين السابقين، وتبنى معيار جديد، معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي كأساس للكشف عن الطابع التعسفي للشروط التعاقدية بموجب المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك السالفة الذكر، وهو نفسه المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة 5/03 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالفة الذكر، ليكون بذلك المشرع الجزائري قد بدأ من حيث انتهى المشرع الفرنسي بخصوص مسألة تحديد المعايير القانونية المعتمدة في الكشف عن الطابع التعسفي للشروط التعاقدية (2).

1: معيارا التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة المفرطة:

اعتمد المشرع للفرنسي على معياران لتحديد الطابع التعسفي للشروط، أولهما معيار شخصي (اقتصادي)، وهو أن يكون الشرط ناتج عن تعسف المحترف في فرض نفوذه الاقتصادي، وثانيهما معيار موضوعي (قانوني) وهو معيار الميزة المفرطة أو الفاحشة التي حصل عليها المحترف¹.

يعتبر هذان المعياران بأنهما معياران متلازمان ومترابطان مع بعضهما البعض ارتباط السبب بالنتيجة أي أن أحدهما يعتبر نتيجة للآخر²، ذلك أن الميزة المفرطة التي يحصل عليها المحترف هي نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها، وأن الميزة المفرطة تفترض التعسف في استعمال القوة الاقتصادية³؛ ولذلك يجدر بنا البحث في معياري التعسف في استعمال القوة الاقتصادية (أ) ومعيار الميزة المفرطة (ب) قبل البحث في المعيار الحديث المتمثل في معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي.

¹ - ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 106.

² - محمد فواز صباح الأوسى، المرجع السابق، ص 202.

³ - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص 95.

أ: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية: (معياري شخصي، اقتصادي)

L'abus de puissance économique du professionnel

يمثل معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية سببا هاما يقوم عليه تحديد مدى تعسفية الشرط، ويطلق عليه المعيار الشخصي¹؛ لأنه يركز على عدم تناسب القوى، فالنفوذ والتفوق الاقتصادي الذي للمهني نتيجة احتكاره لسلعة أو خدمة مقارنة بالطرف الآخر الذي يمثل الجزء الضعيف ولا يملك سوى الاستسلام لشروط الطرف القوي ليسا على قدم المساواة، مما يبرر وجود إساءة ويفترض أن هناك تعسف في استخدام القوة الاقتصادية من خلال السيطرة على العقد وفرض شروطا غير عادلة².

ونظرا لاهتمام الفقه اهتماما كبيرا بمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية سنتعرض إلى مضمونه، وتقييمه.

• مضمون التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:

يقصد بالقوة الاقتصادية تلك المكانة الهامة التي يحظى بها المهني في السوق والتي تُحوّل له أن يكون ذو نفوذ وهَيْبَة، مما يجعله معروفا في السوق ما يترتب عنه وضعية الهيمنة، ذلك أن القوة الاقتصادية ووضعية الهيمنة وجهان لعملة واحد³.

محتوى هذا المعيار أن يكون اختلال التوازن في العقد ناشئا عن تعسف النفوذ الاقتصادي للمحترف، وذلك بأن يسيء استعمال مركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على

¹ - بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص64.

² - Marie Leveneur-Azémar, étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas Paris II, 14/09/2016, p154.p159.

³ - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص140.

المستهلك شروطاً تخل بتوازن العقد، بمعنى لو لم يتعسف المحترف في ممارسة تفوقه الاقتصادي لما وُجِدَ الشرط التعسفي الذي يخل بتوازن العقد¹.

بعبارة أخرى محتوى هذا المعيار أنه متى كان المشروع الاقتصادي ضخماً، فإنه سيؤدي بالمحترف استغلال ما يملكه من قوة اقتصادية لفرض شروطه على المستهلك من أجل الحصول على ميزة مفرطة².

إن يمكننا القول أن المقصود بالتعسف في استعمال القوة الاقتصادية هو استغلال المحترف للتفاوت المعرفي³ الناتج عن تفوقه الاقتصادي، العلمي، التقني والفني في فرض شروط على المستهلك يعلم أنه ليس لديه إمكانية حقيقية في مناقشتها أو حتى قدرة على الاختيار.

• تقييم معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:

تعرض معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية إلى انتقادات من قبل الفقه أهمها، أنّ هذا المعيار غامض ولا يتضمن أي مؤشر يمكن الاستناد عليه لتحسّس القوة الاقتصادية للمحترف، بقولهم أنّ السلطة الاقتصادية ونفوذها ليسا مرادفاً لقوة عظم شأن المحترف، وضخامة المشروع لا تعني بالضرورة القوة الاقتصادية، فقد يتمتع تاجر صغير باحتكار محلي يماثل مشروعاً وطنياً⁴، كما قد يكون هناك حرفي بسيط مثل الميكانيكي يمكن

¹ - موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 251.

² - صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص 139.

³ - يعد التفاوت المعرفي أو عدم التوازن المعرفي جزءاً من مفهوم الطرف الضعيف وصورة من صور عدم التوازن العقدي؛ ويوصف بأنه انعدام المساواة الفعلية بين المتعاقدين بالمعرفة المتعلقة بالعقد في مرحلة تكوينه. صفاء متعب فجة، التفاوت المعرفي بين المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد: دراسة مقارنة، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون بجامعة بابل العراق، المجلد 01، العدد 01، 2009، ص 322.

⁴ - رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص 195.

أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر، في المقابل قد يكون هناك مشروع عملاق يخشى فرض نفوذه الاقتصادي حفاظاً على سمعته وتجنبه حدوث كارثة تجارية له¹.

انتقده البعض الآخر لانتسامه بالغموض وعدم الدقة، من خلال طرحهم لتساؤل، هل تعد المقدرة الاقتصادية هي العنصر الأكثر أهمية من أجل تحديد الطابع التعسفي للشرط وهل يستطيع المحترف فرض شروطه لأنه الأقوى اقتصادياً؟ فقول أن "المقدرة هي مقدرة السيطرة الفنية والتقنية الحديثة أكثر منها القوة الاقتصادية، وأن هذا التفوق الفني هو الذي يُمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية، فالمحترف قد نَعَوَّد على إبرام العقود ويعرف الحقوق والالتزامات التي تترتب على ذلك العقد وهو يعرف ما يجري العمل في حرفته فيملك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الإلتزامات التي يستطيع تنفيذها فضلاً عن الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقدون معه؛ هذا بالإضافة إلى أن التقنية الحديثة والقوة الاقتصادية يُكَمِّل أحدهما الآخر لأنَّ الطرف الذي يكون متفوقاً اقتصادياً يكون كَفُوءاً فنياً أيضاً أي أن التفوق الاقتصادي دليل على الكفاءة الفنية².

ذهب البعض رداً على الانتقادات الموجهة لهذا المعيار إلى القول، أن مؤشر القوة الاقتصادية للمحترف، يظهر منذ اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم التعادل الجسيم³، في حين ذهب آخرون للقول بأنَّ التعسّف يتأتّى من وضع المسيطر، والذي ينجر بدوره من

¹ - ريماء فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2011، ص46. محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص40.

² - موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص252. عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص141. فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص110.

- "يبدو من الناحية النظرية أن لا ضرورة لاستلزام اقتران التعسف الواضح في الشرط بمعيار شخصي... إلا أننا نؤكد على أن خضوع المستهلك لضغوط فعلية وعملية هو الذي يجعله يقبل بمثل هذا الشرط". إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص106.

³ - Marie Leveneur-Azémar, op.cit, p133.p159.

حصول المحترف على شروط ملائمة له بشكل مبالغ فيه¹؛ ثم إنَّ وضع المستهلك ذاته يصلح كمؤشر لتقدير النفوذ الاقتصادي، إذ غالبا ما يستغل المحترف وضعية المستهلك لكونه في مركز ضعف لا يسمح له بوجود خيارات متعددة تمكنه من مناقشة شروط العقد، فهو إما يتعاقد أو يرفض ذلك، وبناء على ذلك يفرض عليه المحترف شروطه من منطلق نفوذه أو تفوقه الاقتصادي².

انتقل الفقه على ضوء هذه التقييم إلى دراسة معيار آخر أكثر مرونة يتلاءم مع الأوضاع الراهنة ويُمكن من تحديد التعسف في العقد والمتمثل في معيار الميزة المفرطة.

ب: معيار الميزة المفرطة (معيار موضوعي، قانوني)

يطلق على معيار الميزة المفرطة أو الفاحشة المعيار الموضوعي والقانوني لتقدير وتحديد الطابع التعسفي للشرط، ونظرا لمرونة هذا المعيار حاز اهتماما كبيرا، لذلك سنتعرض إلى مضمونه، وتقييمه.

• مضمون معيار الميزة المفرطة:

يرتبط معيار الميزة المفرطة بالمعيار الشخصي دون أن يختلط معه، ومؤداه أنَّ القوة الاقتصادية للمهني تؤدي إلى الاختلال في البنية التفاوضية، فيحدث عدم توازن فاحش في الحقوق والالتزامات بين المهني والمستهلك، مما يجعل تنفيذ العقد لا يتفق مع حسن النية والعدالة والإنصاف³.

¹ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 217.

² - صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص 141.

³ - نفس المرجع، ص 142.

إنّ الميزة المفرطة هي نتاج للميزة الاقتصادية التي يتمتع بها المهني وتؤدي إلى خلل عقدي واضح يتمثل في حرمان الطرف الآخر أحد حقوقه كلياً أو جزئياً أو حصول الطرف القوي على ميزة مبالغ في قيمتها ليست من حقه¹.

لا يقصد بلفظ المزايا المبالغ فيها أن تكون هذه المزايا نقدية فقط لأنه لفظ عام يشمل النقدية وغيرها².

• تقييم معيار الميزة المفرطة:

إنّ معيار الميزة المفرطة جلب عدّة تساؤلات قانونية وعملية، وأول هذه التساؤلات أثير لاقتراب الميزة المفرطة من فكرة الغبن³، فقبل أن هذا المعيار جاء غامضاً وليس محدد الكمية، حيث أن المشرع لم يحدد رقماً معيناً تصل إليه هذه الميزة كما في الغبن مثلاً، لذلك لا يصلح أن يؤخذ به كمعيار لتحديد وصف الشرط التعسفي مما يستوجب استبعاده⁴؛ فضلاً أنّ الميزة المفرطة أوسع من الغبن لاشتمالها على المزايا المالية وامتدادها إلى حاجات غير مالية كأن نجد مثلاً شرطاً يتعلق بكيفية تسليم المنتج، في حين نجد أن الغبن يتبعه دائماً الميزة المادية لأنه يقتصر على عدم التعادل في الثمن⁵.

1- محمد فواز صباح الألوسي، المرجع السابق، ص203.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص250.

3- تقترب فكرة الميزة المفرطة من فكرة الغبن من ترتيب كلاهما لضرر مباشر يمس العدالة العقدية ويؤدي إلى عدم التوازن العقدي بين الطرفين، لكن الاختلاف بينهما يظهر من حيث المحل الذي يقع عليه التعسف، ففي الغبن ينصب التعسف على الثمن، في حين أنه في الشروط التعسفية ينصب على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد. فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص106.

4- محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص84. ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص108.

5- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2012/2013، ص103.

أثير تساؤل آخر حول كيفية تقدير الميزة المفرطة، هل تقدر بالنظر لهذا الشرط لوحده منعزلاً عن بقية الشروط أو بالنظر إلى شروط العقد في مجمله؟

بالرجوع إلى غالبية الفقه، يكون تقدير الميزة المفرطة بالنظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتقدير عدم التوازن لأنه إذا نظر إلى الشرط منفرداً، قد يبدو تعسفياً، إلا أنه قد يكون مبرراً إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد كما هو الحال بالنسبة لشرط تحديد مسؤولية المحترف الذي يقابله شروطاً أخرى تتناول تخفيضاً في ثمن السلعة لفائدة المستهلك¹، فمن البديهي عدم التسرع في جعل الشرط تعسفياً بمجرد أنه يعطي بعض المزايا لأحد أطراف العقد، إذ أنه من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الأخرى موجهة لإعطاء الطرف الثاني من المزايا ما يعيد التوازن إلى العقد في مجمله². وبالتالي إن تحديد المنفعة المبالغ فيها أو الخلل في التوازن ينتج عن وجود منفعة أو مزايا من دون مقابل أو من دون سبب مشروع³.

بينما ذهب رأي آخر من الفقه إلى أنه يمكن الاعتماد في تقدير الميزة المفرطة إلى أسلوب المقارنة بين مضمون العقد الوارد فيه الشرط ومضمونه في حال خلوه من هذا الشرط، فالمنفعة تنتج إذن عن ما يمكن أن يسبب الشرط موضوع النزاع من تحسين وضع المحترف -في حال تم تنفيذ العقد- بالمقارنة مع وضعه عند عدم وجود البند المذكور، وعلى سبيل

¹ - محمود علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية: دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، 2018، ص 217.

ص 218. موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 251. محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 40. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص 95.

² - فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 107.

³ - ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص 39.

المثال الشرط الذي يقلب عبء الإثبات أو الشروط التي تعكس نظرية المخاطر لمصلحة المحترف¹.

فضلا عن بعض الفقه الذي يرى بأن الشرط الذي يمنح لكلا الطرفين الميزة نفسها فلا يعتبر تعسفيا، بالإضافة إلى تقديرهم للميزة يكون بالنظر إلى ما جرى التعامل به في نوع محدد من العقود إذ يعتبرون كل ميزة يمنحها الشرط لأحد المتعاقدين هي ميزة معتادة فلا يعد الشرط تعسفيا إلا إذا كانت الميزة غير معتاد منحها في هذا النوع من العقود وكانت مفرطة ومبالغ فيها².

كمثال عن تقدير الميزة المفرطة، صدر قرار عن محكمة التمييز المدنية الفرنسية عن غرفتها الأولى، تتلخص وقائع القرار بما يلي³: اشترى مستهلك بموجب عقد بيع جهاز مراقبة-كاميرا للمراقبة- وحدد الثمن في هذا العقد بمبلغ أقل بأربعين في المائة من السعر المعتاد-بمعنى- أن المشتري يدفع فقط ثمنا مخفضا وهو ستون في المائة من سعر هذا الجهاز مقارنة مع ثمنه الحقيقي شرط أن يبرم عقدا آخر وهو عقد صيانة للجهاز المذكور، وقد أدرج بند في عقد البيع يحدد مدة سنة الاشتراك في عقد الصيانة المذكور قابلة للتجديد ضمنيا، ولكنها في الوقت نفسه قابلة للإلغاء في كل وقت، ولكن يضيف هذا الشرط أنه في حال إلغاء عقد الصيانة من المشترك، وهو المستهلك، يلزم هذا الأخير بدفع القيمة الإضافية للجهاز المذكور التي أعفي منها عند إبرام عقد البيع، وهي الأربعون في المئة من ثمن الجهاز -أي يلزم بدفع ثمن الجهاز كاملا بدون تخفيض-؛ وبذلك اعتبرت المحكمة أن الشرط المذكور هو شرط تعسفي لأنه يربط خيار إلغاء عقد الصيانة بشرط جسيم -مبالغ

¹ - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص140.

² - أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص55. وص56.

³ - Cour de cassation, chambre civile 1, du 29/10/2002, N de pourvoi: 99-20.265. sur le

site : www.legifrance.gouv.fr

فيه- وهو شرط دفع الأربعين في المائة الإضافية من ثمن الجهاز، وبالتالي إن هذا الشرط يدفع بالمستهلك إلى التردد في إلغاء عقد الصيانة خوفا من دفع الثمن المذكور وبالتالي من شأنه أن يجعل المنفعة من إبرام العقد غير جدية، فمشتري الجهاز ظنّ أنه حصل على تخفيض عن الثمن الحقيقي، ولكنه في الواقع أبرم عقد بيع مشروط، وبالتالي يستنتج أن التوازن المطلوب لم يتم يتحقق أبداً.

يبدو هذا المعيار ناجعاً من الناحية النظرية، خاصة إذا كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة واحدة، لكنه يطرح صعوبات عملية، تكمن في تقدير التوازن بين الالتزامات والأداءات المتقابلة والتي ليست ذات طبيعة واحدة، فضلاً عن تحديد المقصود بالقوة المفرطة يتعلق بفكرة العدالة والتوازن الواجب بين المصالح المتعلقة بالعقد، ولا يتصور أن يوضع لها معياراً جامداً بل يتعلق بكل حالة على حدة¹.

وعلى هذا الأساس، ينفرد قاضي الموضوع بتقدير الميزة المفرطة في كل حالة على حدة حسب ظروفها، باعتبار أنها مسألة واقع لا مسألة قانون، لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا².

2: اختلال التوازن العقدي كمعيار لتحديد الشرط التعسفي

تماشياً مع التطور التشريعي للشروط التعسفية في فرنسا، بدأ المشرع الجزائري من حيث انتهى المشرع الفرنسي، إذ أخذ بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف في المادة 03 من القانون 04-02 سالف الذكر؛ وسنعرض إلى مضمونه، وتقييمه في ما يلي:

¹ - محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص39.

² - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص97.

• مضمون معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف:

إنّ معيار الاختلال هو مفهوم غامض في حد ذاته يصعب توضيحه، إلا أن بعض الفقه حاول تعريفه بالاعتماد أولاً على تفحص السلوك الطبيعي المتوسط المقبول على أساس التوازن الطبيعي للعقود (التوزيع الطبيعي للالتزامات الذي يجب أن يسود جميع العقود طبقاً لمبدأ حسن النية والأحكام العامة المنظمة لهم)، وثانياً بالإعتماد على عدم التناسب أو عدم المساواة أو الفرق المفرط والفاحش بين شيئين أو أكثر أو بين أجزاء من نفس الكل، أي الاعتماد على الاختلاف الحقيقي بين حقوق والتزامات أطراف العقد¹.

يتبنى معيار الاختلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات هدف متمثل في تحقيق التوازن العقدي في بعده الموضوعي²، وهو بمفهوم المخالفة يهدف إلى التوازن الذي يُفضي بأن تكون الأداءات المتقابلة الملقاة على عاتق طرفي العقد متوازنة، كما لا يقصد المساواة الحرفية الدقيقة، لأنه عادة ما تتفاوت الأداءات ولا يوجد عقد تتساوى فيه الأداءات المتقابلة، ولكن حينما تكون تلك الأداءات متقاربة في قيمتها يكون العقد متوازناً³، فالقاضي ينبغي عليه ليصف الشرط بأنه تعسفي النظر إلى الشرط التعسفي بذاته وما يرتبه من عدم توازن في الالتزامات والحقوق، دون استلزام النظر إن كان الأطراف حسناً النية أم لا⁴.

¹– Claire-Marie PEGLION-ZIKA, La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du code de la consommation, thèse doctorat en droit privé, Université Panthéon-assas, 13/12/2013, p236.p245.

²– عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص186.

³– أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص52.

⁴– سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011/2010، ص96. ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص114.

إنّ المشرع لم يضع معيارا لمعرفة الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي، وحسن ما فعل، لأنّ التوازن تختلف صورته من عقد لآخر وهذا ما يجعل مفهوم التوازن ليس عاما ولا مجردا¹، كما من شأنه تقييد القاضي حين نظر النزاع، إذ أن مسألة تقدير وجود الإخلال بالتوازن العقدي، يرجع أساسا لقاضي الموضوع في كل حالة على حدة ويمكن هنا الاستناد لنص المادتين 110 و112 من القانون المدني التي تحمي الطرف المدعن².

اعتبر بعض الفقه أنّ معيار عدم التوازن الظاهر بين الحقوق والالتزامات هو نفسه معيار الميزة المفرطة أي مجرد تغيير في المصطلحات لأنّ الأول يعتبر نتيجة للثاني والعكس صحيح، كما أنّ كلاهما يستند في تقدير الطابع التعسفي إلى التوازن الموضوعي بين الالتزامات والحقوق، إذ يؤخذ في الاعتبار شروط العقد وليس صفة المتعاقدين³.

في حين يذهب البعض إلى أن معيار الميزة المفرطة استبدل بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين التزامات وحقوق الأطراف، لأنّ هذا الأخير معيار أكبر اتساعا يسمح بتحليل شامل للعقد كما هو مبين في القانون، ويسهل للقاضي تكييف مستوى الإختلال وفقا للبند والعقد المتنازع عليه⁴، عكس معيار الميزة المفرطة الذي يطرح صعوبات عملية تكمن في كيفية تقدير التوازن بين الالتزامات والأداءات المتقابلة التي ليست من طبيعة واحدة⁵.

يقترّب هذا المعيار في مفهومه من فكرة الغبن وفقا لنظريته المادية⁶، إذ أنه لا يمكن افتراض وجود هذا المعيار إلا إذا وجد عدم تكافؤ بين حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين

¹ - أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص52.

² - بن قري سفيان، ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم 04-02، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2009/2008، ص57.

³ - ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص47.

⁴ - Marie Leveneur-Azémar, op.cit, p134. Claire-Marie PEGLION-ZIKA, op.cit, p253.

⁵ - محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص39.

⁶ - Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, op.cit, p192.

وذلك بالنظر في الشروط أو البنود التي يتضمنها العقد، وهذا ما يستشف من المادة 03 من القانون رقم 04-02 سالفه الذكر.

إلا أنّ معيار الإخلال الظاهر يختلف عن الغبن من عدة أوجه منها: عدم تحديده لعدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة برقم معين، ومن حيث عدم اقتصاره على عدم التعادل في الثمن بل يمتد لمختلف شروط التي يتضمنها العقد، ومن حيث عدم اقتصاره على المزايا المالية كونه يشمل الغير المالية أيضا¹.

تأكيدا على اختلاف فكرة الغبن وفكرة عدم التوازن الظاهر، نجد أن المشرع الفرنسي أضاف في المادة L.132 سالفه الذكر الفقرة السابعة، أن كيفية تقدير الطابع التعسفي للشرط لا تتعلق بتعريف المحل أو الموضوع الرئيسي للعقد، ولا على تعادل الثمن أو الأجر مع المبيع أو الخدمة²، وهو تأكيد على أن الهدف من هذا النظام هو مكافحة مظاهر الاختلال في التوازن وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة.

• تقييم معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف:

إنّ تبني المشرع الجزائري لمعيار واحد مُحدّد للشرط التعسفي يعد وسيلة تضمن دقة التعرّف على الشروط التعسفية في ظل التطور الاجتماعي والاقتصادي والتكنولوجي، وأفضل طريقة من اللجوء إلى جملة من المعايير التي يمكن أن تتضارب فيما بينها فلا يصل

¹ - سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص.98.

² - Article L.132-7 du Loi n°95-96 : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou u service offert ».

القاضي إلى التكييف الصحيح، الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم الأمان أو عدم الاستقرار القانوني¹.

إن الأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى العديد من المزايا²:

1- يضمن عدم تحكم القاضي أو تماديه في تفسير النصوص القانونية أو تكييفه للوقائع المستجدة

2- يضمن عدم وجود عنصر المفاجأة في تطبيق الفكرة المعرفة، وخاصة ما يتعلق بالشروط التعسفية كجزء من عقود الاستهلاك التي يبرمها كل فرد بصورة متكررة يوميا.

3- يضمن بساطة الحلول القانونية وعدم التعقيد الذي يمكن أن يأتي بنتائج عكسية على النظام القانوني، كما أن ذلك يؤدي إلى وحدة الحلول.

في هذا الصدد، قيل أن معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات يعد أمثل معيار يمكن الاستناد إليه في إطار الشروط التعسفية، ذلك أنه يوسع من نطاق الحماية ضد كل المهنيين حتى ولو لم تكن لديهم قوة اقتصادية، كما أنه يتجنب الانتقادات الموجهة لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية³.

غير أن هذا المعيار يطرح صعوبة تقنية هامة تتعلق بكيفية تقديره، فالمشرع اكتفى بإظهار صورتين لتقديره من خلال المادة 5 الفقرة الثالثة من القانون 04-02 السالف الذكر، بالقول أن: "تقدير الإخلال الظاهر يتم بالنظر إلى ما يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة"، فالصورة الأولى تكون في حالة خطورة الشرط تكون واضحة وتؤدي إلى الإخلال الظاهر خصوصا تلك التي نص عليها القانون صراحة بأنها تعسفية، أما الصورة

¹- Claire-Marie PEGLION-ZIKA, op.cit, p254. P255.

²- ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص119.

³- محمود علي رحمه، المرجع السابق، ص218. بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص68.

الثانية فتمثل في تقديره بالإمعان في بنود العقد بأكملها إن كانت تحقق إخلالاً ظاهراً في توازن العقد¹؛ وسكت عن الباقي والتي أهمها وقت تقدير الطابع التعسفي عكس المشرع الفرنسي الذي كان أكثر دقة².

اعتبر البعض مثل هذا السكوت لا ينقص من المسألة شيئاً، باعتبار أن مثل هذه الأمور من المسلمات التي يعتمدها القضاء في تعامله مع جميع العقود، في حين ذهب البعض الآخر وهو الرأي الراجح، إلى أن المشرع الجزائري قد اعتمد توجهها محتشماً وناقصاً في مسألة تقدير الطابع التعسفي، لأن القول بأن الأمر متروك للقضاء يفتح المجال لتناقض الأحكام إذا ما أخذ بعين الاعتبار حداثة الظاهرة التي تحتاج في مراحلها الأولى لاهتمام قانوني أكثر جدية³.

ثانياً: سلطة القاضي الجزائري في تقدير الطابع التعسفي للمشرط

تبنى المشرع الجزائري الأسلوب القضائي في تحديد مدى اعتبار الشرط شرطاً تعسفياً مستنداً إلى تعريف قانوني للشروط التعسفية ووضع معيار لها، مع تبني الأسلوب التشريعي ذو ميزة وقائية من خلال دعمه بقائمة قانونية تتضمن شروط تعسفية على سبيل المثال يسترشد بها القاضي، فيتضح أن مهمة القاضي أصبحت يسيرة بعد هذا التنظيم المفصل، فالمشرع وُفق في تبني هذا التنظيم لأنه فعال وراذع لمحاربة الشروط التعسفية كونه يجمع

¹ عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، المرجع السابق، ص107.

² تنص المادة 1-132-1 من القانون الفرنسي رقم 96/95 على أنه: 'يتم تقدير الطابع التعسفي للبند بالرجوع إلى جميع الظروف التي أحاطت بإبرام العقد حين إبرامه وكذلك إلى جميع بنود العقد الأخرى، وذلك دون مراعاة قواعد التفسير المنصوص عليها في المواد 1156 إلى 1164 قانون مدني. ويتم تقدير الطابع التعسفي أيضاً بالنظر إلى البنود التي يتضمنها عقد آخر عندما يتعلق قانونياً إبرام هذين العقدتين أو تنفيذهما الواحد بالآخر'. فايز الحاج شاهين، وآخرون، ترجمة إدوار عيد، بشير بيلاني، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية يتبعها جدول مقابلة مع قوانين 12 دولة عربية، جامعة القديس يوسف/ مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي الطبعة العربية دالوز، طبعة 2012، ص1076.

³ بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص69. عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، المرجع السابق، ص107.

بين ميزة المرونة والسهولة الممنوحة للقاضي في إعمال سلطته التقديرية الواسعة وبين التضييق والحد من اختلاف أحكام القضاة، وبالتالي يحقق ميزة الأمن القانوني للمستهلك¹.

يعتمد القاضي في تحديد وتقدير الطابع التعسفي للشرط التعاقدي على مجموعة من المعايير التي يستنبطها من النصوص الموضوعية التي يعتمد عليها عند الفصل في الخصومة القضائية المطروحة أمامه، والتي يرمي من خلالها المستهلك إلى إعادة التوازن العقدي الذي يدعى بأنه قد أصبح مختلا بفعل شروط يصفها بأنها تعسفية وتضر بمصالحه العقدية.

أول هذا المعايير، معيار العدالة طبقا للمادة 110 من القانون المدني، هذه المادة التي تعتبر أداة قوية في يد القاضي لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية المفروضة عليه من الطرف المذعن له، وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا، يدخل في إطار سلطته التقديرية، فإذا قرر أن شرطا ما يعتبر تعسفيا في عقد من عقود الإذعان فيكون له أن يعدله أو يلغيه وهو غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك².

يؤكد ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بأن: "للقاضي طبقا لنص المادة 149 من القانون المدني أن يعدل الشروط التعسفية إذا تضمنها عقد الإذعان، وفقا لما تقضي به قواعد العدالة، وأن محكمة الموضوع تملك سلطة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أو لا"³، كما قضت في قرار آخر لها بأن: "تقدير ما إذا كان الشرط المدرج في عقد الإذعان شرطا تعسفيا أم لا، يملك القاضي تعديله بما يزيل أثر التعسف أو يلغيه فيعني

¹ - محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص42.

² - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، دار الثقافة ودار العلمية الدولية، الطبعة الأولى، 2003، ص76. ص77.

³ - الطعن رقم 11912 لسنة 79 قضائية، الصادر بجلسة 2017/04/01، على الرابط: www.cc.gov.eg

الطرف المذعن منه، في حدود ما تقتضيه قواعد العدالة عملاً بنص المادة 149 قانون مدني مصري، وذلك من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع¹.

غير أن المعيار الذي يسترشد به القاضي مراعاة لمقتضيات العدالة معيار غامض، يختلف تقديره من قاض لآخر، بل وقد يتغير بتغير المكان والزمان²، لذلك عادة ما يبحث القاضي في عقود الإذعان عن كون الشرط تعسفياً من عدمه شرط أن يكون استخلاصه سائغاً³.

يرى جانب من الفقه أنه لا مانع من القول أن معيار العدالة، مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن فيما بينهم والبعد عن التعسف، شريطة البحث عن العدل الموضوعي من خلال استحضار القاضي إحساس نقي بالصواب وينطلق من بحثه من اعتبارات موضوعية وليس ذاتية⁴.

أما ثاني معيار يقدر من خلاله القاضي الجزائري صفة التعسف في الشرط يتمثل في معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين التزامات وحقوق طرفي العقد، ويقدر هذا الاختلال من خلال ما جاء في المادة 5 من القانون 04-02 السالفة الذكر: إما النظر إلى ما يحدثه الشرط لوحده، وإما بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة.

إن نص المادة 05 السالفة ما هو في حقيقة الواقع إلا نقل عن المادة 5/L-132 من القانون الفرنسي 95-96، ولكن المشرع الجزائري وقع في صياغة خاطئة، لأن المنطق يقول أن الشرط لا ينظر إليه بصفة منعزلة، إذ أنه لا يمكن اعتبار الشرط تعسفياً لمجرد أنه يمنح

¹ - قرار محكمة النقض المصرية، رقم 1320، بتاريخ 1991/04/22، مذكور لدى: دالي بشير، مبدأ تأويل العقد: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 41.

² - الشريف بجاوي، المرجع السابق، ص 106. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 179.

³ - الطعن رقم 14157 لسنة 84 قضائية، الصادر بجلسة 2016/02/21، على الرابط: www.cc.gov.eg

⁴ - علي مصبح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 54.

لأحد أطراف العقد مزايا معينة، فقد يكون هناك شرط آخر يتضمنه العقد يمنح المتعاقد الآخر مزايا تعيد التوازن في العقد¹؛ غير أننا نجد أن الفقه في مجمله يقف على رأي واحد لا يختلف عليه اثنين وهو أنه ليس هناك من حل سوى بالنظر إلى العقد في مجمله وبالتالي لا بد من النظر إلى الإلتزامات في مجموعها من أجل اعتبار الشرط تعسفي².

إنّ المشرع لم يحدد وقت تقدير الاخلال، إلا أن القاضي يعتمد على مسلمات اعتاد على تعامله بها، وعليه يقدر الاخلال بالنظر إلى وقت إبرام العقد لا بالنظر إلى وقت تنفيذه مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف والملايسات المصاحبة لإبرامه³.

يمكن للقاضي أن يستند إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيه أحدهما قانونا للآخر، كما هو بالنسبة لعقد القرض المرتبط بعقد البيع⁴؛ أما إذا وقع التقدير على الطابع التعسفي للشروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين، فلا شك سيتم ذلك بطريقة مجردة بالرجوع إلى مستهلك متوسط -عادي- وفي ظروف عادية⁵.

¹ - زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، مذكرة ماجستير في قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009/2008، ص77.

² - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص520. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص96. ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص49.

³ - يذهب الأستاذ محمود عبد الرحيم الديب في قوله: "...نحن نعتقد أن لحظة إبرام العقد هي اللحظة التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار للقول بما إذا كان الشرط تعسفيا من عدمه، ولا ينتظر لاعتباره كذلك إلى وقت تنفيذه أو ما يسفر عنه...". محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص42.

⁴ - بن حميدة نبهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007/2006، ص33. سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص100.

⁵ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، القاهرة-الكويت-الجزائر، 2006، ص241.

يسهل تطبيق المعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين التزامات وحقوق الأطراف على العقود النموذجية لأن الثمن، السلعة أو الخدمة محدد مسبقاً، عكس عقود المساومة فيصعب فيها ذلك خاصة تقدير الطابع التعسفي للشرط يقتضي أن يتم حالة بحالة¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ الشروط التي حددها المشرع على سبيل المثال في القائمتين سالفتي الذكر²، يستدل بهم القاضي على اعتبار الشرط شرطاً تعسفياً إلا أنه غير ملزم بالحكم بتعسف هذه الشروط عند مواجهتها في القضية المعروضة أمامه³، وإتّما له سلطة واسعة في تقدير ما إذا يُشكل هذا الشرط في العقد شرطاً تعسفياً بالنظر إلى الشروط الأخرى والظروف المحيطة ويقضي حسب ما تقتضيه العدالة⁴، ولا يخضع في تقديره للاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد لرقابة المحكمة العليا، وذلك لأنها تعتبر مسألة واقع لا قانون⁵.

كما قد يستعين القاضي بالحالات الثلاث المنصوص عليها في المادة 124 مكرر قانون مدني لاعتبار الشرط تعسفياً⁶، ومثاله عقد العمل المتضمن لشرط يلزم العامل بضرورة

1- سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص101.

2- القائمة الأولى وردت في المادة 29 من القانون 04-02 السالفة الذكر أما القائمة الثانية وردت في المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالفة الذكر.

3- أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص96.

4- محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر 03-03 والقانون 04-02، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص122.

5- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص520.

6- تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني على أنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما الحالات الآتية: - إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

الوصول إلى مقر العمل صباحا كل يوم ساعة على الأقل قبل بداية العمل وأن رب العمل لم يقصد بإدراجه لهذا الشرط سوى الإضرار بالعامل (الطرف المدعن)¹.

يمكن للقضاء أن يستشير رأي لجنة البنود التعسفية ويسترشد بتوصياتها كونها جهاز استشاري متخصص، ومكلفة بالبحث في العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي².

إن القانون الجزائري من خلال إدراجه للمادة 29 ألقى المضرور من إثبات الطابع التعسفي للشرط إذا كان من قبيل الشروط المحددة في المادة 29، غير أنه إذا تعلق بشروط أخرى غير واردة في المادة السالفة فيقع على المضرور عبء إثبات الشرط التعسفي وفقا للقاعدة الثبوتية البينة على من ادعى³؛ كما لا يجوز للمضرور أن يدفع بأن الشرط تعسفي أمام المحكمة العليا لأول مرة لأنها محكمة قانون وتقدير الشرط ما إذا كان تعسفيا يرجع لقضاء الموضوع⁴.

¹ - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص161.

² - المادتين 06 و07 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر.

³ - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص100.

⁴ - قضت محكمة النقض المصرية بأن: "التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بأن الشرط من قبيل شروط الإذعان عدم جوازه"؛ الطعن رقم 53 لسنة 32 قضائية، الصادر بجلسة 18/10/1966، مكتب فني (سنة17-قاعدة215-

صفحة1543)، على الرابط: www.cc.gov.eg

المبحث الثاني: مواجهة القاضي اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط

التعسفية في عقد الإذعان

نتج عن التطور الإقتصادي، الاجتماعي والمعرفي الذي يشهده العالم عقود تتسم بعدم التكافؤ بين طرفي العقد لأنه أصبح هناك طرف يتمتع بقوة اقتصادية ومعرفية تُمكنه من فرض شروط تعسفية على طرف آخر ضعيف يحتاج للحماية؛ لذلك ظهرت فكرة التوازن العقدي كفكرة أخلاقية هبت على نظرية العقد وجعلت التشريعات تبحث عن أساليب لمواجهة الإختلال التعاقدية ومن هذه الأساليب الأسلوب القضائي باعتبار القاضي طرف حيادي أخلاقي يملك من المعرفة القانونية والمهارة والإجتهد ما يمكنه من تحقيق العدالة التعاقدية (المطلب الأول).

خوّل المشرع الجزائري للقاضي استثناءً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، سلطة التدخل في العقد كلما وجد اختلالاً في التوازن العقدي بسبب الشروط التعسفية، واتخذ هذا التدخل عدّة صور الهدف منها تحقيق العدالة والحماية الفعّالة للطرف الضعيف (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اختلال التوازن العقدي سبب لتدخل القاضي في العقد

إنّ تحوّل المجتمع من مجتمع إنتاجي إلى استهلاكي أدّى إلى انتشار ظواهر كثيرة تعبر عن تحكم فئة المنتجين أو المحترفين في فئة المستهلكين أو غير المحترفين، ومن بين هذه الظواهر ظاهرة انتشار إدراج الشروط التعسفية في العقود التي هي تعبر بالمخالفة عن ظاهرة اختلال التوازن العقدي، ويرجع السبب في ذلك إلى إساءة استخدام مبدأ سلطان الإرادة وظهور عقود الإذعان بالإضافة إلى اختلال التفاوت المعرفي بين أطراف العقد (الفرع الأول).

وبما أن القانون هو فن الحق والعدل، انصرفت إرادة المشرع إلى إيجاد آليات متعددة لمعالجة مختلف التفاوتات الاقتصادية الحاصلة أثناء إبرام العقد وعند تنفيذه بصفة استثنائية أمّلتها ضرورة التدخل في قوة العقد الملزمة للحد من غلواء الإرادة وإعادة التوازن العقدي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اختلال التوازن العقدي

اختلال التوازن العقدي لم ينشأ من العدم وإنما كان نتيجة حتمية لظهور عقود الإذعان في ظل قصور مبدأ سلطان الإرادة (أولاً)، وتعرّف الطرف القوي من الناحية الاقتصادية والمعرفية لانفراده بتحرير شروط العقد فيسعى لتحقيق مصالحه على حساب الطرف الآخر (ثانياً).

أولاً: تنامي عقود الإذعان في ظل قصور مبدأ سلطان الإرادة

يُعد مبدأ سلطان الإرادة من أهم المبادئ القانونية التي منحت للمتعاقدين حرية إبرام العقود وترتيب آثارها، إلا أنّ إساءة استخدام حرية التعاقد والمساواة الناتجة عنه أدى إلى قصوره في تحقيق التوازن العقدي (1).

ترتّب عن هذا القصور عدم تحقيق العدالة المرجوة من أي نظام قانوني، خصوصاً عندما ظهرت عقود الإذعان التي تميّزت بالاختلال الواضح بين التزامات وحقوق الأطراف نتيجة خضوع طرف لشروط طرف آخر قوي اقتصادياً نظراً للحاجة الملحة لسلعة أو خدمة معينة (ب).

1: قصور مبدأ سلطان الإرادة في تحقيق التوازن العقدي

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المواضيع الفلسفية ذات الطابع القانوني التي أخذت حيزاً مهماً من الدراسات الفقهية، نظراً لكونه من المتطلبات الأساسية للعملية التعاقدية، بل

هو أساسها الجوهري لأنّ ذمة الأطراف هي من تتحمل الالتزامات المترتبة عن العقد فكان لازماً أن تكون إرادتهم هي من تحدث هذا الأثر من عدمه، ولا يحق للقاضي التدخل في العلاقة التعاقدية لتعديل بعض شروطها أو إلغائها ما دامت قد بنيت على إرادتين حرتين مختارتين.

هذا المبدأ عند ظهوره كان يتواءم مع طبيعة المجتمع لأنّ التوازن العقدي طبقاً لمبدأ المساواة القانونية ذو نزعة شخصية، ومعياره التراضي بين الطرفين، فمادام التراضي موجوداً فإن توازن العقد يعد محققاً وإن بدا أن ما يأخذه أحد الطرفين أقل مما يعطيه¹.

لم يكد يمر وقت طويل على بزوغ فجر هذه النظرية حتى ظهر لأصحابها ولخصومها معاً أنّ هذا المبدأ لا يحقق العدالة بشكل دائم بل يمكن أن يكون أداة للتعسف والإجحاف، وإن صح وجود تكافؤ بين أطراف العقد من الناحية القانونية وهو تكافؤ نظري، فإنهم بعيدون عن ذلك اقتصادياً واجتماعياً، فيفرض القوي اقتصادياً شروطه على المتعاقد الضعيف²، وما لهذا الأخير إلا أن يذعن تحت ضغط الحاجة ويقبل مكرهاً، وهكذا تحول العقد من أداة عدالة إلى أداة ضغط طالما أنه لا يوجد في القانون ما يمنع إدراج شروط تعسفية في العقود بوجه عام³.

بالرغم من أهمية مبدأ سلطان الإرادة وما له من دور أساسي في تكوين العقود وإنشاء الالتزامات، إلا أنه أهم مبدأ ساهم في تعميق عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة⁴، لخلقه مناخ غير ملائم لإبرام العقود لتمكينه المحترف من فرض شروط تحقق مصالحه بصورة

¹ - موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 261.

² - Christian LAPOYADE-DESCHAMPS, Laurent BLOCH, et Stéphanie MORACCHINI-ZEIDENBERG, Op.cit, p22.

³ - دريد محمود علي، المرجع السابق، ص 41. أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص 12.

⁴ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 227.

مغالى فيها غير عابئ بالضرر الواقع على عاتق الطرف الضعيف، مما يجعله قاصرا في تحقيق التوازن العقدي بمعياره الموضوعي¹.

إضافة إلى ذلك فقد أدت الحرية الاقتصادية إلى الحد من حرية التعاقد، وفي ظل عدم المساواة الفعلية بين طرفي العقد كان الناتج ظهور عقد الإذعان².

وعليه، إن مبدأ سلطان الإرادة وإن كان أحد الركائز الرئيسية التي يستند عليها نظام المعاملات المدنية بين الأفراد، إلا أن إساءة استخدامه التي سمحت بها التحولات الاقتصادية والاجتماعية كانت تستدعي إعادة النظر في محتوى هذا المبدأ، وكيفية الحد من إطلاقه في بعض الظروف على الوجه الذي لا يعصف بحرية الإرادة ولكن يضعها في الإطار السليم³.

2: تنامي عقود الإذعان

أدت التحولات الاقتصادية والاجتماعية إلى ظهور قوى اقتصادية متحكمة ساهمت بالإجحاف على مبدأ سلطان الإرادة عن طريق بروز نوع خاص من العقود يطلق عليها عقود الإذعان.

تعد عقود الإذعان عقود ضرورية لا غنى عنها بالنسبة لجمهور المستهلكين، والتي أخذت تتزايد بفعل المتغيرات التي أضحت فيها الاختلاف في المعرفة الفنية فرصة ينتهجها القوي لفرض شروطه على الطرف الضعيف.

¹ - فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص176. موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص259.

² - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص11.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص124.

نادى الفقه بالحماية الاجتماعية للمتعاقد الضعيف عن طريق إقامة التوازن العقدي، وذلك باستبعاد تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقد الإذعان، ويكون هذا الاعتراف بمثابة الاستثناء من القاعدة العامة¹.

أمام معارضة مبدأ سلطان الإرادة لعقود الإذعان من أجل إعادة التوازن العقدي بشقه الموضوعي كان لزاماً على المشرع أن يتدخل من أجل تهذيب هذه العقود حتى لا يجور الطرف القوي على الطرف الضعيف في العقد وذلك بنصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

تماشياً مع التطور الاقتصادي، وما واكبه من نشوء مؤسسات وشركات وأشخاص يتحكمون في جمهور المستهلكين بما لهم من احتكار وسلطة على السلع والخدمات والتي لا غنى لجمهور المستهلكين عنها، من الطبيعي أن يقود ذلك إلى ميل المحترف وهو الطرف القوي إلى تضمين هذا العقد من الشروط ما يفيد مصلحته والتي قلما تخدم مصلحة المستهلكين².

كما أن غياب القدرة على المناقشة فيما يتعلق بشروط هذه العقود لا يرجع إلى الاحتكار الفعلي والقانوني للسلع فحسب بل إلى التفاوت الواضح في المعرفة والخبرة أيضاً، فيعتد بالعنصر الاقتصادي والقانوني معاً إذ لا يمكن الفصل بينهما لتحديد عقود الإذعان لأن النفوذ الاقتصادي الذي يتمتع به الموجب يعد سبباً في انفراده بوضع شروط العقد

¹ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 11. موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 261.

² - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 230. فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 176.

وحصر التفاوض بشأنها مما يضطر العاقد الآخر إلى القبول، وهذا القبول الاضطراري أي العنصر القانوني يعود إلى التفاوت المعرفي والاقتصادي الشديد بين طرفي العقد¹.

أصبحت عقود الإذعان بما تتضمنه من شروط تعسفية تخل بالتوازن العقدي تزداد رويدا رويدا²، وأصبح العمل بها واسعاً يمتد لكافة مجالات الحياة ولا يقتصر فقط على السلع الضرورية التي هي محل احتكار الطرف القوي في العقد، فلم تعد عقود الإذعان مقصورة على عقود الاستهلاك بل امتدت غالى معظم صور العقود كعقود العمل وعقود التوريد وعقد التأمين، وأيضاً العقود والمعاهدات الدولية³.

على إثر ذلك، يمكن القول أنّ عقد الإذعان ما هو إلا مرآة عاكسة لتطور العقد نتيجة تفاعل مجموعة من العوامل اقتصادية اجتماعية وسياسية، وهو مفهوم حديث يجد مكانته في القانون المدني بصفة عرضية في المواد 70، 110، 112 حيث أدرج المشرع قواعد خاصة بعقد الإذعان بغية التخفيف من آثار مبدأ الحرية التعاقدية والتعسّفات الناجمة عنه، وذلك

1- عسالي عرارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص153.

2- "أهم مظاهر اختلال التوازن العقدي في عقود الإذعان، تكمن في الآتي:

1- قيام مجموعة من الخبراء المتخصصين في مجال العقود، بإعداد نماذج عقدية، ومن ثم تضمينها بالعديد من الشروط التي تحقق الفائدة لمصلحة أحد أطرافها على حساب الطرف الآخر، ومن ثم تنشأ علاقة غير متكافئة شأنها في ذلك كشأن عقود الإذعان؛

2- انفراد أحد أطراف العقد بوضع شروط العقد في ضوء الحرية التعاقدية التي يتمتع بها، ومن ثم إيراد هذه الشروط بما تحقق له مصلحته وفائدته؛

3- السرعة التي تبرم فيها هذه العقود، التي لها الدور الكبير بعدم إتاحة الفرصة للطرف الضعيف، كفرصة الإطلاع عليها وما تتضمنه من شروط أو بنود وعليه فإن هذا الطرف يتعاقد من دون الإلمام الكافي أو في الأقل تقدير مداها وأثارها، ما يجعل الطرف الضعيف تحت رحمة الطرف القوي."؛ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص240.

3- أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص16.

بجعل مكانة لعقد الإذعان في القانون المدني الجزائري لسنة 1975 باعتباره نتاج التطور الاقتصادي¹.

ثانيا: التفاوت في المعرفة سبب اختلال التوازن العقدي

ظهرت فكرة التوازن العقدي كثورة التجديد التي هبت على النظرية العامة للعقد وفرضت نفسها كفكرة لها حضور في قانون العقود، لأن اختلال التوازن العقدي أفقد العقد وظيفته الاجتماعية وسبب وجوده وبقائه مما يستتبع اعتباره فاقدا لآثاره الملزمة²، والوسيلة لجعله ملزما للأطراف تكمن في معالجة هذا الخلل³.

ثم انصب الاهتمام على التفاوت المعرفي كسبب لعدم التوازن العقدي لأن التطور العلمي أفرز تفاوتاً معرفياً بين أطراف العقد وأسفر عن ميلاد علاقات استهلاكية جديدة تتسربل بطابع تقني وفني نظراً للتركيب المعقد للسلع والخدمات، بحيث أصبح هناك طرفاً يمتلك معلومات وبيانات عالية عن ما يتعاقد عليه، والآخر نقيض ذلك يفتقر للمعلومات والبيانات⁴.

¹ خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، العدد5، 2016، ص309.

² ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص374.

³ لمعالجة الخلل الذي أفقد العقد وظيفته لأبد من تدخل الدولة في العديد من العقود سواء في مرحلة تكوينها أو تنفيذها من أجل إعادة التوازن العقدي إما بتوسيعها للنظام العام التقليدي إلى النظام العام الاقتصادي التوجيهي وإلى النظام العام الاجتماعي والاقتصادي الحمائي وإما بتبنيها فكرة الطرف الضعيف من أجل تكريس العدالة العقدية عن طريق تدخل القاضي في العقد في حالات محددة قانوناً". مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص85.

⁴ إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود "دراسة تحليلية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص7. ص8.

وُصِفَ هذا التفاوت المعرفي بين المتعاقدين، بأنه انعدام المساواة الفعلية بين المتعاقدين بالمعرفة المتعلقة بالعقد في مرحلة تكوينه¹؛ ويدخل في تكوين فكرة التفاوت في المعرفة عنصران يتمثل أولاهما عدم التكافؤ في العلم بين المتعاقدين، أما ثانيهما يتمثل في عنصر التفاوت بالخبرة بينهما.

يقصد بالعنصر الأول -فكرة التكافؤ في العلم-، التقارب في امتلاك المعلومات والبيانات الكافية عن ما يتعاقد عليه في مرحلة تكوين العقد، بحيث يتمكن المتعاقدين من الاختيار الصائب بناء على ما تكون لديهم من رضا حر مستنير، والذي يحافظ هذا الرضا على توازن الحقوق والالتزامات بعد إبرام العقد -بنظر عاقدتها² أو "عدم التكافؤ في العلم هو عدم التساوي في المعلومات مما أدى إلى اختلال الموازنة في المراكز العقدية بشأن المعلومات التفصيلية اللازمة لانعقاد العقد"³.

أما العنصر الثاني -فكرة التفاوت في الخبرة بين المتعاقدين- يقصد به عدم المساواة في المقدرة التفاوضية بسبب امتلاك أحد الأطراف الكفاءة والخبرة، وآخر لا يتمتع بالمقدرة التفاوضية لأنه لا يمتلك الخبرة الكافية" أو بأنه "عبارة عن علاقة تقوم بين قوي وضعيف، بين عالم بأصول فنه ومتخصص فيه وبين جاهل به مما يؤثر بصورة عميقة على توازن المصالح بينهما"⁴.

أدرك رجال القانون أن هذا التفاوت بين المتعاقدين يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، بحيث لم يعد الشخص بمفرده قادر على الدفاع عن مصالحه، وتحقيق

¹ - صفاء متعب فجة، المرجع السابق، ص317.

² - نفس المرجع، ص318.

³ - إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، المرجع السابق، ص24.

⁴ - صفاء متعب فجة، المرجع السابق، ص321.

العدل في علاقته مع الغير، ولم يعد التراضي وحده كاف لتحقيق التوازن في العقد¹، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، إنّ فكرة التوازن العقدي في ظل مبدأ سلطان الإرادة كانت ذو نزعة شخصية ومعيارها التراضي بين الطرفين ومادام أن التراضي موجود فإن التوازن العقدي يعد متحققا تبعا لذلك، أما الآن نتيجة التطورات الاقتصادية والاجتماعية وتغير أنماط العقد أثبتت محدودية الحماية التي يوفرها مبدأ المساواة القانونية للتعاقد في ظل التقدم والتطور التكنولوجي وتعد الطابع الفني للسلع والخدمات، الأمر الذي لم يعد معه مبدأ المساواة القانونية قادر على أن يحقق التوازن العقدي في ظل عدم المساواة الفعلية بين طرفي العقد².

غير أنه بعد تراجع مبدأ سلطان الإرادة أصبح للتوازن العقدي مفهوم موضوعي ينشغل بتحقيق التوازن بين الأطراف مستهدفا تحقيق المساواة، العدالة التعاقدية وحماية الطرف الأكثر ضعفا سواء من الناحية الاقتصادية أو المعرفية، بالإضافة إلى إضفاء جانب أخلاقي على العقد³.

لذلك أوجدت التشريعات بعد ذلك أساليب تعالج فيها هذا التفاوت الذي يؤثر بالمراكز العقدية للأطراف، ومن تلك الأساليب الاعتراف بنطاق الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي وإعادة العدالة العقدية من خلال إسباغ صفة الإذعان على العقود التي تتفاوت

¹ - دحمون حفيظ، التوازن في العقد، المرجع السابق، ص62.

² - خوله كاظم محمد راضي، الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل العراقية، المجلد 06، العدد 01، 2014، ص287.

³ - درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص46. ص80.

فيها القدرات الاقتصادية والتقنية والمعرفية بين طرفي العقد؛ وهذا الاعتراف كان بمثابة الاستثناء على القاعدة العامة¹.

حظيت فكرة الشرط التعسفي في عقود الإذعان باهتمام المشرع كوسيلة لحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية وآلية لإعادة التوازن العقدي، لأن المحترف ذو الخبرة والمعرفة سينتهج خبرته ومعرفته لفرض شروط على المستهلك أحادية التحرير صيغت بصياغة غامضة لا يدرك خطورتها².

الفرع الثاني: التعديل يعالج اختلال التوازن العقدي

إنّ الحرية التعاقدية كثيرا ما أدت إلى مظالم كثيرة، لذلك نجد بعض المحاولات الفقهية والتطبيقات القضائية حديثة نسبيا حاولت تحقيق بعض الأهداف مثل "التوازن" و"عدم التعسف" بواسطة التماهي وراء القواعد العامة في القانون المدني محاولة التوفيق بين مقتضيات العدالة ومقتضيات الاستقرار لإصلاح ما اختل من توازن بعد إبرام العقد (أولا).

إلاّ أنه تبيّن أنّ المبادئ العامة التي استند إليها غير كافية لتحقيق التوازن العقدي المرجو تحقيقه وفقا للعدالة العقدية، وطالما أن التوازن لن يتحقق تلقائيا فكان لابد من الاستعانة بالرقابة القضائية كوسيلة لإعادة التوازن العقدي المفقود خصوصا في عقود الإذعان (ثانيا).

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، المرجع السابق، ص26. خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، المرجع السابق، ص308. خوله كاظم محمد راضي، المرجع السابق، ص287.

² - سامي بن حملة، إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الإستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد 05، مارس 2015، ص90. محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص80.

أولاً: قصور المبادئ العامة في تحقيق التوازن العقدي

لا شك أن التوازن العقدي لا يتحقق إلا بوضع نظام قانوني متجانس، وبالرجوع إلى القانون الجزائري لم يتضمن أية مبدأ يهدف إلى ضمان التوازن العقدي بشكل مباشر، إلا أننا نجد القواعد العامة في القانون المدني تضمنت عددا من التقنيات التي يمكن أن يسهم أعمالها في محاربة عدم التوازن العقدي، والتي منها: الغبن والاستغلال (1)، السبب (2)، قاعدة حسن النية (3)، التعسف في استعمال الحق (4).

1: دور نظرية الغبن والاستغلال في تحقيق التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية

إن نظرية الغبن والاستغلال لها دور ضئيل في تصحيح بعض إساءات الاستعمال التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة عموماً، وبين المحترف والمستهلك خصوصاً لأنّ المشرع الجزائري أخذ بالنظرية المادية في الغبن، في حالات محددة على سبيل الحصر كما تم سبق تبيانه، وفي أغلبها لا تهم أحوال المستهلكين، كما أنه أسس الغبن من جهة أخرى على النظرية الشخصية وهو الاستغلال والذي جعل منه سبباً لإبطال العقود¹.

إنّ فكرة الغبن وإن كانت تتفق مع الهدف والمضمون من الحماية من الشروط التعسفية وهو تحقيق التوازن إلا أنها تختلف مع الغرض محل البحث، والمتمثل في الأساس القانوني لحماية المتعاقدين في عقود الاستهلاك من اختلال التوازن العقدي²، ذلك أن فكرة الغبن تتعلق بمحل العقد، أما الإذعان فيتعلق بالإرادة، ومن ثم لا يجوز أن نحمي فكرة متعلقة بالكيف بواسطة فكرة ذات طابع كمي.

¹ - يراجع ما سبق ذكره من هذه الرسالة.

² - محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص 119.

بعبارة أخرى، لا يوجد تلازم بين الإذعان وعدم تعادل الأداءات في الغبن لأنه لا يترتب دائماً عدم تعادل بين الأداءات من واقع إذعان أحد المتعاقدين للشروط التي انفرد الطرف الآخر بوضعها¹. كما أن تقدير قيمة الأداءات المتقابلة في العقد يقتضي بالضرورة تقييم الشروط التي يملئها المحترف على المستهلك، فحتى وإن لم يتم التمكن من قياس القيمة المالية لهذه الشروط على الأداء المالي للعقد بشكل مباشر فإن هذه الشروط تؤثر بالضرورة على التوازن المالي للعقد ولو بطريقة غير مباشرة، كذلك في نظرية الاستغلال لا ينظر إلى اختلاف قيم الأشياء بمعيار موضوعي من خلال تحديد نسبة معينة وإنما يقاس بمعيار شخصي ووفقاً لظروف كل حالة على حدة لكن مع اشتراط أن يصل اختلال القيمة إلى الحد الباهظ أو الفاحش وأن يأتي نتيجة استغلال أحد الطرفين للطيش البين أو الهوى الجامح².

إنّ عدم التكافؤ الناتج عن إدراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك والناتج من ضعف إرادة المستهلك الذي يحتاج إلى السلعة أو الخدمة، يتيح لأول وهلة أنه يمكن تطبيق نظرية الإستغلال لحماية هذا المستهلك المغبون من بعض الشروط التعسفية³، إلا أنّ اللجوء إلى هذه النظرية غير كاف لتحقيق الحماية الكافية للمستهلك في جميع الحالات بإبطال الشروط المختلة بتوازن العقد لأنها تصطدم بما يلي:

-إنّ الدفع بهذا العيب حصره المشرع في حالات ضعف محددة هما الطيش البين والهوى الجامح وبالتالي ضيق من نطاق تطبيق هذه النظرية، غير أنه لو أخذ بحالات ضعف أخرى كالحاجة، الضرورة، عدم الإدراك أو عدم الخبرة أو نقص التجربة الخبرة لقل أن هذه النظرية ستحقق حماية أكثر للمستهلك من الشروط التعسفية.

¹ - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص 50.

² - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق ص 30. توفيق حسن فرج، نظرية الإستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 346.

³ - فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 175.

- إنَّ وجوب اللجوء إلى المحكمة لرفع دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص يصاحبها صعوبة في الإثبات وهو ما لا يتمكن المستهلك من القيام به في أغلب الأحوال، كما يصاحبها مصاريف ترهق كاهل المستهلك مما يؤدي إلى عدم سلوكه لهذا الطريق.

- إنَّ التطبيقات الخاصة بفكرة الغبن تبدو قليلة بل ونادرة، بما لا يستقيم مع جعلها أساس لِمَد نطاق الحماية من الشروط التعسفية وفقا للقواعد العامة في القانون المدني¹؛ بالإضافة إلى أنه لو افترض العمل بفكرة الغبن على نطاق واسع لأدى ذلك إلى عدم الاستقرار في المعاملات واهتزاز الأمن القانوني².

2: دور السبب في تحقيق التوازن العقدي

يعد السبب ركن في العقد في القانون الجزائري كبعض النظم الأخرى، في حين البعض الآخر لا يتقبله كركن في العقد، وربما هذا ما أدى إلى انقسام الفقه بين ناف لدوره في التعاقد ومدافع عنه³.

باستقراء نص المادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري⁴، نجد أنّ المشرع الجزائري كرّس ف المادة 97 التصور التقليدي للسبب، أما في المادة 98 منه أخذ بازدواجية التصور أي تبني النظرية التقليدية والحديثة في نفس الوقت.

¹- محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص120.

²- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص51.

³- عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص136.

⁴- تنص المادة 97 من القانون المدني على ما يلي: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا".

-تنص المادة 98 من القانون المدني على ما يلي: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يعم الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

لقد كانت النظرية التقليدية تنظر إلى السبب نظرة موضوعية objective وتعتبر التزام كل من المتعاقدين سببا في التزام المتعاقد الآخر، والسبب بهذا المعنى الموضوعي لا يختلف باختلاف العقود ولا باختلاف الأطراف في العقد بل هو واحد لا يتغير في كل الأحوال¹.

تمتاز النظرية التقليدية بالصبغة الموضوعية التي تسمح بمراقبة وجود السبب الذي يكون في الأداء المقابل -التعادل بين الأداءات المتقابلة- وهو حماية للمتعاقد عند تكوين العقد من اختلال التوازن في العقد ويقصد به السبب القسدي²، ومن ثم إنَّ عدم وجود محل الالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب مما يؤدي إلى بطلان العقد³.

إنَّ نظرية السبب بتصورها الموضوعي تساهم في حماية المصالح الخاصة للمتعاقد، وتعد أداة من أدوات تحقيق التوازن العقدي عند نشأة العقد⁴.

بينما النظرية الحديثة ترى أن السبب هو الباعث الدافع على التعاقد، ويتمثل في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد أي المبررات التي كانت وراء عزم وتصميم المتعاقدين على إنجاز العملية العقدية، وبهذا المعنى يكون السبب ذاتي subjective يختلف باختلاف العقود وباختلاف الأشخاص، وقد تتعدد الدوافع وتتفاوت فيما

¹ - علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص88.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص260. ص266. عسالي عرارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص137. ص140.

³ - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص54.

-أبطلت محكمة النقض الفرنسية اتفاقية لعدم وجود السبب لأن الأداء المتعهد به من دون فائدة.
Cour de Cassation, Chambre civile¹, du 18/04/1953, N° de pourvoi 53-06.152, publié au bulletin, sur le site : www.legifrance.gouv.fr

⁴ - درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص174. ص182. عسالي عرارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص143.

بينها من حيث أهميتها وتكون العبرة حينئذ بالدافع الرئيسي أي الأخذ بالبائع الذي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد، ويخضع البائع لشرط المشروعية الذي يسمح بمراقبة المعاملات من حيث مطابقتها للنظام العام الأخلاقي، والأدبي، والاقتصادي والاجتماعي وبالتالي تقديم حماية المجتمع على حماية الفرد¹.

أعطى القضاء الفرنسي للسبب دور قوي في حماية العقد الذي يجب أن يكون له دور اجتماعي في حماية التوازن العقدي وأخلقة العقد لأنه أداة فعالة لمراقبة انسجام العقد وتحقيق فكرة التبادل العقدي²، ومن الأحكام التي اتخذت السبب لبطلان الشرط التعسفي حكم الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الذي جاء في مضمونه أن شرط الوثيقة الذي بموجبه يتم ضمان الضرر فقط إذا كانت المطالبة، في أي حال من الأحوال ضرورية، لتنفيذ التأمين ضد المسؤولية والتي تمت صياغتها خلال فترة سريان العقد مما يؤدي إلى حرمان المؤمن له من منفعة التأمين بسبب فعل لا ينسب إليه وفيه خلق لميزة غير قانونية وغير مشروعة وخالف من أي سبب، يجب اعتبار هذا الشرط غير مكتوب لمنفعة شركة التأمين لوحدها بحصولها على أقساط دون مقابل³.

استنتجت أيضا الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية أنه يقتضي أن يعتبر شرط التأمين الذي بمقتضاه يكون ضمان أضرار كهذه ساريا بعد فسخ عقد التأمين مقابل دفع أقساط لاحقة في بعض الحالات غير مكتوب، أي شرط تعسفي باطل، لأن قسط إضافي كهذا هو في الواقع مجرد من أي مقابل، وبالتالي مجرد من السبب⁴.

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 267. ص 270. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 88.

² - عسالي عرعار، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 137.

³ - Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19/12/1990, N° de pourvoi 87-19.588, sur le site : www.legifrance.gouv.fr

⁴ - Cour de Cassation, Chambre Commerciale, du 28/05/1993.

رغم توالي الأحكام التي تستند على غياب السبب لإبطال الشروط التعسفية، إلا أن أهم حكم الذي أثار جدلا هو الحكم الصادر عن الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في قضية شركة كرونوبوست l'affaire Chronopost.

تتلخص وقائع حكم محكمة النقض الخاص بشركة كرونوبوست الصادر بجلسة 22/10/2993 أن، إحدى الشركات وهي شركة banchereau أرادت الدخول والتقدم بعبء في إحدى المناقصات لتوريد اللحوم ولذلك قامت بإرسال العطاء المقدم منها وكافة المستندات اللازمة عن طريق البريد السريع وذلك من خلال التعاقد مع شركة كرونوبوست وهي الشركة العاملة في مجال البريد السريع في فرنسا، وتعدت الشركة الأخيرة بتوصيل الرسالة في ميعاد محدد متفق عليه، غير أن شركة كرونوبوست أخلت بهذا الالتزام وهو الالتزام الذي اعتبرته الدائرة التجارية بمحكمة النقض "الالتزام الرئيسي في العقد"، ما أدى إلى تفويت الفرصة على شركة banchereau في التقدم بعطائها قبل الساعة 12 ظهرا وهو الميعاد الأخير لاستلام العطاءات، حيث قامت شركة كرونوبوست بإيصال الطرد في اليوم المحدد ولكن بعد الظهر أي بعد الساعة 12 ظهرا، وترتب على ذلك استبعاد العطاء المقدم من الشركة لوصوله بعد الميعاد، فأقامت شركة banchereau دعواها للتعويض عن لجميع الأضرار المترتبة على عدم تقديم العطاء في الميعاد المتمثل في خسارة الشركة للمناقصة، فدفعت شركة كرونوبوست الدعوى برفضها على سند من وجود شرط بالعقد المطبوع الخاص بتوصيل الطرود يخفف من المسؤولية في حدود قصر التعويض على رد قيمة إرسال الطرد إلى "المرسل" أي تمسكت بوجود شرط يخفف من المسؤولية في حالة عدم وصول الطرود، في مقابل رد الشركة لمبلغ العقد الخاص بتوصيل الطرود والرسائل وهو ما رأت معه الشركة المدعية أنه لا يتناسب -بطبيعة الحال- مع الخسارة التي لحقت بها فيما يتعلق بتفويت الفرصة عليها في دخول المناقصة.

مذكور لدى: جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص996.

قضت محكمة النقض بأن مثل هذا الشرط يعتبر كأن لم يكن وذلك لإخلاله بالالتزام الرئيسي للشركة وهو جوهر العقد المتمثل في النقل السريع للطرود والرسائل في المكان والوقت المحددان بالعقد، وهو ما تكون معه الشركة المدعية مستحقة للتعويض بعد أن قضت المحكمة باعتبار هذا الشرط (تحديد المسؤولية) كأن لم يكن¹.

إنّ قضاء محكمة النقض بأن الشرط المحدد للمسؤولية الذي يناقض التزاماً أساسياً بإيصال الطرود في الموعد المحدد وبسرعة فائقة أنه كأن لم يكن باعتباره شرطاً تعسفياً، استند لركن السبب وعالج عدم التكافؤ العقدي بفكرة غياب السبب بحيث ألغت الشرط وأبقت على العقد صحيحاً، في حين أنه كان الحكم لا بد أن يتضمن بطلان العقد لان الالتزام الرئيسي يصبح بلا سبب².

لا تكمن أهمية هذا الحكم في تقرير الحماية من الشروط التعسفية وفق القواعد العامة في القانون المدني فحسب، بل تبين كذلك من هذا الحكم أن كل من الشركة المدعية والشركة المدعى عليها، لا ينطبق على أي منهما وصف "المستهلك" وفقاً لأحكام قانون الاستهلاك، بل إن هذا الحكم يعتبر قد قرر الحماية من الشروط التعسفية الواردة في عقد من عقود المحترفين الأمر الذي يمكن القول معه، بأن الحماية المقررة وفقاً للقواعد العامة لا تتوقف على أي اعتبارات تتعلق بشخصية المتعاقد³.

إنّ الاعتراف بقدرة نظرية الالتزام في مجال حماية المستهلك بإعمال التفسير المناسب لروح العصر بما يتناغم وروح المشاكل القانونية لا غنى عنه، وقد ثبتت بعض موضوعات نظرية الالتزام حيويتها الدائمة وقابليتها للتجاوب مع أحدث المسائل في مجال المعاملات

¹– Cour de Cassation, Chambre Commerciale, du 22/10/1993, N° de pourvoi 93-18.632, sur le site : www.legifrance.gouv.fr

²– عسالي عرارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص144.

³– جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص997.

المدنية، وبصفة خاصة، موضوع حماية المستهلك الذي يحتل أهمية فائقة في الوقت الحالي¹.

غير أن التسليم بفكرة انعدام السبب -كما فعل القضاء الفرنسي الحديث- لإبطال الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية هي تقنية لم تسلم من النقد باعتبار أنها لا تؤدي سوى إلى إبطال بعض الشروط، وليس إلى إزالة عدم التوازن العقدي برمته²، فضلا أن إعمال فكرة انعدام السبب غير قادرة على توفير حماية مثالية للمستهلك لأنه يؤدي إلى بطلان العقد وليس الشرط فقط، وهو أمر يناقض مصلحة المستهلك الذي يريد إبطال الشرط وحده والإبقاء على العقد³.

تجدر الإشارة إلى أنه بخصوص إمكانية استناد القاضي على غياب السبب في القانون المدني الجزائري من أجل إبطال الشروط التعسفية يحتاج إلى اجتهاد فاصل بإمكانية ذلك.

3: دور قاعدة حسن النية في تحقيق التوازن العقدي

من المبادئ التي يمكن اللجوء إليها في ظل عدم كفاية القواعد القانونية وقصورها في تحقيق التوازن العقدي مبدأ حسن النية، الذي أعطاه الاجتهاد مكانة هامة إذ أنه بلغ حداً من الرسوخ أنه يمكن الاستدلال عليه حتى ولو لم يكن مضافاً إلى أي نص قانوني، والذي نجده مؤخراً تكرر كقاعدة قانونية وضعية قابلة للتطبيق⁴.

¹ - محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص124.ص125.

² - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص56.

³ - سهى نمر الشنطي، المرجع السابق، ص130.

⁴ - منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية: دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل العراق، المجلد 26، العدد 03، 2018، ص17.ص18. جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص266.

يعد حسن النية من المبادئ الأساسية في تشريعات القوانين المدنية عموماً، وفي العقود خصوصاً إذ يشكل الإطار والروح التي يجب أن يسود إنشاء وتفسير وتنفيذ العقد وتحديد محتواه، فلا نكاد نجد عقداً إلا ولحسن النية فيه حضور وتواجد¹.

يقصد بالمبدأ تلك النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع، وهو الصراحة والقصد السوي، فالنية الحسنة تصد سوء النية والغش والمكر والرغبة في الإضرار بالغير، وهو مفهوم واسع يعبر عن الإحساس بالأمانة واستقامة الضمير، كما يعتبر في الواقع مرادفاً للصدق والاستقامة².

إنّ تسلل مبدأ حسن النية إلى العلاقات القانونية له دور في تحقق العدالة العقدية بين طرفي العقد، فهو يؤدي إلى تنوير رضاء المتعاقد وتبصيره في تكوين إرادته التعاقدية، ومن ثم تحقيق المساواة الفعلية المسلوبة من طرف المتعاقد الضعيف من خلال دخوله إلى العملية التعاقدية على أساس رضاء سليم ومستتير³، فضلاً عن تحقيقه الحماية للمتعاقد الضعيف من خلال الإبقاء على العقد لما يمثله من أهمية واقتصادية واجتماعية أو للمطالبة بالتعويض بحسب توازن المصالح بين العلاقة القانونية⁴.

لقد استتجد بمبدأ حسن النية كمبدأ عام كفيل بتحقيق التوازن في العقد باعتباره وازعا ذاتياً بمقدوره أن يكبح إرادة المتعاقدين في تحقيق مصالحهم دون أدنى مراعاة لمصالح الأطراف الأخرى في العملية التعاقدية⁵، كما هو في إطار العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين نجد أن الالتزام بما تقتضيه قاعدة حسن النية يكون مطلوباً من جانب المحترف

¹ - دحمون حفيظ، التوازن في العقد، المرجع السابق، ص 68. فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 208.

² - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 153.

³ - فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 208.

⁴ - منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، المرجع السابق، ص 17.

⁵ - دحمون حفيظ، التوازن في العقد، المرجع السابق، ص 68.

أكثر من المستهلك، لأن هذا الأخير لا يملك المقومات التي تمكنه من إبرام العقد مع المحترف بما يخالف مقتضيات حسن النية، كما أن المستهلك عموماً يجد نفسه في مركز ضعيف أمام المحترف الذي يلتمس مدى عجزه بأن يحدد بقدراته وإمكاناته الخاصة عناصر وشروط التعاقد فضلاً عن طابع السرعة في أكثر تعاملات المستهلك وعدم توفر الوقت الكافي عنده للفحص والدراسة والتأمل والإلمام بكل النتائج المترتبة على تعاقداته¹.

من أهم الالتزامات التي يستوجبها مبدأ حسن النية التزام المتعاقد بعدم إيراد شروط تعسفية بحق المتعاقد الآخر المستهلك وخصوصاً إذا كان العقد محرراً مسبقاً من قبل المحترف، حيث أنّ البعض يرى تلك العقود هي منتهى حسن النية على نحو متشدد وواضح لما تحققه من مصالح للمحترف على حساب المستهلك؛ وبالتالي وهكذا إنّ أساس الالتزام بعدم إدراج الشروط التعسفية في العقد يرجع إلى الالتزام العام بحسن النية في مرحلة إبرام العقد².

هذا ما قضت محكمة التمييز العراقية في قرار صادر عنها بأن الشرط الذي يعطي للمؤمن الحق في تحديد تاريخ سريان عقد التأمين يعد شرطاً تعسفياً، لأنه يخالف مبدأ حسن النية³.

يعتبر مبدأ حسن نية أساس المراقبة القانونية للشروط التعسفية من طرف القاضي، لأن له أثر في الحكم بسريان أو عدم سريان الشرط التعسفي، فإذا ما ثبت للقضاء مخالفة

¹ - زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية، المرجع السابق، ص 282.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 429.

³ - قرار رقم 777، مدنية أولى، الصادر بتاريخ 1978/5/25، مجموعة الأحكام العدلية، العدد 2، السنة التاسعة، 1978، ص 40. مذكور لدى: فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 227.

المذعن لشروط العقد التي صدرت عن حسن نية منه قضى حينئذ بعدم سريان تلك الشروط بحقه¹.

تجدر الإشارة إلى أن التشريعات تتجه بشأن حسن النية في إبرام العقد إلى اتجاهين، الأول ينص بشكل صريح أو ضمني إلى حسن النية في إنشاء العقد إذ يسير الاتجاه الحديث إلى وجوب توافر هذا المبدأ في مرحلة انعقاد العقد أولى منه من مرحلة التنفيذ لأن ذلك من شأنه أن يضفي على القانون طابع خلقي²، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي بعد تعديله للمادة 1104 من القانون المدني إذ نص عليه من مرحلة التفاوض على العقود إلى تنفيذها، وكذا التشريع الألماني في المادة 252 والتشريع اللبناني في المادة 221 من قانون الموجبات والعقود؛ أما الاتجاه الثاني لا يشير بأي شكل من الأشكال إلى حسن النية في مرحلة إبرام العقود وإنما يشير إليه في مرحلة تنفيذ العقود فقط كالقانون المدني العراقي في المادة 150 منه، القانون المدني المصري في المادة 148، والقانون المدني الجزائري في المادة 107 منه.

بالرجوع إلى المادة 107 من القانون المدني الجزائري، نجد أنها تعترف صراحة بالمبدأ عند تنفيذ العقد³، وهذا يوحي بأن هذا المبدأ موجود ويغطي جميع مراحل العقد لأن المبادئ التي يتم بها الانعقاد هي نفسها المبادئ التي يقدم المتعاقدان على تنفيذها⁴، غير

¹ - شوقي بناسي، أثر تشريعات الإستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015، ص 457.

² - محمود علي رحمه، المرجع السابق، ص 125.

³ - تنص المادة 107 من القانون المدني على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

⁴ - عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، المرجع السابق، ص 207. شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 456.

أنه لم ينص المشرع على جزاء محدد لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد، وإنما نص على الاعتراف للقاضي بإلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد بشكل يتفق مع ما يوجبه حسن النية، وبالتالي لا نجد اجتهادات قضائية في هذا المجال؛ وهذا ما خلص ببعض الفقه إلى القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي¹.

بعبارة أخرى، إنَّ اتخاذ حسن النية كمبدأ يجب أن يسود العملية التعاقدية ويخفف من حدة مبدأ سلطان الإرادة ويقلل من أسباب الصراع والغش والخديعة ويدعم الثقة والاستقرار والتوازن المرجو للعقد من خلال الموازنة بين مصلحة المتعاقدين واستقرار التعامل يعد وسيلة لتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي لما يحققه من مساواة وعدالة تعاقدية بإرسائه التزامات ايجابية حديثة (الالتزام بالتعاون والنزاهة)²، إلا أنه لا يشكل تقنية مستقلة يمكن التعويل عليها وحدها لإعادة التوازن العقدي³، لأن تقدير الإخلال بحسن النية يكون بالنظر إلى سلوك المتعاقد⁴، وليس بالنظر إلى شرعية الاشتراطات التعاقدية -أي قياس مدى تعسفية

- جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بأن: ". حسن النية يظل العقود جميعا سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أو كيفية تنفيذها، وهو ما يوجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق ما يوجبه حسن النية وما تقتضيه من نزاهة وشرف التعامل". الطعن رقم 7757 لسنة 82 قضائية، الصادر بجلسة 2019/01/21، على الرابط: www.cc.gov.eg

¹ - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص53.

² - درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص245. سهى نمر الشنطي، المرجع السابق، ص130. زمام جمعة، المرجع السابق، ص312. ص341.

³ - حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية: دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون بجامعة بغداد، المجلد 26، العدد 02، 2011، ص246.

-Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, op.cit, p184.

⁴ - قضت المحكمة العليا في قرار صادر في 1983/03/21: "أن الشخص الذي يجعل تحت تصرفه السكن على وجه الإعارة والإحسان، ثم يسعى ليصبح مستفيدا بدل من أحسن إليه، لا يمكن بأي وجه اعتباره ذا نية حسنة". قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، الصادر بتاريخ 1983/03/21، مجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص174.

الشروط يرجع إلى الشرط وموضوعيته وليس المتعاقد-¹.

4: دور نظرية التعسف في استعمال الحق في تحقيق التوازن العقدي

أخذت نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا مميزا في التقنيات الحديثة، ونجد أنّ المشرع الجزائري قد وضع عدة معايير وضوابط تحدد صور التعسف في المادة 124 مكرر من القانون المدني².

إنّ جوهر هذه النظرية مؤداه أن الحق مقيد استعماله على نحو يحول دون الإضرار بالغير أو بالصالح العام، وذلك على الرغم من أن العمل الذي يأتيه صاحب الحق يدخل في حدود مضمون حقه، فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة، تعترف بالحق وبحرية صاحبه في استعماله بما يعود عليه من نفع، ولكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تندفع بصاحب الحق إلى تحقيق أغراض أو أهداف غير مشروعة، فتضع رقابة على استعماله لحقه بما يضمن مشروعية هذا الاستعمال³.

حاول بعض الفقه البحث عن أساس حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية من خلال الرجوع إلى نظرية "التعسف في استعمال الحق" ومن خلال الاعتداد "بالميزة المفرطة" التي يحصل عليها أحد المتعاقدين في اتفائه مع المتعاقد الآخر، لأن الحقوق تخول للبعض سلطات استثنائية دون البعض الآخر مما تؤدي إلى وضع الأفراد في مراكز غير متساوية

¹- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص458.

²- تنص المادة 124 مكرر على أنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما الحالات الآتية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

³- شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص248.

فيتعسف طرف في حقه في التعاقد عن طريق إيراد بعض الشروط تكسبه ميزة مفرطة وتحرم الطرف الآخر من الحق ذاته¹.

كما اعتبر بعض الفقه الآخر أنّ نظرية عدم التعسف في استعمال الحق من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود، وأنها المخرج القضائي لمعالجة بعض الحالات التي تؤدي إلى الإضرار بالأطراف المتفاوضة نتيجة القطع غير المبرر للمفاوضات².

تبرر نظرية التعسف في استعمال الحق إعادة التوازن العقدي على اعتبار أن الطرف الضعيف لا يملك الخبرة الكافية والدراية اللازمة في مواجهة الطرف القوي³، وأنّ تضمين العقد بالشروط التعسفية هو نتيجة لتعسف شخص في استعمال حق التعاقد بإدراج تلك البنود التي تناسبه⁴.

تعد نظرية التعسف في استعمال الحق أداة مرنة يمكن التوسع فيها إلى الحد الذي تصبح فيه أوسع مجالاً من الخطأ⁵، لذلك لا يتردد القاضي في اللجوء إليها إذا أعجزته النصوص من إعادة التوازن المفقود بين الحقوق المتعارضة لأنها تعد من الأفكار الأكثر توافقاً مع مضمون حماية المتعاقد من الشروط التعاقدية المؤدية إلى الاختلال الفادح وعدم

¹ - محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص120. سهى نمر الشنطي، المرجع السابق، ص133.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص254.

³ - جاء في حكم محكمة النقض المصرية عن دائرتها الإجارية: "أنّ المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليراقب استعمال الخصوم لحقوقهم وفقاً للغاية التي استهدفها المشرع منها حتى لا يتعسفوا في استعمالها .. في ضوء ما يجب توافره من حسن نية في تنفيذ العقود". الطعن رقم 19336 لسنة 84 قضائية، الصادر بجلسة 2018/11/17، على الرابط:

www.cc.gov.eg

⁴ - سامي بن حملة، المرجع السابق، ص91.

⁴ - عنصري بوزار شهناز، المرجع السابق، ص13.

⁵ - حجاج مبروك، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية والنظام المستقل، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012/2011، ص108.

التوازن بين الحقوق والالتزامات في العقود¹؛ كما لهذه النظرية وظيفة وقائية لأنها تمنع صاحب الحق من ممارسة حقه المشروع بصورة تعسفية قبل إقدامه على ممارسته إذا كان احتمال وقوع الضرر المتوقع من استعماله أرجح من عدمه².

تتوافق فكرة التعسف في استعمال الحق مع الحماية المرجوة من الشروط التعسفية من خلال المعايير المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني لأنها تشمل الحماية إذا أُدرج في العقد شرط جزائي مجحف أو كانت المصالح التي يرمي الطرف القوي إلى تحقيقها من خلال إدراج هذا الشرط قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي تحدثه للمتعاقد كإدراج شرط بانتقاص الضمان عن هلاك الشيء، أو إذا كانت المصالح التي يرمي صاحب الشرط إلى تحقيقها غير مشروعة كالشرط الرامي إلى الإعفاء من المسؤولية أو شرط عدم اللجوء إلى القضاء في حالة وقوع نزاع³؛ غير أن استعمال هذه الفكرة كوسيلة لتحقيق التوازن في العقود المختلفة بسبب الشروط التعسفية لا يخلو من النقد:

1- إنّ انحصار مجال الشروط التعسفية في ثلاث حالات يؤدي إلى تجميد وتضييق الحماية الفعالة للمستهلكين⁴.

2- إنّ اختلال التوازن العقدي نتيجة التحرير المسبق لشروط العقد من قبل أحد أطراف العلاقة التعاقدية يتمثل أساس في الممارسة لسلطة الواقع، فيعد إدراج شروط في العقد حرية وليس حقا وبالتالي لا يكون محل التعسف حقا شخصيا، وبالنتيجة لا يمكن القول أن إدراج الشروط التعسفية مجرد تطبيق للتعسف في استعمال الحق⁵.

¹ محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص121.

² درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص139.

³ سهى نمر الشنطي، المرجع السابق، ص133. حجاج مبروك، المرجع السابق، ص84. وما يليها.

⁴ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، المرجع السابق، ص247.

⁵ عنترى بوزار شهناز، المرجع السابق، ص15.

3- يجب عدم الخلط بين مفهوم الشروط التعسفية والتعسف في استعمال الحق لأن هذا الأخير يعد صورة من صور الخطأ الذي يترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية وبالتالي يخرج عن نطاق العقد، بينما الشرط التعسفي فإن مجاله هو المجال التعاقدية.

ثانياً: دعوة القاضي للتدخل في العقد لإحداث التوازن

انطلق القضاء مدفوعاً بحرص كبير على تحقيق العدالة التعاقدية بين أطراف العقد ولم يقف مكتوف الأيدي أمام ظاهرة انعدام التوازن العقدي، ولكي يبرر تدخله استطاع أن يجدد في أفكار القانون المدني عن طريق إعادة تفسير أفكاره التقليدية وبث فيها روح التجديد¹.

غير أن تلك الأفكار التقليدية لم تكن بالأدوات القانونية الكافية لمحاربة الاختلال العقدي الناجم عن الشروط التعسفية الذي عرفته الحياة القانونية في ظل ظهور الشركات والمؤسسات الاقتصادية الخدمائية منها والمنتجة، بحيث اتسع مجال العلاقات التعاقدية بينها وبين المستهلكين في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع، لذلك خرج المشرع عن المبادئ الليبرالية المقدسة في القانون المدني وانتهج سياسية تشريعية تهتم بالتوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف.

هذه السياسة التشريعية بداية، أشار فيها إلى حالة عدم التوازن العقدي التي قد تحصل في عقود الإذعان، دون تعريفه لفكرتي التوازن والشروط التعسفية، وإنما أقر من خلالها سلطة للقاضي كانت محل جدل كبير لاصطدامها بمبدأ حرية التعاقد واستقرار المعاملات المالية؛ ولذلك سنتناول الأسباب والمبررات التي أدت إلى ضرورة تدخل القاضي في العقد من أجل إحداث التوازن العقدي رغم أنه ليس طرفاً في العقد (1)، ثم إلى فكرة

¹ - ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 34.

التوازن العقدي التي أصبحت ضرورة يستند إليها من أجل التجديد في الأفكار التقليدية ومعالجة الاختلالات التعاقدية (2).

1: مبررات تدخل القاضي في العقد لإحداث التوازن العقدي

بالرغم من أنه يُمنع على القاضي التدخل في مضمون العقد إلا أنه حينما تكون إرادة أحد الأطراف غير واضحة أو حينما يكون الشرط غامضاً يستطيع القاضي أن يتدخل لتفسير مضمون العقد بتفسير شروط العقد وتتبع توجه إرادة المتعاقدين¹.

إن سلطة القاضي في تفسير العقد وإن كانت تواجه بطريقة ما اختلال التوازن العقدي، إلا أنها ليست بألية معالجة كافية وشفافية للآثار الناجمة عن الشروط التعسفية لأنها أحيانا لا تصل إلى معالجة الخلل وإحداث التوازن العقدي.

في ظل الأوضاع المحجفة التي شهدتها الطرف الضعيف والظلم الفاحش الناجم عن عقد الإذعان وما يترتب عنه من اللامساواة العقدية بين المتعاقدين، اتخذ التعسف الذي ينتج عن التفاوت بين المركزين واستغلال ضعف المتعاقد في العقد مُبرراً لتدخل القاضي في العقد بطريقة استثنائية².

انتهج المشرع سياسة تشريعية تهتم بالتوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف، إذ تدخل بصفة مباشرة في عقد الإذعان أو بصفة غير مباشرة عن طريق القاضي بغية ضمان التوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف المذعن باعتباره طرفاً ضعيفاً من خلال وضع نصوص قانونية لحماية الطرف المذعن، ابتداءً منذ سنة 1975 بنصه في المادة 110 من القانون المدني وأتممها بالمادتين 29 و30 من قانون رقم 04-02 والمادة 05 من المرسوم

¹ محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص109.

² فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص224.

رقم 06-306 سالفى الذكر، إذ انصب محتوى هذه القواعد على سلطة التعديل والإعفاء من الشروط التعسفية التي مُنحت للقاضي بغية حماية الطرف المدعى.

تشكل هذه السياسية ميزة لتطور قانون العقود لأنها لا تحمل في طياتها فقط التصحيحات التي تشوب عقود الإذعان وإنما تحمل عدة تدخلات تشريعية بتنظيمات أمره من أجل حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن للميزان العقدي، مما لهذه الحماية من تأثير على النظرية العامة للعقد¹.

أثارت سلطة القاضي في تعديل العقد خلاف فقهي ما بين مؤيد ومعارض، إذ عارض البعض توجه المشرع في توسيع الحماية للطرف المدعى بإعطاء القاضي هذه السلطة لأنّ في ذلك خروج القاضي عن وظيفة التفسير الثابتة له وتعديا على مبدأ سلطان الإرادة الذي أنشأ هذا العقد، كما أن هذا التوسع من شأنه أن يزعزع استقرار المعاملات لإمكانية إهدار الشروط التعاقدية دون قيد أو تعقيب².

غير أنّ بعض الفقه يرى أن تدخل المشرع لحماية الطرف المدعى من الشروط التعسفية له ما يبرره لأنه هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الحق في الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقا للتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك، ومما لا شك فيه أن خضوع الطرف المدعى في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقود الإذعان³.

إن الرأي الأخير هو الأولى بالإتباع لأن العقل يستطيع أن يستخلص وجود الظلم في العقد في حالة عدم التعادل في القوة الاقتصادية للطرفين أو عدم خبرة أحد المتعاقدين مما

¹ خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، المرجع السابق، ص310.

² عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الأول، المرجع السابق، ص215.

³ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص247. عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص37. موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص270.

يبير فكرة تعديل العقد حماية للطرف الضعيف من شروط العقد التعسفية خصوصاً وأن سلطة التدخل تمنح للقاضي كشخص محايد ومختص يمكن الوثوق فيه من قبل الطرفين.

أُقِرَّت سلطة تدخل القاضي للعمل على تحقيق العدل ومنع وقوع الضرر بأحد المتعاقدين، وكذا لضرورة البحث عن التعادل الاقتصادي الناتج عن عدم المساواة في الالتزامات المتقابلة إذا كانت إمكانية إعادة توازنه ممكنة بما تقتضيه مبادئ العدالة وروح الإنصاف واستقرار العلاقات العقدية وتنفيذها في أحسن الظروف¹.

اتخذت العدالة كمبرر لتدخل القاضي لرفع الظلم عن الطرف المتضرر لما تحققه من مساواة في الالتزامات المتقابلة، وحتى وإن لم تكن المساواة حقيقية، ومع ذلك تبقى العدالة رغم إبهامها وغموضها تمتاز بالمرونة لإعادة التناسب في الالتزامات المتقابلة للأطراف والمحرك الأساسي لضمان استقرار المعاملات العقدية بما يحقق مصالح الأطراف².

يبقى تدخل القاضي لتحديد مضمون الرابطة العقدية دائماً الاستثناء من المبدأ العام - العقد شريعة المتعاقدين- إذ حصره المشرع في حالات محددة بتوافر شروط معينة والغاية منها ضمان حد أدنى من التوازن الضروري في العقد الذي يتم بطريق الإذعان³.

إنّ الهدف من المادة 110 من القانون المدني ومنح القاضي سلطة التدخل في العقد هو مكافحة المظاهر البارزة لعدم التوازن العقدي التي تسببها الشروط التعسفية وليس من أجل ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة⁴، لأن الهدف يتمثل في حماية الطرف المذعن بإعادة التوازن الاقتصادي أو على الأقل إزالة التفاوت الكبير فيه عند توافر الشروط

¹ خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير في القانون: فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2001، ص 89.

² بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 95.

³ فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 221.

⁴ خالد معاشو، المرجع السابق، ص 59.

التي تسمح للقاضي بالتدخل، أما إذا لم تتوفر تلك الشروط فلا محل لمراجعة القاضي وإلا اعتبر تدخله تحريفا للعقد ويكون بذلك الأمر مبرر للطعن في الحكم¹، ولذلك إذا وجد القاضي أن عقدا اشتمل على شرط تعسفي تأباه قواعد العدالة فإنه يقوم بتخفيف الشرط إلى الحد الذي يعيد التوازن في العلاقة العقدية وقد يصل الأمر إلى إلغاء الشرط الجائر بالكلية شريطة أن يكون ذلك في الحالات التي يسمح فيها القانون بذلك².

2: التوازن العقدي مطلب ضروري

ظهرت فكرة التوازن العقدي بظهور الفكر القانوني كفكرة تتعلق بالعدالة التعاقدية³، وتطورت عبر المراحل التاريخية المختلفة، وهذا التطور أحدث ثورة في النظام القانوني ككل خصوصا في نظرية العقد التي تعرف بالثبات والاستقرار، فبعدما أن كانت منحصرة في إطار ضيق أصبحت أكثر مرونة وتماشيا مع العالم الخارجي⁴.

كانت فكرة التوازن العقدي في ظل النظرية التقليدية للعقد أي في ظل مبدأ سلطان الإرادة تقدر وفق معيار شخصي ذاتي بحث يرجع إلى أن لكل شخص: الحرية في التعاقد أو رفض التعاقد، حرية اختيار المتعاقد معه والحرية في تحديد مضمون العقد، فكان العقد عادلا مهما كان مضمونه مادام الفرد حر غير مقيد؛ لكن بعد أن تراجع مبدأ سلطان الإرادة أصبح للتوازن العقدي مفهوم موضوعي ينشغل بتحقيق التوازن بين الأطراف مستهدفا تحقيق

¹ عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1993، ص359.

² فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص241. كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص528.

³ جوهر فكرة العدالة هو حصول كل إنسان على حقه، وهي وسيلة لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة والمحافظة على النظام اللازم لبقاء المجتمع فلا وجود للنظام بدون العدالة.

⁴ معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير في القانون: فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2014/2015، ص31. درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص18.

المساواة، العدالة وحماية الطرف الأكثر ضعفاً، بالإضافة إلى إضفاء جانب أخلاقي على العقد وبالتالي تحقيق العدالة التعاقدية¹.

إنّ اختلال التوازن العقدي يفقد العقد وظيفته الإجتماعية وسبب وجوده وبقائه مما يستتبع إعتبره فاقداً لآثاره الملزمة، والوسيلة الوحيدة لجعله مجدداً ملزماً للأطراف تكمن في معالجة هذا الخلل².

إنّ المساس بالعقد يحتاج دائماً إلى تبرير لذلك أُنْخذ اختلال التوازن كمبرر لمراجعة المبادئ التقليدية للعقد إذ تدخلت الدولة في العديد من العقود سواء في مرحلة تكوينها أو تنفيذها من أجل إعادة التوازن العقدي إما بتبنيها فكرة الطرف الضعيف من أجل تكريس العدالة العقدية وإما بتوسيعها للنظام العام التقليدي إلى النظام العام الاقتصادي التوجيهي وإلى النظام العام الإجتماعي والإقتصادي الحمائي³.

بدأت فكرة التوازن العقدي تفرض نفسها كفكرة لها حضور في قانون العقود⁴، لأن لها بعد وهدف يتمثل في الإبقاء على العقود خير من هدمها كما هي في الحقيقة فكرة مساهمة في إيجاد التوازن العادل للحقوق والالتزامات وانسجام العقد ووسيلة لمواكبة تطور العقد⁵، فلما نكون أمام علاقة عقدية يحتكر فيها المتعاقد القوي بفرض شروط عقدية على الطرف المذعن يكون من الخطأ تجميد العقد على الإرادة المتفق عليها لحظة الإبرام، ومن غير العادل

¹ - درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص46. ص80.

² - ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص374.

³ - مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص85.

⁴ - إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود المرجع السابق، ص7.

⁵ - خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، المرجع السابق، ص322.

متابعة تنفيذ العقد نظرا لاختلال توازنه، فهنا يفرض مبدأ الاستقامة التعاقدية أن يقبل المتعاقدان بتدخل القاضي وتنفيذ الالتزامات المضافة بحسن نية¹.

لذلك تدخل المشرع بمنح القاضي سلطة التدخل في العقد محتجا بإيجاد التوازن العقدي الذي لا يخرج عن كونه إنقاذ للعلاقة التعاقدية بيد يمكن للمتعاقدان الوثوق فيها وهي يد القاضي المدني الذي يقوم بهذه المهمة في حالات محددة قانونا ووفق شروط معينة.

هذا التدخل، يتجسد في أعمال القاضي سلطته في إيجاد الحل الملائم للنزاعات الناتجة عن العقود بهدف تقادي زوال الروابط العقدية وإعادة التوازن إلى الواجبات والحقوق المتبادلة، لأن التدخل القضائي يشكل المهمة العصرية التي تكمن في الوصول إلى الحل الأكثر مطابقة لمصالح المتعاقدين خصوصا وأن دور العدالة لا يمكن أن يكون أكثر فعالية وإيجابية إلا عند إعطاء القاضي إمكانية التدخل في العقد والمحافظة عليه².

إن فكرة التوازن العقدي تعد بمثابة ضمانة لإستقرار العقود لأن لها بعد وهدف يتمثل في الإبقاء على العقود خير من هدمها³، فهي تحقق العدالة بمنظور لين يحث على ضرورة وجود ملائمة بين أحكام القانون واحتياجات المجتمع⁴، وفقا لمقتضيات الأمن التعاقدية بصفة

¹ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص375.

² - دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015، ص133. إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود المرجع السابق، ص9.

³ - سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون: تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015، ص112.

⁴ - THOMAS PIAZZON, La sécurité juridique, alpha, 2010, page309.

خاصة والأمن القانوني¹ بصفة عامة الذي يتحقق إذا لم يكن هناك مبالغة في الشدة ولم يكن هناك مبالغة في الليونة، لما يتطلبه من إقتضاء الحذر عند توقع المخاطر العقدية والتصدي لها².

يتبين أن المشرع تبني فكرة التوازن العقدي لما سعى مبدئياً إلى إسناد رقابة الممارسات والتعسفات الناتجة عن عقد الإذعان إلى القاضي من خلال المادة 110 من القانون المدني، فأخذ بها كتقنية لمعالجة اختلال التوازن العقدي في العقود التي يحتكر فيها المتعاقد القوي بفرض شروط عقدية على الطرف المذعن مما يترتب عنها اختلال في التوازن العقدي، أي عدم التكافؤ بين الالتزامات والحقوق في شروط العقد.

إن التشريعات اليوم أصبحت تبحث عن إنشاء التوازن في إبرام العقد وتنفيذه متفادية بذلك إبرام عقود مجحفة في حق المتعاقد الضعيف، خصوصاً وأن حماية الطرف الضعيف أضحت في مقدمة الواجبات الأساسية للدولة المعاصرة لأنها حماية تتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع وليس للمستهلك لوحده³.

1- الأمن القانوني هو كل ضمان، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين ودون مفاجئات حسن تنفيذ الالتزامات، والحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون أو خفضه إلى نسبة معقولة. إذ يقتضي هذا المبدأ أن كل شخص له الحق في استقرار القاعدة القانونية، وأن تكون مفهومة، وأن يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها أن تؤثر على ذلك الاستقرار، أي أن لا تخضع إلى تغيرات متكررة وأن تكون قابلة للتوقع بشكل يسمح للأفراد بتنظيم علاقاتهم من الناحية القانونية بشكل مقبول. عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاء بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للإتحاد العالمي للقضاء، الدار البيضاء، 28 مارس 2008، ص6.

2- ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص356. ص380.

3- خديجة فاضل، عَيْمَمَةُ العَقْد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014/2015، ص201. ص218.

المطلب الثاني: صور تدخل القاضي من أجل محاربة الشروط التعسفية بإحداث التوازن العقدي

منح المشرع القاضي سلطة استثنائية وغير عادية تتمثل في سلطتي التعديل والإعفاء من الشروط التعسفية إذا تم العقد بطريقة الإذعان وفقا لما تقضي به قواعد العدالة بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري (الفرع الأول).

تشكل صورتني التعديل والإلغاء من المظاهر الأساسية للحماية التي يتضمنها القانون لصالح الطرف المدعن، وتتمثل في رفع الضرر اللاحق به جراء الشروط التعسفية، كما أن للقاضي سلطة ثالثة تتمثل في سلطة التفسير التي تشكل الصورة أو السلطة العادية للقاضي والتي بموجبها يمكن له التدخل في العقد لإحداث التوازن العقدي طبقا للمادة 112 من القانون المدني (الفرع الثاني).

إنّ السلطات الممنوحة للقاضي تسمح له بالتدخل كلما وجد خلافا في ميزان القوى التعاقدية للأفراد لأنّه سيعمل القاضي على إزاحة الفوارق بين فئات التعاقد -قدر الإمكان- قد يصل في النهاية إلى حماية فعالة للمستهلك¹، غير أن هذا التدخل لا يكون تلقائيا من طرف القاضي إذ لا يتصدى للشروط التعسفية في عقود الإذعان إلا بناء على طلب الطرف المدعن أو المستهلك عملا بمبدأ حياد القاضي المدني.

إنّ سلطة القاضي في تعديل العقد تتمتع بمجموعة من المميزات، وتتجسد ميزتها الأولى والثانية في أنها من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها وهي غير محددة إلا بما تقتضيه العدالة²، أما الثالثة فتتمثل في أنها سلطة جوازية وليست وجوبية لأنه يجوز

¹ - محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 33.

² - هذا ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني: "...وذلك وفق ما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك..".

للقاضي أن يمتنع عن إستعمال الرخصة المخولة له من المشرع رغم وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان، فالمسألة تخضع لتقديره ومدى اقتناعه باستخدامها أو لا كون المادة 110 من القانون المدني إستعمل فيها عبارة "... جاز للقاضي...".

الفرع الأول: سلطة التعديل والإلغاء

يتدخل القاضي عند نظره في عقود الإذعان المتضمن شروطا تعسفية بإحدى السلطات الممنوحة له لإعادة التوازن العقدي، ويكون التدخل إما باستعماله سلطة تعديل الشروط التعسفية (أولا) أو إلغائها بإعفاء الطرف المذعن منها (ثانيا).

أولا: سلطة القاضي بتعديل الشروط التعسفية لإحداث التوازن العقدي

تعني سلطة التعديل الإبقاء على الشرط مع رفع أوجه التعسف الذي شابه إلى الحد الذي يعيد التوازن إلى العلاقة العقدية¹، كما يقصد بها الصلاحية التي منحها المشرع للقضاء والتي تتمثل بعمل إيجابي يجريه القاضي في بنود العقد بهدف تحقيق العدالة التعاقدية بين المتعاقدين².

تكون وسيلة التعديل هي الأنسب لرفع الإجحاف والضرر عن الطرف الضعيف عندما يتبين أن الشروط الجوهرية في العقد هي شروط تعسفية مما يجعل الإعفاء منها يصعب دون المساس بالعقد ذاته؛ كالشروط التي تتعلق بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل، أو تتعلق بالثمن في عقد البيع أو باستبعاد المسؤولية بالضمان أو تعديل العقد بالإرادة المنفردة أو ما شابه ذلك³، ومثال ذلك ما أخذت به محكمة

¹ - موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 269.

² - منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 6.

³ - وليد صلاح مرسى رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2009، ص 692. جرعود ياقوت، المرجع السابق، ص 147.

النقض المصرية في إحدى قراراتها بأنه: "إذا كانت شروط عقد العمل تفرض على العامل غرامات كبيرة جزاء على أخطاء بسيطة، كان على القاضي إذا رأى أنه يشكل شرطا تعسفيا أن يخفض هذه الغرامة وفقا للعدالة، أي بالشكل الذي لا يضر العامل ولا رب العمل"¹.

كما يكون التعديل بالزيادة أو النقصان هو الحل الأنسب من خلال إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يعيد التوازن بين الأداءات المقابلة عندما يتضمن العقد شروطا متعلقة بوسائل التنفيذ أو مدته²، ومثال ذلك أن يقضي عقد توزيع المياه بحق شركة أن تقطع الماء عن المستهلك في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حالة عدم دفعها، فتخلص المحكمة إلى أن هذا الشرط هو شرط تعسفي وبالتالي تقرر تعديله بإعطاء الشركة الحق بقطع التيار بعد إشعار المستهلك بدفع الفاتورة في حال انقضت المدة دون دفع.

يمكن أيضا أن يتدخل القاضي بتعديل أحد شروط العقد كتخفيض الشرط الجزائي مثلا لإعادة التوازن بين المتعاقدين³، أو إذا تضمن العقد شرطا تعسفيا يتمثل في صورة من صور الغبن بمعناه المادي ويقوم القاضي بالإنقاص أو الزيادة بحسب الحالة، بما من شأنه إزالة الغبن والقاضي هنا لا يتقيد بالشرط أو القيود اللازمة لتعديل سبب الغبن إذ أن القاضي هنا لا يستند في التعديل على أساس الطعن بالغبن أو الإستغلال لأنه موضوع آخر، وإنما يؤسس التعديل على مبرر آخر وهو الطعن بتعسف الشرط الوارد في العقد والمطالبة بتعديله⁴.

¹ - استئناف مصري مختلط، في 1919/01/22، مجموعة التشريع والقضاء المختلط، 31، ص134. مذكور لدى:

الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص108.

² - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص164.

³ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع سابق الذكر، ص151.

⁴ - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص165.

يجد القاضي في التعسف الذي ينتج عن التفاوت بين المراكز المتعاقدين واستغلال ضعف المتعاقد المبرر القانوني لتدخله بتعديل الشرط بما يعيد إلى العقد التوازن الذي يجب أن يكون له بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين المتعاقدين ويخفف العبء على الطرف المذعن كطرف الضعيف في العقد¹.

ثانياً: سلطة القاضي بإلغاء الشروط التعسفية لإحداث التوازن العقدي

تعد سلطة الإلغاء أشد جرأة من سلطة التعديل وسلاح بالغ الخطورة في يد القضاء إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي وأن تعديله غير مجدي في إزالة التعسف، فله أن يعطله ويعفي الطرف المذعن منه²، مخالفاً بذلك القاعدة الشهيرة المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين".

يملك القاضي حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً³، ولا رقابة للمحكمة العليا على تقديره ما دامت عبارة العقد تحمل المعنى الذي أخذ به، فإذا إرتأى للقاضي في عقد الإذعان أن الشرط هو شرط تعسفي، فله أن يعدله إذا كان من شأنه إزالة أثر التعسف، وإلا ألغاه، وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة⁴، ومعنى أن القاضي غير مقيد إلا بمعيار العدالة، هو أن له سلطة تقديرية في اختيار وسيلة إلغاء الشرط أو الإكتفاء

¹ - فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص224. خديجة فاضل، عميمة العقد، المرجع السابق، ص219. حسين عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص243.

² - حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص45. سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص42.

³ - "القاضي حق تقدير الشروط التعسفية وتعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها". محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم 14903 لسنة 75 قضائية، الصادر بجلسة 2015/01/04، على الرابط: www.cc.gov.eg

⁴ - حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص111.

- "المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أنه إذا تضمن العقد الذي تم بطريق الإذعان شروطاً تعسفية فإن للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة ومحكمة الموضوع هي التي تملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا". الطعن رقم 11912 لسنة 79 قضائية، الصادر بجلسة 2017/04/01. على

الرابط: www.cc.gov.eg

بتعديله¹، ومثال ذلك أن يرفع أحد الخصوم دعوى لطلب إلغاء شرط تعسفي في عقد من عقود الإذعان، فالقاضي إما يستجيب لطلب الإلغاء ويلغي الشرط التعسفي إذا يتبين له بعد دراسته للملف والظروف المحيطة أنه لا بد من إلغائه وإعفاء الطرف المذعن منه (مثلا شرط الإعفاء من المسؤولية الوارد بعقد اشتراك التليفون)، وإما لا يستجيب لطلب الإلغاء ويقوم بتعديله حفاظا على العقد بحد ذاته إذا تبين له أن تعديل الشرط كاف لإزالة التعسف.

على الرغم من أن القانون قد منح القضاء سلطة إعفاء الطرف المذعن في العقد من كل شرط تعسفي، نجد رأي يعارض تدخل القضاء في الرقابة على الشروط التعسفية بغية إبطالها لأن ذلك سيزيد من دعاوى ويؤدي إلى عدم الاستقرار في الاجتهاد، كما يصعب على المحكمة العليا بحكم طبيعتها من إجراء رقابتها على قضاة الموضوع².

غير أنه في المقابل يوجد رأي يؤيد سلطة القضاء في إلغاء الشرط التعسفي لأن وظيفة تطبيق القانون تدخل في صميم اختصاص القضاء وأن دورها الطبيعي تحقيق العدالة بين الأطراف وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية³، وأن الاتجاه الرافض الذي يهدف إلى الإنقاص من سلطة القاضي في التدخل قد بالغ من التخوف من عدم اللأمن في العقود لأن القاضي يتحلى بالحكمة والحذر عند تعامله مع الشروط التعسفية وأن دور الموحد للمحكمة العليا سيؤدي بالتأكيد إلى تحقيق الأمن القانوني واستقرار المعاملات⁴.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري حدد في بعض النصوص القانونية المتفرقة، جزاءاً للشرط التعسفي ألا وهو البطلان، ومثال ذلك ما جاء في المواد التالية:

¹ - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 517.

² - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 753. ص 755.

³ - فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 233.

⁴ - زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 290 وما يليها.

_تنص المادة 384 من القانون المدني على مايلي: "... غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

-المادة 52 الفقرة الثالثة من القانون التجاري تنص على أنه: "يكون باطلا كل إشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن فقدان الكلي أو الجزئي أو التلف"¹.

_المادة 137 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل تنص على مايلي: "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف بإنتقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والإتفاقيات والإتفاقيات الجماعية"².

يلاحظ من خلال هذه النصوص أن القاضي لا يعمل سلطته في تعديل العقد لأن المشرع قيده بإلغاء الشرط التعسفي كونه باطلا، إلا أنه لم ينص على نوع البطلان المقرر كجزء لإدراج الشروط التعسفية إذا كان بطلانا مطلقا أو نسبيا خلافا للمشرع الفرنسي الذي نص بأن الشروط التعاقدية تظل قابلة للتطبيق -فيما عدا تلك الشروط التي قضى باعتبارها كأن لم تكن- ويضحي العقد بعد ذلك متمتا بمظاهر صحته³.

إختلف الفقه حول نوع البطلان المقرر كجزء لإدراج الشروط التعسفية، إتجه غالبيته إلى أن البطلان النسبي يتلاءم مع مصلحة المستهلك ومن شأنه أن يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما وبالتالي الإفادة من السلعة أو الخدمة وهذا على خلاف البطلان المطلق الذي

¹- الصادر بموجب الأمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، مؤرخة بتاريخ 25 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، عدد 78.

²- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21 ابريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، مؤرخة في 25 ماي 1990، عدد 17.

³- Article L.132-1/8 Loi n°95-96 : « Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans les dites clauses.».

يؤدي إلى حرمان المستهلك من الاستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل التي لا غنى له عنها¹.

الفرع الثاني: سلطة القاضي التفسيرية لإحداث التوازن العقدي

اهتمام المشرع بحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان لم يقتصر على منح القاضي سلطتي التعديل والإلغاء وإنما خرج عن القاعدة العامة في التفسير بتأويل العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن طبقاً للمادة 112 من القانون المدني وذلك بأن جعل للتفسير دوراً حمائياً للطرف الضعيف عندما تكون المصالح مهددة².

يعتبر تفسير العقد قاعدة القواعد إذ لا يخرج عن القاعدة الجوهرية -احترام إرادة المتعاقدين وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة-، ويقصد به توضيح معنى النصوص الواردة فيه وبيان مدلولها قصد البحث عن الإرادة الحقيقية والمشاركة للمتعاقدين والوقوف عليها من أجل ضبط الالتزامات التعاقدية التي تنشأ عن العقد والتي تم بها إبرامه حتى يتمكن الأطراف من تنفيذه³.

يعد تفسير العقد في الحقيقة الوسيلة القضائية الإيجابية التي تهدف إلى بقاء العقد والمحافظة على توازنه من خلال إظهار إرادة المتعاقدين في العقد من طرف شخص غريب عن إنشاء العقد -القاضي-، إلا أن هذا الأخير لم يترك له كامل الحرية في شأن تفسير

¹ - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 534. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري: دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص 42.

² - خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، المرجع السابق، ص 319. "إن التفسير القضائي له أهمية كبرى في مجال العقود فقد ساعد على إضافة تطبيقات الالتزامات جديدة لم تفكر فيه الأطراف منذ البداية: كالتزام المتعاقد بالإعلام، التزامه بحسن النية أثناء التفاوض، واجب ضمان سلامة المسافر، وغيرها من الواجبات". بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 405.

³ - سمير تناغو، الإلتزام القضائي: الحكم القضائي مصدر جديد للإلتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، مصر، 2014، ص 87. بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 38. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 404.

العقود بل تُبَدِّد بقيود وألزم بإتباع قواعد معينة¹ لضمان عدم خروجه على مهمته الأصلية ولا يؤدي تدخله إلى إيجاد ما لم يُوجِّدُه الأطراف من التزام أم لم يخطر ببالهم أن يُوجِّدوه².

إنَّ القاضي عند تفسيره للعقد يقوم بعملية ذهنية قانونية دقيقة ليصل إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين ومقصودهما، إذ يتأكد أولاً من توافر أركان انعقاد العقد وشروط صحته، ثم ثانياً يبحث في معرفة مضمون الالتزام العقدي الذي يجب تنفيذه وتحديد نطاق الإلتزامات التي تعهدت بها أطرافها عن طريق تحديد مجموع العبارات التي تشكل التعبيرين المتطابقين³، ومن ثم إما تكون هذه العبارات واضحة فتطبق كما وردت في العقد ولا تحتاج إلى تفسير، وإما يشوبها بعض الغموض بالنظر للفظ ذاته أو أن اللفظ يكون واضحاً ولكنه لا يتفق مع ما قصده المتعاقدان ويكون العقد في هذه الحالة يحتاج إلى تفسير؛ وهذا ما سنبينه بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: سلطة القاضي في تفسير العبارات الواضحة

تُعرَّف العبارات الواضحة بأنها تلك العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، فلا يكفي أن تكون العبارات الواضحة في ذاتها طالما أنها عاجزة عن الكشف عن هذه الإرادة، ويحدث هذا عندما يستخدم المتعاقدان ألفاظاً واضحة ولكنها تكشف بظاهرها عن إرادة مغايرة للإرادة الحقيقية⁴.

¹ - "تحد من صلاحية القاضي في تفسير العقد قيود، أهمها أن يكون النص غامضاً غير واضح، وأن يكون التفسير وسيلة غير مباشرة لإحلال إرادة القاضي أو فهمه محل إرادة أو فهم المتعاقدين، فيكون قد أعاد صياغة العقد بحسب تصوره، لا بحسب إرادة واضعيه." فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 205.

² - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 705. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 405. دالي بشير، مبدأ تأويل العقد: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 4.

³ - بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 404.

⁴ - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 251.

لا يقصد بوضوح عبارة العقد وضوح كل جملة أو تعبير على حدا بل وضوح منطوق العقد بصورة عامة استنادا لمجموع ما جاء في عباراته لأن العقد يعتبر وحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام¹، وهذا هو المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية إذ جاء فيه: "تفسير العقد والشروط للتعرف على مقصود عاقيديها هو من سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان تفسيرها مما تحتمله عباراتها ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها ولا تنقيح المحكمة بما تفيد به عبارة معينة منها وإنما بما تفيد به جملتها"². أشار المشرع الجزائري في المادة 111 الفقرة الأولى في القانون المدني إلى عدم جواز تفسير العبارات الواضحة بنصه على ما يلي: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

أصدرت المحكمة العليا الجزائرية في هذا الشأن قرارات تبين وتؤكد على عدم جواز تفسير العبارات الواضحة، إذ قضت في إحدى قراراتها بأنه: "من المقرر قانون أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، ومن ثم فإنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها"³، وفي قرار آخر لها قضت بأنه: "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها لتعرف على إرادة المتعاقدين"⁴؛ وقضت في قرار آخر بأنه: "إذا كان هناك

¹ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص406. دالي بشير، مبدا تأويل العقد: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص9.

² الطعن رقم 1797 لسنة 50 قضائية، الدوائر المدنية، الصادر بجلسة 1986/02/17، مكتب فني(سنة37-قاعدة49-صفحة211)، على الرابط: www.cc.gov.eg

³ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 1985/04/03، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع، ص48.

⁴ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الصادر بتاريخ 2002/01/16، المجلسة القضائية لسنة 2003، العدد الأول، ص367.

محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ.¹، كما جاء في قرار لها قضت فيه بما يلي: "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولما كان من الثابت- أن العقد موضوع النزاع هو عقد التسيير الحر، فإن قضاة الموضوع قاموا بتحويله إلى عقد إيجار بحجة أن مقتضيات المادة 203 من القانون التجاري لم تحترم خرقوا القانون"².

قضت محكمة النقض المصرية إحدى قراراتها بأنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يحوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين"³؛ كما جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بأنه: "لا يمكن للقاضي تحريف اتفاقية متجاهل معناها الواضح

¹- قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، الصادر بتاريخ 1997/07/23، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني، ص51.

²- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، الصادر بتاريخ 1991/06/16، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الرابع، ص151.

³- طعن رقم 125 لسنة 16 قضائية، جلسة 1947/10/16. مذكور لدى: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص249.

-جاء في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية على ما يلي: "أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن القاضي يلتزم بعبارة العقد متى كانت واضحة، ولا يجوز الإنحراف عنها بدعوى تفسيرها، فيحظر عليه الالتجاء إلى تفسير العقود والمحركات ما دامت عباراتها واضحة ليس فيها غموض، .. وعليه أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، .. ولا يلتزم القاضي بإيراد أسباب لقضائه إذا ما التزم المعنى الواضح لعبارات العقد ومراعاة هذه القواعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض". الطعن رقم 2931 لسنة 70 قضائية، الصادر بجلسته 2020/12/07،

على الرابط: www.cc.gov.eg

والدقيق"¹، وفي قرار آخر قضت بأنه: "لا العدالة ولا حسن النية، ولا العرف، يرخص للقاضي بتعديل الشروط الواضحة والمحددة في العقد"².

يتبين أن كل من القضاء الجزائري، المصري والفرنسي مستقر على عدم جواز تفسير إرادة الأطراف الواضحة بما يتنافى معها، وعليه متى كانت الألفاظ المستعملة في العقد واضحة الدلالة وجب الأخذ بها، ويمتنع على القاضي تفسيرها على خلاف معناها الظاهر تحت ستار التفسير لأن الخروج عن المعنى الظاهر هو انحراف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

إنّ تفسير القاضي لعبارات العقد إذا كان هو نفسه ما تحمله هذه العبارات وليس فيه خروج عن مدلولها الظاهر فإنه لا يلتزم بإيراد أسباب لقضائه ولا رقابة للمحكمة العليا في ذلك³، غير أنه إذا فسر العقد وانحرف عن عبارات العقد الواضحة التي لا إبهام فيها ولا تحتمل الشك في معناها خضع استخلاصه لرقابة المحكمة العليا⁴.

يجد القضاء نفسه في حالات استثنائية بحاجة إلى تفسير العبارات الواضحة للعقد مهما بلغ وضوحها وبساطة معناها وارتفع عنها اللبس والإبهام، وذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة، فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة لكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءوا استعمال التعبير الواضح وقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم في هذا المعنى، ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح، وإنما يجب أن يعدل عنه إلى المعنى الذي

¹ - Cour de cassation, Chambre civile 3, 06/10/2016, N° de pourvoi: 15-16.118, sur le site: <https://www.legifrance.gouv.fr>

² - قرار لمحكمة المقض الفرنسية، مؤرخ في 16/01/1961 مذكور لدى: فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 213.

³ - الطعن رقم 497 لسنة 29 قضائية، الصادر بجلسة 07/07/1964، مكتب فني (سنة 15-قاعدة 143-صفحة 947)؛ الطعن رقم 1559 لسنة 81 قضائية، الصادر بجلسة 03/03/2020؛ على الرابط: www.cc.gov.eg

⁴ - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 102.

قصده المتعاقدين¹، وعليه أن يُبيّن في حكمه الظروف والأسباب التي دفعته إلى ترك المعنى الواضح وإلا كان حكمه معيباً للقصور في التسبب².

يؤكد استثناء تفسير العبارات الواضحة ما جاء في عدة قرارات قضائية، أهمها قرار ما جاء في قرار محكمة التمييز العراقية التي قضت فيه بأن: "الأصل في تفسير عبارات العقد، أن المعنى الواضح في اللفظ هو المعنى الحقيقي، ولا يجوز الانحراف عنه إلى غيره من المعاني، إلا إذا تأكد من ظروف الدعوى ما يدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير وقصدا معنى آخر، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین...³؛ وكذا ما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية التي قضت فيه بما يلي: "المقرر أنه لا يجوز الإنحراف عن عبارة العقد الواضحة عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، والمقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ، فقد يكون كل من نص من نصوص العقد واضحا في ذاته ولكنها تتعارض فيما بينها بحيث يشوب الغموض واللبس المعنى المستخلص منها، وفي هذه الحالة لا يجوز الوقوف عند ظواهر النصوص، بل يجب، بل يجب سبر مراميها والبحث عن عللها والغاية منها، باعتبار أن التفسير الصحيح لنص في العقد إنما يفهم من هذا النص بعد مقارنته بسائر نصوص العقد والاستهداء بها جميعا كوحدة متكاملة لاستظهار حقيقة المعنى الذي أراده المتعاقدان واتجه إليه قصدهما، ذلك أن شروط

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص490. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص141. حوحو يمينة، سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2013، ص66 وما يليها.

² جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية ما يلي: "إذا كان لمدلول عبارات العقد معنى ظاهر فإن إنحراف الحكم المطعون فيه عن هذا المعنى دون أن يبين في أسبابه لم عدل عنه إلى غيره مما أخذ به يجعله معيبا بما يستوجب نقضه". الطعن رقم 440 لسنة 29 قضائية، الصادر بجلسة 1964/05/07، مكتب فني (سنة 15-قاعدة104-صفحة651)، على الرابط: www.cc.gov.eg

³ قرار رقم 43، الموسوعة الأولى، 999 في 1996/4/28، منشور في الموسوعة العدلية، العدد 67، 2000، ص2، مذكور لدى: إيمان طارق مكي، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص186.

العقد كنصوص القانون في الفهم والدلالة ووجوب العمل"¹، كما جاء في قرار آخر لها أن: "القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ، إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة فمتى كانت عبارة العقد واضحة في إفادة المعنى المقصود منه فإنه لا يجوز الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، وعلى القاضي إذا ما أراد حما العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك"²؛ وأيضا قرار المجلس الأعلى المغربي الذي جاء فيه أن: "ألفاظ العقد لا تحول دون تفسيره إذا تعذر التوفيق بينهما، وبين الغرض الواضح المقصود من العقد"³.

إن مسألة وضوح العبارة نسبية وتختلف من قاض إلى آخر، وبالتالي فالمعيار الصحيح لرقابة قاضي الموضوع عند انحرافه عنها هو وضوح الإرادة ذاتها، أي الإرادة الباطنية المشتركة لطرفي التعاقد، فإذا كانت هذه الإرادة واضحة من خلال العبارات الواضحة تعين الالتزام بهذه العبارات ليس لوضوحها بل لأنها تكشف عن إرادة الطرفين ولا يوجد من ظروف الواقع ما يناقضها⁴؛ أما إذا كانت واضحة ظاهريا فقط فقاضي الموضوع ملزم في هذه الحالة بالعدول عن هذا المعنى الظاهر -مع تبرير ذلك- والتأكيد على أن هذا الوضوح لا يتفق وإرادة الطرفين وكيف أفادت ذلك المعنى الذي اقتنعت هي به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين، وأن يتضح من بيانها أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبارها مقبولة يصح عقلا حمله عليها⁵.

¹ - الطعن رقم 3161 لسنة 86 قضائية، الصادر بجلسة 20/02/2017، على الرابط: www.cc.gov.eg

² - الطعن رقم 10058 لسنة 75 قضائية، الصادر بتاريخ 07/03/2017، على الرابط: www.cc.gov.eg

³ - قرار المجلس الأعلى المغربي صادر بتاريخ 07/01/1996، مشار إليه في: فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص214.

⁴ - بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص42.

⁵ - طعن رقم 83 لسنة 4 قضائية جلسة 21/3/1935، مذكور لدى: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص246.

تعد السلطة المخولة للقاضي في تفسير العقد ضيقة جدا كون أنه في حالة وضوح النص لا يجوز له التدخل لتفسير والبحث عن الإرادة المشتركة للطرفين¹، وبالتالي ليس بإمكانه أمام هذا العقد المجرد من الغموض أو اللبس إلا أن يطبق قانون الفريقين بدون قيد أو شرط وبدون تعديل أو إضافة أو بتر²، وفي ذلك ضمان استقرار المعاملات بين الأفراد في مجال العقود³.

وعليه، إنّ القاضي ليس له سلطة التدخل التي تعمل على إعادة التوازن العقدي حينما يكون بصدد تفسير العبارات الواضحة لأنه لا يستبعد أو يعدل الشروط أو يغير في مفهومها متى كانت مجففة أو تعسفية في حق الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ومن ثم نكون بحاجة إلى وسائل أخرى لحماية المتعاقد من هذه الشروط المسيئة إلى مركزه التعاقدية؛ غير أنه إذا كانت هذه الشروط غامضة يكون الأمر مختلف إذ يتسع دور القاضي في تفسير هذه الشروط حماية للمتعاقد الضعيف منها.

ثانيا: سلطة القاضي في تفسير العبارات الغامضة

إن الأصل في صياغة أي محرر هو إيصال فكرته إلى الآخرين، وأن صياغة شروط العقد تستهدف بصفة خاصة التعبير بوضوح عن الاتفاق بين طرفيه، وبطريقة تنقل المعنى

¹ - جرعود ياقوت، المرجع السابق، ص6. دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص41.

² - جاك غستان، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2000، ص37.

³ - جاء في حكم لمحكمة النقض المصري ما يلي: "المقرر في قضاء محكمة النقض أنه يمتنع على القاضي نقض العقد وتعديله على غير مقتضى شروطه لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن متعاقدتها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالتزام عبارات العقد الواضحة وعدم الخروج عليها بحسبانها تعبيراً صادقا عن إرادة المتعاقدين المشتركة وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات". الطعن رقم 17059 لسنة 82 قضائية، الصادر بجلسة 2020/02/15، على

المراد كاملا على نحو لا تظهر معه الحاجة إلى البحث خارج وثيقة العقد عن حلول للخلاف المحتمل بين طرفيه، إلا أن هذا الأصل يتضاءل تطبيقه في ضوء اتساع العلاقات العقدية ذات النزعة الاستهلاكية¹.

في ضوء التطور التكنولوجي المعاصر، يعتمد غالبا واضعوا الشروط في العقود التي لم يشترط المشرع فيها صياغة بطريقة معينة إلى صياغتها بطريقة غامضة ومعقدة يصعب فهمها وإدراك مفهومها حتى ولو تسنى له الاطلاع عليها، لأنها تصاغ بأحرف دقيقة وناعمة وبشكل مزدحم؛ كما أنّ الطرف الضعيف في العقد لا يتمتع بالقدرة الفنية للحكم على ما يسعى لاقتنائه أو الحصول عليه من سلع وخدمات، خصوصا عندما يستعمل واضعها أساليب ذكية في صياغتها، ككتابة شرط جوهرى مع شروط ثانوية ترد في مسندات التعاقد الأخرى بحيث لا يتمكن المتعاقد حال توقيعه على العقد إدراك مفهومها والآثار المترتبة عليها، كشرط الإعفاء من استبدال السلع المعيبة، أو عدم الضمان أو عدم الصيانة أو عدم الرجوع على البائع بكل الأضرار، أو قد يتلاعب في جودة السلع أو متانتها أو أهميتها وقيمتها، أو معرفة حقوقه في مواجهة البائعين².

يرجع غموض وإبهام العبارة لعدة أسباب كتلك العبارة التي لا تفيد شيئا ويصعب الاطلاع على إرادة المتعاقدين، أو تلك العبارة التي تحمل أكثر من دلالة نظرا لعدم دقتها فتفتح مجال التساؤل عن المعنى التي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين³؛ كما قد يرجع غموض العبارة إلى إغفال المتعاقدين لبعض المسائل التفصيلية في العقد، وهذا ما يتضح من قرار المجلس الأعلى الذي قضى بأنه: "من المقرر قانونا، أن العقد شريعة المتعاقدين وأن عدم إشارة الأطراف في الاتفاق إلى التزام معين، يوكل الأمر لقاضي الموضوع الذي له السلطة

¹ - إيمان طارق مكي، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 189.

² - فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص 218. ص 219. بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 43.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 410. وما يليها.

التقديرية في تفسير العلاقة التعاقدية¹، والذي يستخلص من حيثياته أن أداء الرسم على استيراد السيارات إجباري في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك، أما بالنسبة لطرفي البيع فالعبرة بما اتفق عليه الطرفان، وبما أن العقد لم يشر إلى الرسم فالأمر أصبح موكلاً للقاضي الذي له سلطة تقديرية في تفسير العلاقة.

يتسم العقد بالغموض أحياناً بالرغم من وضوح عباراته كتعارض بنود العقد مع بعضها أو مع بنود مستند آخر له علاقة بالموضوع ذاته أو عند تعارضها مع الواقع والأحكام الكلية للعقد²، فيستدعي تدخل القاضي بالتفسير للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ومثال ذلك، لو ذُكر في عبارة العقد أن المدين يلتزم بدفع فوائد الدين ومعدلها 4%، ثم ذكر في نفس العقد أن يلتزم بفائدة قدرها 5%، فإن كلا من العبارتين واضحة، ومع ذلك يظهر الغموض في الدلالة على ما تقصده الإرادة المشتركة، فيقع على القاضي عبئ تفسير العبارتين بحثاً عما قصدته الإرادة المشتركة في ضوء طبيعة التعامل وظروف العقد الجاري ومبادئ العدالة وحسن النية³، وهذا ما يؤكد قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "... ولما ثبت في قضية الحال، أن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين، بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبناءه الواجب تسديدها، فإنهم يكونوا قد استعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد"⁴.

¹ - قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 13/04/1983، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الأول، ص19.

² - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص708.

³ - دالي بشير، مبدأ تأويل العقد: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص11.

⁴ - قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، الصادر بتاريخ 23/07/1997، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني، ص51.

أمام هذه الصياغات المبهمة والغامضة لشروط العقد التي ليست وليدة الصدفة أو وليدة رعونة واضعها¹، لا يمكن افتراض علم المتعاقد بها ولا يمكن أن يعد التوقيع على العقد رضاء بما تضمنه من شروط صيغت بطريقة لا تبيح له فهم المقصود ولا تعبر عن حقيقة ما اتجهت إليه إرادته عند إبرام العقد، فهنا يظهر دور القضاء في حماية المتعاقد من خلال تفسير شروط العقد واستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ بتفضيل الشروط التي تتفق مع قصدهما المستخلص من طبيعة التعامل والأمانة والثقة والعرف الجاري في المعاملات وإهدار الشروط التي لا تمثل إلا إرادة واضعها².

أشار المشرع الجزائري في المادة 112 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه: "يؤول الشك في مصلحة المدين"، وهي القاعدة والأصل العام في القانون لأن الأصل في الشخص هو براءة الذمة.

يتبين من هذه المادة أنه إذا لم تغلح الوسائل السابقة في تحديد العنصر المشترك للمتعاقدين وكانت العبارة تحمل معنيين، فيجب الأخذ بالمعنى الذي يكون في صالح المدين، ويقصد بالمدين هنا، هو المدين بالالتزام الذي يحوط الشك تفسيره، وهو الطرف الأجدر بالحماية لأنه الجانب الضعيف في العقد³، خصوصا وأن الدائن هو الذي يملّي الالتزام على المدين فإذا كان هذا الإملاء مبهما أو غامضا، فيكون مخطئا ويتحمل هذا الخطأ بتفسير الشك لمصلحة المدين؛ ومثاله، إذا ثار شك حول قدر العين المؤجرة فيفسّر في مصلحة المؤجر إذ هو المدين وإذا ثار حول طريقة الوفاء بالأجرة يُفسّر في مصلحة المستأجر، ومثاله أيضا، إذا كان العقد يقضي بأن المدين يفي بالتزامه في شهر معين دون تحديد اليوم،

¹ سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص46.

² تنص المادة 111 الفقرة الثانية من القانون المدني على أنه: "أما إذا كان هناك تأويل للعقد، فيجب البحث في النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

³ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص412.

فيستطيع المدين الوفاء بالدين حتى آخر يوم في الشهر المذكور في العقد، ولا يجوز للدائن أن يلزمه بالوفاء في اليوم الأول منه¹.

إنّ القاضي لا يستطيع هنا أن يعطل تطبيق أي شرط من شروط العقد بحجة تحقيق التوازن بين الالتزامات، فضلا على ذلك أن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين هي قاعدة احتياطية لا يلجأ إليها القاضي إلا بعد استخدام القواعد الأصلية في التفسير أي بعد أن يفسر غموض الشرط ويبقى هناك شك في حقيقة ما قصدته الإرادة المشتركة، كما أنه يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا لأنها مسألة قانون².

إن هذه القاعدة تُوفّر قدر من الحماية للطرف الضعيف، إلا أنها تبقى غير كافية لتحقيق الحماية المرجوة له، لأن الأمر لا يتعلق بتقييم العقد في مجمله وإنما يقتصر التفسير على أحد شروط العقد، وحتى ولو استطاع القضاء عن طريق التفسير أن يخفف من أثر الشرط التعسفي لكنه لا يؤدي بذلك إلى إعادة التوازن العقدي.

ثالثا: سلطة القاضي في تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان

إنّ مهارة الصياغة التي للأطراف ذات المعرفة الفنية والتقنية تُقلّل احتمالية الرجوع إلى قواعد التفسير لأن القائم بالصياغة يأخذ هذه القواعد نصب عينيه لتفادي تطبيقها عليه، غير أن القاضي بدوره يعمل على إغاثة الطرف الضعيف وإعانتة في حدود ما هو مسموح به قانونيا عندما يستشعر الحيف المُنزّل على الطرف الضعيف جراء التعاقد عن طريق الإذعان، لذا فإنّ الأداة الأولى التي بوسعه استعمالها هي تفسير الشرط التعسفي لصالح

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة-دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2006-2007، ص.286.ص287.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الثاني، مصر، 1984، ص529.

الطرف المذعن في مواجهة الطرف القوي طبقا للمادة 112 الفقرة الثانية من القانون المدني التي نصت على أنه: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

لا تفسر العبارات الغامضة في عقد الإذعان كما في العقود الأخرى لأن الإرادة المشتركة للأطراف في العقد تكاد تختفي تماما لأن أحد المتعاقدين تقتصر إرادته فقط على قبول شروط المتعاقد الآخر دون مناقشتها¹، كما أن تبعة الغموض التي تكتنف هذا العقد تقع على عاتق الموجب الذي انفرد بتحرير العقد²؛ لذلك يقتضي على القضاء تفسير عقد الإذعان ليس على أساس القصد المشترك للمتعاقدين بل على حسب الغرض الذي سعى إليه الأطراف وبذلك يتوصل في أغلب الأحيان إلى تفسير عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن³.

إن الشك يفسر لمصلحة المدين طبقا للمادة 112 من القانون المدني، إلا أن المشرع أورد استثناءا في الفقرة الثانية من نفس المادة إذ يفسر القاضي الشك لمصلحة المستهلك دون التقيد بمركزه في المنازعة - دائما أم مدينا- في عقود الإذعان، ومثاله عقد التأمين الذي يُفسر الشك فيه لمصلحة المؤمن له وهو دائن لشركة التأمين بالمبلغ الذي تدفعه عند تحقق الحادث المؤمن منه⁴، أيضا وثيقة التأمين التي تنص في قسم منها على تغطية التأمين لخطر معين وتنص في قسم آخر منها على أن نفس الخطر لا يغطيه التأمين مما يؤدي إلى التساؤل عن أي شرط يعتد به منهما؟ فالقاضي الذي يتمتع بالحس السليم لا شك أن تقديره

¹ - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص143. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص146.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الطبعة الرابعة، ص288.

³ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص146.

⁴ - Cour de cassation, Chambre civile 2, 03/07/2014, N° de pourvoi: 13-22.418, sur le site:

<https://www.legifrance.gouv.fr>

للوامع والغاية من العقد سيوجهانه في اتخاذ قراراته فيرجح بنداً على آخر عند تعارضهما انطلاقاً من الغاية التي قصدها أطراف العقد ودرجة فهمهم لموضوعه وإدراكهم لأبعاده ولآثار القانونية التي رغبا في ترتيبها عليه، والتفسير العادل سيكون لصالح المذعن سواء كان دائناً أو مديناً في مواجهة المهني الذي لن يستفيد من غموض الشروط التي أملاها وفرضها على المستهلك المذعن وسيحمل تبعه تقصيره في إيضاح شروط العقد¹.

يقتضي أعمال هذا الاستثناء الخاص بحماية الطرف المذعن إذا كان الشرط يحتمل معنيين، إذ من باب العدالة يجب على القاضي أن يأخذ بأصلحهما للمستهلك المذعن حتى لو كان دائناً في الشرط المراد تفسيره²؛ وقاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان من مسائل القانون فإذا فسر الشرط بما يضر مصلحة الطرف المذعن فإن حكم القاضي يكون مخالفاً للقانون وبالتالي يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، أما سلطة قاضي في التفسير التي تثير مسألة من مسائل الواقع فإنه لا يجوز التعقيب عليها أمام المحكمة العليا³.

في الأخير يمكن القول أن المعالجة التي جاء بها المشرع الجزائري تواجه مباشرة اختلال التوازن العقدي باعتماده نص الإذعان 110 من القانون المدني وذلك بتعديل الشرط التعسفي، أو الإعفاء منه كلما كان هنا شرط يتميز بالجور والتعسف فيحدث اختلال في الحقوق والالتزامات المتقابلة نتيجة عدم التفاوض نظراً للتفاوت الاقتصادي والمعرفي بين المتعاقدين؛ كما أن نص المادة 2/112 من نفس القانون منحت للقاضي استثناء في سلطته

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 235. حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 117. ص 118. سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص 46. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 708.

² محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص 135. حوجو يمينه، المرجع السابق، ص 74.

³ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 532. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 414. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الطبعة الرابعة، ص 289.

التفسيرية التي تمكنه من تفسير العبارات الغامضة لمصلحة المدعى وفي ذلك حماية للطرف
الضعيف من الشروط التعسفية ووسيلة في يد القاضي تبرر له إعادة التوازن العقدي.

الباب الثاني:

سلطة القاضي في إحداث

التوازن العقدي في مرحلة

تنفيذ العقد

لم يكتف المشرع بمنح القاضي سلطة التدخل في العقد في مرحلة إنشائه، بل مدَّ هذه الحماية إلى مرحلة تنفيذه، إذ خوله سلطة واسعة في التدخل في العلاقات العقدية بالتعديل حماية للمتعاقدين من الجور وتحقيقاً للعدالة، وذلك في حالات تتوافر فيها ظروف معينة يبدو فيها العقد مخالفاً للعدل مخالفة صارمة.

إنَّ العدالة يجب تطبيقها في البداية عند إبرام العقد، وفي النهاية عند تنفيذه، لأنَّ العدل يقضي بعدم إيقاع الظلم على أي من الطرفين المتعاقدين، ولكي يكون للعدالة التعاقدية دور أكثر فعالية لابد من إعطاء القاضي سلطة إحداث التوازن العقدي خصوصاً وأنه لن يتدخل في العقد في مرحلة تنفيذه بعد تفسيره ومراعاة الظروف التي كانت قائمة عند إبرامه والظروف الجديدة التي قامت عند تنفيذه¹.

إنَّ الإحتجاج بفكرة التوازن العقدي كفكرة تحقق العدالة التعاقدية وكمبرر لتدخل القاضي في العقد المختل، لا يخرج عن كونه إنفاذاً للعلاقة التعاقدية بيْدُ يُمكن للمتعاقدين الوثوق فيها وهي يد القاضي المدني الذي يقوم بهذه المهمة بحيادية وفقاً لنصوص وشروط ومصادر محددة قانوناً للوصول إلى حل أكثر مطابقة لمصالح المتعاقدين وملائمة لروح العقد.

يقتضي الأصل العام أنه متى انعقد العقد صحيحاً اعتُبرَ قانون المتعاقدين والتزم كل من طرفيه بتنفيذه بأمانة وحسن نية، ولا يستطيع أحد منهما أن يتحلل منه بإرادته المنفردة إلا

¹ - محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقانون الإداري - دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية-، دار اليازوري، عمان، الأردن، 2014، ص 21.

في الحدود التي يقرها القانون، كما لا يسوغ للقاضي أن يعدله بحجة أن التعديل تقتضيه العدالة¹.

غير أن سلطة القاضي في التدخل تجد مبررها في أنه يُعد من الخطأ تجميد العقد على الإرادة المتفق عليها لحظة الإبرام، وأنه من غير العادل متابعة تنفيذ العقد نظراً لاختلال توازنه؛ لذلك يفرض مبدأ الاستقامة التعاقدية² أن يقبل المتعاقدان بتدخل القاضي وتنفيذ الالتزامات المعدلة والمضافة بحسن نية³.

قد يُواجه العقد بعض العقبات بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه كأن تطرأ حوادث استثنائية عامة لم تكن متوقعة تؤدي إلى الاختلال واللاتوازن بين التزامات العلاقة العقدية بحيث تجعل الالتزام أحدهما مرهقا يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحدود المألوفة في المعاملات المالية الإعتيادية؛ كما قد يحدث وتطرأ ظروف غير متوقعة خاصة بالمدين ينتج عنها عدم التوازن تستلزم مراعاتها وأخذها في الحسبان.

في كلتا هاتين الحالتين، تقع ظروف غير متوقعة تخل بالتوازن الإقتصادي للعقد في مرحلة تنفيذه إذ تؤثر سلباً على أحد المتعاقدين ويصعب عليه معالجتها ودياً، لذلك ذهب المشرع إلى منح القاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن الذي تستلزمه العدالة بتعديل العقد في حالة الظروف الطارئة أو بإمهال المدين مهلة كافية لتنفيذ ما تعهد به مراعيًا بذلك مصلحة الدائن وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة (الفصل الأول).

¹ - تنص المادة 106 من القانون المدني على ما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

² - "إن الإستقامة في التعاقد هي فكرة عامة ومجردة تعود في مصدرها إلى الأخلاق، وتهدف إلى تحقيق الإنصاف والعدالة وتستمد عنصر الإلزام من مصدرين: الحق الوضعي الذي يفرض إقامة العدالة التبادلية في العقود وحسن النية كمبدأ قانوني عام يفرض نفسه في كل تعاقد فإذا كان تحقيق الريح وحصول الخسارة هو من آثار كل عقد، إلا أن تحقيق ربح فادح مقابل خسارة فادحة يجب أن لا يكون أثراً لكل عقد". محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 84.

³ - ريماء فرج مكّي، المرجع السابق، ص 375.

حتى تنتج الإرادة عقدا عادلا يجب أن لا تتعدى على مصالح الغير بمنح نفسها إمتيازات وتُحمّل الطرف الآخر إلتزامات تزيد عن إلتزاماتها المقابلة كما هو الحال في حالة تم الاتفاق على شرط جزائي مبالغ فيه إذا أُخل بالالتزام العقدي لعدم تنفيذه كلية أو على الوجه المتفق عليه أو قد نفذ في جزء منه أو متأخرا عن أجل تنفيذه ويتضح أن هذا الشرط لا يتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه المدين والضرر اللاحق بالدائن، كما لا يستوي أن يبقى العقد مجمدا لا يمكن تنفيذه إذا لم يتفق المتعاقدان في العقد على بنود تعد من مستلزمات تنفيذه؛ لذلك يقتضي على القاضي أن يتدخل في العقد من أجل تحقيق التوازن في الروابط العقدية نتيجة شرط جزائي قد يؤدي إلى إلحاق خسارة بالمتعاقد المدين ويثري الطرف الأخر على حسابه، أو يعدل العقد بإضافة إلتزامات تعد من مستلزمات العقد من أجل ضمان مرونة العقد وحسن تنفيذه وبقائه (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي برفع الإرهاق

إنّ مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يلقي على عاتق الطرفين أن يسلكا مسلك الرجل الأمين فينفذا التزامات العقد وفقا لمضمون العقد وفي إطار مبدأ حسن نية الذي يقتضي التعاون بين الأطراف المتعاقدة، فمثلا على الناقل أن يأخذ الطريق الأصلي الأقل تكلفة للراكب، أو عمال توصيل الكهرباء عليهم توصيل الأسلاك الكهربائية من أقصر طريق.

إلا أن مبدأ سلطان الإرادة لا يحقق العدالة بشكل دائم لأن دور العدالة العقدية لا يمكن أن تكون أكثر فاعلية إلا عند إعطاء القاضي سلطة إستثنائية تهدف إلى إحداث التوازن العقدي والوقوف على النية الحقيقية للمتعاقدين والابتعاد عن الغموض والإبهام الذي يشوب العقد.

فإذا حدثت ظروف استثنائية عامة أثناء تنفيذ العقد، تجعل إلتزام المدين مرهقاً يهدده بخسارة فادحة، يكون من غير العادل استمرار تنفيذ الإلتزام بوجود اختلال في التوازن المالي للعقد بسبب ظرف طارئ لم يكن متوقعا وليس في استطاعة المدين دفعه، فيقتضي مبدأ حسن النية أن يتدخل القاضي لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول دون الإضرار بالدائن، ويحتج في ذلك بإعادة التوازن العقدي وتحقيق العدالة التعاقدية (المبحث الأول).

كما يقتضي مبدأ حسن النية، أنه إذا حدثت ظروف غير متوقعة خاصة بالمدين، يمكن للقاضي بعد مراعاته لتلك لظروف وتأكده من حسن نية المدين إذا توافرت شروط معينة، أن يمهل المدين مهلة معينة -أجلا قضائيا- لتنفيذ إلتزامه مراعيًا في ذلك مصلحة الدائن وعدم الإضرار به، فنظرة الميسرة كنظرية الظروف الطارئة يراد بها إعادة التوازن العقدي بالتخفيف من عبء إلتزام المدين الجدير بالرأفة مراعاة لظروفه السيئة والقاضي لا

يعني أنه هدم العقد أو إلغاه وإنما هو مازال موجودا ولكنه موقوف التنفيذ مؤقتا (المبحث الثاني).

المبحث الأول: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بسبب الظروف الطارئة

تعد نظرية الظروف الطارئة من أهم المسائل القانونية والنظريات الحديثة التي كانت ولا تزال محور اهتمام العديد من الفقهاء والباحثين بالنظر لمدى فعاليتها في تحقيق مبدأ التوازن العقدي.

تظهر أهميتها الكبيرة من الناحيتين العلمية والعملية، فمن الناحية العلمية، تعد من نتاج قواعد العدالة التي تهدف إلى التخفيف من القوة الملزمة للعقد على أساس حسن النية المفترض وقت إبرام العقد والذي يقتضي استمرار التعادل الشخصي¹.

أما من الناحية العملية فالكل يعلم بأن الأوضاع الاقتصادية المتقلبة التي يمر بها العالم بصورة عامة تحتاج إلى وسائل تساعد على المحافظة على التوازن الاقتصادي الذي يتأثر بتلك التقلبات ومن أهم هذه الوسائل هي تطبيق نظرية الظروف الطارئة².

تهدف نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن في الإلتزام العقدي، فهي تؤدي الوظيفة التي تقوم بها نظرية الاستغلال والإذعان عند تكوين العقد، إلا أنها تتميز عن سابقتها بكونها تهتم بمرحلة تنفيذ العقد.

¹ - عبد القادر فار، مصادر الإلتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، الطبعة الرابعة، الأردن، 2012، ص130.

² - عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، المجلد 01، العدد 38، 2015، ص84.

يقتضي الأصل العام أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذه بحسن نية¹، إلا أنه إذا اصطدم تنفيذ العقد بظروف غير متوقعة لا يمكن دفعها أو التحكم فيها ومن شأنها تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا، فإن العدالة ومبدأ الاستقامة التعاقدية يقتضيان التخفيف على الطرف المرهق وذلك بتوزيع تبعه الحادث الطارئ المتمثلة في الخسارة الفادحة بين طرفي العقد²، وما على المدين إلا تنفيذ الإلتزام العقدي الذي لا يهدده بخسارة غير مألوفة لأنه ليس من العدالة وحسن النية أن يحاسب المدين على أساس ظرف طارئ سبب له ضررا جسيما لم يكن متوقعا وقت إبرام العقد، كما لا يجوز أن يتعسف الدائن في استعمال حقه في المطالبة في ظل هذا الظرف³.

استنتجت بعض التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري الظروف الطارئة من نطاق تطبيق قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وخول للقاضي بموجب المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني سلطة التدخل لتعديل الإلتزامات الناشئة عن العقد بما يتناسب مع الحادث الطارئ ضمانا للاستمرار في تنفيذ العقود، والتي تنص على أنه: "غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

تجدر الإشارة إلى أن نظرية الظروف الطارئة تعتبر إستثناء يرد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لذلك أوردته التشريعات العربية كإستثناء لهذا المبدأ في الفقرة الثانية، غير أننا نجد

¹ - المادة 107 الفقرة الأولى من القانون المدني على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

² - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية: دراسة فقهية وقضائية، توزيع نشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2002، ص116.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود: دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص30. حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص127. درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص257.

أن المشرع الجزائري خرج عن هذا الإتجاه وأورد هذا الإستثناء في الفقرة الثالثة للمادة 107 التي تنص على "وجوب تنفيذ العقد بحسن نية.."، وهذا خطأ يجب تلافيه ونقل الفقرة الثالثة من المادة 107 إلى الفقرة الثانية للمادة 106 التي تنص على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين وأنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون، وذلك لأن نظرية الظروف الطارئة التي تقتضي تعديل العقد قضاءا جاءت إستثناء لعدم جواز تعديله، لا إستثناء لوجوب تنفيذه بحسن نية، ولأنه لا ينظر في تحقق هذه الظروف إلى حسن نية المدين أو سوءها، إذ أن المدين لا دخل له في حدوث هذه لظروف التي قد تحدث وهو حسن النية، فهي ظروف تقاس بمعيار مجرد *In abstracto* لا بمعيار ذاتي *in concreto*¹.

تعد الظروف الإستثنائية المبرر القانوني والمجال الخصب لتدخل القاضي بموجب السلطات المخولة إليه بحيث يعمل على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك من أجل ضمان مرونة العلاقة التعاقدية والإبقاء على العقد خير من هدمه تحقيقاً للأمن التعاقدية².

إنّ البحث في مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة يقتضي منا الإلمام بالنظرية وشروطها وضوابطها القانونية التي تؤدي إلى إعمالها كآلية لمعالجة إختلال التوازن العقدي من طرف القاضي (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى الوسائل الممنوحة للقاضي من أجل تعديل العقد وإحداث التوازن العقدي (المطلب الثاني).

¹ - علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 90.

² - THOMAS PIAZZON, op.cit, p309.

عبد المجيد غميجة، أبعاد الأمن التعاقدية وارتباطاته، ص 3.

المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة كآلية في يد القاضي لمعالجة اختلال التوازن العقدي

مرت نشأة نظرية الظروف الطارئة بمراحل متعددة حتى تم إقرارها بنص تشريعي كإستثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وإعمالها عند وقت الحاجة بالقدر المناسب لمواجهة الحالات الاستثنائية الطارئة والمؤقتة¹.

تقتضى نظرية الظروف الطارئة (Théorie L'imprévision) أن تعترض بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه وجود نوازل أو حوادث عامة، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها أو دفعها تؤدي إلى إختلال التوازن الإقتصادي للعقد، فيجعل الإلتزام المدين مرهقا يهدده بخسارة فادحة، فتستدعي الأخذ بيد الطرف المهدد بخسارة فادحة من طرف القاضي ورد هذا الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول الذي يرفع عنه الحرج والعنت الشديد الذي سببته هذه الظروف المعارضة لنية التعاقد والتي لو توقعها أطرافه سابقا ما أبرموا العقد².

تهد هذه النظرية نظرية متكاملة البناء تستهدف منع الإختلال الجسيم في التوازن الاقتصادي الذي قد يطرأ على الإلتزام في مراحل حياته بين نشأته وتنفيذه، ولذلك يقتضي تعريفها وتمييزها عن النظريات المشابهة لها (الفرع الأول)؛ إلا أنه ولكي تُفَعَّل هذه النظرية من طرف القاضي عليه التأكيد من وقوع حادث استثنائي والذي يستلزم وجود مقومات وشروط قانونية لإعتباره ظرفا طارئا يستوجب تدخله، بالإضافة إلى مراعاته لضوابط قانونية من أجل إزالة الإرهاق بسبب الظروف الطارئة (الفرع الثاني).

¹ - حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري -دراسة مقارنة-، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق بجامعة الموصل العراق، المجلد 16، العدد 58، 2013، ص163.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، ص540. بوفلجة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص89.

الفرع الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة

إنّ الظروف الطارئة نظرية حديثة تزايدت أهميتها لكثرة المسائل المتعلقة بالظروف الاقتصادية وأثرها على الالتزامات التعاقدية، إلا أنها في الحقيقة نظرية عريقة منذ القدم تمتد جذورها إلى الفقه الإسلامي والفقه الروماني.

عرفت الشريعة الإسلامية من قبل نظرية شبيهة بنظرية الظروف الطارئة سميت نظرية الضرورة أو العذر، والحوادث، وكلها نظريات تتماشى معها في هذا المجال¹، لذلك تعتبر نظرية الظروف الطارئة من صميم الفقه الإسلامي فهي تقوم على أساس الضرورة والعدل والإحسان، ذلك أن إلزام المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من حدوث ظرف الطارئ يؤدي إلى وقوع ضرر عليه يستحق النظر في رفعه أو تخفيفه على الأقل².

أخذ فقهاء القانون الكنسي في القرون الوسطى بهذه النظرية تحت مسمى "نظرية عدم تغير الظروف"³، إذ كانت تقوم على أساس شرط ضمني في العقد مضمونه أن الظروف

¹ - يمكن القول أن نظرية فسخ عقد الإيجار للعذر ووضع الحوائج في بيع الثمار، من تطبيقات نظرية (الضرورة) الظروف الطارئة، إذ تهدف الأولى إلى فسخ عقد الإيجار للعذر وعُرف العذر بأنه العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد غير مستحق، وترمي الثانية إلى تعديل العقد لجائحة وعرفت بأنها الآفة أو المرض الذي يصيب الثمار والبقول فيؤدي إلى التقليل من قيمتها ومن كميتها أو القضاء عليها ولا يمكن دفعه والاحتراز منه. منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني: مصادر الإلتزام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب والوثائق، بغداد، العراق، 1999، ص247. حامق ذهبية، المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية- أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا، حوليات جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة 1، عدد خاص: تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون، المجلد 27، العدد 01، نوفمبر 2015، ص80. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص98.

² - عزت صلاح عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص110. ص113. عمار محسن كزار، المرجع السابق، ص86.

³ - خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء المعاملات المدنية الإماراتي)، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2017، ص16.

التي قامت عند تكوين العقد، لا تتغير جوهريا عند تنفيذه، أما إذا تغيرت بصورة كبيرة وجب تعديل الإلتزام لغبن لأن الغبن في نظرهم ضربٌ من ضروب الربا المحرّم¹.

أخذ القضاء الإداري الفرنسي بهذه النظرية بعد الحرب العالمية الأولى عندما أصدر حكما أجاز فيه لشركة الغاز في مدينة بوردو برفع سعر التوريد لأن الحرب ظرف إستثنائي أدى إلى ارتفاع التكاليف، وتتلخص وقائع هذه القضية أنه أبرمت الشركة العامة للإضاءة عقد إمتياز مرفق عام مع مدينة بوردو لإمداد المدينة بالغاز لمدة 30 عاما، وقد تحددت الأسعار في القائمة الملحقة بعقد الإمتياز طبقا لما كان عليه ثمن الفحم في ذلك الوقت (ذلك أن الفحم هو المادة الأولية التي يستخرج منها الغاز) حيث كان يقدر ثمن الطن من الفحم وقت إمضاء العقد بـ 23 فرنكا، وكان أقصى ما يتوقعه المتعاقدان من زيادة في هذا الثمن هو 28 فرنكا، ولما قامت الحرب العالمية الأولى واجتاحت الجيوش الألمانية مناطق الفحم الفرنسية تعذر على الشركة استيراد الفحم من بلادها واضطرت إلى استيرادها من الخارج بأثمان باهظة وارتفع سعر الغاز ارتفاعا فاحشا ووصل سعر الطن من الفحم إلى 117 فرنكا، فتقدمت الشركة للسلطة مانحة الإلتزام تطلب رفع الأسعار، إلا أن هذه السلطة رفضت ذلك لأن تنفيذ العقد ليس مستحيلا والفحم موجود وإن ارتفعت أسعاره، ولما رفع النزاع إلى مجلس الدولة الفرنسي قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد².

¹- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: الجزء الأول، المرجع السابق، ص108. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص479.

²- Arrêt Gaz de bordeaux, conseil d'Etat, du 30 mars 1916, N°59928, publié au recueil Lebon, sur les sites: <https://www.legifrance.gouv.fr> , <https://www.conseil-etat.fr> .

-Hugues Bouthinon-Domas, Les Contrats relationnels et la théorif de l'imprévision, Revue internationale de droit économique, de boeck supérieur, (t.XVI,3), 2001-3, p355.

بعد ذلك أخذت النظرية تظهر في القوانين الحديثة، كالقانون البولوني والإيطالي والقانون المصري، الجزائري، السوري، الليبي، العراقي، قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية، اليوناني، البرتغالي والهولندي¹.

يقتضي البحث في مضمون نظرية الظروف الطارئة بيان وتعريف تلك النظرية من جهة (أولاً)، ثم تمييزها عن النظريات المشابهة لها من جهة أخرى (ثانياً).

أولاً: التعريف بنظرية الظروف الطارئة

إنّ مصطلح "نظرية" يطلق على القضية التي تثبت صحتها بحجة ودليل وبرهان²، والقول "نظرية الظروف الطارئة" فإنها تتألف من كلمتين هما "الظروف" و"الطارئة" ولكل منهما دلالة لغوية كالآتي:

الظروف: إسم مؤنث في صيغة الجمع، وهي عناصر واقعية تميز حالة أو سببا أو وضعاً أعم³.

الطارئة: تؤول هذه الكلمة إلى أصلها الإشتقاقي طرأ، وهو ما حدث وخرج فجأة، وطرأ على القوم أي أتاهم من مكان بعيد فجأة، ويقال للغرباء الطراء والطارئة مؤنث الطارئ، والطارئ جمع طوارئ، وطارئات بمعنى الداهية⁴.

¹ - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص145. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص735.

² - أحمد عبد المالك سويلم أبو درابي، الظروف الاستثنائية وأثرها على الحقوق والحريات العامة في فلسطين: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2017، ص10.

³ - جبرار كورنو، ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص1060 .

⁴ - الفيروز أبادي مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، إشراف نعيم العرفسوسي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الثامنة، 2005، ص46.

والطارئ، هو حدث غير محقق فيما يتعلق بمجيئه أو بتاريخ هذا الحصول، يقال في إحصائية حدث بشكل عام كما الحدث الخاص الذي يأخذ حصوله في الإعتبار¹.

أما إصطلاحاً، يعرف الظرف الطارئ على أنه حادث إستثنائي غير مألوف لكونه نادر الوقوع وغير متوقع وعام يمس كافة الناس أو فئة معينة منهم، ولا يخص المتعاقد وحده وهو لاحق عن تكوين العقد، يشمل كل الأحداث أياً كانت طبيعتها سواء كانت طبيعية كالفيضان والزلازل، أو كانت بفعل الإنسان كما لو كان العقد من عقود التوريد فارتفعت الأسعار لظرف الحرب، بحيث أصبح السعر الذي يحصل به المدين على السلعة الملزم بتوريدها أكبر من السعر الذي يبيع به في عقد التوريد، أو لأحداث إقتصادية كما هو الحال في عقود الإيجار طويلة المدة، حيث تنخفض قيمة العين أو تصبح الأجرة المتفق عليها لا تكفي لتغطية مصاريف صيانة العين المؤجرة².

تعرف نظرية الظروف الطارئة أحياناً بأنها الأمور الغريبة الخارجة عن العادة التي تحدث فجأة دون توقع لها³، وأحياناً بأنها عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين المتبادلة الذي يحدث عند تنفيذ العقد بسبب حدوث ظرف طارئ، أو مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد المتعاقدين الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها⁴.

¹ - جبرار كورنو، ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص1036.

² - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص251. ص252.

³ - عماد عبد الرحيم أحمد مقاط، أثر الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2007، ص19.

⁴ - دحمون حفيظ، التوازن في العقد، المرجع السابق، ص105.

كما قيل أنها تعديلُ إلتزام مرهقٍ من عقدٍ غير مُنقَذٍ أو فسْخُهُ لوقوع حادثة غير متوقعة خارجة عن إرادة المتعاقدين¹، أو أنها تلك الحوادث التي لا تؤدي إلى جعل تنفيذ الإلتزام المدين مستحيلاً لأنه لو صار مستحيلاً لانقضى الإلتزام وانفسخ العقد ولم يكن هناك مجالاً لتعديله².

بناءً على التعريفات السابقة، تعد الظروف الطارئة حوادث عامة غير مألوفة لم تكن في حسابان المتعاقدين وقت التعاقد تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي أثناء التنفيذ إذ تجعل وفاء المدين بإلتزامه مرهقاً لا مستحيلاً يؤدي به إلى خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف مما يستدعي الأمر تدخل القاضي لإعادة التوازن إلى العقد.

ثانياً: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن النظريات المشابهة لها

إن تحديد مفهوم نظرية الظروف الطارئة له دور كبير في الوقوف على أبعادها وتمييزها عما يقاربها من الأنظمة القانونية، لأنه على الرغم من وضوحها فقد تتماثل الظروف الطارئة من حيث شروطها مع نظرية القوة القاهرة (1)، كما أنها تشترك من حيث عدم التعادل بين إلتزامات المتعاقدين مع نظرية الإستغلال، إلا أن هذا التماثل لا يجعل منهما شيئاً واحداً (2).

1: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة من أكثر النظم القانونية اقتراباً من نظرية القوة القاهرة³

¹ عارف محمد الجناحي، تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في بيع التسيط والمرابحة للأمر بالشراء في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة الشارقة، جامعة الشارقة بالإمارات العربية المتحدة، المجلد 16، العدد 01، يونيو 2019، ص129.

² خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص39.

³ لم يعرف المشرع الجزائري القوة القاهرة في القانون المدني، بل أشار إليها كسبب معفي من المسؤولية في المواد 127، 138، 178، 544، 851، 954 منه؛ غير أنه عرفها بموجب المادة 05 الفقرة 20 من القانون 05-07 بنصها على ما

إذ تلتقيان في وقت الإعتداد بهما، فكلا الواقعتين لا بد من أن تحدثا في الفترة اللاحقة على إبرام العقد، ولا ترتبان أثرهما القانوني على الإلتزام التعاقدى إذا حدثتا قبل إبرام العقد أو في وقت إبرامه أو بعد تنفيذه¹.

تقترب وتتشابه نظرية الظروف الطارئة من نظرية القوة القاهرة من حيث أن كل واحدة منهما لا يمكن توقعها ولا يمكن دفعها، فقد يكون الحادث الذي يتسبب في حالة الظروف الطارئة ذاته المتسبب في خلق حالة القوة القاهرة فقيام حرب أو حدوث زلزال قد ينتج عنه أن يصبح تنفيذ الإلتزام التعاقدى مستحيلا وفي حالات أخرى مرهقا؛ كما قد يكون ظرفا طارئاً ويتتابع ليتحول إلى قوة القاهرة².

مثال ذلك، الحرب التي قد تكون قوة القاهرة إذا أصبح تنفيذ الإلتزام التعاقدى بسببها مستحيلا كما في حالة التعهد بتوريد نوع من البضاعة المستوردة من خارج إقليم الدولة وقيام

يلي: " القوة القاهرة: كل حدث مثبت، غير متوقع، لا يمكن مقاومته، وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره، والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها أنيا أو نهائيا غير ممكن". قانون رقم 05-07 المؤرخ في 28 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2005، العدد 50.

-عرفها المشرع التونسي في الفصل 283 من مجلة الإلتزامات والعقود نصه على ما يلي: "القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود هي كل شيء لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلّة أمطار وزوابع وحريق وجراد أو كهجوم جيش العدو أو فعل الأمير. ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة القاهرة إلا إذا اثبت المدين أنه استعمل كل الحزم في درئه". أمر مؤرخ في 15/12/1906، مجلة الإلتزامات والعقود، منشور بالرائد الرسمي، ملحق عدد 100 بتاريخ 15/12/1906، الجمهورية التونسية.

-إن المحكمة العليا قد عرفت القوة القاهرة في قرار صادر عنها بتاريخ 11/06/1990، والذي جاء في حيثياته ما يلي: " ترى المحكمة العليا: -حيث أن التعريف القانوني للقوة القاهرة هو أنه حدث تسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان، حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها لو أن يتحكم فيها كما تتميز القوة القاهرة أيضا بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها". قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، الصادر بتاريخ 11/06/1990، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثاني، ص90.

¹ - هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية-دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر غزة، فلسطين 2012، ص51.

² - حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص189.

الحرب انقطعت المواصلات وتوقف استيراد البضاعة بشكل كامل فأصبح من المستحيل تنفيذ هذا الإلتزام نظرا لإنعدام المحل، أما إذا اقتصر تأثير الحرب على وقوع إضطراب في المواصلات وكان في الإمكان وجود البضاعة ولو بشكل نادر مما أدى إلى ارتفاع سعرها بشكل مضاعف فتكون الحرب في هذه الحالة ظرفا طارئاً¹.

مثاله أيضا، وباء كوفيد-19 الذي اجتاح العالم والذي أعلنت منظمة الصحة العالمية أنه أصبح جائحة عالمية نظرا لانتشاره السريع وسهولة انتقاله الذي أحدث حالة من الهلع والقلق لتهديده الصحة العامة، فقامت الكثير من الدول باتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات الاستثنائية²، التي خلفت آثارا على التعاملات المدنية والتجارية ومختلف الإلتزامات التعاقدية سواء الوطنية أو الدولية؛ وقد اختلفت الآراء حول تكييف الطبيعة القانونية لجائحة كورونا إذ خلص البعض إلى أنها تعد قوة قاهرة لتوفر شروطها من حيث أن هذه الجائحة تخرج عن إرادة طرفي العقد، وجعلت من تنفيذ الإلتزامات التعاقدية مستحيلا فهي تعد سبب مفاجئ وغير متوقع يُجزم بعدم مقاومته وعدم التحكم فيه³؛ غير أنه خلص البعض الآخر إلى أنها قوة قاهرة في حالة استحالة تنفيذ الإلتزام بالنقل، أما في حالة كان

¹ خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص44. هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص51.

² تتمثل بعض التدابير والإجراءات الإستثنائية في: إغلاق الحدود البرية، الجوية والبحرية، منع التنقل إلا برخصة، فرض الحجر الصحي، تعليق جلسات المحاكم، غلق المساجد، توقيف الدراسة، تعليق بعض النشاطات الاقتصادية وتقييد بعض الأنشطة التجارية والخدمات، ارتداء القناع الواقي إلزامي وتوعية السكان... وغيرها.

³ حفناوي نصري، هل يمكن اعتبار كورونا كوفيد-19 قوة قاهرة؟، مجلة قانون العمل والتشغيل، عدد خاص: تأثير فيروس كورونا على علاقات العمل، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، المجلد 05، العدد 02، أوت 2020، ص174. ص184. عبد الرشيد طبي (الرئيس الأول للمحكمة العليا)، القوة القاهرة وأثرها على التشريع والقضاء: فيروس

كوفيد-19-نموذج، 2020/06/04، ص4، على الرابط: <https://www.mjustice.dz>

-جاء في هذا الصدد في قرار لمحكمة الاستئناف بكولمار -COLMAR- الفرنسية في بتاريخ 12 مارس 2020 على اعتبار الظروف الاستثنائية -كوفيد-19- تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة بحسبان أنها ظروف خارجة غير قابلة للتوقع ولا يمكن دفعها. Cour d'appel, colmar, 6^e chambre, 12 mars 2020, n° 20/01098, sur:

<https://www.doctrine.fr>

التنفيذ ممكنا إلا أنه صعب ومرهق فنكون بصدد ظرف طارئ¹؛ ونخلص إلى القول، أنه لا اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة أو ظرف طارئ لابد من عدم الاكتفاء والإدعاء بمسمى "جائحة" وإنما لابد من التأكد من شروط تحقق كل من القوة القاهرة أو الظرف الطارئ وتقديرها من طرف قاضي الموضوع لتطبيق الأحكام الخاصة بكل نظرية، خصوصا وأنه في الجزائر شهدت التدابير الصحية تذبذب ما بين غلق النشاطات التجارية، النقل، وبالتالي قد يؤدي ذلك إلى جعل الالتزام مستحيلا أحيانا ومرهقا أحيانا أخرى.

يجب التنبه إلى أن النظريتان تختلفان من حيث اشتراط المشرع صفة العمومية في الحادث الطارئ في حين قد تكون القوة القاهرة حادثا فردياً أو عاماً².

يكن الاختلاف الجوهرى بينهما، في أن الظرف الطارئ عند تحققه يؤدي إلى جعل الإلتزام مرهقا في التنفيذ، ولا يعفي المدين كليا من تنفيذ إلتزامه وإنما يؤدي ذلك إلى تعديله بتوزيع تبعة الحادث بين الدائن والمدين طبقا لنص المادة 107 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول"؛ أما القوة القاهرة فتحققها يؤدي إلى جعل الإلتزام مستحيلا إستحالة

¹ - خلادي إيمان، بسعيد مراد، مدى إعتبار جائحة كوفيد 19 قوة قاهرة لإبراء الناقل البحري من المسؤولية، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص: القانون وجائحة كوفيد 19، جويلية 2020، ص 286. ص 290.

² - محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المملكة العربية السعودية، العدد 02، 1988، ص 131. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 243.

مطلقة مما يؤدي إلى إنقضاء الإلتزام، فتبرأ ذمة المدين ويتحمل الدائن تبعه الهلاك كلياً¹، وفقاً لمقتضيات المادة 121 من القانون المدني من نفس القانون والتي نصت على ما يلي: "في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى التزم بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون".

إذن، تنطبق نظرية الظروف الطارئة على الإلتزام بتسليم شيء معين بالنوع حيث أن الحادث يمكن دفعه من خلال التزم المدين بتسليم الدائن شيء مثلي ولو ارتفعت قيمة الشيء في السوق، بينما تنطبق نظرية القوة القاهرة على الشيء المعين بالذات، بحيث هلك الشيء يؤدي إلى إستحالة تنفيذ المدين للإلتزام².

كما أن نظرية الظروف الطارئة ترتبط بالنظام العام بحيث لا يجوز الإتفاق على مخالفة أحكامها من طرف المتعاقدين طبقاً للمادة 107 من القانون المدني التي تنص على أنه: "... ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، في حين القوة القاهرة لا تعتبر من النظام العام ويجوز مخالفة أحكامها وهذا ما نصت عليه المادة 178 الفقرة الأولى من نفس القانون بقولها: "يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة".

¹- قضت المحكمة العليا في هذا الصدد على ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يعفي الناقل من المسؤولية عن الخسائر أو الأضرار التي لحقت بالبضاعة إذا نتجت عن قوة القاهرة". قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، الصادر بتاريخ 1997/06/24، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني، ص125.

-قضت كذلك في قرارين آخرين على ما يلي: "لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة المجلس الذين أعفوا مجهز السفينة من مسؤولية الأضرار باعتبار أنها نتجت عن القوة القاهرة دون أن يتحققوا من توافر شرطها خالفوا القانون". قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، الصادر بتاريخ 1991/06/02، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الثاني، ص108.

²- سعدون ياسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه في القانون الوضعي: تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018/2017، ص290.

2: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية الإستغلال

تشابه النظريتان من حيث أن كلاهما يهدف إلى معالجة فقدان التوازن المالي والاقتصادي بإعادة التوازن بين إلتزامات المتعاقدين الناشئة عن العقد تحقيقا للعدالة¹، إلا أنهما تختلفان من حيث كون نظرية الظروف الطارئة تقوم في مرحلة تنفيذ العقد أما نظرية الإستغلال أو الغبن تقوم في مرحلة تكوين العقد².

تختلف النظريتان أيضا من حيث أن نظرية الظروف الطارئة تؤدي إلى إعادة التوازن بين الإلتزامات الناتجة عن حادث غير متوقع لا يد لأى من المتعاقدين فيه فتتوزع تبعة الحادث بينهما، عكس نظرية الإستغلال التي تؤدي إلى إعادة التوازن في الإلتزامات ناتجة عن إستغلال طرف قوي في العقد للطرف الآخر، ومن ثم يرفع القاضي عن الطرف الضعيف كل ما أصابه من غبن³.

إنّ للقاضي في نظرية الظروف الطارئة طبقا للمادة 3/107 من القانون المدني سلطة أوسع من تلك التي له في نظرية الغبن، إذ يجوز له أن يعدل من إلتزامات المدين المرهقة إما بإنقاصها أو بزيادة إلتزامات الطرف الآخر كما له وقف تنفيذ العقد لحين زوال الظرف الطارئ، أو فسخ العقد بناء على طلب المدين، في حين تقتصر سلطة القاضي في نظرية الاستغلال والغبن على إبطال العقد أو إنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون ولا يملك زيادة الإلتزام المقابل إلا برضا صاحبه طبقا للمادة 90 من نفس القانون.

نخلص في الأخير، إلى أنّ نظرية الظروف الطارئة، رغم اقترابها وتشابها مع نظرية القوة القاهرة ونظرية الاستغلال في الكثير من النقاط التي يصعب التمييز بينهما، إلا أنها

¹ - محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص36.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص631. ص632.

³ - حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص124.

تتميز ببعض الخصائص الذاتية والمقومات الخاصة التي تجعلها نظرية قائمة بذاتها ولها عناصرها وملامحها القانونية التي تميزها عن غيرها من النظم.

الفرع الثاني: شروط وضوابط سلطة القاضي في إزالة الإرهاق بسبب الظروف الطارئة

إن المشرع الجزائري قد خول القاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق الظرف الطارئ لإعادة التوازن الاقتصادي في العقد، وذلك برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولكنه لم يطلق يد القاضي في التصدي لشروط العقد، وإنما قيده بشروط منها ما يتعلق بالالتزام في حد ذاته ومنها ما يتعلق بشروط الحادث الطارئ (أولاً)، فإذا تحقق القاضي من هذه الشروط وثبّت له سلطة التدخل في العقد عليه أن يراعي ضوابط أخرى حتى يقرر الوسيلة المناسبة التي ترد الإرهاق إلى الحد المعقول (ثانياً).

أولاً: سلطة القاضي في التحقق من توافر شروط نظرية الظروف الطارئة

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وقوع الظرف الطارئ في تنفيذ العقد وليس قبل انعقاده أو بعد انقضاء تنفيذه، إذ لا يتحقق اختلال للتوازن المالي للعقد إلا إذا تغيرت الظروف الاقتصادية للعقد بين انعقاده وتنفيذه¹.

يشترط المشرع مجموعة من الخصائص والشروط المعينة التي أجمع الفقه بدوره على ضرورة توافرها، وهي وجوب أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ (1)، وأن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ (2)، وأخيراً، أن يجعل هذا الحادث الإستثنائي تنفيذ الإلتزام مرهقا (3)، وهذا ما سنبيّنه بالتفصيل فيما يلي:

¹ - حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 183.

1: أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ

يشترط في العقد الذي تثار بشأنه نظرية الظروف الطارئة أن يكون من العقود متراخية التنفيذ أي أن توجد فترة بين انعقاد العقد وتنفيذه مما يسمح بأن تحدث خلالها ظروف استثنائية، لأنه إذا كانت الظروف الاستثنائية موجودة قبل انعقاد العقد فإنها لا تؤثر عليه لعلم المتعاقدان بها ونفس الحكم إذا تم تنفيذ العقد وطرأت بعد ذلك¹.

كما يشترط أن لا يكون المدين بعد وقوع الظرف الطارئ قد نفذ إلتزامه كلياً لأن النظرية تسري على الإلتزام الذي لم ينفذ بعد²، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز العراقية على أن الظروف الطارئة لا تطبق إلا حين يكون الحادث قد طرأ في فترة من الزمن تفصل بين إبرام العقد وبين تنفيذ الإلتزام الذي رتبته، فإذا كان الإلتزام قد نفذ فإنه ينقضي وعندئذ يمتنع تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لأنها ترد على الإلتزام قائم لم ينفذ بعد³.

غير أنه إذا كان تنفيذ الإلتزام قد تم بشكل جزئي وحدث الظرف الطارئ طبقت النظرية على الجزء الذي لم ينفذ فقط⁴، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1975/06/09 والذي قضت فيه بما يلي: "أن نظرية الظروف

¹ - محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص72. فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص232. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص549. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص305.

² - عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الثالثة، 1997، ص282. دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص121.

³ - قرار رقم 117/ح/1965، قضاء محكمة التمييز العراقية، المجلد 03، ص97. قرار رقم 206/م/78/1 المؤرخ في 1978/12/25، مجموعة الأحكام العدلية، العدد 04، السنة 09، ص25. أشار إليهما: عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، المكتبة الوطنية، بغداد، العراق، 1993. مذكور لدى: عمار محسن كزار، المرجع السابق، ص90.

⁴ - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص146.

الطارئة إنما ترد على الإلتزام الذي لم ينفذ أو على الجانب الذي لم يتم تنفيذه منه، أما إذا تنفيذه قبل الحادث الطارئ فإنه ينقضي بالوفاء ويمتتع خضوعه لأحكام الظروف الطارئة¹.

كذلك لا يجوز إعمال نظرية الظروف الطارئة إذا كان وقوع الحادث الطارئ بعد منح نظرة الميسرة من القاضي².

غالبًا ما نجد هذا التراخي في العقود الزمنية التي يكون تنفيذها في فترات متعاقبة من الزمن³، سواء كانت من العقود المستمرة بطبيعتها كعقود الإيجار حيث لا يرجع تدخل عامل الزمن فيها إلى إرادة المتعاقدين، بل تفرضه طبيعة الأداءات، أو من العقود الدورية التي يتفق فيها المتعاقدين على تكرار أداء الشيء لفترة معينة كتزويد المعمل بالمواد الأولية في كل فصل حيث تكون الأداءات قابلة للتنفيذ الفوري غير أنه بسبب الإتفاق على تكرارها يصبح تنفيذها دوريًا، فتلحق بالعقود الزمنية⁴؛ كما يمكن للقاضي أن يطبق نظرية الظروف الطارئة على العقد الفوري متراخي التنفيذ إذا وقع الظرف الطارئ مباشرة بعد انعقاده وأصبح الإلتزام العقدي مرهقًا⁵.

¹ - محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 502 لسنة 39 قضائية، الصادر بجلسة 1975/06/09، مكتب فني (سنة 26 - قاعدة 223 - صفحة 1173)، على الرابط: www.cc.gov.eg

² - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 550. محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 73.

- يذهب اتجاه إلى أنه تنطبق النظرية حتى ولو كان تراخي تنفيذ أحد الإلتزامين ليس مرده إرادة الطرفين المشتركة عند إبرام العقد، بل حكم القاضي الذي أنظر المدين إلى أجل ينفذ فيه إلتزامه (نظرة الميسرة) وقبل حلول هذا الأجل القضائي وقع الظرف الطارئ. عمار محسن كزار، المرجع السابق، ص 90.

³ - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 99.

⁴ - خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: الجزء الأول، المرجع السابق، ص 111. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 482. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 554.

⁵ - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 77.

إن تأجيل التنفيذ هو الباعث على حماية القانون للطرف المرهق وإصلاح ما اختل من توازن عقدي، وقد صدر عن محكمة النقض المصرية عدة أحكام في هذا الصدد، قضت في حكم لها صادر بتاريخ 1962/12/20 بما يلي: "يتسع نطاق المادة 2/147 من القانون المدني، وقد ورد بصيغة عامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها وتنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي غير متوقع يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، ذلك أن تأجيل التنفيذ هو الباعث على حماية القانون التي قصد منها رفع العنت عن المدين وإصلاح ما أخل من التوازن العقدي نتيجة للظروف الاستثنائية الطارئة، وهو يقوم في الالتزامات المؤجلة التنفيذ كما يقوم في الالتزامات التي تنفذ بصورة دورية"¹، كما قضت في قرار آخر لها بما يلي: "بأن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على عقود البيع التي يكون الثمن كله أو بعضه مؤجلا أو مقسما"²؛ وقد أقرت في حكم لها على أن: "...نظرية الظروف الطارئة تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدوري كما تنطبق على العقود الفورية التي يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقيق حكمة التشريع في الحالتين وهي إصلاح ما اختل من التوازن الإقتصادي للعقد في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه..."³.

وعليه، إن نظرية الظروف الطارئة تستبعد العقود الفورية الغير مؤجلة التنفيذ وتنطبق على جميع العقود التي يترأخى تنفيذها ويطرأ خلالها حادث إستثنائي عام وغير متوقع يؤدي

¹ - نقض 1962/12/20 مجموعة الأحكام س13 ص1174، مذكور في: عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص146.

² - نقض جلسة 1973/12/23، (س24 مج فني مدني ص799)، مذكور لدى: معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، المرجع السابق، ص241.

³ - محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 263 لسنة 27 قضائية، الصادر بجلسته 1963/01/03، مكتب الفني (سنة14-قاعدة3-صفحة37)، على الرابط: www.cc.gov.eg

إلى إرهاب في تنفيذ الإلتزام، سواء كانت عقود زمنية أو فورية بهدف إعادة التوازن الاقتصادي للعقود.

تطبق نظرية الظروف الطارئة على العقود الملزمة للجانبين، والعقود الملزمة لجانب واحد على حد سواء شرط أن تكون متراخية التنفيذ، لأنه لا يوجد شرط صريح بشأن تطبيقها على نوع معين من العقود، كما أنه ليس من الحكمة أن يزيل المشرع الإرهاب عن مدين دون آخر، لمجرد أن الإلتزام الذي يتحمله لا يجد إلتزاما آخر مقابلا له¹.

تستثنى من تطبيق نظرية الظروف الطارئة العقود التي محل إلتزامها نقودا، وهذا ما نصت عليه المادة 95 من القانون المدني على ما يلي: "إذا كان محل الإلتزام نقودا، إلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

كما تستثنى من تطبيق هذه النظرية العقود الإحتمالية² إذ هي بطبيعتها تعرض المتعاقد لكسب كبير أو لخسارة جسيمة، وبالتالي فإن صفة الإرهاب هي من العناصر المفترضة في مثل هذه العقود وتكون الحوادث الإستثنائية متوقعة وذلك على خلاف نظرية الظروف الطارئة التي تشترط أن يكون الحادث غير متوقع، مما يجعل نطاق النظرية

¹ - وليد صلاح مرسى رمضان، المرجع السابق، ص 648. حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 131. خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص 61.

² - "العقد الاحتمالي هو ذلك العقد الذي لا تكون فيه التزامات أحد طرفيه محددة وقت التعاقد، وإنما تتوقف على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، ويكون هذا العقد دائما عقد معاوضة، ومثال ذلك: عقد تأمين ضد الحريق، حيث يلتزم المؤمن له بدفع مبلغ من النقود لشركة التأمين من أجل التأمين على سيارته في مدة سنة ضد أي حريق يمكن أن يصيبها. فيلاحظ أن التزام المؤمن له محددًا وقت التعاقد بينما التزام شركة التأمين غير محدد، فإذا وقع الحريق إلتزمت هذه الأخيرة بدفع مبلغ التأمين وإن لم يقع فلا تلتزم بدفع شيء". زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 40.

مقصود على العقود المحددة¹، غير أنه إذا أمكن دفع الاحتمال في العقد فإنه يصبح عندئذ عقداً محدداً تسري عليه أحكام هذه النظرية².

يؤكد هذا الرأي ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1996/01/03 بما يلي: "إن هذه النظرية لا تنطبق على عقود الغرر إذ أنها تعرض بطبيعتها العاقدین لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة"³، وكذا في حكم آخر لها قضت بما يلي: "ما دام العقد بطبيعته يقوم على فكرة المضاربة ومن شأنه أن يعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو مكسب كبير فإنه لا يجوز إعمال نظرية الحوادث الطارئة في شأنه لأن المتعاقد يعلم سلفاً أنه يتعاقد بعقد احتمالي مبناه فكرة المخاطرة"⁴.

يرى بعض من الفقه الآخر أنه يمكن إعمال نظرية الظروف الطارئة بالنسبة لكل العقود بما فيها العقود الإحتتمالية، وذلك لعموم النص⁵.

¹ - خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية: النظرية العامة للالتزامات: المصادر الارادية وغير الارادية -العقد-الارادة المنفردة-العمل غير المشروع- الفعل النافع-القانون-، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 2017، ص153. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص110. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص274.

² - مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1-بن يوسف بن خدة، 2015/2014، ص55.

³ - محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 263 لسنة 27 قضائية، الصادر بجلسة 1963/01/03، مكتب الفني(سنة14-قاعدة3-صفحة37).

⁴ - محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 118 لسنة 31 قضائية، الصادر بتاريخ 1966/02/15، مكتب فني(سنة17-قاعدة38-صفحة287)، على الرابط: www.cc.gov.eg

⁵ - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص558. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة: دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوربية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1971، ص122.

من خلال ما سبق نذهب إلى أن مبدأ العدالة يقتضي تطبيق النظرية على كل من العقود دون تمييز خصوصاً وأن نص المادة 3/107 من القانون المدني ترك الباب واسعاً أمام كل من العقود الاحتمالية والعقود المحددة دون تمييز بينهما متى توافرت شروط أعمال النظرية.

في جميع الأحوال لا تطبق نظرية الظروف الطارئة إذا تراخى تنفيذ الالتزام بخطأ من المدين ثم طرأ الحادث الذي أدى إلى اختلال التوازن، إذ لا يجب أن يستفيد أحد من تقصيره أو إهماله¹، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1963/01/03 والذي قضت فيه بما يلي: ".يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ألا يكون تراخي تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعاً إلى خطأ المدين، إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصيره"²؛ ومثاله إذا تماطل المدين في التنفيذ إلى أن انتهت مدة العقد المتفق عليها، وحدثت ظروف طارئة خارج الأجل المتفق عليه فإن المدين لا يستفيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ويتحمل تبعات الاستثنائية العامة كما لا يمكنه المطالبة بتنفيذ العقد³.

¹ - محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقهاء الإسلامي، دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس بمصر، 1992، ص302. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص289.

² - محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 263 لسنة 27 قضائية، الصادر بجلسة 1963/01/03، مكتب الفني (سنة14-قاعدة3-صفحة37).

³ - "يتحمل المدين وحده، تبعات الحوادث الاستثنائية العامة، الواقعة خارج الأجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام، ولا يمكنه المطالبة بتعديل العقد". قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2007/02/21، المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الأول، ص211.

رغم ما لهذا الشرط من أهمية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، إلا أن المشرع لم ينص عنه صراحة في المادة 3/107 سالفه الذكر، وترك الأمر للفقهاء والقضاء إذ يعتبر هذا الشرط شرطاً غالباً لبدايته لا شرطاً ضرورياً¹.

2: أن يطرأ حادث إستثنائي عام غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ

لا يكفي للخروج عن القوة الملزمة للعقد أن تتغير الظروف الاقتصادية، وإنما حرص المشرع على اشتراط صفات في الحادث الطارئ تُستشف من نص المادة 3/107 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "...إذا طرأت حوادث إستثنائية، عامة، لم يكن في الوسع توقعها..."، فنجده إشتراط في الظرف الذي يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة والذي من شأنه تخويل القاضي سلطة التدخل لتعديل العقد لإعادة التوازن الاقتصادي، أن يكون إستثنائياً بعيداً عما آلفه الناس (أ)، عاماً (ب)، وليس في الإمكان توقعه أو دفعه (ج).

أ: أن يكون الحادث إستثنائياً

تعدّ نظرية الظروف الطارئة استثناء على القوة الملزمة للعقد، لذا فإن الدعامة الرئيسية لهذا الإستثناء هي أن يكون الظرف الطارئ ناشئاً عن حادث إستثنائي، فلا يعتد به إذا كان مألوفاً ولا تعتبر مرهقة تلك الخسارة التي تلحق المدين منه، وذلك لأن من عادة المألوف أن يكون محتملاً بحكم العادة أو التعامل².

يُقصد بالحادث الاستثنائي، ذلك الحادث النادر بحسب السير العادي للأمر³، بحيث يبدو شاذاً غير مألوف ولا يقع إلا نادراً وعن طرق الصدفة، ولا يتدخل أي من المتعاقدين في

¹ - عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 642.

² - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 283.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 306.

حدوثه؛ ويُعرّف بأنه ذلك الحادث الذي لا يندرج في عدد الحوادث التي تتعاقب وفقا لنظام معلوم¹.

ينسب بعض الفقه وصف الإستثنائية إلى آثار الحادث وليس للحادث نفسه لأنه قد يكون الحادث مألوفاً إلا أنه يترتب عليه آثاراً استثنائية تخرج عما هو معتاد²، ويرى البعض الآخر أن العبرة لكي يعتد بالحادث كظرف طارئ تكون بالآثار الإستثنائية للحادث أو تكون بالحادث نفسه إذا كان إستثنائياً³.

إنّ المشرع الجزائري اكتفى بوضع شرط الإستثنائية في تحديد الظرف الطارئ وأغفل عن تحديد طبيعته إن كانت سياسية، طبيعية، اقتصادية، اجتماعية، قانونية، إجراءات إدارية أو جبائية⁴؛ وترك مهمة تقسيمها وإيراد أمثلة تطبيقية للفقه والقضاء.

من الأمثلة التطبيقية، نجد مثلاً أنّ القضاء العراقي قد عد ما يأتي من الظروف الطارئة: حدوث فيضان، غزارة الأمطار وشدتها بصورة غير اعتيادية ولا متوقعة، وشح مياه الفرات، انتشار الأوبئة والأمراض، كسر السدود، ارتفاع أسعار المواد الأولية والإنشائية، منع الإستيراد، ومنع التوريد، وإصدار تشريعات جديدة كإصدار قانون الإصلاح الزراعي⁵، على

¹ خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص72.

² بولحية جميلة، المرجع السابق، ص113.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص397.

⁴ على عكس المشرع الجزائري، نجد أن القانون البولوني أورد بعض الأمثلة للحوادث الطارئة منها الحرب، الوباء، وهلاك المحصول هلاكاً كلياً.. أو غير ذلك من النوازل الطبيعية. حدي لالة، المرجع السابق، ص124.

⁵ قرار محكمة التمييز المرقم 2240 صادر بتاريخ 1956/11/27؛ القرار المرقم 388 مدنية ثانية صادر بتاريخ 1974/04/22، النشرة القضائية (السنة2-العدد2-1975-ص9)؛ القرار المرقم 451 صادر بتاريخ 1976/01/27، مجموعة الأحكام العدلية (العدد1 لسنة 976-ص38)؛ القرار المرقم 273 صادر بتاريخ 1971/03/21، النشرة القضائية (السنة2-العدد2-1975-ص167)؛ القرار المرقم 2186 صادر بتاريخ 1957/12/08؛ القرار المرقم 1549 صادر بتاريخ 1957/06/26؛ قرار المرقم 1065 مدنية أولى في 1981/05/17؛ قرار مرقم 326 صادر بتاريخ 1960/04/28؛ القرار المرقم 2927 في 1967/06/17، مجلة القانون المقارن (العدد2-ص1968-ص13)؛ مشار إليهم في: حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص182.

عكس القضاء الجزائري الذي لا نجد له إلا تطبيقا واحدا بشأن اعتبار الحوادث من قبيل الحوادث الاستثنائية التي تثير تطبيق نظرية الظروف الطارئة وهو اعتباره لمرض الحمى الذي أصاب الموشي حادثا استثنائيا¹، غير أننا نجده قد اعتبر في أحد قراراته الصادرة عن المحكمة العليا أن العاصفة البحرية تعتبر ظروف عادية في فصل الشتاء خصوصا أن تقرير الخبرة جاء فيه أن دفتر السفينة المحرر من طرف قائد السفينة يظهر أن الرياح التي واجهت السفينة لم تتعد درجة 6 إلى 7 من سلم يوقور وبالتالي فإن العاصفة هي من مخاطر الاستغلال وأن الحادث عادي ومتوقعا بالنسبة للناقل وبالتالي لا يؤدي إلى اعتباره قوة القاهرة ولا يعفي الناقل من المسؤولية²، وفي قرار آخر للمحكمة العليا اعتبرت أيضا أن العاصفة كانت متوقعة في فصل الشتاء وأن رداءة الطقس تعتبر حالة عادية بالنسبة للملاحين³؛ هذا وعلى خلاف هاذين القرارين، اعتبرت أن الفيضان نتيجة مياه الأمطار⁴، والعاصفة التي تسببت بها قوة الرياح كارثة طبيعية تكتسي طابع القوة القاهرة⁵؛ وبالتالي نستنتج أنه يعد من قبيل الحوادث الاستثنائية الفيضان والعاصفة التي تسببت بها قوة الرياح الغير الاعتيادية، لأنها كوارث طبيعية غير مألوفة يتحقق فيها وصف الظرف الإستثنائي.

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 10/10/1993، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الأول، ص217.

² - قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، الصادر بتاريخ 24/06/1997، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني، ص126.

³ - قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، الصادر بتاريخ 19/05/1991، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الثالث، ص154.

⁴ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 25/05/1988، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني، ص11.

⁵ - قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، الصادر بتاريخ 11/06/1990، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثاني، ص90.

يلاحظ أن بعض الحوادث تعتبر إستثنائية بذاتها لوصف يتعلق بها، وذلك لقلّة وقوعها كنشوب حرب، وباء، فرض تسعيرة جبائية جبرية أو إلغائها، زلزال؛ وأن البعض الآخر يكثر وقوعه، ولا يعتبر إستثنائياً، ولا يؤدي إلى تطبيق النظرية إلا إذا بلغ حداً يجاوز المألوف¹؛ فالزلزال مثلاً يعد حادثاً إستثنائياً إذا وقع في منطقة لا تتعرض له عادة، بينما لا يعد كذلك إذا وقع في منطقة اعتادت أن تتعرض له ولكن لا يلزم أن يكون مجرد وقوع الحادث غير مألوف، وإنما يكفي أن تكون الجسامة التي وقع بها غير مألوفة، فإصابة المحصول بدودة القطن حادث مألوف، لكن قد يبلغ من الجسامة حداً غير مألوف، فعندئذ يعد حادثاً إستثنائياً².

يعد أيضاً زحف أسراب الجراد بأعداد مألوفة في منطقة معينة معتادة على هذا الظرف يعد حادثاً أو ظرفاً مألوفاً إلا أنه إذا تعاضمت أعداد الجراد في الأسراب الزاحفة بشكل لم يعهدها الناس فيما يقع بينهم عادة ففي هذه الحالات يصبح الظرف ظرفاً إستثنائياً³، كما تعد موجات البرد المعتادة في الشتاء ظرفاً مألوفاً ولذلك فإن ما ينشأ عنها من أضرار لزراعات الخضر لا يمكن أن يعد ظرفاً إستثنائياً تؤثر على التزام متعهد بتوريد الخضروات، ولكن موجة صقيع غير مألوفة في شدتها وفي امتدادها يمكن أن يتحقق فيها وصف الظرف الاستثنائي⁴.

¹ - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 483. دحمون حفيظ، التوازن في العقد، المرجع السابق، ص 106.
² - جلال علي العدوي، مصادر الإلتزام: دراسة مقارنة في القانوني المصري واللبناني، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، ب.س.ن، ص 241. ص 242.

³ - هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص 37. ص 38.

⁴ - ذهب القضاء السوري إلى أن: "وقوع عواصف وزوايع ورمود وسقوط برد وأمطار في غوطة دمشق بعد منتصف شهر أيار قضت على المحاصيل والثمار يعتبر حادثاً إستثنائياً في العرف المحلي يبرر إعفاء المدين في عقد الضمان من قسم من البديل ورد الإلتزام إلى الحد المعقول الذي يعود للمحكمة تقديره". نقض مدني سوري 518 أساس رقم 2250 تاريخ 1079/04/09 مجلة نقابة المحامين ص 79/396، مشار إليه في: محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 87.

كذلك هو الحال بالنسبة لتغير القوانين إذ يعد أمراً معتاداً ولكن قد تترتب على تطبيقاته آثاراً غير مألوفة، فقانون تأمين المحروقات، أو قانون تحرير الأسعار الذي قد يترتب عليه ارتفاعاً باهظاً للأسعار، يعتبر ظرفاً طارئاً والعبرة تكون بالآثار الاستثنائية للحادث التي أثرت على التوازن العقدي¹؛ وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها لما اعتبرت أن قانون الإصلاح الزراعي رقم 178 لسنة 1952 توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ، فهو بحكم كونه قانوناً يعتبر -وعلى ما جرى به قضاء النقض- حادثاً عاماً واستثنائياً لم يكن في الوسع توقعه ولا يمكننا دفعه، ولا يغير من ذلك كونه تشريعياً، لأن المشرع أطلق التعبير عن الحادث فلم يقيد به بأن يكون عملاً أو واقعة مادية²، كما اعتبرت محكمة التمييز العراقية أيضاً أن قانون الإصلاح الزراعي من قبيل الظروف الطارئة إذ أدى إلى هبوط الأراضي الزراعية³.

¹- ثار خلاف فقهي حول مدى جواز عد التشريعات من الحوادث الإستثنائية، فذهب البعض إلى أن الأمر الذي يبرر الأخذ بالتشريع هو قلب اقتصاديات العقد وهو أيضاً المبرر الذي جعل التشريع في حد ذاته يعترف بنظرية الظروف الطارئة. عمار محسن كزار، المرجع السابق، ص 91. بلخير محمد آيت عودية، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، 2018، ص 267. وما يليها.

- غير أنه ذهب البعض آخر أن الحادث ينبغي ألا يكون من عمل السلطة، وأن التشريع لا يمكن عده حادثاً استثنائياً وليس بالإمكان تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دار الكتب الوطنية، الطبعة الثانية، ليبيا، 2018، ص 203.

²- نقض جلسة 1973/12/23 س 24 مج فني مدني ص 799؛ مشار إليه في: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 240.

³- قرار محكمة التمييز المرقم 2927 في 1967/06/17، مجلة القانون المقارن (العدد 2-1968، ص 13): مشار إليه في: حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 182؛ عمار محسن كزار، المرجع السابق، ص 92؛ هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص 38.

كما ظهرت أنواع جديدة للحوادث لم تكن موجودة من قبل نتيجة التطور التكنولوجي كالتلوث البيئي وانتشار الإشعاعات النووية والغازات السامة، وكلها ظروف طارئة تؤثر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية¹.

وعليه، إنّ اشتراط المشرع الاستثنائية في الظرف الطارئ جاء من أجل التضييق من نطاق تدخل القاضي في العقود محافظا على استقرار المعاملات²، وعدم السماح له بتعديل العقد لمجرد وقوع حوادث مألوفة وهذا ما يتفق مع مقتضيات العدالة وحسن النية. ولكي يفعل القاضي نظرية الظروف الطارئة، لا يكفي أن يتأكد بأن هذا الحادث استثنائيا، بل لابد أن يتأكد من كون هذا الحادث الاستثنائي عاما.

ب: أن يكون الحادث الاستثنائي عاما

لم يكتفِ المشرع الجزائري بأن يكون الظرف أو الحادث استثنائيا بل نص على شرط عمومية الحادث لتطبيق نظرية الظروف الطارئة؛ والمقصود بالعمومية أن تكون هذه الظروف أو الحوادث الاستثنائية عامة لا خاصة بالمدين ومثالها الحرب أو الوباء، أما ظروف المدين الخاصة، ولو كانت استثنائية، مثل حريق شب في محصوله أو متجره أو إفلاسه أو يتحجج بمرض أصابه أو بوفاة ابن له كان يساعده في تنفيذ التزاماته، فكل هذه الظروف الخاصة لا تؤخذ في مفهوم الظروف الطارئة³.

قد تتصرف عمومية الظرف الطارئ إلى الناحية الشخصية، فيتحدد معيار العمومية بالنظر إلى عدد الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف، وقد تتصرف إلى الإقليم فيتحدد هذا

¹ - مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود، ونبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص199.

² - درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص259.

³ - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص99.

المعيار بمقدار المساحة أو عدد الأقاليم التي تأثرت بالظرف الطارئ، كما قد يندمج العنصران معا في تحديد وصف العمومية¹.

لا يقصد بالعموم أن يشمل الحادث الطارئ الدولة بأسرها، وإنما يكفي أن يصيب فئة معينة كفئة التجار أو الصناع، أو المزارعين، أو مكانا معيناً²، ومثال ذلك الفيضان أو السيل العارم غير المنتظر الذي يقوم بإغراق مساحة واسعة من الأرض أو إنتشار وباء أو الحريق الذي إلتهم المدينة بأكملها أو حي من أحياءها³.

تجدر الإشارة إلى أن كل من القضاء الجزائري والمصري أكدّا على إشتراط العمومية في الحادث، إذ جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2007/03/21 على ما يلي: "يجوز للقاضي، إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة، رد الإلتزام المرهق إلى حده المعقول، من دون إعفاء المدين من تنفيذ إلتزامه"⁴؛ كما قضت محكمة النقض المصرية في حكم صادر لها في 1975/03/03 بما يلي: " .. أنه يشترط في الحادث الطارئ أن يكون حادثاً إستثنائياً عاماً غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث الطارئ عاماً إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس..⁵".

¹- بن يحي شارف، ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، المجلد 02، العدد 02، 2010، ص51. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص248. مروك أحمد، المرجع السابق، ص58.

²- أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص174.

³- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص547. ص548.

⁴- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2007/03/21، المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الثاني، ص135.

⁵- محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 58 لسنة 40 قضائية، الصادر بجلسة 1975/03/03، مكتب

فني (سنة26-قاعدة104-صفحة515)، على الرابط: www.cc.gov.eg

أما بالنسبة للفقهاء يلاحظ أنه اختلف حول صفة العمومية التي اشترطها المشرع في الظرف الطارئ بين معارض ومؤيد، فنجد أن الاتجاه المعارض لم تلقى صفة العمومية قبولا منه، وحبثهم أن هذا الشرط هو وسيلة لتضييق مجال نظرية الظروف الإستثنائية، ويتعارض مع الغاية التي وجدت من أجلها النظرية وهي ضمان العدالة العقدية ورفع الإرهاق وتخفيفه، خصوصا وأن الحادث الإستثنائي يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا فقط لا مستحيلا¹؛ كما أن هذا الشرط يجافي المنطق القانوني، ذلك أن القوة القاهرة قد تكون أمرا عاما وقد تكون حادثا فرديا خاصا بالمدين وتجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا وهذه الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الإلتزام في حين أن الحادث الاستثنائي يشترط فيه أن يكون عاما رغم أنه يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا فقط؛ فكيف يشترط في الحادث ما لا يشترط في القوة القاهرة وهي أشد وطأة منه².

إضافة إلى أن هذا الشرط لا يسمح لهذه النظرية من تأدية وظيفتها الاجتماعية فمثلا قد لا يكون الظرف الطارئ عاما، ولا يمكن الإستناد في هذه الحالة إلى نظرية القوة القاهرة لدفع المسؤولية لأن الإلتزام ليس مستحيلا؛ كمن إلتزم بتوريد كمية من اللحوم معتمدا على حقول الدواجن التي يملكها إلا أنها نفقت بمرض أدى إلى إصابته بخسارة فادحة إذا إستمر بتنفيذه للإلتزام، مما يستوجب أخذ مثل هذا الحال عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة تطبيقا لقواعد العدالة³؛ ومن ثم فإن اشتراط صفة العمومية شرط غير عادل لأنه يحرم المدين في حالات كثير من الإحتماء بأحكام هذه النظرية قصد التخفيف من إرهابه بداعي عدم إصابة غيره بذات الإرهاق⁴، لذلك يذهب هذا الاتجاه إلى أنه من الأفضل أن تطبق النظرية

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص399. حميد بن شنيبي، المرجع السابق، ص116.

² - محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص70.

³ - عمار محسن كزار، المرجع السابق، ص92. ص93.

⁴ - أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية)، ماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، أغسطس 2017، ص122. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص249.

سواء كان الظرف عاما أو خاصا إذ لا يعقل أن نطالب المدين مثلا بضرورة الوفاء بالتزامه لمجرد أن الظرف خاص وقد هلك كل ماله¹، ولهذا نجد أن بعض التشريعات المقارنة كالتشريع اليوناني والإيطالي لم تأخذ بشرط العمومية واكتفت بالنص على الحادث الاستثنائي غير المتوقع فقط لأنه يتنافى مع مبدأ العدالة الذي يقضي برفع الإرهاق الذي لحق المدين وإقالته من عثرته، وأقروا بتطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى ولو كان الظرف الطارئ فرديا لا يتعدى أثر حدود المتعاقد².

أما الاتجاه المؤيد لما ذهب إليه المشرع يجد تبريره لشرط العمومية، إلى أن تشدد المشرع في اشتراطه لصفة العمومية يهدف إلى المحافظة على استقرار المعاملات لأن هذه النظرية هي إستثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لذا يجب الحد من إعمالها ما أمكن حتى لا تزعزع كثيرا من القوة الملزمة للعقد³، كما أن التغيرات العامة التي تطرأ على العقد تمثل ظاهرة ملموسة يمكن التحقق منها وضبطها عكس التغيرات الخاصة بالمدين⁴، بالإضافة إلى أن عدم الإعتداد بأي ظرف خاص بالمدين هو ضمان لعدم الغش من جانبه بإدعائه خلاف الواقع⁵.

إن تقدير ما إذا كان هذا الحادث عاما يرجع للسلطة التقديرية للقاضي شرط أن يكون حكمه مسبباً، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1977/03/01 على ما يلي: " .. إن البحث فيما إذا كان الحادث غير عام وبما في وسع

¹ - هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص40.

² - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص80.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص643. وليد صلاح مرسى رمضان، المرجع السابق، ص650. هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص41. سعدون ياسين، المرجع السابق، ص290.

⁴ - مروك أحمد، المرجع السابق، ص58.

⁵ - خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص154. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص433. محمد رشيد قباني، المرجع السابق، ص143.

الشخص العادي أن يتوقعه أو أنه من الحوادث العامة الطارئة الغير متوقعه هو مما يدخل في نطاق سلطة قاضي الموضوع ما دام يقوم على أسباب تؤدي إلى ما انتهى إليه¹.

يلاحظ أنّ من آثار اشتراط وصف العمومية في الظرف الطارئ، النقص الملحوظ في قلة الأحكام القضائية واجتهادات المحكمة العليا بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، مما كثرت المناداة على المطالبة بإسقاط شرط العمومية عن المادة 107 الفقرة الثالثة وترك مسألة التوسيع والتضييق في تطبيقها لسلطة القاضي التقديرية حسب ملابسات كل قضية²، خصوصا وأن مبرراته التاريخية المتمسكة بقدسية مبدأ سلطان الإدارة قد تجاوزها الزمن³.

ج: أن يكون الحادث الإستثنائي غير متوقع

اشتراط المشرع الجزائري في الظرف الطارئ أن يكون غير متوقعا بنصه صراحة في المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني على ما يلي: "حوادث... لم يكن في الوسع توقعها...".

يعتبر هذا الشرط شرطا هاما ومنطقيا في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذ من المفروض أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر التي يجب على كل متعاقد أن يضعها في حسابه⁴، فإذا كان المدين قد توقع حدوث الظرف الطارئ عند التعاقد ومع ذلك أقدم على التعاقد يكون قد ارتضى بالنتائج التي قد يسفر عنها هذا الظرف، ومن ثم لا يلوم

¹ - محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 580 لسنة 43 قضائية، الصادر بجلسة 1977/03/01، مكتب فني (سنة 28-قاعدة 110-صفحة 600)، على الرابط: www.cc.gov.eg

² - بن يحيى شارف، المرجع السابق، ص 52. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 249. خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص 77.

³ - كامل خير الله طراد، نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والقانون المقارن وأثرها على عقود التجارة الدولية، مجلة كلية التراث الجامعة، كلية الحكمة الجامعة بالعراق، العدد 17، 2015، ص 284.

⁴ - أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، المرجع السابق، ص 129.

إلا نفسه لأنه من غير المنطقي أن يسمح له بالمطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة عندما تصبح هذه النتائج حقيقة واقعة¹.

غير أن شرط عدم التوقع يغني عن كونه استثنائيا في نظر بعض الفقه، لأن الحادث الاستثنائي قد يكون متوقعا، أما الحادث الغير متوقع لابد من أن يكون استثنائيا²؛ وهو نفس ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/10/10 التي قضت بما يلي: "ولما ثبت-من مستندات القضية الحالية-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 إستثنائيا غير متوقعا، يجب الأخذ به"³.

إنّ مفاد هذا الشرط أن تكون هذه الحوادث الإستثنائية العامة التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد ليس في الوسع توقعها فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة⁴.

¹ - خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص79.

² - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص484. خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص80. -يذهب بعض الفقه إلى أن شرط الإستثنائية ما هو إلا تكرار لشرط عدم توقع الحادث بينما يرى البعض الآخر أن المشرع أشار إليه للتأكد ولإضفاء عليه نوع من الصرامة.

-TERKI Nour-Eddine, Les clauses de force majeure et de hardship dans le contrat international de longue durée, Revue Algérienne des sciences juridique et politique, université benyoucef benkhadda d'alger, volume 47, numéro 2, 2010, p12. BENCHENEB Ali, op.cit, p247

³ - قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 1993/10/10، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الأول، ص217.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص644.

يعتبر الحادث غير المتوقع ذلك الحدث الذي يتضاد مع الحسابات كلها التي أجراها أطراف العقد أثناء إبرامه، والذي يتجاوز الحدود القصوى التي كان يتوقعها¹، أما عن توقع الطرف الطارئ فهو يعد ذلك العلم الراجح أو المحتمل بأن واقعة معينة ستحدث أو أنها لن تحدث في وقت تنفيذ العقد، بحيث يكون معلوماً أن حدوث هذه الواقعة أو عدم حدوثها سيترتب عليه خلق صعوبة في تنفيذ العقد إلى حد الإرهاق².

إنّ عدم قابلية التوقع لا تعني أن الحادث لم يسبق له الوقوع، فالحروب وصدور قوانين جديدة كلها أمور وقعت ومحتمل وقوعها وهذا ليس معناه أنه يجب توقعها³، إلا أنه يجب التمييز بين الإحتمال العادي الذي يتوقعه كل متعاقد وبين الإحتمال غير العادي الذي لم يكن داخلاً في دائرة التوقع، فعدم التوقع قانوناً هو عدم احتمال حصول الحادث وقت التعاقد لعدم وجود أمارات تدل على وقوعه وإن كان من الممكن تصور حصوله⁴.

إنّ، مفهوم عدم التوقع بالنسبة للطرف أو الحادث الذي اعترض التنفيذ هو مفهوم نسبي فلا توجد حالة عدم توقع مطلق لأنها فكرة لا تقدر بذاتها وإنما بعلاقتها بالظروف الأخرى المحيطة بالعقد⁵.

¹ - TERKI Nour-Eddine, op.cit, p13.

بلخير محمد آيت عودية، المرجع السابق، ص269. دحمون حفيظ، التوازن في العقد، المرجع السابق، ص107. حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص185.

² - حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص133. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص250.

³ - يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 31، العدد 1، 2017، ص119.

⁴ - أحمد المستيري، فسخ العقد، مذكرة الماجستير المهني في تحرير العقود والخدمات القانونية، كلية الحقوق والعلوم القانونية بسوسة، جامعة سوسة، تونس، 2013/2012، ص29.

⁵ - خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص81. حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص185.

لا يكفي أن يكون المتعاقد نفسه لم يتوقع أن يطرأ الحادث الطارئ، وإنما يجب أن لا يكون بوسع الرجل العادي أن يتوقع حدوثه، فمعيار التوقع ليس معيارا شخصيا¹، وإنما العبرة في التوقع بالمعيار الموضوعي كونه أكثر إنسجاما مع نظرية الظروف الإستثنائية، بحيث هو معيار الشخص المعتاد أي بنظر الرجل العادي وليس من وجهة نظر المتعاقدين الشخصية²، وهذا يعني إذا كان بإمكان الشخص العادي توقع الحادث الإستثنائي لو وجد في ظروف المدين وقت التعاقد، فإن الحادث يعتبر حادثا متوقعا ولو أن المدين نفسه لم يتوقعه³، وهذا ما تؤكدته محكمة النقض المصري في حكمها الصادر بتاريخ 1969/11/11 التي قضت فيه بما يلي: "يشترط لإجابة المدين إذا طلب رد إلتزاماته بسبب وقوع حوادث إستثنائية عامة إلى الحد الذي يجعل تنفيذ هذا الإلتزام غير مرهق، أن تكون هذه الحوادث غير متوقعة الحصول وقت التعاقد، والمعيار في توافر هذا الشرط هو ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصولها ولو وجد في ظروف ذلك المدين وقت التعاقد، بصرف النظر عما إذا كان المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه".

ومن الأمثلة، لو أن حربا كانت وشيكة الوقوع عند إبرام العقد وكان الرجل المعتاد يتوقع إندلاعها فلا تعتبر في هذه الحالة ظرفا طارئا إذا ما اندلعت إلا بالنسبة للنتائج غير المتوقعة التي ترتبها حتى ولو كان المتعاقد ذاته لا يتوقع نشوبها⁴، كما أن التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعة بالنسبة للرجل العادي وبالتالي تقلب الأسعار في زمن الحرب ليست ظرفا طارئا⁵، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر

¹- جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 243.

²- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 399.

³- نقض جلسة 1969/11/11، مكتب فني (سنة 20-قاعدة 184-صفحة 1193)، مذكور لدى: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 239.

⁴- هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص 43.

⁵- زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 35.

بتاريخ 1951/11/08 إذ جاء فيه ما يلي: "إن قوام نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث إستثنائياً وغير متوقع الحصول وقت إنعقاد العقد، .. وأن رفع سعر اللحم لم يكن ظرفاً طارئاً غير متوقع إذ كان على كل متبصر بالأمور أن يتوقع زيادة فيه ما دامت الحرب قائمة"¹.

هذا وقد اعتبرت محكمة التمييز العراقية أيضاً أن ارتفاع مناسيب مياه الدجلة والفرات يعتبر أمراً متوقعاً في كل سنة من مواسم معينة، إلا أن فيضان عام 1954 لم يكن متوقعاً بالنسبة إلى الآثار التي خلفها هذا الفيضان، وذلك من حيث سعة الأراضي التي غمرتها مياه الفيضان وبالنسبة إلى طول المدة التي بقيت خلالها أراضي شاسعة مغمورة بالمياه حيث أن الأراضي الواقعة على الجانب الأيسر لدجلة ضلت مغمورة بالمياه لمدة ستة أشهر أما الأراضي الواقعة في الجانب الأيمن من دجلة فقد بقيت مغمورة بالمياه لمدة سنة²، وبالتالي إذا كان حدوث فيضان أمر متوقع للشخص العادي فلا يعد ظرفاً طارئاً إلا إذا كانت آثاره غير متوقعة بحيث تتجاوز كل التقديرات والتوقعات التي قُدرت حين تم إبرام العقد.

كذلك لا تعتبر الأمطار والصواعق التي تؤدي إلى إنقطاع الكهرباء حوادث إستثنائية، لأن هذه الحوادث متوقعة ويمكن لشركة الكهرباء أن تتفادى وقوعها بإقامة تجهيزات متينة من الأعمدة والأسلاك تستطيع تحمل مثل هذه الحوادث والصمود أمامها³.

إنّ البحث فيما إذا كان الحادث مما في وسع الشخص العادي أن يتوقعه أو لا يتوقعه لو وجد في نفس ظروف المتعاقد، يدخل في نطاق سلطة التقديرية لقاضي الموضوع لأنه

¹ - محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 74 لسنة 19 قضائية، الصادر بجلسة 1951/11/08، مكتب فني (سنة 3-قاعدة 5-صفحة 26)، على الرابط: www.cc.gov.eg

² - قرار محكمة التمييز المرقم 2186 و 227/حقوقية 957 بغداد في 1957/12/08: مذكور في: محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 82.

³ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 287.

يعتبر من المسائل الواقعية¹؛ ويجب على القاضي أن يضع في اعتباره عند إعماله لذلك التقدير بالإضافة إلى معيار الرجل العادي طبيعة العقد ومدته، فالعقد طويل المدة تكون دائرة التوقع فيه واسعة نسبياً خلال مدة تنفيذه كما أن احتمال حدوث الظرف الطارئ فيه أكبر من العقد قصير المدة².

إذن، معيار التوقع، معيار موضوعي قوامه معيار الرجل المعتاد بالنظر إلى الظروف والأحوال الموضوعية التي أحاطت بالعملية العقدية³، خصوصاً وأن درجة توقع الظرف الطارئ بحالة التعاقد تتأثر فيما إذا كان شخصاً أو شركة، لأن الحياة الاقتصادية أفرزت فجوة بين أفراد المجتمع بين محترف يحوز على وسائل الإنتاج تخوله وسائل إدراك ومعرفة، ومستهلك ضعيف قليل الفطنة⁴، ومثاله المقاول وما أوتي من قدرات وإمكانات فإن إمكانية توقعه للظرف الطارئ تكون محدودة بخلاف الشركة وبما تملك من إمكانات وخبرات في توقع الظرف الطارئ، وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية بالقول: "أن المدعية وهي شركة متخصصة بالتجارة على دراية بالأزمات والاختناقات التي تحصل في الموانئ"⁵؛ كما أن إطراد التقدم العلمي أصبح من الممكن توقع أمور كثيرة لم يكن بالإمكان توقعها قبلاً⁶.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 291. أحمد المستيري، المرجع السابق، ص 30.

-قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها على ما يلي: "أن البحث فيما إذا كان الحادث الطارئ هو مما في وسع الشخص العادي توقعه أو أنه من الحوادث الطارئة هو مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع طالما أقام قضاؤه على أسباب مؤدية إلى ما انتهت إليه". الطعن رقم 11112 لسنة 79 قضائية، الصادر بجلسة 2018/02/26، على الرابط:

www.cc.gov.eg

² - هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص 44.

³ - مروك أحمد، المرجع السابق، ص 61. سعدون ياسين، المرجع السابق، ص 287.

⁴ - دحمون حفيظ، التوازن في العقد، المرجع السابق، ص 108. سعدون ياسين، المرجع السابق، ص 287.

⁵ - قرار رقم 137/، استثنائية 85/84 المؤرخ في 1986/02/09، مشار إليه في: عمار محسن كزار، المرجع السابق، ص 94.

⁶ - محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 71.

يعد التاريخ المعتد به لتقدير شرط عدم التوقع هو تاريخ إبرام العقد¹، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الذي جاء فيه ما يلي: "أن قوام نظرية الظروف الطارئة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو أن يكون الحادث استثنائياً وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد"².

تجدر الإشارة إلى أنه يتفرع عن الحادث الذي لا يمكن توقعه هو أن يكون أيضاً مما لا يمكن دفعه أو التقليل من آثاره، لأن الظرف الذي في الإمكان دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقفاً أو غير متوقع³؛ فإذا كان بإمكان المتعاقد أن يتفادى الحادث ويتوقى آثاره، لا يكون الأمر ظرفاً طارئاً ولا تطبق النظرية للاستفادة من حمايتها، لأن المدين هنا يكون مقصراً، ولا يستطيع أن يحمل دائنه نتائج تقصيره⁴، ومثال ذلك، أن يتعهد شخص بنقل بضائع كان ينوي نقلها عن طريق بلد تباشير الحرب واضحة فيه، فيتعذر عليه ذلك لاندلاع الحرب، ولكنه كان يستطيع نقلها بسلوك طريق آخر ولا يحمله إلا نفقات معقولة، فلا يعتد بوقوع الحرب كظرف طارئ لأنه بإمكانه دفع آثارها.

ومثاله أيضاً، إذا كان باستطاعة المتعاقد صد مياه الفيضان عن مزروعاته بجهد معقول، أو التقليل من آثار الفيضان، ولكنه لم يفعل، فهنا لا يسمح له بالمطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة⁵.

1- أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، المرجع السابق، ص133.

2- محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 1297 لسنة 56 قضائية، الصادر بجلسة 1990/11/29، مكتب فني (سنة 41-قاعدة 305-صفحة 833)، على الرابط: www.cc.gov.eg

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص644.

4- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص549. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص147.

5- هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص44.

إنّ تقدير شرط عدم دفع الظرف الطارئ من عدمه، يعتبر من المسائل التي يستقل بها قاضي الموضوع قياساً على شرط عدم التوقع وذلك باعتماد المعيار الموضوعي قوامه الرجل المعتاد وليس المعيار الشخصي القائم على ذات المتعاقد¹.

3: أن يجعل الحادث الإستثنائي تنفيذ الإلتزام مرهقا

يعتبر شرط الإرهاق من أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، بسبب أنها شُرِّعت في الأصل من أجل رفع الإرهاق وإزالة الضرر الفاحش الذي يلحق بالمدين، وهو الشرط الوحيد من بين الشروط المطلوبة الذي ينتج عن العقد ذاته أما الشروط الأخرى فخارجة عن نطاق العقد.

يُشترط في الظرف الذي يراد الإستناد إليه لتعديل العقد أن يجعل التزام المدين مرهقا دون أن يصل الأمر إلى حد إستحالة تنفيذه إذ لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة متى أصبح الإلتزام مستحيلا²؛ ولقد اشترطه المشرع الجزائري صراحة لأنه يعد من أهم الشروط التي يجب الاعتماد عليها للحكم بأن هناك اختلالاً في التوازن الاقتصادي في العقد ومن ثم تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على الواقعة³.

تفرض هذه النظرية أن الظرف الطارئ يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي⁴، أي أن الظروف الإقتصادية التي كان التوازن العقدي يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت عندما دخل

¹ - خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص82. أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، المرجع السابق، ص134.

² - تنص المادة 307 من القانون المدني على ما يلي: "ينقضي الإلتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه ليس أجنبي عن إرادته".

³ - المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني على ما يلي: "... وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة..".

⁴ - دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص119.

العقد مرحلة التنفيذ بسبب أن الحادث الاستثنائي ترتب عنه إرهاب للمدين في تنفيذ إلتزامه العقدي.

إنّ الإلتزام المرهق هو ذلك الإلتزام يمكن تنفيذه إلا أنه ينجم عنه خسائر كبيرة¹، والإرهاب هو الذي ينقل نظرية الظروف الطارئة من الميدان النظري إلى ميدان التطبيق العملي، وهو أول ما يهتم القاضي بدراسته والتحقق من توفره²، لأنه مهما تبلغ درجة خطورة الحوادث الاستثنائية وعدم توقعها، إلا أنها تكون عديمة الأثر على العقد إذا لم تُحدث إرهاب في تنفيذ أحد الإلتزامات الناشئة عن العقد³؛ وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/10/24 الذي نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 1996/11/10 القاضي بإلزام مؤسسة ترقية السكن العائلي بتسليم السكن محل النزاع للمدعي (س.ع.ق) مع إلزام هذا الأخير بأن يدفع للمدعي عليها مبلغ مالي في حدود نسبة 10 بالمئة من السعر الإجمالي للسكن محل النزاع المحدد بإتفاقية البيع المؤرخة في 1990/06/04، حيث جاء فيه أن: "قضاة الموضوع لما أقروا زيادة نسبة 10 بالمئة من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد، طبقا لأحكام المادة 107 من القانون المدني، إذا ما طرأت ظروف استثنائية، ذات طابع عام وغير متوقع من شأنها أن تجعل إلتزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونوا قد أخطأوا في تطبيق المادة 107 السالفة الذكر"⁴.

إجابة على تساؤل الذي يثار عن الكيفية التي يستتق بها للقاضي تقدير ما إذا كان تنفيذ إلتزام المدين مرهقا بحيث يطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة على إثره، نجد أن

¹ - خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص154.

² - هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص46.

³ - زمام جمعة، المرجع السابق، ص397.

⁴ - قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، الصادر بتاريخ 1999/10/24، المجلة القضائية لسنة 1999، العدد الثاني، ص95.

محكمة النقض المصرية ذهبت إلى أنّ تقدير مدى الإرهاب الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، ومناطق هذا الإرهاب الاعتبارية الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا الظروف المتعلقة بشخص المدين¹.

كما يتجه غالبية الفقه إلى أن معيار تقدير الإرهاب في تنفيذ الالتزام معيار موضوعي مرن، والذي لا ينظر فيه إلى شخص المدين وظروفه الخاصة، وإنما ينظر إلى الصفقة التي أبرمها المدين، فيتحقق الإرهاب المهدد بالخسارة الفادحة إذا كان الفرق كبيرا بين قيمة الالتزام المحدد في العقد، وقيمة العقد الفعلية عند التنفيذ، ولو كان المدين يملك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء، أي لا ينظر في الإرهاب المهدد بالخسارة إلا إلى الصفقة التي أبرمت ولا ينظر إلى مجموع ثروة المدين².

فمثلا لو أن شركة التزمت بإدارة المدينة بالكهرباء مقابل بدل تتقاضاه من الجمهور، ثم طرأ حادث إستثنائي عام وغير متوقع أدى إلى ارتفاع باهظ في التكلفة، فترتب على عاتق الشركة إلتزام مرهق لارتفاع التكاليف يهددها بخسارة فادحة بالنظر إلى قيمة الصفقة التي أبرمت، كان للشركة أن تطلب رد إلتزامها إلى الحد المعقول حتى ولو كانت فاحشة الثراء، وتستطيع الاستمرار في تنفيذ التزاماتها دون تخفيف³؛ أو شركة التزمت بتوريد كمية من الحديد وكان لديها مخزون من هذه المادة دون أن تتوقع ارتفاع السعر ودون أن تكون هناك

¹ - نقض جلسة 1968/02/12، مكتب فني (السنة 19-صفحة 1521)، مذكور في: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 239.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 645. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 485.486. حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 135. درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 261.

³ - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 552.

صلة بين التخزين وعقد التوريد، ثم ارتفعت الأسعار إلى الأضعاف، أمكنها أن تتمسك بهذه النظرية لأنها توافرت في الصفقة في ذاتها لا في ظروف المدين وشخصه¹.

ومثاله أيضا، ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1963/03/31 الذي جاء فيه ما يلي: "يجب أن ينظر عند تقدير الإرهاق الذي ترتب على الحادث الطارئ إلى الصفقة التي أبرم في شأنها العقد مثار النزاع، ومن ثم لتقرير ما إذا كان قد ترتب على قانون الإصلاح الزراعي إرهاب المدين بالمعنى الذي تتطلبه نظرية الظروف الطارئة، يتعين على المحكمة أن تبحث عن أثر هذا القانون على الصفقة محل التعاقد، وتبين ما إذا كان قد طرأ انخفاض في ثمن الأطنان المباعة نتيجة صدور ذلك القانون أو لم يطرأ، ومدى ما سببه ذلك الانخفاض -في حالة حصوله- من إرهاب للمدين، إذ يشترط في الإرهاب الذي يبرر تطبيق حكم الظروف الطارئة أن يصل إلى حد تهديد المدين بخسارة فادحة، مما ينتج عنه أن الخسارة المألوفة لا تكفي للإفادة من هذا الحكم"².

إنّ مقدار الإرهاب الذي يبرر تطبيق نظرية الظروف الطارئة إكتفى المشرع في المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني، بوصفه بالخسارة الفادحة، أي الخسارة الزائدة الغير المألوفة، لأن الخسارة العادية أو المألوفة تكون غير مرهقة ويتحملها المدين لأن المعاملات لا تخلو من مكسب وخسارة³؛ غير أنه إذا كانت الخسارة فادحة وغير مألوفة بحيث تتجاوز الخسارة العادية على نحو تخل معه اقتصاديات العقد اختلالا جسيما استدعى الأمر تدخل القاضي لتقدير مدى فداحتها وهو يتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة حسب الظروف المحيطة بالعقد⁴، لأن هذا المعيار مرن يتغير بتغير الظروف وليس له مقدار ثابت،

¹ محمد علي البدوي الأزهرى، الجزء الأول، المرجع السابق، ص203.

² نقض جلسة 1963/03/21 س13 مج فني مدني ص347، مذكور في: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص238.

³ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص147. حامق ذهبية، المرجع السابق، ص99.

⁴ عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص162. علي فيلالي، المرجع السابق، ص401.

فقد يختلف من ظرف لآخر ومن مدين لآخر، فما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة، لا يكون كذلك بالنسبة لمدين آخر¹.

إنّ النظر إلى المعيار الموضوعي المتخذ لتحديد الإرهاق، وإختلاف العقود التي تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة، وإلى الخسارة في كل التزام التي تتأثر بعوامل قد لا يتأثر بها التزام آخر، فإنّه يكون المقصود بالخسارة الفادحة هو كل ما يمس كيان العقد الإقتصادي ويزعزع أركانه بحيث يصبح احترام العقد وتنفيذه ضربا من الجور لا يطاق احتمالاه²؛ أي يكون تقديره معتمدا على معيار وصفي لا عددي³.

تجدر الإشارة إلى أن المدين إذا نفذ التزامه بالكامل قبل المطالبة القضائية بتعديل العقد، فإن تنفيذ الإلتزام في هذه الحالة يعتبر قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، بأن أن الإلتزام المدين صار غير مرهق له⁴.

ثانيا: ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة

إذا تأكد القاضي من توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة السالفة، فإنه يجوز له إعمال سلطته بالتدخل في مضمون العقد من خلال رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك لإعادة التوازن الإقتصادي للعقد لما يحققه من عدالة وضمنان لسير تنفيذه، إلا أن سلطته هذه ليست مطلقة لأنها تخرج عن دائرة اختصاص وظيفته التفسيرية، فقيدت ببعض

¹ - محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص73.

² - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص293.

³ - درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص261.

⁴ - دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون، مجلة علمية محكمة تعنى بالبحوث والدراسات القانوني، معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد زبانة بغيلزان، المجلد 05، العدد 01، جوان 2016، ص142.

الضوابط لا بد على القاضي الإلتزام بمراجعتها من أجل تحقيق مصلحة طرفي العقد والإبتعاد عن أي ظلم قد يلحق بهما.

تتمثل الضوابط التي تحكم سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، والواجب عليه احترامها ومراجعتها في مراعاة الظروف المحيطة بالقضية (1)، الموازنة بين مصلحة طرفي العقد (2)، الإتجاه إلى رد الإلتزام إلى الحد المعقول (3) بإحدى الوسائل التي يراها مناسبة.

1: مراعاة القاضي الظروف المحيطة بالقضية

إنّ عبارة "... تبعا للظروف..." الواردة في نص المادة 107 الفقرة الثالثة لم توجد عبثا، بل قصد منها المشرع تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدود المعقولة وما تكون عليه ظروف القضية، وذلك بتوجيهه للإعتناء بالظروف المحيطة بالتعاقد من أجل أن يُحسِنَ إختيار الوسيلة الملائمة لإزالة الإرهاق¹.

تختلف نظرية الظروف الطارئة من عقد إلى آخر، ومن قضية إلى أخرى، فكل قضية تحيط بها ظروف خاصة تميزها عن غيرها، وبالتالي يجب على القاضي أن لا يهمل أي ظرف محيط بالقضية، سواء قبل إبرام العقد أو بعده².

يُقصد بمراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية، أن لا ينظر القاضي إلى الإلتزام المرهق مجرداً، وإنما يراعي الظروف المحيطة بالجو العام التي تنفذ فيها الإلتزامات التعاقدية، والبحث في مدى أثرها على إلتزام المتعاقدين فيما إذا كانت ذات تأثير مستمر أو مؤقت، إذا كان المدين مخطئاً أو مقصراً، بحيث يتماشى القاضي مع الظروف المحيطة بنوع من

¹ - بولحية جميلة، المرجع السابق، ص 138. خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 105.

² - خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص 135.

المرونة وذلك من أجل الوصول إلى الحل المناسب¹؛ ومثال ذلك أنه لا يستطيع القاضي أن يقضي بتعديل المضمون المادي للإلتزام إذا ما تبين له من الظروف المحيطة أن الحادثة الإستثنائية كانت وقتية يقدر زوالها في وقت قصير².

إنّ الغاية من إشتراط هذا الضابط هو إهتداء القاضي للحل الصائب بأن يتدخل في العقد بالحل الأمثل سواء كان بالإنقاص أو الزيادة أو وقف التنفيذ، وذلك لاختلاف ظروف كل قضية وملايساتها³.

2: موازنة القاضي بين مصلحة طرفي العقد

يعد ضابط الموازنة بين مصلحة الطرفين من الضوابط القانونية التي يجب أن يلتزم بها القاضي أثناء رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول لأن نظرية الظروف الطارئة لا تهدف إلى رفع الإرهاق كلية عن المدين.

يُقصد بالموازنة بين مصلحة طرفي العقد، إجراء القاضي مقارنة بين مصلحة كل من المتعاقدين، وما تسفر عنه هذه المقارنة يقع اختيار الحل الأنسب⁴، فمصلحة المدين تقتضي الأخذ بيده لرفع الإرهاق عنه والتي أوقعته فيها الظروف الإستثنائية التي طرأت على العقد، وتقتضي مصلحة الدائن في تنفيذ المدين لإلتزامه في الموعد المحدد ووفق ما تم الإتفاق عليه والذي يمثل الخسارة الفادحة للمدين⁵.

إنّ القاضي أمام تعارض وتضارب مصالح المتعاقدين عليه مراعاة مصلحة الطرفين والموازنة بينهما في خضم الظروف الاستثنائية الجديدة بالنظر إلى الظروف السابقة التي نشأ

¹ عزت صلاح عبد العزيز، المرجع السابق، ص 275.

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 254.

³ صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص 111.

⁴ خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص 137.

⁵ مروك أحمد، المرجع السابق، ص 68.

فيها العقد¹، وكذلك بصرف النظر إلى المستقبل الذي تكتنفه احتمالات عدة كاحتمال زوال الطرف، وهذا من أجل أن يصل إلى حل يمنع ظلم أي طرف تطبيقاً للعدالة.

قيام القاضي بالموازنة ليست مسألة هينة فهي أمر نسبي يختلف من حالة إلى أخرى بحيث لا بد أن ينظر إليها بنظرة موضوعية تتجرد من تأثيره بالحالة الشخصية للدائن أو المدين².

3: رد الإلتزام إلى الحد المعقول

طبقاً لنظرية الظروف الطارئة فإن إلتزام المدين لا ينقضي، لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، بل يتوجب تخفيفه إلى حد معقول لذلك يعد مبدأ رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول الغاية من تطبيق النظرية؛ ثم إن هدف القاضي الأول هو الإبقاء على العقد لتحقيق الأهداف التي أبرم من أجلها وإقامة التوازن الاقتصادي المختل للعقد، فيقع على عاتقه مهمة التصدي للإلتزام المرهق وإخضاعه للمعيار الموضوعي إذا ما ثبت للقاضي توافر الشروط القانونية للطرف الطارئ وبعد موازنته بين مصلحة الطرفين ومراعاته للظروف المحيطة.

يقصد برد الإلتزام إلى الحد المعقول، أن يشرك القاضي طرفاً العقد معاً في الخسارة التي لحقت المدين بسبب الطرف الطارئ، وهذا لا يعني بالضرورة إعادة التناسب الذي كان موجوداً حين التعاقد ولا إزالة الإرهاق كله، بل المقصود هو إزالة الإرهاق في الجزء الغير العادي منه، حتى ولو ظل المدين محملاً بقدر من الخسائر المعقولة لا الفادحة³؛ وهذا ما ذهب إليه محكمة التمييز في أحد أحكامها الذي جاء فيه ما يلي: "... إن للقاضي سلطة تعديل العقد برد الإلتزام الذي صار مرهقاً إلى الحد المعقول، وهو حين يختار -في حدود

¹ - جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 245.

² - عزت صلاح عبد العزيز، المرجع السابق، ص 277. ص 278.

³ - عزت صلاح عبد العزيز، المرجع السابق، ص 116.

سلطته التقديرية- الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه، لا يرفع كل خسارة على عن عاتق المدين، ويجعلها على الدائن وحده، لكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين، ويصل بها إلى الحد المعقول بتحمل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين، وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما¹.

يرتبط هذا الضابط بضابط الموازنة، لأن القاضي لا يرفع الإرهاق كله ويرميه على عاتق الدائن فهذا ليس من العدل، بل ينبغي أن يتوخى الدقة في توزيع العبء الطارئ أو الخسارة الفادحة بين المتعاقدين وأن يجري موازنة بينهما بحيث يرفع الإرهاق في الجزء الغير المألوف منه²، ويقوم المساواة المفترض ديمومتها بين الطرفين في جميع المراحل مهما تباينت الظروف واختلفت الأحوال³.

إنّ المشرع لم يقيد القاضي بقاعدة حسابية، لأنه أراد أن يكون التوزيع الذي يقوم به القاضي إنسانياً محضاً يستهدي فيه بظروف القضايا ومصلحة الأطراف⁴؛ وهو في سبيله لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول لا يوزع الزيادة على الطرفين هكذا وإنما الجزء المألوف من الخسارة أو الإرهاق يحمله للمدين وحده بحكم العرف وما علا على ذلك يوزعه مناصفة⁵.

يتعين على القاضي أن يتقيد بضابط المعقولة وأن يتوخى الحذر والدقة في توزيع العبء بين المتعاقدين، فإذا إتجه إلى الإنقاص فينقصه إلى حد المعقول الذي يجعل الإلتزام غير مرهق للمدين حتى ولو يحمله خسارة مألوفة، أما إذا إتجه إلى الزيادة فعليه أن لا يبالغ

¹ - محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 532 لسنة 35 قضائية، الصادر بجلسة 1970/05/05، مكتب فني(سنة21-قاعدة128-صفحة787)، على الرابط: www.cc.gov.eg

² - بولحية جميلة، المرجع السابق، ص138.

³ - صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص113.

⁴ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص297.

⁵ - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص560.

فيها بحيث تزيل كل أثر للإرهاق، فعلى القاضي دراسة القضية من كل جوانبها وتحديد وسيلة رفع الإرهاق بما يتناسب مع ظروف القضية.

إنّ إلتزام القاضي بضابط رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، لا يكون إلا بالنسبة للحاضر ولا شأن له بالمستقبل¹؛ فمثلا إذا كان الإلتزام مقسما، فلا يكون رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى القسط أو الأقساط التي تؤكد أن إلتزام المدين بها صار مرهقا ومهددا له بخسارة فادحة بسبب الظروف الطارئة، ولا مجال لإعمال النظرية على الأقساط المستقبلية التي يحتمل زوال أثر الظرف الطارئ عند استحقاقها؛ وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1973/12/23 الذي جاء فيه ما يلي: "... أن القاضي لا يُعمل الجزاء إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التي يثبت له أن أداء المشتري لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة، أما باقي الأقساط المستقبلية، فإن القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا بزوال أثر ذلك الحادث عند استحقاقها"².

كما أنّ لجوء القاضي لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، مشروط بالألا يتسبب في الإضرار بالدائن، وهذا الأمر يقدره القاضي وفقا لمجريات الدعوى أمامه³.

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص298. هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص64.

² - نقض جلسة 1973/12/23، مج فني مدني (السنة24-صفحة799)، مذكور في: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص241.

³ - سعدون ياسين، المرجع السابق، ص364.

المطلب الثاني: وسائل تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

إنّ ضرورة الإبقاء على العقد لتحقيق الأهداف التي أبرم من أجلها وضرورة إقامة التوازن الذي يؤمن للعقد الوظيفة الاجتماعية له، تقتضي منح القاضي سلطة تقديرية واسعة تمكنه من معالجة التوازن الاقتصادي والعقدي المختل وإعادة النظر في بعض شروط العقد.

ولاشك أن منح القاضي هذه السلطة التقديرية الواسعة هو أمر خطير في حد ذاته، لا يبيحه المشرع إلا في حالات يبدو فيها العقد مخالفا للعدل مخالفة صارخة تقتضي التدخل لمعالجة التوازن المختل.

بالرجوع إلى القانون الجزائري، نجد أن القاضي بعد تحققه من توافر شروط نظرية الظروف الطارئة فإنه يجوز له مراجعة العقد بأن يستخدم سلطته التقديرية في إختيار الوسيلة الملائمة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك بعد أن يراعي الظروف المحيطة بالقضية ومصصلحة الطرفين، كما نص على ذلك المشرع في المادة 3/107 من القانون المدني التي نص فيها على أنه: "...جواز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول..."، فمصطلح "يرد" أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة ووسائل قانونية أكثر ملائمة لطبيعة القضايا المطروحة أمامه؛ وهذا يمثل ضمانا كبيرة لتحقيق العدالة وتتفق مع الأساس الذي تقوم عليه النظرية¹.

¹ - لقد وقع المشرع الجزائري في نوع من التناقض بين مصطلحات المادة 3/107 من القانون المدني في الصياغة العربية والفرنسية، حيث إستعمل في الأولى مصطلح "يرد" أما في الثانية إستعمل مصطلح "Réduire" والتي تعني "إنقاص"، فكلمة إنقاص تحد من سلطة القاضي في تعديل العقد لكونها حصرت تدخل أو رد الإلتزام المرهق في الإنقاص، وبالتالي إذا أُخذ بمعنى الإنقاص فقط فإنه لا يكون الوسيلة المناسبة لإعادة التوازن إلى العقد المختل أما كلمة يرد فتمثل ضمانا كبيرة لتحقيق العدالة إذ تتسجم تماما مع ما هو مقصود من نظرية الظروف الطارئة". عبد الحميد شنيطي، المرجع السابق، ص62.

من بين الوسائل المتاحة للقاضي في سبيل إعادة التوازن العقدي، هي إما أن ينقص في الإلتزام المرهق أو زيادة الإلتزام المقابل (الفرع الأول)، أو يوقف تنفيذ العقد لحين زوال الظرف الطارئ وإما يقضي بفسخ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الإلتزام المرهق بالإنقاص والزيادة

لم يحدد المشرع للقاضي طريقة معينة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، وترك له سلطة واسعة في اختيار الطريقة التي يراها مناسبة لإزالة الظلم وتحقيق ذلك الغرض وفقا لظروف القضية وما تقتضيه العدالة وحسن النية بأن لا يسبب ضررا للدائن؛ فالقاضي قد يرى أنّ الوسيلة التي تزيل الضرر الذي أرهق الطرف المتعاقد وتحقق العدالة وتعيد إلى العقد التوازن الذي إختل بسبب الظروف الطارئة تكون إما بإنقاص الإلتزام المرهق (أولا) أو بالزيادة في الإلتزام المقابل (ثانيا).

أولا: سلطة القاضي في إنقاص الإلتزام المرهق

يعد الإنقاص من مقدار الإلتزام المرهق هو الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين، فقد يرى القاضي أن رفع الإلتزام المرهق عن كاهل المدين يكون بإنقاص الإلتزام المرهق سواء كان العقد ملزما لجانب واحد أو ملزم لجانبين، ولا يكون المدين ملزما إلا بالإلتزام الذي حدده القاضي¹.

والغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليل من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين دون المساس بالخسارة المألوفة، أي يستبقي القاضي الخسارة المألوفة مع توزيع مقدار الخسارة الفادحة على المتعاقدين²، ويكون ذلك بإنقاص حجم إلتزام المدين المرهق إلى الحد

¹ - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 167. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 403.

² - خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: الجزء الأول، المرجع السابق، ص 113.

المعقول إما إنقاصاً من ناحية الكم (1)، أو إنقاصاً من ناحية الكيف (2)، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

1: إنقاص الإلتزام المرهق من حيث الكم

قد يرى القاضي أن الوسيلة التي تعيد التوازن للعقد تتمثل في إنقاص إلتزام المدين من ناحية الكم، ومثال ذلك أن تتعهد شركة السكر بتوريد كمية منه لمصنع الحلوى، ولحدوث ظروف طارئة يكون توريد هذه الكمية مرهقا، فينقص القاضي من هذه الكمية بالمقدار الذي يَرُدُّ إلتزام الشركة إلى الحد المعقول، وفي هذه الحالة تلتزم الشركة بتوريد الكمية التي حددها القاضي فقط¹.

لا ينصب الإنقاص على كميات وعدد الأشياء، بل ينصب الإنقاص أيضا على قيم الأشياء، فإذا أدت الظروف الطارئة إلى انخفاض أسعار السلع مما يؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة وإرهاق في تنفيذ عقود البيع مثلا، فيجوز للقاضي في هذه الحالة أن ينقص الثمن المتفق عليه بما يزيل الإرهاق أو يخفف منه بالنسبة للمشتري، أي أنه إذا كان الإلتزام المرهق هو ثمن المبيع جاز للقاضي إنقاصه أو تقسيطه، أو حتى إنقاص فوائده وإسقاطها².

2: إنقاص الإلتزام المرهق من حيث الكيف

قد يقوم القاضي بإنقاص إلتزام المدين المرهق من ناحية الكيف، ومن أمثلة ذلك، أن يتعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة بمواصفات متفق عليها، ثم تطرأ حوادث إستثنائية تجعل الحصول على تلك السلعة أمر غير ممكن للمتعهد إما بسبب غلاء سعرها، أو بسبب فقدانها، فيصبح الإلتزام مرهقا للمدين -المتعهد- فيجوز للقاضي تعديل الإلتزام

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص309.

² - درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص265. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص262. خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص156.

وذلك بالترخيص له بالوفاء بنفس الكمية المتفق عليها ولكن من سلعة أقل جودة منها يكون من الميسور الحصول عليها دون إرهاب¹.

يعارض جانب من الفقه الإنقاص من حيث الكيف، لتنافيه مع مبدأ القوة الملزمة للعقد لأنه يعد إعفاءً للمدين من إلتزامه، متحججا في ذلك بأنه وإن كانت سلطة القاضي واسعة وله اختيار الوسيلة الأنسب، إلا أنه ليس له أن يتلاعب بمحل الإلتزام ويغير جوهره بتغيير ما اتفق عليه الطرفان، كما أن هذا التغيير لا ينصب في مصلحة الدائن لأن التعاقد انصب على سلعة مقصودة بذاتها وليس على صنف ونوعية أقل²، وهذا هو الأصل في العلاقة التعاقدية إذ لا يكون الوفاء إلا بالشيء المستحق ولا يمكن جبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى طبقا لمقتضيات المادة 276 من القانون المدني.

إلا أن هناك جانب آخر من الفقه ذهب إلى السماح للقاضي بالإنقاص من حيث الكيف مادام فيه رفع للإرهاب الواقع على المدين، حيث أن وفرة الصنف الأقل جودة سيفي بتنفيذ الإلتزام وفي الوقت المحدد في العقد دون إرهاب للمدين، كما أنه يعبر عن حسن نية هذا الأخير في الوفاء بإلتزامه، ورداً على عدم جبر الدائن بقبول شيء آخر يكون في الحالة العادية وليس في الظروف الإستثنائية خصوصا وأن الوفاء بالإلتزام بجودة أقل أفضل من فسخ العقد³.

¹ - هزرشي عبد الرحمن، أثر العذر والحوادث على الإلتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية: تخصص قانون وشريعة، كلية العلوم الإسلامية بالخروبة الجزائر، 2006/2005، ص85.

² - محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي -دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص443. مارك أحمد، المرجع السابق، ص72. ص73.

³ - درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص265. ص266.

من خلال ما سبق، يمكن القول أن سلطة القاضي تقف عند حدود رد الالتزام المرهق عن طريق إنقاظه إلى الحد المعقول من حيث الكم دون المساس بطبيعة الالتزام ذاته من حيث كيف طبقا لمقتضيات المادة 276 من القانون المدني، وخصوصا أننا نجد أن المشرع أخذ في المادة 481 من نفس القانون بوسيلة الإنقاص في الأجرة كأداة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذا كانت العين المؤجرة قد هلكت جزئيا أو أصبحت لا تصلح للإنقاع الذي أجرت من أجله أو نقص الانتفاع نقصا كبيرا، فقد يحدث الهلاك أو النقص في الانتفاع بسبب ظرف طارئ وبالتالي للقاضي هنا سلطة الإنقاص في الأجرة، هذا من جهة؛ إلا أنه من جهة أخرى، نص المادة 107 الفقرة الثالثة من نفس القانون تركت للقاضي السلطة المطلقة في تحديد وسيلة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ولم تقيد بوسيلة معينة دون الأخرى، فيمكن للقاضي أن ينقص الالتزام المرهق من حيث كيف خصوصا إذا بنى حكمه على أسباب تتجه إلى تحقيق العدالة والتوازن العقدي في ظل هذه الظروف الاستثنائية وكان هذا الإنقاص هو الحل الأمثل الذي لن يسبب ضررا للدائن بعد النظر للظروف المحيطة وموازنة مصلحة كل من الطرفين.

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الإلتزام المقابل

قد يرى القاضي أن الإنقاص لا يرفع الإرهاق ولا يرده إلى الحد المعقول، فيلجأ إلى تعديل العقد بوسيلة أخرى هي زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق بما يخفف من الخسارة التي يتعرض لها المدين دون أن يزيلها تماما، وهذا بالنسبة للعقود الملزمة لجانبين، فيتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقعة، ويتحمل المدين الباقي من الزيادة غير المتوقعة مع

الزيادة المألوفة المتوقعة أي ينفذ المدين التزامه العقدي الذي لا يهدده بخسارة غير مألوفة، والدائن غير مجبر بقبول التعديل وإنما له الخيار بين قبول الزيادة أو طلب فسخ العقد¹.

أما بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد فإن وسيلة رفع الإرهاق لا تكون إلا بإنقاص الإلتزام أو بوقف تنفيذ العقد، دون إمكانية زيادة الإلتزام المقابل لأنه ليس ثمة أداء مقابل في الأصل².

ومثال التعديل بالزيادة، إذا تعهد شخص بتوريد قمح بسعر معين، ثم ارتفع السعر بسبب حادث طارئ، ففي هذه الحالة يرفع القاضي السعر المتفق عليه في العقد، ويراعي في ذلك عدم الإعتداد بالزيادة المألوفة، أي أنه يرفع الأسعار في الحدود التي لا تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا بالنسبة للمدين؛ 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 إختار الفسخ كان ذلك محققا لمصلحة المدين، إذ يزول عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ³.

يلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد أورد نصا خاصا بتعديل العقد بالزيادة كحل استثنائي وذلك عند حديثه عن تعديل عقد المقاولة بزيادة أجرة المقاول بنصه في المادة 561 الفقرة الثالثة من القانون المدني على أنه: "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتراعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو

¹ عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، الطبعة الرابعة، الأردن، 2012، ص130. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص120.

² بولحية جميلة، المرجع السابق، ص137. زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، المرجع السابق، ص38. بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص94.

³ حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص137.

بفسخ العقد؛ وهذا ما جعل البعض يذهب إلى أنّ المادة 3/561 تعد تطبيقاً من تطبيقات أعمال نظرية الظروف الطارئة، وأنّ تفسير لفظ "يرد" الذي استعمله المشرع أراد به التوسع في السلطة التقديرية للقاضي للبحث عما يجده مناسباً لرفع الإرهاق عن المدين بالقدر الذي يجنبه الخسارة الفادحة وليس كلية، وما يدل على ذلك أن المشرع قد جاء بهذا اللفظ عوضاً عن الإنقاص¹.

في الأخير، تجدر الإشارة إلى أنه في كلتا الحالتين إذا تدخل القاضي بالإنقاص أو الزيادة، فإن القاضي يرد الالتزام إلى الحد المعقول بالنسبة للحاضر فقط، ولا شأن له بالمستقبل، فإذا زال أثر الحادث الطارئ قبل إنتهاء مدة العقد، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان في الأصل وقت إبرام العقد وقبل حدوث الظرف الطارئ، ويكون المدين ملزم بأداء كل ما عليه طبقاً لما كان متفق عليه، وليس بحسب التعديل الذي قضى به القاضي².

كما أنه لا يوجد مانع قانوني يمنع القاضي من الجمع بين الوسيلتين فيستطيع بذلك أن يجمع بين هاتين الوسيلتين في وقت واحد، فيزيد من التزام الدائن وينقص من التزام

¹- درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص268.

-يشك البعض الآخر في صحة تفسير لفظ "رد" الوارد في المادة 3/107 من القانون المدني بأنها تشمل جميع الوسائل، غير صائب؛ لأن المادة لا تشير إلى إلتزام الدائن وإنما تشير فقط إلى إلتزام المدين، وأن مصطلح *réduire* الوارد في صياغة المادة بالفرنسية يؤكد معنى الإنقاص لا زيادة الإلتزام المقابل، ولو أراد المشرع النص على وسيلة الزيادة لعبر عنه صراحة كما عبر عنه في المادة 561 من نفس القانون؛ كما يُحتج بأن تطبيقات نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي اقترحت حل الزيادة فقط في حالة تغير قيم النقود الذي يلزم التصالح بين طرفي العقد وتوزيع عبء الخسارة عليهما لإعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين؛ وبالتالي زيادة الإلتزام المقابل ليس هو الحل المستقر عليه وإنما يؤخذ به في هذه الحالة، وعليه فإن المشرع لم يرد زيادة إلتزام الدائن كحل يطبق في حالة توافر شروط نظرية الظروف الطارئة، وإنما قد يأخذ به كحل استثنائي كما هو الحال في عقد المقاولة. حامق ذهبية، المرجع السابق، ص103. وليد صلاح مرسى رمضان، المرجع السابق، ص618.

²- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: الجزء الأول، المرجع السابق، ص113. محمد رشيد قباني، المرجع السابق، ص146. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص149.

المدين¹، طالما أن للقاضي مطلق الحرية والسلطة في اختيار الوسيلة المناسبة لرفع الإرهاق ورده إلى الحد المعقول وهو في ذلك لا يخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من مسائل الواقع².

الفرع الثاني: سلطة القاضي في وقف تنفيذ الإلتزام وإمكانية فسخ العقد

إنّ الجزء الذي جعله المشرع لنظرية الظروف الطارئة -رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول- هو جزء مرن يبسر على القاضي أن يعالج كل حالة بحسب ظروفها، لكن قد يقدر القاضي عدم إنقاص الإلتزام ولا الزيادة في الإلتزام المقابل، ويرى أنه من الأحسن وقف تنفيذ العقد إذا ظهر له أن الطرف الطارئ وقتي يقدر له الزوال في المستقبل القريب وبالتالي يزول أثره المرهق على إلتزام المدين (أولاً)، وقد يقدر القاضي فسخ العقد في حالات معينة (ثانياً)؛ وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولاً: سلطة القاضي في وقف تنفيذ الإلتزام

إنّ القاضي له الحق في أن يختار الحلول أكثر اتفاقاً مع العقل والعدل، دون أن يتقيد في هذا الشأن بإرادة الأطراف، فالقاضي عندما يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول فإنه يستند في سلطته على أسس ومعايير العدالة، فينظر في الأمر كمسألة موضوعية وليست شخصية³.

قد يلجأ القاضي إلى مكنة وقف تنفيذ الإلتزام إذا ارتأى أنّ آثار الحادث الاستثنائي وقتية يقدر لها الزوال بعد فترة قصيرة، وأنّ الأمر لا يستدعي تعديلاً وإنما تأجيلاً في التنفيذ،

¹ محمد علي البدوي الأزهرى، الجزء الأول، المرجع السابق، ص204. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص488.

² حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص144.

³ دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص150.

فيقضي بوقف تنفيذ العقد فترة من الزمن حتى يزول أثر الظرف الطارئ، وكل ذلك شريطة عدم الإضرار بالدائن¹.

ومثاله، أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى في وقت محدد، وترتفع أسعار مواد البناء إرتفاعا باهظا بسبب حادث طارئ، فإذا قدر القاضي أن هذا الإرتفاع زائل في وقت قصير لقرب السماح بإستيراد المواد اللازمة مثلا، فيقضي بوقف تنفيذ إلتزام المقاول في الموعد المتفق عليه حتى يتيسر للمقاول تنفيذ إلتزامه دون إرهاق؛ ويشترط أن لا يترتب على وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى كتقويت فرصة بيع أو إيجار المبنى².

يعتبر من قبيل وقف التنفيذ حتى يزول الحادث الطارئ، ما قضت به المحكمة العليا من منح المدين أجلا لتنفيذ إلتزامه مراعاة للحادث في قرارها المؤرخ في 2000/01/12 حيث جاء فيه: "إنّ قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ إلتزامها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة -الأخضرية- التي ترتب عنها عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما"³.

إنّ الحكم بوقف تنفيذ العقد لا يمس في الواقع مضمون العقد سواء من الناحية الموضوعية أو المادية، فمهما كانت المدة التي قررها القاضي لوقف التنفيذ فلا تؤثر في كم الإلتزامات ولا في نوعها ولا في جودتها وتبقى محتفظة بقيمتها، لأنّ التعديل إنصب على

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص646. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص294.

² - فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص234. محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص107.

³ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2000/01/12، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الأول، ص114.

وقت التنفيذ فقط¹؛ ولهذا بمجرد إنتهاء الظروف الطارئة تعود للعقد قوته الملزمة ويتم تنفيذ العقد وفقا لما تم الإتفاق عليه²، أي يبقى المدين ملزما بالتنفيذ حال عودة الظروف إلى حالتها الطبيعية، ولا يعفى إلا من التعويض المستحق عليه بسبب تأخر التنفيذ، فإذا كان الإضراب يعيق تسليم البضاعة، فلا عذر للمدين في عدم تسليمها في حالة إنهاء الإضراب، فإذا زال المانع عاد الممنوع³.

يثار تساؤل حول ما إذا استمرت الظروف الطارئة التي استدعت وقف تنفيذ العقد طوال المدة المحددة للعقد، بحيث لم تبق ثمة جدوى لتنفيذه، عندئذ لا مناص من الحكم بفسخ العقد، ولا شك أن الظروف الطارئة في مثل هذا الإفتراض تعد قوة قاهرة نظرا لاستحالة التنفيذ، ولا يجوز اعتبارها ظرفا طارئا لإقتصار هذا على حالة الإرهاق دون الاستحالة⁴.

ثانيا: سلطة القاضي في فسخ العقد

سبق أن أوضحنا أن المادة 3/107 من القانون المدني قد أجازت للقاضي أن يتدخل في العقد برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول سواء بإنقاص الإلتزام المرهق أو زيادة الإلتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد لمدة معينة، فهل يملك القاضي بجانب ذلك السلطة التي تخوله فسخ العقد نتيجة الظرف الطارئ؟

¹ - عبد الحميد شنيطي، المرجع السابق، ص 66. سعدون ياسين، المرجع السابق، ص 364.

- يرى البعض أن وقف تنفيذ العقد لفترة زمنية سنثير مشكلة فيما يخص العقود المحددة المدة، لأن الوقت في عقود المدة يكون محل اعتبار بين المتعاقدين، مثلا في عقود العمل المبرمة لمدة سنتين، فالإلتزامات كل من رب العمل والعامل محددة في هذه المدة، فإذا تم وقف تنفيذ العقد ستتغير الإلتزاماتهما إلى فترة أقل أو أكثر، لأن وقف التنفيذ هو مرور فترة من الزمن قد تطول أو تقل. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 266.

² - هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص 65.

³ - عمار محسن كزار، المرجع السابق، ص 104.

⁴ - نفس المرجع، ص 104. ص 105.

يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أنه ليس من الجائز أن يقضي القاضي بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة، ويجد تبريره في أن النص القانوني لا يجيز للقاضي إلا رد الإلتزام إلى الحد المعقول، أي في توزيع الأعباء المرهقة الغير المتوقعة بين الطرفين وليس إعفاء أحدهما منها، وأنّ الإعتراف له بجزء الفسخ فإننا نكون بصدد سلطة إلغاء العقود وليس تعديلها، لأن الفسخ ينهي حياة العقد مطلقا ويؤدي إلى زواله فلا تكون هناك فرصة لرجوع العقد إلى أحكامه القديمة وهو ما يتعارض مع مقتضيات العدالة ومع الغاية من نظرية الظروف الطارئة التي تهدف إلى إزالة الإرهاق مع الإبقاء على العقد قائماً¹.

كما يجد هذا الاتجاه من الفقه تبريره أيضا في الطبيعة الوقتية لنظرية الظروف الطارئة، فقد يزول الظرف الطارئ وتعود للعقد قوته الملزمة كما كانت في الأصل، وإذا ما أجزنا للقاضي سلطة الفسخ بسبب تغير الظروف فإننا نحول دون عودة العقد إلى مسيرته الأولى إذا ما حدث واختفى أثر الظروف الطارئة².

ذهبت إليه المحكمة العليا بأنه يجوز للقاضي إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة، رد الإلتزام المرهق إلى حده المعقول، من دون إعفاء المدين من تنفيذ إلتزامه³؛ كما قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها أنّ سلطة القاضي تقتصر برد الإلتزام التعاقدية

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 648. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 438. وليد صلاح مرسى رمضان، المرجع السابق، ص 651. هزوشي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 90. مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص 92. مروك أحمد، المرجع السابق، ص 76.

² - سعدون ياسين، المرجع السابق، ص 371. هبة محمد محمود الديب، المرجع السابق، ص 69. ص 70.

³ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2007/03/21، المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الثاني، ص 135.

الذي لم يتم تنفيذه إلى الحد المعقول إذا كان تنفيذه مرهقا للمدين دون أن يكون له فسخ العقد أو إعفاء المدين من إلتزامه القائم أو إلتزام الدائن برد ما استوفاه منه¹.

إلا أنه يذهب جانب آخر من الفقه، إلى أن التعديل لا يكون دائما الحل المجدي، وقد يكون الفسخ وسيلة حقيقية لرد الإلتزام المرهق للحد المعقول، فقد يكون ارتفاع الأسعار فاحشا إلى درجة أنه مهما وزع القاضي الزيادة غير العادية على المتعاقدين، وبأي نسبة يتم هذا التوزيع فإن المدين لن يستطيع تنفيذ الإلتزام، وعليه ذهبوا إلى اقتراح ضرورة تعديل النصوص العربية ومنح القاضي سلطة الفسخ فضلا عن سلطة التعديل كما فعلت بعض التشريعات الأخرى²، كالقانون الإسباني، البولوني، والإيطالي³، والفرنسي⁴.

¹ - نقض جلسة 1973/12/20، مج فني مدني (السنة 24-صفحة 1320)، مذكور في: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 241.

² - عزت صلاح عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص 117. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 405. بولحية جميلة، المرجع السابق، ص 132.

TERKI Nour-Eddine, op.cit, p21.p22.

³ - تبنت بعض التشريعات نظرية الظروف الطارئة وخولت للقاضي سلطة الفسخ، جاء في المادة 1213 من المشروع التمهيدي للقانون المدني الإسباني: "يلجأ القاضي إلى فسخ العقد في حالة استحالة تعديل العقد لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول". ونصت المادة 269 من قانون الإلتزامات البولوني على أنه: "إذا وجدت حوادث إستثنائية أصبح أثرها تنفيذ الإلتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة، فإنه يجوز للمحكمة تعيين طريقة تنفيذ الإلتزام، أو أن تحدد مقداره بل وتقضي بفسخ العقد". ونصت المادة 1467 من القانون الإيطالي على أنه: ".إذا أصبح إلتزام أحد المتعاقدين مرهقا على أثر ظروف إستثنائية، جاز للمتعاقد المدين بهذا الإلتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر الحلول دون الفسخ وللمتعاقد الآخر الحلول دون الفسخ أن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة". محمد رشيد قباني، المرجع السابق، ص 147. محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 108. سعدون ياسين، المرجع السابق، ص 373. درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 269.

⁴ - كرس القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في 2016/02/10 نظرية الظروف الطارئة بالمادة 1195 باعتبارها أداة من أدوات تحقيق العدالة العقدية وقد أعطت للقاضي إمكانية التعديل أو الإنهاء.

-Article 1195 du droit civil français : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du

بالرجوع إلى القانون الجزائري، فإنّ المشرع وإن لم يأخذ بجزء الفسخ كمعالجة للإرهاق في المادة 3/107 من القانون المدني لكون أن الغاية من نظرية الظروف الطارئة ليست إزالة العقد وإنما إزالة الإرهاق مع بقاءه قائما بتوزيع الخسارة بين الطرفين ولأن النظرية تقوم على أساس نوع من التضحية يقدمها الطرفان لا على أساس إخلاء ذمة أحد الطرفين وتحميل الدائن تبعة الخسارة كما يحدث عند ترتيب جزاء الفسخ¹؛ إلا أنه مع ذلك، يمكن للقاضي فسخ العقد في حالة الظروف الطارئة في حالتين:

-الحالة الأولى: نصت عليها المشرع في المادة 3/561 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد"، وبالتالي يجسد هذا النص تكريس لنظرية الظروف الطارئة إذ حدد فيه المشرع الجزاء بالزيادة أو الفسخ.

يتميز عقد المقاولة بجمع الخبرات القانونية والهندسية والفنية في أكثر الأحيان، وخاصة في المقاولات المهمة والكبيرة كما يفترض في المقاول أن يكون صاحب خبرة ودراية بأعمال المقاولات وأحوال السوق مع خبرته في التوقعات المتعلقة بتقلبات أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة، كل هذه الأمور تجعل من عقد المقاولة عقدا قائما على أسس متينة

contrat à son cocontractant... En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. Le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

¹ - عبد المنعم فرج الصده، لمرجع السابق، ص 488.

تمكن المقاول ورب العمل من الاستمرار بإطمئنان إلى الغاية التي من أجلها أبرم العقد، ولكن الأمر قد يخرج عن نطاق التوقع، بحيث أن أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة التي كانت الأساس في إقدام المقاول على إبرام عقد المقاولة قد تغيرت تغيرا جذريا بحيث يندم الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد ومن ثم قد يقرر القاضي فسخ عقد المقاولة استنادا إلى سلطته التقديرية الواسعة في هذا المجال¹.

-الحالة الثانية: وهي الحالة التي لا يقبل فيها الدائن التعديل الذي قام به القاضي ويطلب فيها فسخ العقد، وفي هذه الحالة للقاضي الحكم بالفسخ متى رأى أن ذلك هو الأصلح خصوصا وأنه يخلص المدين من الالتزام الذي يهدده بخسارة فادحة²، فحق الفسخ مقصور فقط للدائن الذي يأبى قبول التعديل ولا يملك المدين الحق في طلب الفسخ لأن حقه قاصر على طلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول³.

في الأخير، تتلخص فكرة نظرية الظروف الطارئة في أن هناك عقودا يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال، ويحدث عند حلول أجل التنفيذ أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت نتيجة لحادث استثنائي عام غير متوقع، فيصبح تنفيذ الالتزام شاقا على المدين ومرهقا له إلى الحد الذي يجعله مهددا بخسارة فادحة، الأمر الذي يجيز للقاضي أن يتدخل في العقد ليوزع تبعه هذا الحادث على عاتق المتعاقدين، وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وفقا لمقتضيات المادة 3/107 من القانون المدني.

إن كانت نظرية الظروف الطارئة تخرج القاضي عن وظيفته الطبيعية -التفسير- وتدفعه لتعديل العقود خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أنّ المشرع أحاط تطبيقها

¹ - عمار محسن كزار، المرجع السابق، ص 107.

² - خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: الجزء الأول، المرجع السابق، ص 113.

³ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 297. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 489.

بشروط وضوابط معينة تحد من مغالاة القاضي وتضمن تحقيق الأمن في العقود بعدم زعزعة الثقة في العقود والمحافظة على إستقرارها.

إن تدخل القاضي بالتعديل بسبب الظروف الطارئة له أهمية بالغة في إعادة التوازن العقدي وإزالة الظلم والإجحاف في حق المتعاقدين وتحقيق العدالة، حتى أن المشرع إعتبرها من النظام العام ولا يجيز الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي فيها إذ اختتم في آخر المادة 107 من القانون المدني على أنه: "...يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"؛ وقد أحسن المشرع في ذلك لأنه لو لم يجعل المشرع تطبيق أحكام هذه النظرية من النظام العام، لاستطاع المتعاقد القوي أن يملئ على المتعاقد الضعيف هذا الشرط، وبذلك تغدو الحماية المقررة طبقاً لهذه النظرية صورية لا قيمة لها.

يتفرع على أن نظرية الظروف الطارئة من النظام العام أنه لا يجوز للأطراف الإتفاق مقدماً على اختيار وسيلة رد الإرهاق، لأنها وسيلة ورخصة في يد القاضي لا الطرفين، فلا وجود لعنصر الإتفاق في نظرية الظروف الطارئة؛ غير أن الإتفاق اللاحق الذي يقع بعد وقوع الظرف الطارئ والذي اتفق فيه على تنفيذ الإلتزام المرهق رغم الحادث الاستثنائي والطارئ، يعتبر صحيحاً لعدم إحاطته بشبهة الضغط على المدين، وبالتالي يعد بمثابة تنازل من المدين عن التمسك بحقه خصوصاً وأنه يحق للمتعاقدين إدخال تعديلات على العقد باتفاقهما طبقاً للمادة 106 من القانون المدني.

تجدر الإشارة إلى أن نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، لا يقصد بها أن القاضي يطبقها من تلقاء نفسه، وإنما يقصد بها أن القاضي لا يطبقها إلا إذا طلب المدين

منه أعمالها أي تمسك بها؛ وعلى المدين أن يطلب أعمالها وتطبيقها أمام محكمة الموضوع لا أمام المحكمة العليا¹.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بمنح الأجل القضائي

تعد نظرة الميسرة أو المهلة القضائية أو الأجل القضائي حالة من الحالات التي يستند إليها القاضي للتدخل في العقود بالتعديل، إذ هي تعديل حقيقي يقع على أحد أوصاف الإلتزام وهو أجله مما يكفي لتجديد هذا الإلتزام، ويجعلها تعتبر بمثابة إخلال بالقوة الملزمة للعقد²، حتى أنه قيل فيها أنها تطبيق من ضمن تطبيقات نظرية الظروف الطارئة³، لأنه يراد بها التخفيف من عبء إلتزام المدين الجدير بالرأفة من حيث الإفصاح في الأجل⁴.

الأصل في الإلتزامات التي يرتبها العقد الصحيح أن يتم الوفاء بها فور إبرام العقد ما لم يكن مضافاً إلى أجل أو وجد نص في القانون يقضي خلاف ذلك، إلا أنه قد يتعرض أحد المتعاقدين لعقبات تجعله غير قادر على الوفاء مما يكون مهدداً لفسخ العقد، فيلجأ إلى القاضي لطلب منحه أجلاً للتنفيذ، ليتدخل هذا الأخير بموجب السلطة التي منحت له بتعديل أحد عناصر العقد أثناء مرحلة تنفيذه وهو "أجل تنفيذ الإلتزام العقدي" عن طريق مد هذا الأجل ليتمكن المتعاقد من تنفيذ ما على عاتقه من الإلتزام.

¹ - قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1970/11/24 على ما يلي: "... إذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة.... وإذ كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه أمام محكمة الموضوع بهذا الدفاع الذي أثاره بسبب الطعن، فإنه لا يجوز له إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض". نقض جلسة 1970/11/24، مكتب فني (السنة 21- صفحة 1148)، مذكور في: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 240.

² - SAMIR TANAGHO, Op.cit, p181.

³ - فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص 236.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الإلتزام بوجه عام: الأوصاف، الحوالة، الإنقضاء، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1958، ص 95.

هذا الوجه من أوجه التعديل يسمى بالأجل القضائي¹ أو نظرة الميسرة الذي يمنحه القاضي للمدين مراعاة لظروفه السيئة، والذي يعد أحد أنواع الأجل من حيث المصدر إلى جانب الأجل الاتفاقي والأجل القانوني².

نظم المشرع الجزائري فكرة الأجل وأخذ بفكرة الأجل القضائي "نظرة الميسرة" كأغلب التشريعات، فمنح للقاضي سلطة منح المدين أجلاً معقولاً للوفاء بالتزامه، لكن وقبل أن يُعمل القاضي سلطته التقديرية في منح الأجل القضائي لا بد من أن يراعي مجموعة من الشروط (المطلب الأول) دون أن يتعدى حدود سلطته في ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط تدخل القاضي لمنح الأجل القضائي

كانت الشريعة الإسلامية السبّاقة لتنظيم أحكام نظرة الميسرة بنص القرآن والسنة النبوية الشريفة³؛ ثم أقرتها أغلب التشريعات العالمية ومنها المشرع الجزائري إذ وضع نظاماً لها دون أن يورد تعريفاً لها.

¹ - تتعدد صور الأجل القضائي فقد يكون ذلك الأجل الذي يضره القاضي لحضور الخصوم حسب تقديره وحسب طبيعة النزاع، أو يكون ذلك الأجل الذي يمنحه القاضي للخصم لإحضار البينة التي تؤيد دعواه، أو ذلك الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين المعسر للوفاء بدينه لحين ميسرة؛ كما قد يكون ذلك الأجل الذي يمنحه القاضي تطبيقاً لمقتضيات المادة 210 من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا تبين من الإلتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

² - الأجل وصف يلحق بالإلتزام، وهو أمر مستقبل، محقق الوقوع، يترتب على وقوعه نفاذ الإلتزام (الأجل الواقف) أو إنقضاءه (الأجل الفاسخ). ويعد مصدره في الإلتفاق، القانون، والقضاء. فالأجل الاتفاقي، هو أن يتفق الأطراف على وقت معين يقوم فيه المدين بالوفاء بالتزامه. والأجل القانوني، هو الذي تحدده نصوص القانون، مثل ما فعل بالنسبة لحق الإنتفاع الذي ينقضي بوفاء المنتفع، وكذلك ما يقرره المشرع في الأزمت الاقتصادية من تأجيل بعض الديون. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهدات المحكمة العليا: دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 380 ومايليها.

³ - قال تعالى: "وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُعْلَمُونَ" (سورة البقرة: الآية 280).

يراد بالنظر في اللغة -بكسر الظاء- هي التأخير، وأنظره يعني أخره، واستنظره يعني استمهله، وتنظره تنظرا انتظره في مهلة¹؛ وأما الميسرة في اللغة، مصدر بمعنى اليسر ضد العسر وهي السهولة والسعة والغنى².

أما في الإصطلاح فهي تعتبر ذلك التعبير الذي يطلق على الأجل الممنوح للمدين المعسر حتى يتمكن من الوفاء بدينه، ويقصد بها أنها سلطة القاضي في أن يمنح المدين مهلة للوفاء بالدين، وبالرغم من أن الدين يكون حال الأداء اتقا أو قانونا، ودون موافقة الدائن متى كان المدين يستأهل ذلك بالنظر إلى ما يصادفه من صعوبات مؤقتة³؛ أو بعبارة أخرى هي مهلة التنفيذ أو الأجل القضائي التي يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ حسن النية إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم، وذلك حتى ينفذ التزامه ويتوقى الفسخ⁴.

عالج المشرع تدخل القاضي بمنح الأجل القضائي في المادتين 119 من القانون المدني والتي جاء فيها ما يلي: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض

- عن بُرَيْدَةَ الْأَسْلَمِيِّ، عن النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: " مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرًا كَانَ لَهُ بِكُلِّ يَوْمٍ صَدَقَةٌ، وَمَنْ أَنْظَرَهُ بَعْدَ حِلِّهِ كَانَ لَهُ مِثْلُهُ، فِي كُلِّ يَوْمٍ صَدَقَةٌ".

- عن أَبِي هُرَيْرَةَ؛ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " مَنْ يَسَّرَ عَلَى مُعْسِرٍ يَسَّرَ اللهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ".
مذكورين في: محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجه للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، المجلد الثاني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرياض، 1997، ص 281.

¹- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص 278.
²- ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس عشر، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الثالثة، لبنان، 1999، ص 446.

³- وليد صلاح مرسى رمضان، المرجع السابق، ص 579، ص 601.
⁴- طرطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنغاست، المجلد 03، العدد 01، جانفي 2014، ص 127.

في الحاليتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان م لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لكامل الإلتزامات"، والمادة 281 من نفس القانون التي نصت على ما يلي: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الإلتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

إنّ القاعدة العامة للوفاء أن المدين ملزم بالوفاء عند حلول أجل الإلتزام المترتب عن العقد وهذا هو الأصل طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه استثناء يكون للقاضي سلطة تقديرية حقيقية لتعديل العقد بتأجيل الوفاء إلى زمن لاحق للتمكن من تنفيذه وتقادي فسخه.

استخلص الفقه شروطا أربعة يجب على القاضي التأكد من توافرها مجموعها ليتمكن من إسعاف المدين ومنحه أجلا قضائيا للوفاء بالتزامه إذا صار حال الأداء وهي: أن لا يكون هناك مانع قانوني يمنع منحه (الفرع الأول)، أن تكون حالة المدين تستدعي منحه (الفرع الثاني)، أن لا يصيب الدائن ضررا من التأجيل (الفرع الثالث)، وأن يكون الأجل الممنوح أجلا معقولا (الفرع الرابع).

الفرع الأول: عدم وجود مانع قانوني لمنح الأجل القضائي

الأصل العام أن العقد صحيح يرتب التزامات على الأطراف المتعاقدة، ويوجب الوفاء بها تحت طائلة التنفيذ الجبري، غير أن المشرع أجاز تأجيل الوفاء عملا بأحكام نظرة الميسرة بنصوص قانونية.

إنّ ممارسة القاضي هذه السلطة الممنوحة له من قبل المشرع في هذا المجال تعتبر تطبيقا للنصوص القانونية، إلا أنه إذا ما وجد نص قانوني يمنع تطبيقها أي يمنع القاضي

من منح الأجل القضائي في حالة من الحالات، فإن القاضي احتراماً لهذا النص لا يستطيع أن يمنح أجلاً لأنه يتقيد في هذه الحالة بقيد قانوني ملزم¹.

ومثال عن النصوص القانونية التي تمنع القاضي من منح آجال قانونية، ما نصت عليه المادة 464 من القانون التجاري: "لا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في حالة الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و438؛ بحيث إستبعد المشرع منح الأجل في الدين الناجم عن السفاتج والسندات لأمر والشيكات لأنها أوراق تجارية وجدت لضمان سرعة المعاملات التجارية²."

وأيضاً ما نصت عليه المادة 392 من القانون المدني: "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الضمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً وجوباً في صالح البائع ودون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل وهذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك."

جاءت المادة 120 من القانون المدني بما يلي: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعدار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين."

¹ - أكرم محمود حسين، إسماعيل إبراهيم محمد، الدور الإيجابي للقاضي في المهلة القضائية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 07، العدد 25، 2018، ص26.

² - فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري: الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي- الأنشطة التجارية المنظمة-السجل التجاري، نشر وتوزيع ابن خلدون، الطبعة الثانية، الجزائر، 2003، ص10.

الفرع الثاني: أن تكون حالة المدين تستدعي منحه أجلا قضائيا

يستفاد من نص المادتين 2/119 و 2/281 من القانون المدني أنه يُشترط لمنح المدين أجلا قضائيا أن تكون حالته تستدعي الرأفة به وإمهاله للوفاء بالدين الذي قد حل أجله، ويرجع للقاضي تقدير ما إذا كانت حالته تستدعي منحه أجلا حسب ظروف المدين والدائن ومقدار الدين وغير ذلك من العناصر.

يقصد بشرط -أن تكون حالة المدين تستدعي أن يمنحه القاضي أجلا لتنفيذ إلتزامه- أنه حسن النية في تأخره في الوفاء بإلتزامه بأن يكون عاثر الحظ لا متعمدا عدم الوفاء ولا مقصرا في ذلك، وأنه لا يكون معسرا¹ بحيث يكون في ضيق مؤقت ينتظر زواله وإلا فلا جدوى من منحه أجلا للوفاء²، كأن يكون لديه مالا منقولاً أو عقارا يكفي للوفاء بإلتزامه وليس في مقدوره مؤقتا أن يبيع هذا المال ليقوم بالوفاء، أو يكون له موارد كافية لم ترد مواعيد استحقاقها كأجر لعمله، فيطلب من القاضي مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم لبيع المال أو الحصول على ذلك الأجر للوفاء بإلتزامه³.

يتبين من استعمال المشرع عبارة "حسب الظروف" في المادة 2/119 من القانون المدني وعبارة "نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية" في المادة 2/281 من نفس القانون، أنّ حالة المدين تُستشف من ظروفه الاقتصادية ومركزه؛ خصوصا وأن منح الأجل

¹ - العسرة لها وجهان، أولهما أنه يثبت أنه لا يملك مالا على الإطلاق ما استثنى لحاجته الضرورية وثانيها أن يكون له مال ولكن لا يستطيع أن يفي بالدين عند حلول الأجل لكونه يملك أعيان لا يستطيع التصرف فيها أو كان يستطيع التصرف فيها دون ثمن المثل أو كانت لديه حقوق لدى الغير لم يئن أوان الوفاء بها ففي كل هذه الحالات يكون المدين معسرا يستحق الإنظار. فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص 487، ص 488.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 781.

³ - عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 37.

القضائي يشترط أن يكون المدين حسن النية de bonne foi سيء الحظ malheureux وأنه يمر بظروف جد استثنائية dans des cas tout exceptionnnels¹.

إنّ حسن النية يُفترض دائماً لدى كل متعاقد ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك، وهو يمثل قاعدة سلوك يقدرها القاضي بما يسمح بتهذيب نتائج التطبيق الحرفي للقانون وتنظيم العلاقة بين الدائن والمدين²؛ ولحسن النية مفهومين، مفهوم شخصي يعتمد على نفسية المدين أي تقدير وصف حسن النية يرجع إلى ما تشير إليه القرائن الدالة على ما اعتقده الشخص حقيقة ودار في مكانن نفسه³، ومفهوم موضوعي يقصد به ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة بما يوجبه العقد من أداء، أي إتيان السلوك الصحيح أو على الأقل الطبيعي الذي يقتضيه بصفة خاصة تنفيذ الالتزام⁴.

أما المقصود بسوء الحظ هو أن يكون المدين عاثر الحظ لا متعمداً عدم الوفاء ولا مقصراً فيه، وإنما تمر به أزمة طارئة ومؤقتة خارجة عن إرادته منعتة من التنفيذ يُمكن تجاوزها بمنحه أجلا من قبل القاضي⁵، كحدوث انخفاض مفاجئ ومؤقت لأسعار بعض المحاصيل أو مرض المدين أو أحد أولاده مما استدعاه إلى إنفاق أموال كبيرة أثرت على قدرته على الوفاء الفوري⁶.

¹ طيب فائزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه: تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2018/2019، ص310.

² شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص128. ص134.

³ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص25.

⁴ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص129. ص138.

⁵ ماهر جابر الجابر، مراد محمود شنيكات، أسماء مصطفى غنيمات، عاطف سالم العوامل، سلطة القاضي في تعديل الأجل القضائي في القانون المدني الأردني، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة بمصر، المجلد 10، العدد 01، مارس 2020، ص1234.

⁶ وليد صلاح مرسى رمضان، المرجع السابق، ص602.

يراعي القاضي عند البحث في توافر هذا الشرط موارد المدين الحالية والمستقبلية واشتراط عنصر عناية الرجل الحريص في تنفيذ التزامه، إذ أن العناصر التي يقدر بمقتضاها أن حالة المدين تستدعي منحه نظرة الميسرة هي حسن نيته ورغبته في الوفاء، وأن الضيق الذي أحاط به مؤقت وأن موارده تكفي في النهاية للوفاء بدينه، وأنه حريص على تنفيذ التزامه من خلال اتخاذ من التدابير ما تيسر له هذا الوفاء كأن يوفي فعلا جزء من الدين القادر على تسديده، أو أنه قدم للدائن ضمانا كافيا للحصول على حقه، وأن الوفاء بكل الدين يلحق به ضررا جسيما¹، كما يجب على القاضي الاعتماد بالروابط الإنسانية كالقربة والصدقة التي قد تكون بين المدين والدائن².

الفرع الثالث: عدم تضرر الدائن من جراء منح الأجل القضائي

لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط كما فعل المشرع المصري الذي نص صراحة على وجوب عدم الإضرار بالدائن عند منح المدين نظرة الميسرة طبقا للمادة 346 الفقرة الثانية من القانون المدني المصري التي جاء فيها ما يلي: "على أنه يجوز للقاضي في حالات إستثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها إلتزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".

يعتبر هذا الشرط ضروري إذ لا يجب أن يلحق بالدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم، لأنه ليس من العدالة أن تغلب مصلحة المدين على مصلحة الدائن³، لذلك ينبغي الموازنة بين المصلحة التي ستتحقق للمدين من منحه الأجل القضائي، والضرر الذي سيلحق بالدائن من جراء ذلك، فإذا كان الضرر الذي يمكن أن يلحق الدائن من جراء منح الأجل القضائي للمدين جسيما فالقاضي في هذه الحالة يتمتع عن منح المهلة للمدين دفعا للضرر الأشد

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء الثالث، المرجع السابق، ص781.

² عبيد نجاة، المرجع السابق، ص142.

³ جلال محمد ابراهيم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الإلتزام، النهضة العربية، مصر، 1996، ص435.

بالضرر الأخف¹؛ كأن يكون بذمة الدائن دين، وهو يخاف إن تأخر ولم يوف به في ميعاد إستحقاقه يترتب عليه شهر إفلاسه أو إفساره، أو أن هذا الأجل سيفوت عليه صفقة مهمة وفواتها يعود عليه بالضرر².

تجدر الإشارة إلى أن هناك عقوداً تقتضي بطبيعتها عدم منح نظرة الميسرة لتعارضها مع مصلحة الدائن، ومثالها عقد الوديعة، لأنه إذا طلب المودع من المودع لديه محل الوديعة، تعين عليه الاستجابة لهذا الطلب، وإذا تقاعس عن التنفيذ ولجأ الدائن إلى الفسخ بعد إذاره فلا يجوز منح المدين أجل للتسليم لتعارض ذلك مع مصلحة الدائن وطبيعة العقد³.

الفرع الرابع: أن يكون الأجل الممنوح للمدين أجلاً معقولاً

يشترط في الأجل الممنوح للمدين أن تكون مدته معقولة ومناسبة، إذ لا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً طويلاً يُعْطِلُ فيه الدائن على حقه، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري وكاف ليتمكن المدين من الوفاء⁴، بمعنى آخر على القاضي أن يمنح نظرة الميسرة بقدر ما يزيل الضرر عن المدين وليس أجلاً طويلاً يُلحق بالدائن ضرر جسيم، أما إذا كان الضرر الذي سوف يتعرض له الدائن ضرر يسير مقارنة بالضرر اللاحق بالمدين فلا جناح أن يُمنح المدين أجلاً⁵.

¹ - عبد الحميد شنيطي، المرجع السابق، ص102.

² - أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005، ص328.

³ - عبيد نجاه، المرجع السابق، ص146.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص783.

⁵ - أكرم محمود حسين، إسماعيل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص28. عبيد نجاه، المرجع السابق، ص143.

لقد حدد المشرع الجزائري في المادة 281 السالفة الذكر مدّة الأجل القضائي بسنة واحدة لا يجوز له تجاوزها وذلك بنصه على ما يلي: " .. أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز مدة سنة.."، وبالتالي يجوز للقاضي أن يمنح المدين آجالاً واحداً يقدر بسنة أو آجالاً متعاقبة لا آجالاً واحد بشرط أن لا تتجاوز هذه المواعيد أجل السنة.

متى توافرت الشروط الأربعة السابق ذكرها وتحققت، جاز للقاضي أن يمنح المدين آجالاً لتمكينه من تنفيذ إلتزامه التعاقدى، وللقاضي السلطة التقديرية للقول إن كان ثمة ما يستدعي منح المدين آجالاً أو لا، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا في ذلك¹.

المطلب الثاني: نطاق سلطة القاضي في منح الأجل القضائي

الأصل أنه متى اتفق المتعاقدان على أجل يتم فيه تنفيذ العقد، فإنه بحلول هذا الأجل يكون الإلتزام المترتب عن هذا العقد مستحقاً يتعين الوفاء به طوعاً، غير أن المدين قد يمتنع عن هذا التنفيذ على الرغم من إمكانية التنفيذ العيني وعدم استحالته، وفي هذه الحالة أعطى المشرع للدائن حق الخيار بين رفع دعوى الفسخ أو دعوى التنفيذ.

في المقابل لهذا الحق خول القاضي سلطة التدخل لتعديل أجل تنفيذ العقد، إذ يخضع منح أو رفض الأجل القضائي للسلطة التقديرية للقاضي الذي عليه أن يسبب حكمه أو قراره²؛ وهي سلطة مقررة لقاضي الموضوع أو قاضي الاستعجال، إذ تختلف حدودها باختلاف الدعوى التي يلجأ إليها الدائن، فقاضي الموضوع إما يمنح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ (الفرع الأول) وإما بمناسبة دعوى الفسخ (الفرع الثاني).

¹ - عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص37. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص378.

² - تنص المادة 11 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "يجب أن تكون الأوامر والأحكام والقرارات مسببة".

الفرع الأول: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ

تعتبر دعوى التنفيذ تلك الدعوى التي يرفعها أحد المتعاقدين على الآخر إذا ما حل أجل الإلتزام طالبا منه تنفيذ إلتزامه¹، ويجوز للقاضي أثناء نظره في هذه الدعوى التدخل بمنح المدين غير القادر على الوفاء في الأجل المتفق عليه في العقد أجلا واحداً مناسباً لتنفيذ إلتزامه أو بأن يقسط الدين عليه بمنحه عدّة آجال متعاقبة شريطة أن لا يتجاوز الأجل أو الآجال الممنوحة مدة سنة واحدة.

غير أن هذا التدخل يكون بطلب من المدين سواء أمام قاضي الموضوع أثناء المطالبة بحقه أو أمام قاضي الاستعجال أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ²، اعتباراً أن القاضي لا يحكم بما لا يطلب منه ولا بأكثر مما طلب، فكما للدائن حق رفع دعوى التنفيذ للمدين حق المطالبة بوقف التنفيذ ومنحه أجلا للوفاء نظرا لظروفه المؤقتة وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك³. ومثاله ما نصت عليه المادة 744 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ جاء فيها ما يلي: "يجوز للمدين المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني، أن يطلب بطريق الاستعجال، تأجيل بيع العقارات و/أو الحق العيني العقاري، إذا أثبت أن الإيرادات السنوية لهذا العقار و/أو الحق العيني لسنة واحدة كافية للوفاء بديون جميع الدائنين.

-يحدد الأمر الفاصل بتأجيل البيع، الأجل الذي يستأنف فيه إجراءات البيع إذا لم يتم الوفاء، مراعيًا في ذلك المهلة اللازمة للمدين المحجوز عليه للوفاء، على أن لا تتجاوز سنة

¹ عزت صلاح عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص118.

² يكون قاضي الاستعجال استثناء مختصاً أيضا بمنح نظرة الميسرة تطبيقاً لنص المادة 3/281 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: "وفي حالة الاستعجال يكون منح الآجال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة"، وكذلك نص المادة 300 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها ما يلي: "يكون قاضي الاستعجال مختصاً أيضا في المواد التي ينص القانون فيها صراحة على أنها من اختصاصه".

³ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص625.

واحدة؛ وبالتالي إن قاضي الاستعجال يختص بمنح نظرة الميسرة إذا طلبت منه شرط أن لا تتجاوز سنة.

تعتبر سلطة القاضي في منح الأجل القضائي للمدين بمناسبة دعوى التنفيذ تعديلاً حقيقياً يقع على الأجل كوصف للإلتزام عندما يواجه صعوبات لاحقة على إبرام العقد ويشكل بذلك إخلالاً بالقوة الملزمة للعقد¹، ولذلك وضع القانون عدة شروط يستطيع بموجبها القاضي منح هذا الأجل؛ كما أنها سلطة تقوم على أساس قواعد العدالة التي تقتضي التخفيف من قسوة قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"²، وبالتالي يملك القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ المطروحة أمامه أن يمنح المدين المعسر أجلاً أو آجالاً متعاقبة يستطيع خلالها تنفيذ العقد مع مراعاته للشروط القانونية ولمصالح الطرفين القائمة على رغبتهما المشتركة في الإبقاء على العقد³.

يترتب على منح القاضي أجلاً قضائياً للمدين توقيف التنفيذ حتى ينقضي هذا الأجل، غير أنه إذا إستمر الدائن في إجراءات التنفيذ بعد ذلك كان ما باشره من إجراءات باطلاً، كما يترتب على منح المدين أجلاً أن تكون الآجال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بصحة إجراءات التنفيذ موقوفة إلى حين انقضاء الأجل الذي يمنحه القاضي وفقاً لمقتضيات المادة 281 من القانون المدني، وبالتالي إذا إنقضى الأجل الذي منحه القاضي للمدين ولم يوفي هذا الأخير بالدين، أو أن الدين أصبح حالاً لأن المدين تأخر عن دفع قسط من الأقساط بعد أن قد قسط القاضي عليه الدين بأن منحه آجالاً متعاقبة، فإن الدائن يستطيع أن يواصل إجراءات التنفيذ.

¹ - سميّر تناغو، الإلتزام القضائي، المرجع السابق، ص 181.

² - بلعبيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 180.

³ - محمد فؤاد معوض، المرجع السابق، ص 485.

إنّ نظرة الميسرة يترتب عليها تأجيل إجراءات التنفيذ الجبري بإيقافها مؤقتاً، أما الدين فيبقى مستحق الأداء بجميع الالتزامات المترتبة عليه وهذا ما يستشف من نص المادة 2/281 من خلال عبارة "وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها"، وبالتالي فإن منح الأجل لا يمنع الدائن من المطالبة بإجراء المقاصة القانونية متى توافرت شروط أعمالها، كما لا يمنع من اتخاذ الإجراءات التحفظية لأن الدين يصبح واجب الأداء فوراً بمجرد حلول الأجل الممنوح من قبل القاضي¹، كما لا يمنع الدائن من مطالبة المدين بالوفاء إذا تيسرت حالته المادية قبل إنتهاء هذا الأجل².

إنّ لأحكام الأجل القضائي طبيعة فردية وآثار نسبية محدودة، لأن أثرها يكون مقصور على المدين الذي منح له الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه، مادام هؤلاء لم يمنحوا مثله أجلاً قضائياً، وهذا على خلاف القاعدة التي تقضي بأن ما يفيد أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقي ذلك لأن أحكام نظرة الميسرة إنما تمنح للمدين نظراً لظروفه الشخصية دون أن يكون لها تأثير على اقتصاديات الالتزام؛ وكذلك يكون أثرها مقصور على الدائن الذي حكم في مواجهته بها، فلا يتعد إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول لأن الحكم على أحد الدائنين المتضامنين لا يضر بالباقي، والواجب على المدين أن يدخل كل الدائنين المتضامنين في الدعوى ليحصل على حكم في مواجهتهم جميعاً بمنحه أجلاً قضائياً³.

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص328. ماهر جابر الجابر، وآخرون، المرجع السابق، ص1236.

² - عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، الطبعة الأولى، العراق، 2015، ص180.

³ - فهد سعيد فلاح سعيد، التنظيم القانوني للإعسار المدني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط، 2013/2014، ص84. وليد صلاح مرسى رمضان، المرجع السابق، ص603.

تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد الأجل الذي يمنحه القاضي، لأنه يعتبر من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته¹؛ كما أن الأجل الممنوح في دعوى التنفيذ لا يحول دون إعطاء أجل إزاء دعوى الفسخ، إذا غير الدائن دعواه من دعوى التنفيذ إلى دعوى الفسخ.²

الفرع الثاني: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ

يُستفاد من نص المادة 119 من القانون المدني أن للمتعاقد الخيار بين طلب تنفيذ العقد أو طلب الفسخ، إلا أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ في طلب واحد³، لأن استعمال إحدى الدعويين يستنفذ حقه في رفع الدعوى الثانية إذا كان سبب كل الدعويين واحد وكانا يستهدفان غاية واحدة أما إذا كانت الغاية ليست واحدة في كل من دعوى الفسخ ودعوى التنفيذ، فليس ما يمنع استعمال الدعويين أحدهما بعد الأخرى⁴، كما لا مانع من أن يعدل المتعاقد طالب الفسخ عنه إلى طلب التنفيذ العيني⁵.

يعتبر فسخ العقد حلاً للرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه، فهو جزء إخلال العاقد بالتزامه ليتحرر العاقد الآخر نهائياً من الإلتزامات التي يفرضها عليه العقد⁶؛ ولا يمكن للقاضي القضاء بفسخ العقد لعدم تنفيذ أحد

¹ - صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص 128. عبيد نجاه، المرجع السابق، ص 147.

² - طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 132.

³ - خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: الجزء الأول، المرجع السابق، ص 169.

⁴ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 41.

⁵ - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 160.

⁶ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 348.

المتعاقدين لإلتزاماته من تلقاء نفسه، دون أن يطلب منه من قرر الفسخ لمصلحته إذ هو مقيد بالطلب القضائي ولا يحكم إلا بما طلب منه¹.

إن كان للدائن رفع دعوى الفسخ، فإن القاضي غير ملزم بإجابة طلبه، بل له سلطة تقديرية واسعة²، بأن يمنح المدين أجلا لتنفيذ إلتزامه إذا اقتضت الظروف ذلك قبل أن يحكم بالفسخ (أولا) أو يقضي برفض فسخ العقد (ثانيا)، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولا: سلطة القاضي في منح المدين أجلا للتنفيذ قبل الحكم بفسخ العقد

قد يمنح القاضي للمدين أجلا لتنفيذ العقد في دعوى الفسخ وذلك بهدف الحد من صرامة الفسخ لأن الفقه يعتبره جزاء ووسيلة خطيرة يترتب على إستعمالها آثار بالغة الخطورة بالنسبة للعقد في جميع أجزاءه، فالأجل الذي يمنحه القاضي يسعى من خلاله إلى المحافظة على بقاء العقد ما أمكن لأن الغرض الأصلي من إبرام العقود في الحقيقة هو تنفيذها وليس فسخها³.

ثم إنّ المشرع لم يحدد مدة الأجل الممنوح بصدد دعوى الفسخ، كما أن القاضي لا يملك إلا منح المدين أجلا لمرة واحدة وفقا لمقتضيات المادة 119 من القانون المدني لأن أساس نظرة الميسرة توقي فسخ العقد والرغبة في الإبقاء عليه⁴، على عكس دعوى التنفيذ

¹ - ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/20 إلى ما يلي: "إن القضاء بفسخ العقد مع منح التعويض دون أن يطالب بذلك الطاعن الذي تمسك بتنفيذ العقد هو تطبيق سيء للمادة 119 من القانون المدني إذ كان يتعين على قضاة الموضوع التقيد بالدعوى وطلباتها". قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، الصادر بتاريخ 2002/02/20، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد الثاني، ص370.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص460.

³ - بلعور عبد الكريم، المرجع السابق، ص180. طيبب فايزة، المرجع السابق، ص306.

⁴ - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص627. محمد فؤاد معوض، المرجع السابق، ص485.

الذي حددها بمدة سنة ويملك القاضي سلطة بأن يمنح أجلا أو آجالا ملائمة للظروف طبقا لمقتضيات المادة 281 من نفس القانون.

يمكن أن يصدر القاضي حكمين متعاقبين، يقضي في أولهما بمنح المدين مهلة لكي ينفذ من خلالها فإذا انقضت هذه المدة دون تنفيذ فإن يصدر حكمه الثاني الذي يقضي فيه بالفسخ؛ أو يمكن أن يعطي القاضي للمدين مهلة ويحكم عليه بالفسخ فيما لو انقضت هذه المهلة دون أن يقوم المدين بالتنفيذ، أي يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بدون إجراءات جديدة، ويوفر على الدائن إجراءات التقاضي، وعلى هذا لن يكون هناك إلا حكم واحد يشتمل على أمرين: الأول منجز وهو الحكم بإعطاء المدين أجلا، والثاني شرطي وهو الحكم بالفسخ، والواقعة الشارطة هنا هي انقضاء الأجل دون تنفيذ -الشرط هنا واقف- وبالتالي ما دام لا يزال يجوز للمدين أن ينفذ في خلال الأجل الممنوح له فمعنى ذلك أن العلاقة الناشئة من العقد لا تزال قائمة وأنه لكي يتحقق الشرط ويقع الفسخ يجب أن يستمر عدم التنفيذ بعد انقضاء ذلك الأجل، فإن حصل التنفيذ العيني في خلال الأجل الممنوح للمدين تخلف الشرط الواقف وامتنع على المدين طلب الفسخ أما إذا انقضت الأجل دون تنفيذ فقد تحقق الشرط ووقع الفسخ ولم يعد بعد بالدائن حاجة أخرى إلى أن يعود ثانية إلى القاضي¹، وهذا ما لا نجده في الواقع العملي لأن القاضي لا يحكم بحكم معلق على شرط سواء واقف أو فاسخ.

تجدر الإشارة إلى أن السلطة التقديرية التي يستمدها القاضي من القانون بالنسبة إلى منح المدين أجلا، أو عدم منحه، لا تقتصر على عقد معين أو حالة محددة، بل يجوز له إستعمال هذه السلطة في جميع العقود التي تقبل الفسخ، دون رقابة عليه من المحكمة

¹ - حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير: فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2011/12/20، ص76. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص36.ص37.

العليا¹، كما أن السلطة التقديرية في منح المدين أجلا للتنفيذ، لا ينبغي أن يبالغ فيها إذ يتعين عليه أن يمارسها بحذر حتى لا تكون هذه السلطة مصدرا للإستهتار بتنفيذ العقود، بل هناك حالات لا يجوز فيها للقاضي أن يمنح المدين أجلا، كما لو كان هذا الأخير ملتزما بعدم القيام بعمل ولكنه قام به فلا فائدة من إعطائه أجلا لأن التنفيذ الذي تعاقد من أجله الدائن أصبح مستحيلا، أو حالة ما إذا كان المدين التزم بقيام بعمل ما في وقت معين ومحدد ثم لا يقوم به، وبالتالي لا فائدة من إعطائه أجلا².

إنّ الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى الفسخ يجوز للأطراف المتعاقدة الإتفاق على إستبعاده خاصة في الفسخ الاتفاقي طبقا للمادة 120 من القانون المدني³ وهذا عكس الأجل في دعوى التنفيذ الذي يعتبر من النظام العام⁴، والقاضي في هذه الحالة لا يملك سلطة تقديرية يستطيع معها إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه؛ بل يحصل الفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة إلى كلمة قضائية ودون أن يطلبه الدائن من القضاء⁵.

ثم إن منح المدين أجلا للتنفيذ قبل الحكم بالفسخ أمر متروك للقاضي إذا رأى فائدة من منحه، أما إذا تبين له أنه لا جدوى من منحه حكم بالفسخ فورا، كحالة المدين سيء النية لا يمنح له القاضي أجلا للتنفيذ في مجال فسخ العقد لأن الأصل في العقود هو تنفيذها بحسن نية⁶.

¹ - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص380.

² - بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص183. طيبب فايزة، المرجع السابق، ص306. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص37.

³ - تنص المادة 120 من القانون المدني على ما يلي: "يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي".

⁴ - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص630.

⁵ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص47. ص49.

⁶ - بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص184.

يعد تقدير الظروف التي تستدعي منح المدين أجلا مسألة موضوعية تدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية ولا يخضع في شأن ذلك لرقابة المحكمة العليا، طالما أعطى حكمه تسببا كافيا، على أنه يراد بعبارة "حسب الظروف" الواردة في نص المادة 119 من القانون المدني تلك الظروف التي حصل فيها الإخلال بالتنفيذ، فقد يكون للمدين عُذر في تأخره عن التنفيذ، أو أن الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط أو يصبه أي ضرر من جراء هذا التأخر¹، أو أن الضرر الذي أصاب الدائن إنما نتج عن فعله هو لا عن فعل المدين أي أن الدائن تسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين لإلتزامه².

ثانيا: سلطة القاضي في رفض طلب الفسخ

إن سلطة القاضي ليست قاصرة على منح المدين أجلا لتنفيذ إلتزامه، بل تتجاوز ذلك إلى سلطته في رفض طلب الفسخ بالرغم من توافر كل شروطه³، فقد يرفض القاضي الحكم بالفسخ ويفضل الإبقاء على العقد إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للإلتزام الرئيسي في العقد في جملته أي أن تقصير المدين ليس على درجة من الجسامه التي تستحق الحكم بالفسخ⁴، وهذا يرجع إلى أن العدالة التعاقدية هدفها المحافظة على العقد وعدم انحلاله ولاسيما أن ترتيب العقد لآثاره أولى من فسخه بالنسبة للمدين⁵، ويكتفي القاضي في هذه الحالة بالحكم بالتعويض للدائن عن الضرر الذي لحق به بسبب عدم تنفيذ جزء من الإلتزام أو التنفيذ المعيب له⁶؛ ومثاله، إذا كان المشتري قد تقاعس عن الوفاء بجزء من الثمن، بعد

¹ - طيبب فايزة، المرجع السابق، ص307.

² - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص160.

³ - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص628.

⁴ - خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: الجزء الأول، المرجع السابق، ص170. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص159.

⁵ - منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص8.

⁶ - علي فيلالي، الإلتزامات، المرجع السابق، ص461. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص38.

أن كان قد دفع أغلبه؛ أو كان العاقد قد وفى بكل الالتزامات الأساسية التي يفرضها عليه، ولم يتقاعس إلا بالوفاء بالالتزام ثانوي.

إن مسألة الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به "رفضه"، مسألة جوازية تخضع إلى السلطة التقديرية، وهذا طبقا للمادة 119 من القانون المدني التي نصت في فقرتها الثانية على ما يلي: "...يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته".

تجب الملاحظة، أن تقدير عدم التنفيذ الذي يجوز للقاضي بسببه أن يحكم بالفسخ، نجد فيه رأيان، الأول يذهب إلى أن إجراء التناسب يكون بين ما وفى به المدين وما لم يوف به من التزاماته كلها التي يفرضها العقد عليه وليس فقط واحدا منها بعينه، فقد يتقاعس المدين تقاعسا كاملا عن الوفاء بالالتزام ثانوي من التزاماته، ومع ذلك يجوز للقاضي أن يرفض الفسخ إذا اتضح له وفاء ذلك المدين بالتزاماته الأساسية أو حتى أغلبها¹، أما الرأي الثاني يأخذ بحرفية نص المادة ومؤداه أن إجراء التناسب يكون بين شطري الالتزام الواحد، ما نفذ منه وما لم ينفذ؛ ومع ذلك فإن الرأي الأول أولى بالإتباع إعمالا لروح نظام الفسخ وأن العقد ينظر إليه بالمجمل من خلال توازن اقتصادياته.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم التنفيذ الذي يطالب الدائن الفسخ من أجله قد يكون جسيما وقد يكون يسيرا، كما قد يكون كليا والذي غالبا ما يستجيب القاضي لطلب الفسخ في مثل هذه الحالة، وقد يكون جزئيا فتظهر سلطة القاضي في تقدير جسامته وما إذا يستحق الحكم بالفسخ أم يكفي إعطاء مهلة للمدين أو يرفض الحكم به ويقرر الإبقاء على العقد لأن الجزء

¹ - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 629.

المتبقي قليل الأهمية بالنسبة لما نفذ من إلتزامات¹؛ ويستعين القاضي في ذلك بمعيارين وهما:

1: المعيار الذاتي أو الشخصي

يحقق هذا المعيار العدالة التي تنشأ بها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والمقصود به أن القاضي عند تقديره لجسامة عدم التنفيذ يأخذ في إعتباره نية المتعاقد الدائن بالإلتزام؛ ويبحث عما إذا كان الطرفان قد قصدوا تعليق بقاء العقد على تنفيذ الإلتزام، فإذا وجد أن عدم التنفيذ عنصر مهم في العقد بالنسبة للدائن حكم بالفسخ، وإذا لم يجد هذه الأهمية لدى الدائن فله رفض طلب الفسخ؛ والجدير بالذكر أن القاضي يأخذ بإرادة كل دائن على حدة وليس إرادة الدائن العادي².

لقد وردت عدة تطبيقات لهذا المعيار في القانون الجزائري منها المادة 365 الفقرة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع"، والمادة 370 من نفس القانون التي جاء فيها أنه: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن".

¹ - طيبب فايزة، المرجع السابق، ص302.

² - بلعور عبد الكريم، المرجع السابق، ص18. وما يليها. حميد سلطان الخالدي، لؤي سطات حمود، السلطة التقديرية للقاضي في منح الأجل القضائي في دعوى الفسخ: دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 22، العدد 04، 2020، ص16.

2: المعيار الكمي أو الموضوعي

الإعتداد بالمعيار الذاتي السابق لا يمنع القاضي من الإستعانة بالقواعد الموضوعية عند تقديره لجسامة عدم التنفيذ، فيأخذ بعين الإعتبار ما يرتبه عدم التنفيذ من اختلال في التوازن بالنسبة إلى الإلتزامات المتقابلة في مجموعها، وبعبارة أخرى يعتد بإرادة الطرفين ولكن بصورة غير شخصية أي ليس على أساس تقدير الدائن لمصلحته المعتدى عليها بل يعتد بالصورة الموضوعية القائمة على أساس ما سترتب على عدم التنفيذ من اختلال التوازن التعاقدية¹؛ ثم إن الإعتداد بالمعيار الموضوعي لا يعني إغفال المعيار الشخصي لأن كلاهما معيار مكمل للآخر، فالى جانب إهتمام القاضي بمجمل العقد يهتم كذلك بنية المتعاقدين في خصوص المحل، إذ أن تطبيق نية المتعاقدين على محل العقد تعطي لهذا المحل معنى وقيمة².

لقد إعتد المشرع الجزائري بالمعيار الموضوعي في عدة حالات، نذكر منها على سبيل المثال، المادة 477 من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للإستعمال الذي أجرت من أجله أو طراً على هذا الاستعمال نقص معتبر، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال عن الضرر في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك".

وأيضاً المادة 482 في فقرتها الثانية من نفس القانون التي نصت على أنه: "غير أنه إذا ترتب على إجراء هذه الترميمات إخلال كلي أو جزئي في الإنتفاع بالعين المؤجرة، جاز للمستأجر، حسب الحالة، طلب فسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار".

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص38.

² - حمو حسينة، المرجع السابق، ص72.

تجدر الإشارة إلى أن قواعد الفسخ العامة تقضي بأن يكون فسخ العقد بالنسبة إلى جميع أجزائه، غير أنه يرد عليها إستثناء يتمثل في حالة الفسخ الجزئي للعقد، حيث يمكن للقاضي الأخذ بجل وسط بفسخه للعقد فسحا جزئيا إذا كان العقد قابلا للتجزئة أو كان من العقود التي تتضمن أداءات متتابعة، ولا يوجد من الناحية القانونية ما يمنعه من ذلك¹.

تتسع سلطة القاضي التقديرية في حالات معينة إذ يجوز له أن يحكم بالفسخ مهما كان مقدار عدم التنفيذ ضئيلا لا يبرر الفسخ عادة وذلك إذا كان المدين سيء النية، لأنه يجب تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فالقاضي لا يحكم للدائن بالفسخ إلا إذا ترتب على عدم التنفيذ ضرر فهو لذلك يبحث مدى أحقية طلب الفسخ ويعتد بالنتائج الناشئة عن عدم التنفيذ، ويطبق قاعدة حيث لا مصلحة لا دعوى، أما إذا تدخل سوء النية في عدم التنفيذ، فإن القاضي لا يتردد في الحكم بالفسخ ولو لم يكن ثمة ضرر وبذلك يعمل سوء النية كسبب للفسخ قائم بذاته².

نخلص في الأخير إلى أن القاضي في استعماله لسلطته التقديرية في دعوى الفسخ التي أجازها له المشرع، يستطيع أن يرفض الفسخ لقلة الأهمية للجزء الذي لم ينفذه المدين بالنسبة إلى الإلتزام في جملته، مكتفيا في ذلك بتعويض الضرر الناشئ من عدم تنفيذ بعض الإلتزام؛ أما إذا كان الجزء الذي لم ينفذ أكبر في الأهمية من الجزء الباقي أو كان من الجسامه بحيث ما كان المتعاقد يقوم بدونه على التعاقد، أو كان المدين سيء النية فإن القاضي يستطيع أن يحكم بالفسخ.

¹ عبد المهدي كاظم ناصر، عبد الله جبار خشان، النظام القانوني للفسخ الجزئي للعقد، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة بالعراق، المجلد 13، العدد 45، الجزء 02، 2020، ص12. بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص192.

² أكرم محمود حسين، إسماعيل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص35. بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص184. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص39.

الفصل الثاني: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بتعديل

الشرط الجزائي وتكملة العقد

قد يضع المتعاقدان في اتفاقهما -إضافة إلى الإلتزامات الأصلية- اتفاقا يطلق عليه تسمية "الشرط الجزائي" يرجع إليه في حالة ما إذا أخل أحدهما بتنفيذ إلتزامه أو تراخى في تنفيذه، أو قام بتنفيذه على غير الوجه المتفق عليه، بحيث يسبب ضررا للمتعاقد الآخر، هذا الشرط يعتبر اتفاق على تعويض عن ضرر لم يقع بعد فإذا وقع الخطأ وترتب عليه ضرر وكان مستوفيا لجميع الشروط الأخرى المقررة قانونا، استحق المشتري التعويض الذي سبق الاتفاق عليه، لكن قد يحدث وأن يتفق المتعاقدان على تعويضا مبالغا فيه أو أن يكون الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، وهي حالات منح فيها المشرع للقاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن بين المتعاقدين بتعديل الشرط الجزائي بحسب ما تقتضيه العدالة (المبحث الأول).

كما قد يبرم المتعاقدان عقدا صحيحا بالاتفاق على المسائل الجوهرية إلا أن هناك مسائل ثانوية تم إغفالها مع أنها ضرورية لتنفيذ العقد، فيتدخل القاضي استثناءا بموجب سلطته التكميلية بإضافة الترتيبات وفق مصادر محددة لإعادة التوازن العقدي بملء النقص فيه مما يسمح بتنفيذه بحسن نية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بتعديل الشرط الجزائي

إنّ تقلبات السوق السريعة والحادة جعلت الوفاء بالالتزامات والعقود في مواعيدها المحددة ذو قيمة كبيرة للمتعاقدين لما يترتب على ذلك من ربح وخسارة، فنجد أن أغلب المتعاقدين يضمنون في العقود شرطا جزائيا يلزم أحدهما اتجاه الآخر بدفع مبلغ مالي أو أي شيء آخر إذا امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه.

يهدف الشرط الجزائي "التعويض الإتفاقي" إلى الضغط على المدين لتتفيذ إلتزامه أو عدم التأخر فيه، كما أنه تعويض للدائن مُقدَّر مقدماً عن وقت وقوع الضرر الذي يترتب عن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو التأخير فيه؛ ولما كان هذا منوط بإرادة الطرفين، فتارة يكون مبالغاً فيه بالنسبة لقيمة الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو تأخيره فيه، وتارة أخرى يكون تافهاً لا يتناسب مع جسامة الضرر، الأمر الذي يجعله شرطاً ظالماً إما للمدين، وإما للدائن، لذلك تدخل المشرع -استثناءاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد- بإعطاء القاضي سلطة تتمثل في التخفيف من هذا الشرط إذا كان مبالغاً فيه، أو الزيادة فيه إذا كان تافهاً، شريطة أن شريطة أن يتحقق قبل ذلك من وجود شرط جزائي في هذا العقد ليتمكن من تقديره (المطلب الأول)، ومن تم تعديله بحسب ما تقتضيه العدالة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير الشرط الجزائي

يعد الشرط الجزائي من الأمور المستحدثة في المعاملات اقتضتها طبيعة الحياة، وهو بمثابة اتفاق على مقدار التعويض عن خطأ لم يقع بعد، وقد يكون التعويض مبالغاً فيه إلى حد كبير أو تافهاً لا يتناسب مع الخطأ أو الضرر الذي تحقق، وهنا يتدخل القاضي بموجب السلطة الممنوحة له لرد الشرط الجزائي إلى القدر الملائم الذي يعود به التوازن إلى العقد وتتحقق به العدالة، لكن قبل ذلك يقع على القاضي دور في تقدير وجود شرط جزائي ترتب عنه ظلم وإجحاف، لذلك ولتبيان طريقة تقدير القاضي له لابد من تحديد مفهوم الشرط الجزائي وخصائصه (الفرع الأول)، ثم التأكد من توافر شروط إستحقاقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد مفهوم الشرط الجزائي وخصائصه

من تطبيقات تعديل العقد بواسطة القاضي رغماً عن إرادة الطرفين استثناءاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد، التعديل في مقدار الشرط الجزائي إما بالزيادة عليه أو بالنقصان منه، ولقد

أخذ المشرع الجزائري بالشرط الجزائي في المادة 183 من القانون المدني إذ جاء فيها ما يلي: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة المواد 176 إلى 181"، وانطلاقا من هذه المادة يستوجب تحديد مفهوم الشرط الجزائي (أولا) وتبيان خصائصه (ثانيا).

أولا: تحديد مفهوم الشرط الجزائي

يطلق على الشرط الجزائي عدة تسميات كالبنود الجزائي، التعويض الاتفاقي، الجزاء الاتفاقي، الجزاء التعاقدي، التعويضات الجزائية، لكن عبارة الشرط الجزائي هي من حظيت بالترتيب، ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام الشرط الجزائي في القانون المدني دون أن ينص على تعريف له، أما الفقه فتناول تعريفه كالآتي:

الشرط بسكون الرأ لغة يفيد إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والشرط بفتح الرأ يفيد العلامة، والشرط هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته¹؛ ومنه الاشتراط الذي يشترط الناس بعضهم على بعض لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها²، وقيل أن الشرط في المعنى سبب لوجود الجزاء³.

أما الجزاء في اللغة مصدر للفعل جزي وهو المكافأة على الشيء، جزاه به وعليه جزاءً وجزاه مجازةً؛ الجزاء القضاء؛ والجزاء يكون ثوابا ويكون عقابا⁴؛ وهو يستعمل فيما لا يجزم

¹ - الموسوعة الفقهية، الجزء السادس والعشرون، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطابع دار الصفة، الطبعة الأولى، الكويت، 1992، ص5.

² - للإمام العلامة ابن منظور، لسان العرب، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الثالثة، لبنان، 1999، ص82. ص83.

³ - لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، لبنان، 1998، ص529.

⁴ - للإمام العلامة ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الثالثة، لبنان، 1999، ص278. ص279.

وقوعه وعدم وقوعه، وقد ورد القرآن (جزى) دون (جازى)، وذلك أن المجازاة هي المكافأة، والمكافأة مقابلة نعمة بنعمة هي كفؤها¹، أي المكافأة بالخير أو الشر حسب العمل².

يعرف الشرط الجزائي بأنه التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدما بدلا من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو يتفقان على مقدار التعويض في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه³؛ أو بأنه ذلك الاتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين إلتزامه أو تأخر في تنفيذه، ولقد سمي كذلك لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي⁴؛ كما يعرف بأنه اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الإلتزام الأصلي جزاء على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك⁵.

تفيد هذه التعريفات للشرط الجزائي أنه عبارة عن اتفاق بين المتعاقدين على إدراج شرط في العقد يحددان فيه مبلغ التعويض الذي يلتزم به الطرف الذي أخل بالتزامه، وهذا التعويض قد يكون جزاء لعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخير في التنفيذ.

إن الاتفاق عن مقدار التعويض حتى يعتبر شرطا جزائيا، يجب أن يبرم قبل الإخلال بالتنفيذ، سواء كان هذا الاتفاق واردا في العقد أو في اتفاق لاحق، أما الإتفاق بعد وقوع الضرر فإننا لا نكون بصدد شرط جزائي، بل تصالح، وتطبق الأحكام الخاصة بعقد

¹ - لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، المرجع السابق، ص352. ص356.

² - معجم ألفاظ القرآن الكريم، الجزء الأول، مجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية، جمهورية مصر العربية، 1989، ص225.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام: الإثبات-آثار الإلتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1958، ص856.

⁴ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص173.

⁵ - ناصر أحمد إبراهيم النشوي، التعامل بالشرط الجزائي بين الشريعة والقانون -دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية،

الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2013، ص48.

الصلح¹؛ والغالب في الشرط الجزائي أن يكون مبلغا من النقود، ولا يوجد ما يمنع أن يكون شيئا آخر غير النقود كأن يكون عملا أو امتناعا عن عمل²، كما يجوز الاتفاق عليه في جميع العقود³.

وأمثلة الشرط الجزائي عديدة، كالشرط الذي يرد في عقود النقل بالسكك الحديدية أو الطيران من تحديد مبلغ معين يدفعه الناقل للراكب في حالة فقد الطرود والأمتعة، وكذلك النص في عقود المقاولة والتوريد على دفع مبلغ محدد متفق عليه في حالات تأخير تنفيذ العمل المتفق عليه⁴.

يلاحظ أن الشرط الجزائي قد يختلط بأنظمة قانونية أخرى كالعربون إلا أن الفقهاء فرقوا بينهم بوضوح⁵، فالعربون مبلغ من النقود أو أي شيء آخر غيره، يقوم أحد المتعاقدين بإعطائه للآخر عند التعاقد على أمل إتمام العقد ولا يتصور أن يتفقا عليه بعد التعاقد عكس الشرط الجزائي الذي يمكن أن يتفقا عليه في اتفاق لاحق قبل وقوع الضرر⁶، كما أن العربون عبارة عن مقابل لحق العدول عن العقد لأحد المتعاقدين فيتم دفعه ولو لم يصب

¹- محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام: النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009، ص77.

²- وليد صلاح مرسى رمضان، المرجع السابق، ص703.

³- قضت محكمة النقض المصرية بما يلي: "الشرط الجزائي متى تعلق بالترام معين وجب التقييد به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الإلتزام أيا كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضمنه بيعا كان أو تعهداً من جانب الملتزم بالسعي لدى الغير لإقرار البيع". الطعن رقم 87 لسنة 18 قضائية، الصادر بجلسة 1950/01/12، مكتب فني (سنة1-قاعدة52-صفحة180)، على الرابط: www.cc.gov.eg

⁴- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص325.

⁵- SAMIR TANAGHO, op.cit, p173

⁶- ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص626.

الدائن بضرر ما¹، بخلاف الشرط الجزائي الذي هو رهن بوقوع الخطأ مع إحداث الضرر بالدائن من جراء الخطأ، وتقريباً على ذلك فالعربون لا يتم تخفيضه بخلاف الشرط الجزائي الذي يجوز للقاضي تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه، وأخيراً يعد العربون من قبيل الإلتزام البدلي الذي يقوم به المدين بدلاً من تنفيذ إلتزامه الأصلي².

تختلط الغرامة التهديدية³ بالشرط الجزائي لأن الأولى تتسم بالطابع القهري والتهديد المالي الأمر الذي يجعلها قريبة كل القرب من الشرط الجزائي الذي يتسم بالتهديد المالي خاصة في الحالة التي يرتبط فيها الشرط الجزائي بالتأخير في تنفيذ الإلتزام⁴، إلا أن الإختلاف الجوهرى بينهما يكمن في أن الغرامة التهديدية هي وليدة قرار قضائي⁵، بينما الشرط الجزائي فهو وليد اتفاق بين المتعاقدين ويستمد أساسه من إخلال المدين بإلتزامه

¹- تنص المادة 72 مكرر من القانون المدني على ما يلي: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقدته. وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

²- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص324.

³- تعد الغرامة التهديدية عبارة عن مبلغ من المال يكون نقدي في الغالب يحكم به القاضي على المدين المماطل عن كل فترة زمنية بيوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه المدين عن الوفاء بإلتزامه يقتضي تنفيذه تدخله الشخصي. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني: أحكام الإلتزام، دار الكتب الوطنية، الطبعة الأولى، ليبيا، 2004، ص44.

⁴- سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2009، ص240. أنور سلطان، المرجع السابق، ص174.

⁵- بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن القاضي له أن يأمر بالغرامة التهديدية في حالات عدة، كالحالة التي يأمر فيها بإحضار وثيقة أصلية أو نسخة منها تحت طائلة الغرامة التهديدية طبقاً للمادة 169 من نفس القانون، أو الحالة التي يأمر فيها أحد الخصوم بإدخال شخص ما مفيد لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة طبقاً للمادة 201 منه.

العقدي، كما أن الغرامة التهديدية هي محض تهديد لحمل المدين على الوفاء¹، عكس الشرط الجزائي الذي يمثل تعويض عن الإخلال بالالتزام العقدي².

يخضع تقدير الشرط إن كان جزائياً من عدمه للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، بمعزل عن الوصف القانوني الذي يعتمده المتعاقدان في العقد، ذلك أن المتعاقدان قد يصفيا الشرط بأنه شرط جزائي في حين لا يعدو أن يكون مجرد عربون، وذلك تطبيقاً للمادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم. يفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة علي".

ثانياً: خصائص الشرط الجزائي

يتصف الشرط الجزائي بعدة خصائص تميزه عن غيره من المفاهيم القانونية، وهي: أنه اتفاق مسبق على تقرير التعويض (1)، وأنه تابع للالتزام الأصلي (2)، بالإضافة إلى أنه التزام احتياطي (3).

1: الشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقرير التعويض

من الخصائص المميزة للتعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي، أنه ينشأ بمقتضى إتفاق الأطراف، أي أنّ الإتفاق الإرادي للمتعاقدين هو المصدر الوحيد لهذا الشرط، ولذلك يحتاج لقيامه تدخل إرادة الدائن من جهة بتقرير التعويض الإتفاقي ضماناً لعدم تنفيذ الإلتزام العقدي، وإرادة المدين من جهة أخرى، بقبوله له من خلال الإلتزام به في حالة الإخلال

¹ - تنص المادة 982 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "تكون الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر".

² - فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص324. حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص147. ص148.

بالالتزام الأصلي¹، وهو شرط قد يرد في العقد الأصلي المنشأ للالتزام أو ينشأ في إتفاق لاحق عن العقد على أنه يتعين الإتفاق عليه قبل وقوع الضرر المعوض عنه اتفاقاً طبقاً للمادة 183 من القانون المدني.

يخضع الشرط الجزائي بصفته إتفاقاً لمبدأ سلطان الإرادة وتسري عليه أحكام العقود من حيث أركانه وشروطه وآثاره سواء تم الإتفاق عليه في ذات العقد أو في إتفاق لاحق².

يتفرع عن هذه الخاصية أن الشرط الجزائي بإعتباره تقدير اتقائي للتعويض أو تسوية اتفاقية فإنه يحدد بصفة مسبقة وجزافية³، لأن المتعاقدين يقدران التعويض المستحق مقدماً قبل التنفيذ وقبل وقوع الضرر، ولا يستطيعان التنبؤ بدرجة جسامته، فيكون بذلك جزافياً ومن الطبيعي حتماً أن يختلف التقدير عن مقدار الضرر الحقيقي أو الفعلي على الدائن جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه⁴.

2: الشرط الجزائي إلتزام تابع للإلتزام الأصلي

الإلتزام بالشرط الجزائي هو إلتزام تابع لا إلتزام أصيل⁵، فالإلتزام الأصلي هو ما إلتزم به المدين من عمل أو إمتناع أو إعطاء، أما الشرط الجزائي فهو إلتزام تابع حيث لا يجوز

¹ - حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص149.

² - سليمان مرقس، في الإلتزامات: أحكام الإلتزام، دار الكتب القانونية شتات، الطبعة الثانية، مصر، ص187. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص801.

³ - بورنان العيد، الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم: تخصص قانون خاص فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2020/2019، ص34.

⁴ - طيب فائزة، المرجع السابق، ص273.

⁵ - SAMIR TANAGHO, op.cit, p174.

الإلتزام عليه إستقلالاً لأنه لا يقوم إلا بجانب إلتزام أصلي، أي يتبعه وجوداً وعدمًا سواء اتفق عليه أثناء التعاقد أو لاحقاً¹، ويترتب على هذه الصفة الجوهرية والأساسية:

- أن بطلان الإلتزام الأصلي يؤدي لا محالة إلى بطلان الإلتزام التبعي بإعتباره جزء لا يتجزأ من العقد الأصلي إعمالاً لفكره أن التابع يتبع الأصل، غير أن بطلان الشرط الجزائي لا يترتب عليه بطلان الإلتزام الأصلي².

- إذا كان الإلتزام الأصلي موصوفاً كما لو إذا كان معلقاً على شرط أو مضاف إلى أجل، فإن هذه الأوصاف تلحق الشرط الجزائي بالتبعية³.

- إذا سقط الإلتزام الأصلي نتيجة إستحالة تنفيذه، بقوة قاهرة، سقط معه الإلتزام بالشرط الجزائي⁴.

- إذا فسخ العقد، سقط الإلتزام الأصلي ومعه الشرط الجزائي أيضاً.

3: الشرط الجزائي إلتزام إحتياطي

إنّ الشرط الجزائي ليس إلتزام بدلي⁵ أو إلتزام تخييري⁶، بل هو وسيلة إحتياطية لا يلجأ إليه إلا عند تحقق سببه، وعلى ذلك إذا تقدم المدين للتنفيذ العيني فلا يجوز لدائنه أن يطالب

¹- محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص80. أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص802.

²- بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص224.

³- نفس المرجع، ص225.

⁴- محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص81.

⁵- عرفت المادة 216 من القانون المدني الإلتزام البدلي بأنه: "يكون الإلتزام إختيارياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر".

⁶- عرفت المادة 213 من القانون المدني الإلتزام التخييري بقولها: "يكون الإلتزام تخييراً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ

ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

بالتعويض المقدر عن عدم التنفيذ، وكذلك فإن الدائن لا يكون ملزماً بقبول التعويض إلا في الأحوال التي لا يتحقق فيها التنفيذ العيني للإلتزام الأصلي¹.

وما يجب الإشارة إليه هو أن الشرط الجزائي

الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي

سبق وأن رأينا أنّ الشرط الجزائي هو اتفاق مقدم المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقيم المدين بتنفيذ إلتزامه أو تأخر في تنفيذه؛ ويشترط في استحقاق هذا التعويض ما يشترط في استحقاق التعويض طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، أي أن يكون هناك خطأ من المدين يتمثل في الإخلال بالإلتزام العقدي (أولاً)، وأن يتحقق عن ذلك ضرر بالدائن (ثانياً)، كما يجب قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر (ثالثاً)، كما يشترط لاستحقاقه أيضاً أن يقوم الدائن بإعذار المدين (رابعاً)، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولاً: شرط الخطأ

إنّ القاعدة الأولى لإستحقاق التعويض الاتفاقي يجب أن يتوافر خطأ عقدي في جانب المدين متمثل في إخلاله بالإلتزام الأصلي سواء بعدم تنفيذه أو التأخير في الوفاء به إذا كان الشرط جزاء عن التأخير مع عدم إخلال الدائن بالإلتزامه، أما إذا تخلف الخطأ فلا محل لإعمال الشرط الجزائي؛ ويقع إثبات هذا الخطأ على الدائن، إلا إذا كان الإلتزام العقدي الذي قصد المدين الوفاء به الإلتزام بتحقيق نتيجة، فيكفي من الدائن إثبات عدم تحققها ليفترض

¹ - رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام: دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1994، ص116.

الخطأ من جانب المدين، ويكون على هذا الأخير إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي¹.

ثانياً: شرط الضرر

يشترط للحصول على الشرط الجزائي حدوث ضرر للدائن من جراء عدم التنفيذ أو التأخير، وهذا ما نصت عليه المادة 184 من القانون المدني في فقرتها الأولى بقولها: "لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

يستشف من المادة أنه لا تعويض إذا لم يوجد ضرر، كما يلاحظ أن المشرع خرج عن القواعد العامة في شأن إثبات الضرر، فنقل عبئ الإثبات من الدائن إلى المدين، بمعنى أنه ليس على الدائن إثبات الضرر بل على المدين إثبات انتفائه، وهذه هي الفائدة التي يجنيها الدائن من تضمين العقد شرطاً جزائياً.

يعتبر شرط وقوع الضرر من النظام العام، لا يمكن للأطراف الإتفاق على إستبعاده، طبقاً لأحكام المادة 184 الفقرة الثالثة من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي لاستحقاق الشرط الجزائي توافر ركني الخطأ والضرر وإنما يجب أن تقوم وتحقق العلاقة السببية بينهما، وهي إمتناع المدين عن تنفيذ إلتزامه أو التأخير في تنفيذه هو

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص176. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص184. وليد صلاح مرسى رمضان، المرجع السابق، ص703.

الذي ألحق بالدائن ضرر، أي النتيجة الحتمية لإخلال المدين بالتزامه، والذي بسببه تضرر الدائن¹.

إنّ العلاقة السببية مفترضة إذ لا يطلب من الدائن إثباتها، إلا أنه يقع على المدين عبء نفيها، فإذا انتفت هذه العلاقة السببية بإثبات المدين للسبب الأجنبي، أو إنتفت بأن الضرر كان غير مباشر أو كان غير متوقع في المسؤولية العقدية، فلا تتحقق المسؤولية، ومن ثم فلا يستحق التعويض ولا محل لإعمال الشرط الجزائي².

رابعاً: الإعذار

بالإضافة إلى الشروط السابقة، فإنه يجب توجيه الإعذار للمدين كشرط لاستحقاق التعويض وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 179 من القانون المدني بقولها: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2000/01/12 والذي قضت فيه بما يلي: "من الثابت قانوناً أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ولما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن أثار دفعا بأن المطعون ضدها لم تقم بتوجيه إعذار مسبق كما تشترطه المادة 180 من القانون المدني الجزائري وبتجاهل قضاة الموضوع هذا الدفع وعدم مناقشته فإنهم أخطأوا، مما ينبغي التصريح بنقض القرار المطعون فيه"³.

يقصد بالإعذار دعوة المدين من قبل دائنه للقيام بتنفيذ إلتزامه وتنبهه إلى أن تأخره في هذا التنفيذ يترتب عنه مسؤولية عن تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة هذا

¹ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص117.

² - محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص84. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص740.

³ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2000/01/12، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الأول، ص110.

التأخر¹، ويكون إعدار المدين إما بإنذار أو بما يقوم مقام الإنذار، أو عن طريق البريد، أو على وجه يتفق عليه الأطراف كما يجوز أن يكون المدين بمقتضى الاتفاق معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر طبقا لنص المادة 180 من القانون المدني؛ غير أن هناك بعض الحالات لا يشترط فيها المشرع ضرورة لإعدار المدين نص عليها في المادة 181 من نفس القانون إذ جاء فيها: "لا ضرورة لإعدار المدين في الحالات الآتية:

-إذا تعذر تنفيذ الإلتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين،

-إذا كان محل الإلتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر،

-إذا كان محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك،

-إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ إلتزامه".

ولكي يكون الإنذار مجديا يجب أن يكون عند حلول أجل الشرط الجزائي أو بعده ولا يكون قبله، ويصح للدائن أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ الإلتزام في الإعدار الموجه لهذا الأخير من قبل الدائن دون أن يؤثر ذلك على قوة الإعدار لأنه متى حل الأجل الممنوح أصبح المدين معذراً².

بناء على ما سبق، نخلص إلى أنه يجب على القاضي من خلال سلطته التقديرية أن يبحث في كل الشروط السابقة، ومراقبة مدى مشروعية هذا الاتفاق ومقدار التعويض المنفق عليه إن كان يتناسب والضرر الناجم عن الإخلال بالإلتزام أو التأخر في تنفيذه، وله بعد ذلك أن يحكم بالتعويض المقرر في الشرط الجزائي كما ورد في العقد أو يتدخل لتعديله.

¹ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المرجع السابق، ص46.

² امجد ارحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين: دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة مولانا مالك ابراهيم الإسلامية الحكومية، 2016، ص75.

هذا ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في شأن إسقاط التعويض الإتفاقي متى ثبت له أن التنفيذ أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه¹، أو ثبت إنتفاء الضرر أو العلاقة السببية بين الخطأ والضرر أو تخلف شرط الإعدار في حالة وجوبه كشرط لاستحقاق الشرط الجزائي.

المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بتعديل الشرط الجزائي

الأصل في التعديل أن يتم بإرادة الطرفين، طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ولكن المشرع قد أعطى-إستثناءا على هذا الأصل- الحق للقاضي أن يُعَدِّلَ في العقد الشرط الجزائي رغما عن إرادة طرفيه.

إن حكمة المشرع في تقرير هذا الإستثناء تتمثل في رفع الضرر عن الناس، لأن الشرط الجزائي هو تعويض عن ضرر يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو تأخيره فيه، وأحيانا يكون الشرط الجزائي هو نفسه ضرر وليس تعويضا عن ضرر، ويكون ضررا إما على الدائن وإما على المدين، فهو ضرر على الدائن إذا كان مبلغا بسيطا لا يتناسب مع جسامته الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو تأخيره فيه وضرر على المدين إذا كان مبالغا فيه بحيث تزيد قيمته عن قيمة الضرر الذي أصاب الدائن².

يتعين على القاضي إذا تحققت شروط استحقاق الشرط الجزائي وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع أن يحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو

¹- تنص المادة 307 من القانون المدني على ما يلي: "ينقضى الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

²- وليد صلاح مرسى رمضان، المرجع السابق، ص702.

نقصان، غير أنه استثناءا من هذا الأصل أجاز المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة (الفرع الأول).

كما تعتبر السلطة الممنوحة للقاضي من النظام العام لا يجوز للأطراف الاتفاق على حرمانه منها باتفاق خاص طبقا للمادة 184 الفقرة الثالثة من القانون المدني: "ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه"، هذا بالإضافة إلى أن المشرع قد وضع بعض القيود لضبط هذه السلطة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو الزيادة

يعتبر الشرط الجزائي كقاعدة عامة ملزما للمتعاقدين وللمحكمة إذا توافرت شروط استحقاقه السالفة، فالقاضي ملزم بان يحكم على المدين الذي أخل بالتزامه بالتعويض المتفق عليه دون زيادة أو نقصان ودون النظر إلى الضرر الذي أصاب الدائن إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، غير أن المشرع منح للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا كان التعويض المتفق عليه مفرطا ومبالغا فيه أو كان المدين قد نفذ الالتزام جزئيا (أولا)، كما له إستثناءاً، سلطة الزيادة في الشرط الجزائي إذا ثبت أن المدين إرتكب غشا أو خطأ جسيما (ثانيا).

أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

جاء في نص المادة 184 من القانون المدني على ما يلي: "لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

يستشف من هذه المادة أنه يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض الإتفاقي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا (1)، أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه (2).

1: تخفيض الشرط الجزائي بسبب التعويض المفرط فيه

الفرض هنا أن المدين لم يقيم بتنفيذ إلتزامه أصلاً، أو تأخر في التنفيذ مدة إستحق من أجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي، ولا يوجد سبب خارجي يبرر تخفيض الشرط الجزائي؛ غير أنه يمكن أن يكون الشرط الجزائي مستحقاً لكنه مبالغ فيه مع علم الطرفان وقصدهما بأن يجعلاه شرطاً تهديدياً أو عقوبة يفرضها الدائن على المدين أي خروجاً عن المعنى الأصلي للتعويض، فهنا جاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر¹، وذلك بإزالة ما فيه من إفراط دون جعله مساوياً للضرر، لأنه لا يكفي لتخفيض قيمة الشرط الجزائي أن تكون في التقدير زيادة بحيث تتجاوز قيمته قيمة الضرر، وإنما يجب أن تكون الزيادة مبالغاً فيها إلى درجة كبيرة²، ومثال ذلك، إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود فيكون المقصود من الشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يجيب تخفيضها إلى الحد القانوني³.

يلاحظ أن المشرع الجزائري إستعمل مصطلح "الإفراط"⁴ دون أن يحدد العناصر التي تساعد القاضي على التمييز بين الشرط الجزائي المبالغ فيه والشرط الجزائي المعقول، إلا أنه وكمبدأ عام فإن تقدير الإفراط أو المغالاة في الشرط يتم بشكل موضوعي عن طريق المقارنة بين الضرر الحاصل فعلاً، ومبلغ التعويض المتفق عليه مع الأخذ بعين الإعتبار الظروف الخاصة بالمتعاقد وحسن نيته⁵.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص871.ص873.

² عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المرجع السابق، ص65.

³ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص86.

⁴ "الإفراط معناه عدم التناسب الكبير بين قيمة التعويض المتفق عليه، والضرر اللاحق بالدائن مما يؤدي إلى تعسفات".

⁵ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص67.

كذلك لم يحدد المشرع الوقت الذي يتم فيه التقدير، هل العبرة بوقت إبرام العقد أو وقت تنفيذه، والرأي الراجح في ذلك والذي يتماشى مع وظيفة الشرط الجزائي أن يتم التقدير يوم إستحقاق الشرط الجزائي لأنه يمكن في ذلك الحين من معرفة الضرر والقدرة على تقديره¹.

يقع عبئ الإثبات ما إذا كان مقدار الشرط الجزائي مبالغاً فيه على المدين²، ولا يكفي أن يثبت المدين أن التقدير الوارد في الشرط الجزائي يزيد على مقدار الضرر الذي وقع فعلاً، بل يتعين عليه إثبات أن هذا التقدير قد انطوى على مبالغة إلى درجة كبيرة بحيث لا تتناسب مع حجم الضرر الواقع فعلاً³.

متى أثبت المدين أن تقدير الشرط الجزائي كان مفرطاً وتبين للقاضي أن المبالغة فيه كانت فاحشة وترتب عنها إجحاف للمدين، أعمل القاضي سلطته التقديرية في التخفيض لإيجاد التوازن بين قيمة التعويض والضرر اللاحق بالدائن، على أن يبين الأسباب التي اعتمدها في ذلك كي لا يكون حكمه مشوباً بالقصور؛ والتخفيض يكون يكون إلى حد يتناسب مع الضرر ولا يتحتم أن يكون مساوياً له ذلك أن تقدير التعويض الذي يجبر الضرر مسألة تقديرية بحتة سواء تعلق بإرادة الأطراف أو بعمل القاضي، وهي ليست مسألة حسابية بسيطة يمكن أن يصل فيها العديد من الناس إلى نتيجة واحدة تفيد مساواتها للضرر الواقع فعلاً⁴؛ أما إذا تبين له أن الشرط مبالغ فيه ولكن هذا الإفراط عادي فيمكنه رفض تخفيض الشرط الجزائي ويحكم به كما هو⁵.

¹ - طيب فائزة، المرجع السابق، ص 287.

² - محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 86.

³ - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 338. ص 339.

⁴ - خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، أحكام الإلتزام في الفقه الإسلامي ونظام المعاملات المدنية السعودي، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 2018، ص 81.

⁵ - حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 158.

2: تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي

يقتضي العدل أن الشرط الجزائي لا يستحق بكامله إلا إذا لم ينفذ المدين التزامه كاملاً، وبالتالي إذا كان الشرط الجزائي مشروطاً عن عدم التنفيذ، وأثبت المدين أنه نفذ الإلتزام تنفيذاً جزئياً قبله الدائن جاز للقاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من إلتزامه، ولا يكون في هذا التخفيض أي مساس بما إتفق عليه المتعاقدان بل هو إحترام لإرادتهما ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين، وينطبق هذا الحكم أيضاً في حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مشروطاً عن التأخر في التنفيذ، فيجوز تخفيض التعويض بالنسبة ما نفذ من الإلتزام بغير تأخير¹.

ولكي يخفض القاضي الشرط الجزائي يجب قيام حالة التنفيذ الجزئي، ولقيام هذه الأخيرة يفترض²:

- "أن يكون الإلتزام الأصلي قابلاً للإنقسام، وتقرير قابليته لذلك مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع؛
- أن يكون التنفيذ الجزئي مفيداً، فإذا ما ثبت أن ما قام به المدين من تنفيذ لن يعود على الدائن بفائدة فلا يحكم القاضي بالتخفيض؛
- ألا يكون هناك اتفاق خاص بالتنفيذ الجزئي، فإذا ما اتفق الأطراف مسبقاً على أسلوب التخفيض في التنفيذ الجزئي فعلى القاضي احترام ذلك".

¹ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 119. ص 120.

² - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 346. صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص 119. طيبب فايزة، المرجع السابق، ص 293.

• أن يتم التنفيذ الجزئي في التزام مستقل، فإذا تضمن العقد عددا من الإلتزامات والشرط الجزائي يضمن تنفيذ كل منها بصورة مستقلة، وأقدم المدين على تنفيذ أحدها فقط، فإنه لا يعتبر تنفيذا جزئيا، فالتنفيذ الجزئي يرتبط بكل تعهد على حدى.

بناء على ذلك، إذا كان محل الإلتزام لا يقبل التجزئة بحيث لا يستطيع الدائن أن يستفيد منه إلا إذا تم بالكامل، فإن القاضي في هذه الحالة لا يجوز له أن يخفض الشرط الجزائي إذا نفذ المدين جزءا منه¹.

يُشترط أن يخفف التعويض المتفق عليه إلى الحد المعقول الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق الدائن أي لا يمكن للقاضي أن ينقص الشرط الجزائي إلى ما دون قيمة الضرر الحقيقية²؛ كما أنّ تخفيض مقدار التعويض لا يكون إلى حد التساوي بين المبلغ المحكوم به وقدر الضرر الذي وقع فعلا ، وإنما يكون الأساس هو المبلغ المقدر في التعويض الاتفاقي، فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الإلتزام الأصلي، ويحكم بالمبلغ الباقي ولو كانت قيمة الضرر الذي أصاب الدائن تقل فعلا عن هذا المبلغ، إلا إذا كان الفرق يصل إلى الحد الذي يصبح فيه هذا المبلغ، كتعويض عن الضرر الواقع، مبالغ فيه إلى حد كبير، عندئذ يجوز تخفيضه إلى الحد المناسب³.

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

تنص المادة 185 من القانون المدني على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحددة في الإتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطلب أكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما".

¹ - وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص706.

² - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص586.

³ - عبد الحميد شنيطي، المرجع السابق، ص91.

يستخلص من هذه المادة أن الأصل عدم جواز الزيادة في الشرط الجزائي إلا أنه إستثناءً أجاز المشرع للقاضي أن يزيد المبلغ المحدد في الشرط الجزائي حتى يعيد التوازن للعلاقة العقدية بشرط أن يطلب الدائن الزيادة ويثبت بأن المدين قد ارتكب غشاً¹ أو خطأ جسيماً² في عدم تنفيذ إلتزامه، فإذا لم يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً في عدم تنفيذ إلتزامه، أو عجز الدائن عن إثبات غش المدين أو خطئه الجسيم، فالدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بقيمة الشرط الجزائي المتفق عليها حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي أصابه³.

غير أنه إذا لحق بالدائن ضرر نتيجة غش المدين أو خطئه الجسيم كما لو تعمد عدم تنفيذ إلتزامه، فيحكم القاضي بزيادة مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع حتى ولو كان أكثر من قيمة الشرط الجزائي⁴، وفي هذه الحالة إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، وتقرر للقاضي بأن الشرط الجزائي مرتفع أو منخفض إلى درجة

¹ يقصد بالغش كل عمل يعمد إليه الشخص بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر، ويتضمن الغش بهذا المفهوم معنى الغدر وهو يشوب سبب نشوء الحق ويجعله على غير أساس مشروع لأن الحق قد فقد ميزته الخلقية والاجتماعية وانصرف إلى إلحاق الأذى بالمجتمع. وبالتالي لكي نكون بصدد غش يجب أن تتوافر ثلاثة عناصر: 1- الركن المادي المتمثل في صورة الفعل أو الكتمان والتترك الصادر عن نية سيئة. 2- الإرادة الواعية واليقظة ويقظة وعلى علم بما تقدر عليه إلى ارتكاب الفعل. 3- الركن المعنوي المتمثل في القصد الإضرار بالغير. جابر محمد ظاهر مشاقبة، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية: دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2012، ص112.

² يقصد بالخطأ الجسيم هو كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من المدين بالتزام عقدي أو من تابعيه بطيش مقرون بعلم لما ينجم عنه من ضرر؛ وفكرة الخطأ الجسيم ليست واحدة في القوانين المدنية الحديثة فقد يراد بها الخطأ الذي يبلغ حداً من الجسامه يسمح بافتراض سوء نية الفاعل من عدم توفر الدليل عليها، وقد يقصد بها تارة أخرى الإهمال أو عدم التبصر الذي يبلغ من الجسامه حداً يجعل له أهمية خاصة، ويقصد بها أيضاً الإخلال بواجب ثابت محقق أيضاً لا شك فيه ولا جدال بشأنه. نفس المرجع، ص113. ص114.

³ خليل حسن أحمد قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني: أحكام الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 1992، ص44. فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص326.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص878. ص879.

كبيرة مقارنة بالضرر الذي أصاب الدائن وجب عليه أن أن يزيد في المبلغ المحدد بالشرط في حدود الضرر الذي أصاب الدائن، مع تسبب حكمه وإلا كان معرضاً للنقض¹.

الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

إنّ قاضي الموضوع في تعديله للتعويض الإتفاقي، يتمتع بسلطات واسعة إزاء نشاطه التقديري، ولكن هذه السلطة ليست مطلقة، ذلك أن النشاط التقديري يدور في إطار معين، يجب بمقتضاه أن لا يتعداه ضماناً لعدم تحكم القضاة وعدم مغالاتهم في التعديل، وضمناً لعدم زعزعة الثقة في العقود المبرمة بما يحقق العدالة العقدية من جهة والأمن التعاقدية من جهة ثانية من خلال تحقيق الانسجام بين أحكام القضاة عند مواجهة ما يعرض عليهم من قضايا ومشكلات.

يتقيد القاضي بالطلب القضائي (أولاً)، وهو ملزم بأن لا ينزل ويزيد في مبلغ الشرط الجزائي إلى ما دون الضرر (ثانياً)، بالإضافة إلى أن سلطة القاضي جوازية (ثالثاً)، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولاً: ضابط التقيد بالطلب القضائي

يتقيد القاضي بمبدأ "لا يحكم القاضي إلا بما يطلبه الخصوم"، وإلا كان متعسفاً في إستعمال سلطته؛ ويقصد بذلك أنه لا يجوز له أن يعدّل التعويض الإتفاقي أي الشرط الجزائي من تلقاء نفسه لعدم وجود نص يفيد ذلك، وإنما يتقيد في ممارسته لسلطته بطلب أحد المتعاقدين الذي يكون قد تضرر من عدم التناسق بين الضرر اللاحق به ومقدار التعويض².

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص180. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص340. صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص121.

² - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص349.

كما يجب على القاضي أن يسبب حكمه متى قرر تعديل الشرط الجزائي سواء كان ذلك بتخفيضه أو بزيادته، غير أنه عند رفضه لتعديل الشرط الجزائي هو غير ملزم بالتسبب والتعليل لأنه ببساطة في هذه الحالة يطبق اتفاق أطراف العقد¹.

ثانياً: لا يجوز للقاضي النزول بمبلغ التعويض الاتفاقي إلى ما دون الضرر

إن حرية القاضي في تقدير الضرر وسلطة التعديل للمبلغ المتفق عليه ليست مطلقة، وإنما هناك حدود عليه، إذ لا يمكن له أن يمنح الدائن مبلغاً أقل من الضرر أي لا يستطيع النزول عن هذا الحد الأدنى، أي الضرر، في أي حال من الأحوال²، كما لا يجوز للقاضي النزول بما يحكم به إلى ما يساوي قيمة الضرر، لأن في ذلك إهدار للتعويض الاتفاقي لأن الغرض منه الضغط على المدين وهو بمثابة إبطال له وبالتالي تقتصر سلطة القاضي في رفع المبالغة والإفراط الكبيرين في تقدير التعويض³.

أما في حالة زيادة الشرط الجزائي بسبب الغش أو الخطأ الجسيم فإنه يتعين على القاضي تقدير التعويض بما يتفق والضرر اللاحق بالدائن⁴، ولا يتصور أن يزيد عن جبر الضرر إثراء للدائن.

ولما كان التعديل استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإنه يتعين على القاضي أن يمارس سلطته في التعديل بالتخفيض أو الزيادة للشرط الجزائي بحذر وبطريقة إستثنائية.

¹ - ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص 123.

² - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 586. سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص 76.

³ - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 343. طيب فايزة، المرجع السابق، ص 291.

⁴ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 180.

ثالثاً: سلطة القاضي جوازية

جاء في نص المادة في المادة 184 الفقرة الثانية من القانون المدني عبارة "ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض"، فيستشف منها أن تدخل القاضي مقرر على سبيل الجواز وليس الوجوب؛ ولكن في حقيقة الأمر إذا توصل القاضي أن المدين قد أثبت تقدير التعويض الاتفاقي كان مفرداً مقارنة بالضرر الحاصل للدائن، وجب عليه تخفيضه، وإلا عرض حكمه للنقض والإبطال على أساس تناقض التسبب مع المنطوق، والعبارة السابقة لا تفسر على أساس أنها سلطة جوازية وإنما هي وجوبية ذلك أن القول بالتفسير الأول يؤدي إلى إهدار الفائدة من إدراج الحماية المقررة من المشرع للمدين من جراء الإفراط في تقدير التعويض الإتفاقي¹، كما أن تدخل القاضي هنا ضرورة اجتماعية لأنه يجب أن يتدخل في العقد كلما كانت الاتفاقات أو الاشتراطات تتطوي على إخلال بالعدالة².

يجب الإشارة إلى أن سلطة القاضي الجزائي في زيادة الشرط الجزائي تقتصر على حالتها غش المدين والخطأ الجسيم، لأن التشريعات أولت المدنية الحديثة أهمية للغش والخطأ الجسيم في التصرفات القانونية لأن الأصل في العقود حسن النية في انعقادها وتنفيذها، فإذا ارتكب البائع غشاً أو خطأ جسيم يكون قد خالف مبدأ حسن النية الواجب في العقد، أي بمعنى آخر يكون قد ارتكب إخلالاً غير متوقع أثناء التعاقد ترتب عليه ضرر غير متوقع للمشتري فتثبت سوء نيته³؛ وسلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي في حالة ما أثبت الدائن غش المدين أو خطئه الجسيم أقرب إلى الوجوب وإلا ما الفائدة من نص المادتين 185 و2/178 من القانون المدني التي يفهم منهما أنه متى ثبت الغش والخطأ الجسيم فإن

¹ - طيب فائزة، المرجع السابق، ص.291.

² - عبد الحميد شنيقي، المرجع السابق، ص.87.

³ - جابر محمد ظاهر مشاقبة، المرجع السابق، ص.111.

المسؤولية ترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدي وبالتالي استحق الدائن جبر ضرره بالزيادة في مقدار التعويض الاتفاقي.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بتكملة العقد

يتجه الذهن عند التحدث عن "تدخل القاضي لإحداث التوازن العقدي" إلى سلطته التفسيرية والتعديلية كون سلطته في ذلك تكون لها جراءة وأهمية لأنها العلاج الفعال للخلل في التوازن، ويغفلون بذلك سلطته التكميلية التي تعد خرقاً فادحاً للمبادئ الأساسية للقانون المدني خاصة مبدأ سلطان الإرادة، فهي صورة من صور التعديل العقدي بالإضافة وإستثناء على مبدأ عدم المساس بالعقد¹، أين يتدخل القاضي بإضافة إلتزامات إلى مضمون العقد الأصلي وفق معايير وضعها المشرع مستندا على حجة إعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين.

إنّ سلطة القاضي في استكمال تفرض أن هناك عقدا صحيحا قد أبرمه المتعاقدين بالإتفاق على المسائل الجوهرية إلا أن هناك مسائل ثانوية تم إغفالها مع أنها ضرورية لتنفيذ العقد تنفيذا يحقق الغرض منه، فيسمح الاستكمال بذلك إستمراريته حماية المتعاقد ضحية الخلل في التوازن، لأنه يعد من الخطأ تجميد العقد على الإرادة المتفق عليها لحظة الإبرام، ومن غير العادل متابعة تنفيذ العقد نظرا لاختلال توازنه، لذلك يفرض مبدأ الاستقامة التعاقدية أن يقبل المتعاقدان بتدخل القاضي وتنفيذ الإلتزامات المضافة بحسن نية²، خصوصا لما نكون أمام علاقة عقدية -متعلقة بمشروع فني أو اقتصادي مستثمر فيه مبالغ ضخمة مهددة بالجمود حيث لا يستطيع الطرفان إتمام تنفيذ العقد وكذلك ليس في مصلحتهم

¹ - سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص18. ص25. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص84. حدي لالة، المرجع السابق، ص. 77.

² - ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص375.

وقف التنفيذ، وبالتالي تقتضي المصلحة الشخصية والمصلحة الوطنية تدخل القاضي لاستكمال هذا العقد من أجل إنقاذه والسير به إلى بر الأمان¹.

لقد منح المشرع للقاضي سلطة التدخل باستكمال العقد إذا توافرت شروط معينة تحقيقاً للعدالة وضماناً لحسن تنفيذ العقد بدلاً من هدمه (المطلب الأول)، فإذا ما ثبتت له هذه المهمة الاستثنائية بتحقق الشروط كان لزاماً عليه أن يقوم بها وفقاً لمصادر محددة قانوناً تمده بما يتناسب ويصلح لملء النقص ويتلاءم وروح العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي في التحقق من شروط استكمال العقد

إن تدخل القاضي لإضافة التزامات لم يتفق عليها المتعاقدان إلى المحتوى العقدي، - استكمال العقد- يعتبر تعديل بالإضافة واستثناء على مبدأ سلطان الإرادة؛ ولكي يعمل القاضي هذه السلطة عليه التأكد من توافر شروط الاستكمال المنصوص عليها قانوناً والتي بموجبها تثبت له سلطة التدخل (الفرع الثاني)، ولكن قبل ذلك لابد من الإحاطة بمضمون الاستكمال كفكرة وآلية تواجه الخلل في التوازن العقدي (الفرع الأول).

الفرع الأول: المقصود بفكرة استكمال العقد

إن فكرة استكمال العقد تعمل على التخفيف من حدة مبدأ سلطان الإرادة وتحقيق التوازن العقدي والعدالة التعاقدية، كما تهدف إلى تحقيق الأمن التعاقدية والقانوني من خلال الإبقاء على العقود خير من هدمها²، فهي تلك السلطة التي يحدد بموجبها القاضي نطاق العقد للمحافظة على التوازن أو لتحقيقه إذا اختل في مرحلة تنفيذه؛ ولتحديد مضمون هذه

¹ - عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني: دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2015، ص13.

² - Thomas PIAZZON, Op.cit, p309.

عبد المجيد غميجة، أبعاد الأمن التعاقدية وارتباطاته، المرجع السابق، ص3.

الفكرة لابد من التعرض إلى تعريف الاستكمال (أولاً) وتمييزه عن بعض المفاهيم التي قد تشتهه وتختلط بهذا النظام (ثانياً).

أولاً: تعريف إستمثال العقد

يفترض مصطلح الاستكمال¹ أن متعاقدين أبرما عقداً صحيحاً ونظاماً تنظيمياً ناقصاً، إذ يكونان اتفاقاً على العناصر الجوهرية دون العناصر الثانوية التفصيلية التي من شأنها أن تُوقف تنفيذ العقد، فيستوجب تدخل إما من طرف المتعاقدين من أجل الاتفاق عليها وإكمالها، وإما تدخل القاضي من أجل استكمالها في حالة قيام خلاف بتنظيمه لهذه المسائل التفصيلية طبقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

الاستكمال من حيث اللغة، مصدر للفعل كمل والكمال هو التمام، والتكميل والإكمال بمعنى الإتمام، واستكملهُ استتمهُ²؛ وكَمَلَ الشيء كمولاً وكمالاً، وقيل التمام الذي تجزأ منه أجزاءه، أي أتمه وجَمَلَه في صفاته فهو كامل³.

لقد عرف بعض الفقه الإستمثال بأنه قيام القاضي بإضافة ما نقص من بنود العقد التفصيلية الناقصة إلى العقد مسترشداً بعدة عوامل حددها المشرع المدني، وهي القواعد

¹ مصطلح الاستكمال أو " التكملة " Complément"، ومصطلح "التطويع" "Forçage" كلاهما يهدف إلى إضافة التزامات إلى العقد من أجل ضمان حسن سير تنفيذه.

-Samir TANAGHO, Op.cit, p131. Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrénois, 2ème édition, Paris, 2005, p384.

صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1997، ص129.

² محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص241.

³ ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني عشر، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الثالثة، لبنان، 1999، ص157.

القانونية والعرف والقواعد المستمدة من مبادئ العدالة بحسب طبيعة الإلتزام¹.

يعاب على هذا التعريف بأنه لم يبرز أهم عناصر الاستكمال، وهو الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد، واحتفاظ الطرفين بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، بالإضافة إلى قيام الخلاف على المسائل التفصيلية التي يتم الإتفاق عليها.

وفي تعريف آخر، جاء فيه أن الإستكمال ما هو إلا تفسير لإرادة المتعاقدين سواء وفقا للنظرية الذاتية أو الموضوعية، أما وفقا للنظرية الذاتية: "التكميل ما هو إلا تفسير لإرادة المتعاقدين وذلك بإكمال التعبير التعاقدى وهو الإرادة الظاهرة بما تتضمنه الإرادة الباطنة لهما المتجهة إلى القانون والعرف وما تقتضيه العدالة وفقا لطبيعة العقد" إذ أن الاختلاف يدور حول تحديد طبيعة هذه الإرادة إذا كانت مفترضة أو حقيقية أو ضمنية؛ أما وفقا للنظرية الموضوعية: "فإكمال النقص في التعبير يستند إلى وسائل الاستكمال بشكل أساسي"².

عيب على هذا التعريف أيضا أنه اختزل جميع عناصر استكمال العقد واقتصر التعريف على طريقة تفسير إرادة المتعاقدين وفقا للنظريتين، إذ لم يبحث في عناصر الاستكمال أو شروطه أو حتى مصادره.

إنّ البحث في مفهوم الاستكمال يجب أن ينطوي على جميع عناصره الأساسية من اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية في العقد والاحتفاظ بمسائل تفصيلية مع قيام بخلاف بشأن هذه الأخيرة؛ لذلك نجده أنه عرّف تعريفا شاملا بالقول أنه: "هو الدور الذي يقوم به القاضي استجابة لطلب أطراف العقد باستكمال ما نقص من بنود تفصيلية حددها المتعاقدان،

¹ - سحر البكاشى، دور القاضي في تكميل العقد، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 2008، ص104.

² - خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2012، ص51.

واختلفا حولها في وقت لاحق لانعقاد العقد، مستعينا في ذلك بمصادر حددها المشرع، وذلك بعد التحقق من انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية فيه"¹.

ثانيا: تمييز استكمال العقد عن بعض الأنظمة المشابهة له

إنّ استكمال العقد كما سبق تعريفه يفترض انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية إلا أن هناك مسائل تفصيلية لم يتفق عليها الأطراف مع أنها ضرورية لتنفيذ العقد بحسن نية، فيتدخل القاضي بسلطته التكميلية وذلك إضافة للالتزامات أخرى من أجل إنقاذ العلاقة العقدية وضمان حسن تنفيذ العقد لتحقيق الغرض والقصد من وراء انعقاده.

نجد أن نظام الاستكمال يشتهب ويختلط ببعض الأنظمة القانونية إلى حد ما، ومن هذه الأنظمة: نظام التفسير، التكيف، التعديل، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

1: تمييز الإستكمال عن التفسير

يقصد بالتفسير تلك هو العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعتري العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به².

يلتقي التفسير مع الاستكمال من حيث أن كلاهما يرد على عقد منعقد وصحيح، ومن حيث المصادر المحددة من قبل المشرع للرجوع إليها من قبل القاضي؛ وكذلك من حيث الرقابة القضائية على قرارات القاضي التي تشمل كل من التفسير والاستكمال³.

¹ - عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص29.

² - عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص17.

³ - دزيري إبتسام، سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، المجلد 12، العدد 01، 2018، ص141.

إلا أن الاختلاف بينهما يكمن في أنّ التفسير يفترض وجود تعبير غامض لا يفصح عما قصده المتعاقدان، لذلك يشرع القاضي بالبحث عما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين لاستخلاص المعنى الحقيقي¹؛ أي أن مدار التفسير هو الكشف عن إرادة موجودة حقيقة ولكن لم يعبر عنها بوضوح²؛ أما الاستكمال فيفترض وجود نقص في تنظيم العقد فيعمل القاضي على تكميله بأن يضيف إلى النية المشتركة ما لم تتناوله سهواً أو عمداً ولكنه يعد من مستلزمات العقد³.

إذن، يختلف التفسير عن التكميل، في أنّ أساس الأول غموض تعبير المتعاقدين، أما الأساس الثاني فهو النقص في تنظيم العقد.

كما يختلفان من حيث الأساس القانوني لكل من النظامين، فنجد أن المشرع نظم قواعد التفسير في المادتين 111 و112 من القانون المدني أما نظام الإستكمال فنظمه المشرع في المادتين 65 و2/107 منه.

2: تمييز الإستكمال عن التكييف

يلتقي نظام الاستكمال والتكييف من حيث سلطة القاضي في التدخل في العقد إذا كانت الالتزامات التعاقدية ناقصة، غير كاملة أو غير واضحة أو متناقضة، إلا أنه يقصد بالتكييف تلك العملية التي يقوم بها القاضي بقصد إعطاء الواقعة القانونية المتنازع عليها

¹- "من المقرر قانوناً، أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ... ولما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه الواجب تسديدها. يكونون قد استعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد؛ قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، الصادر بتاريخ 1997/07/23، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني، ص51.

²- صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص115.

³- خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص62. ص63.

الإسم والوصف القانوني الصحيح من أجل تحديد القواعد القانونية التي تنطبق عليها وتحكمها¹، فيكون دور القاضي هنا هو الدور الكاشف للوصف القانوني للعقد².

كما أن عملية التكييف تقتضي أولاً تفسير إرادة المتعاقدين لتحديد مقصدهما ثم يُقابل القاضي بين تلك الإرادة وبين الماهية القانونية لكل عقد من العقود حتى ينتهي إلى أن تلك الإرادة تتفق وطبيعة عقد مسمى أو أنها تختلف عن أي عقد من العقود المسماة، والعبرة في التكييف ليست بالوصف الذي يطلقه المتعاقدان على العقد لأنها عملية قانونية اجتهادية يسترشد فيها القاضي بالغاية الاجتماعية للعقد، ونتيجته تتمثل في تصحيح التسمية الغلط للعقد³، فلو أعطى شخص سيارته لآخر مقابل 100.000 دج وسمى المتعاقدين العقد بالبيع، كان للقاضي أن يعتبره عقد هبة لأن العوض لا يعادل الثمن الحقيقي للسيارة.

¹ - محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات: العقد، قانون مدني، الطبعة الثانية، تونس، 1997، ص74.

² - "متى كان من المقرر قانوناً أن المشروع نظم أحكام التسيير الحر وتأجير التسيير في أحكام المادة 203 وما بعدها من القانون التجاري، كما نظم كل العقود والتصرفات التي هي من طبيعة تجارية، و إذا اختلف الأطراف حول تحديد طبيعة تكييف العقد إذا أحدهما يكيّفه على أساس أنه تسيير حر، في حين أن الآخر ينازعه في ذلك باعتبار أن العقد لم يفرغ في الشكل الرسمي كما تشترط المادة 3/203 من القانون التجاري، فإنه من المتعين على قضاة الموضوع البت في هذه المسألة القانونية الأساسية التي يتوقف عليها مصير النزاع وذلك بتحديد طبيعة العقد وتكييفها القانوني ليتمكن المجلس الأعلى من مراقبة مدى تطبيق القانون."؛ قرار المجلس الأعلى، الغرفة التجارية والبحرية، الصادر بتاريخ 1983/05/07، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص135.

أنظر أيضاً: قرار المجلس الأعلى، الغرفة التجارية والبحرية، الصادر بتاريخ 1985/07/13، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثالث، ص90. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، الصادر بتاريخ 1990/05/20، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني، ص93.

³ - صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص117. ص118.

أما الاستكمال فهو عملية تسبق عملية تكييف العقد، لأن دور القاضي فيه أنه يُكَمِّل العقد بما نقص فيه بعدما ما يقوم بعملية تكييف العقد لتحديد المصدر المناسب لملىء النقص¹.

3: تمييز الإستكمال عن التعديل

يراد بالتعديل كمفهوم إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عدة عناصر من العقد، سواء بتدخل المشرع، أو باتفاق الأطراف، أو القاضي، وذلك بالإنقاص أو الإضافة بغية المحافظة على العقد².

نجد أن نظام التعديل يتفق مع نظام الاستكمال من حيث إحداث التغيير في العقد بإضافة التزامات جديدة لم يكن العقد يتضمنها عند تكوينه حتى أنه اعتبر الاستكمال صورة من صور التعديل³، وبعبارة أخرى قيل أن الاستكمال سيفضي بصورة حتمية إلى التعديل⁴.

إلا أنه يختلف عنه من حيث أن التعديل يهدف إلى إحداث التوازن العقدي من خلال رفع الظلم عن أحد المتعاقدين بفرض مبادئ العدالة فهو يسير في اتجاه يخالف إرادة أحد المتعاقدين؛ أما الاستكمال فيساهم بإكمال العقد بما يضمن التوازن في التزامات الأطراف فهو

¹ - محمد أحمد سويلم، سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كورونا في القانون المدني والفقهاء الإسلامي: دراسة مقارنة، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالمنصورة، جامعة الأزهر، المجلد 22، العدد 02، 2020، ص1119.

² - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص2.

³ - سمير تناغو، الالتزام القضائي، المرجع السابق، ص79. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص68. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص85. سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص25.

⁴ - صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص119.

يهدف إلى تبيان ما يدخل وما لا يدخل في نطاق العقد لتحقيق -التوازن- أو المحافظة عليه إن كان قائماً¹.

كما أن سلطة القاضي في تعديل العقد تعتبر من النظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها²، أما سلطة القاضي في استكمال العقد فإنها لا تعتبر من النظام العام³.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في التحقق من توافر شروط استكمال العقد

إنّ الأساس القانوني لاستكمال العقد ينطلق من نصي المادتين 65 و107 قانون مدني جزائري، إذ نصت الأولى على أنه: "إذا أتق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف، والعدالة؛ أما الثانية فنصت على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

يُستشف من نص هاتين المادتين، أن القاضي عندما تعرض عليه قضية حول عقد يشمل المسائل الجوهرية (أولا) دون المسائل التفصيلية التي هي ضرورية لتنفيذ العقد (ثانيا)، على أن لا يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق على هذه الأخيرة (ثالثا) يتدخل القاضي من أجل استكمال هذا العقد بالمصادر المحددة قانونا متى تأكد من توافر هذه الشروط.

¹ - عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص67. سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص26.

² - محمد بوكماش، المرجع السابق، ص85.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص620.

أولاً: الاتفاق على المسائل الجوهرية

تعد المسائل الجوهرية الموضوعية تلك المسائل التي تُكوّن العنصر الأساسي في تعريف العقد المراد إبرامه، أي لولاها لما تم التعرف على العقد وتحديد طبيعته¹.

إنّ الاكتفاء بالاتفاق على المسائل الجوهرية لقيام العقد يعد أمراً طبيعياً يفرضه الواقع العملي، ويستفاد ذلك ضمناً من قيام المشرع بوضع قواعد تفصيلية لتنظيم العقود المختلفة؛ ومثال ذلك في عقد البيع تتمثل المسائل الجوهرية في تحديد الثمن والمبيع²، أما في عقد الإيجار تتمثل في الاتفاق على العين المؤجرة والأجرة والمدة³؛ وفي عقد المقاوله تتمثل في العمل الذي يلتزم به المقاول والأجر الذي يلتزم به صاحب العمل⁴.

يقع على القاضي التحقق من وجود هذا الشرط والبحث عما إذا كانت إرادة الموجب وإرادة القابل تطابقتا حول جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه⁵، أي أن يقدر ما إذا انعقد العقد بتطابق الإيجاب والقبول للمتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية وما إذا كانت هاته المسائل تكفي انعقاده، خصوصاً وأن هناك مسائل جوهرية للعقد لا مفر من الاتفاق عليها بين المتعاقدين ولا بد من تطابق الإيجاب والقبول بشأنها، فإن لم يتم التطابق بشأنها فلا يكون هناك عقد⁶.

¹- علي فيلالي، المرجع السابق، ص119.

²-تنص المادة 351 من القانون المدني على أنه: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

³-تنص المادة 467 من القانون المدني على أنه: "الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم".

⁴- تنص المادة 549 من القانون المدني على أنه: "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

⁵- علي فيلالي، المرجع السابق، ص119.

⁶- نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص81.

يسهل تحديد المسائل الجوهرية في ميدان العقود المسماة لكنها في غاية الصعوبة والتطبيق في ميدان العقود غير المسماة التي لم ينظمها المشرع بقواعد محددة والتي لا يمكن حصرها؛ فالقاضي يحدد المسائل الجوهرية في ضوء أحكام القواعد العامة والوقوف على الهدف الاقتصادي المراد تحقيقه من وراء إبرام العقد وذلك بتعيين الالتزامات المحققة لهذا الهدف لتكون بذلك هي المسائل الجوهرية للعقد؛ فمثلا إذا انصب العقد على تقديم خدمة فإن مضمون تلك الخدمة يعد مسألة جوهرية يجب الاتفاق عليها¹.

ثانيا: الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية للاتفاق عليها فيما بعد

يقصد بالمسائل التفصيلية تلك المسائل التي لم يتناولها الإيجاب، وهي لا تمنع قيام العقد إذ هي مسائل ثانوية تقتض أن الطرفين تركاها لأحكام العرف والقوانين المكملة²، فمثلا في عقد البيع تتمثل المسائل التفصيلية فيه زمان ومكان التسليم أو الضمان وغير ذلك من شروط وأحكام البيع، فهي لا تمنع قيام العقد، وإنما يدل عدم الاتفاق عليها إلى إنصراف إرادة المتعاقدين إلى تطبيق القواعد المكملة المنصوص عليها في القانون.

إنّ اشتراط القانون هذا الشرط، يعني أن القاضي ليس له سلطة على العقد إذ قام الطرفان بتحديد المسائل التفصيلية³، أما إذا لم يتعرضا لهاته المسائل عند انعقاد العقد وأجلا

¹ - سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، دور القاضي في إكمال نطاق العقد طبقا للمادة 86 مدني عراقي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية بالعراق، المجلد 01، العدد 01، 2010، ص10.

² - علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 119.

³ - هذا ما ذهب إليه المجلس الاعلى لما قضى بما يلي: "عن الوجه الثاني: الماخوذ من خرق المواد 106 وما بعدها من القانون المدني وفي بيان ذلك يقول أن المجلس قرر عدم الاعتماد بالبنود المدرجة في عقد النقل التي تحدد مسؤولية الناقل طبقا للمادة 52 من القانون التجاري.

وبما أن الأمر يتعلق ببضاعة لم يعلن على قيمتها فإن التعويض عن تلفها يكون حسب المادة 17 من اللائحة العامة التي تتضمن تسعيرة خاصة بنقل البضائع والتي نشرت في الجريدة الرسمية عدد 24 في 20 مارس 1964 والتي يشير إليها العقد والتي تحدد التعويض ب 60 دج للكلغ.

الاتفاق عليها صراحة أو ضمناً أو اختلافاً حولها لاحقاً عند التنفيذ كان للقاضي سلطة استكمالها¹؛ وبالتالي على القاضي أن يستخلص من بنود العقد والظروف المحيطة أن هناك مسائل تفصيلية لم يتفق عليها الطرفان يتوقف عليها تنفيذ العقد واختلال توازنه.

يتفرع عن هذا الشرط، شرط آخر يتمثل في الإختلاف بشأن المسائل التفصيلية بعد إبرام العقد ضمن مفاوضات لاحقة تتماشى مع مبدأ حسن النية ولم يستطع المتعاقدان الوصول إلى إتفاق بشأنها، فهنا يتدخل القاضي لحسم الخلاف حول المسائل التفصيلية بناء على طلب يقدمه أحد العاقدين أو كليهما بعد أن يعجزا بمفردهما عن الوصول إلى اتفاق بشأن هذه المسألة².

ثالثاً: عدم اشتراط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية

نص المشرع في المادة 65 من القانون المدني على عبارة "ولم يشترطاً أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها"، وبذلك فإن القاضي حتى يتدخل لاستكمال العقد عليه التأكد من أن المتعاقدين لم يعلقا انعقاد العقد على المسائل التفصيلية، لأنه متى اتجهت إرادتهما صراحة أو ضمناً إلى تعليق انعقاد العقد على هاته المسائل، فإن هذه المسائل تصبح جوهرية ولا ينعقد العقد بدونها وليس للقاضي سلطة في استكمال المسائل الجوهرية.

حيث أن هذا النعي صحيح حيث أن المادة 52 من القانون التجاري تحول للناقل تحديد مسؤوليته عن الضياع أو التلف بإدراج بند في عقد النقل.

حيث يبين من ورقة النقل أن الطاعنة حددت مسؤوليتها بألا يتجاوز التعويض 60 دج على كل كلغ.

حيث أن هذا البند مطابق للمادة 52 تجاري هذا ولما قضى مجلس بسكرة على الطاعنة بأداء مبلغ يتجاوز الحد الأقصى المتفق عليه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يعرض قراره للنقض بدون حاجة لبحث باقي الأسباب؛ قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 16/03/1983، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني، ص39.

¹ - عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص178. وما يليها.

² - نسير رفيق، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 09، العدد 01، 2018، ص526.

المطلب الثاني: نطاق سلطة القاضي في استكمال العقد

بعد أن يتحقق القاضي من توافر شروط الإستكمال، يتدخل بموجب السلطة الممنوحة له من أجل إكمال العقد ضمانا لحسن تنفيذه، إلا أن المشرع قيد هذا التدخل بمصادر محددة قانونا إذ يجب على القاضي تحديد المصدر المناسب من أجل تكميل العقد (الفرع الأول)، هذا وقد أثارت سلطة القاضي في استكمال العقد جدلا فيما إذا كانت ذو طبيعة منشئة للإلتزام أو مفسرة له، وما مدى رقابة المحكمة العليا على ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي في تحديد مصدر استكمال العقد

إن السلطة الممنوحة للقاضي ليست متاحة له لكي يباشرها على هواه، وإنما هي سلطة لها أهداف محددة ينبغي له أن يسعى إلى تحقيقها، وأن يباشرها في إطار الحدود والوسائل الفنية والمبادئ مستقرة في العمل القضائي¹.

بالرجوع إلى المادتين 65 و107 من القانون المدني، نجد أن المشرع حدد للقاضي مجموعة من المصادر التي يستهدي بها من أجل إضافة -التزامات جديدة- إلى مضمون العقد لإعادة التوازن بين طرفيه، وهي في حقيقة الأمر وسائل ومصادر قد اتجهت إليها إرادة ورغبة المتعاقدين الضمنية إلا أنهما لم يتفقا على نص الاستكمال وكيفيته فتركا الأمر للقاضي.

تتمثل هذه المصادر التي تقود القاضي وتوصل به إلى هدف ضمان تنفيذ العقد بسد النقص بإكمالها، في: طبيعة المعاملة (أولا)، القانون (ثانيا)، والعرف (ثالثا)، والعدالة (رابعا)؛ وهذا ما سنبينه فيما يلي:

¹ - حيدر فليح حسن، محمد غانم يونس، نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 09، العدد 02، 2018، ص142.

أولاً: سلطة القاضي في تقدير طبيعة المعاملة

يلاحظ من خلال المادتين 65 و 2/107 سالفتي الذكر أن المشرع نص على مصدر طبيعة المعاملة لاستكمال العقد غير أنه هناك تغييراً واضحاً في ترتيب طبيعة المعاملة في كل من المادتين حيث جاءت طبيعة المعاملة كأول وسيلة يستعين بها القاضي في المادة 65 بينما احتلت المرتبة الرابعة والأخيرة بالنسبة للمادة 2/107، كما أن هناك اختلافاً واضحاً في التعبيرات حيث جاءت المادة 65 "طبيعة المعاملة" في حين في المادة 2/107 جاءت بعبارة "طبيعة الإلتزام".

كما أن المشرع لم يعرف أو يوضح ما المقصود من طبيعة المعاملة التي يسترشد بها القاضي لتكملة العقد، لذلك قام الفقه بتعريفها وتوضيحها على أنها تلك الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه، أو هي التنظيم القانوني للمادة التي عالجه المتعاقدان في عقديهما، وبعبارة أخرى يراد بطبيعة المعاملة أو التعامل ماهية العقد ونوعيته التي يتجلى فيها الغرض منه لأنها هي مناط العقد وجوهره ومبتغاه¹.

يذهب بعض الفقه إلى أنه من الأفضل لو ذكر المشرع الوسائل والمصادر الأخرى وأتبعها بعبارة "مع مراعاة أن يكون الإستكمال متفقاً وطبيعة التعامل، لأن طبيعة المعاملة لا تصلح كوسيلة مستقلة للاستكمال فهي ليست مصدراً مستقلاً وإنما تكتمل المصادر الأخرى بها، فالقاضي يستكمل العقد وفقاً لما تقتضيه طبيعة المعاملة وفقاً للقانون والعرف والعدالة؛ فطبيعة المعاملة ماهي إلا الطريق الذي يستظل به القاضي عند استكمالها، فمثلاً يأخذ العرف

¹ - برهان زريق، نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، مطبعة الإرشاد اللاذقية، سوريا، 2001، ص 138.
سحر البكباشي، المرجع السابق، ص 132.

كمصدر للاستكمال وفقا لطبيعة التعامل، فمن باع عينا كسيارة يفترض أنه قد باع معها كافة الأدوات الإضافية (ملحقاتها) التي لا تسير السيارة بدونها¹.

قد يقتضي النظر في طبيعة المعاملة إلى دراسة الكيفية التي يتم فيها تنفيذ العقد، وضرورة تطبيق القواعد القانونية التي تنظمها بصورة مرنة، فلو أن القاضي أراد استكمال عقد عمل مثلا في بند لم يتفق عليه المتعاقدان حيث جاء متعلقا بأوقات العمل لاستوجب منه مراعاة طبيعة العمل المراد تنفيذه، هل العمل عمل إداري، أو متعلق بالحراسة أو الإشراف كزيارة الموقع بشكل مستمر؛ كما قد يقتضي دراسة طبيعة المادة محل التعامل ومراعاتها، فلو أراد المتعاقدان استكمال عقد شراء بضاعة وكان البند المراد استكماله متعلقا بطريقة نقل البضاعة من بلد إلى آخر، فإن القاضي يراعي مادة البضاعة وطبيعتها بحيث يكون النقل بحسب طبيعة المادة (البضاعة) فيكون إما عن طريق الجو أو البحر².

ومن الأمثلة التي أوردها الفقه أيضا على الإلتزامات التي تفرضها طبيعة المعاملة، التزام الناقل بسلامة الأشخاص الذي ينقلهم، والإلتزام بالإعلام في العقود التي يكون أحد طرفيها فنيا متخصصا حيث تفرض طبيعة العقد قيام هذا الطرف بأن يقدم للآخر المعلومات المتعلقة بالمخاطر التي قد يتعرض لها، أو كيفية استعمال هذا الشيء محل التعاقد، وتقديم ما يحتاجه من نصيحة ومشورة³.

إنّ طبيعة المعاملة ذات مفهوم مختلف ومتنوع يصعب حصرها، إلا أنه يمكن القول أن القاضي عندما يتوجه إلى استكمال العقد، يبدأ بالتحري عن طبيعة المعاملة من خلال:

¹ - سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، المرجع السابق، ص17. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص106.

دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص98.

² - عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص101. ص102.

³ - صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص294. سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص180.

1. البحث في العقود المشابهة للعقد المراد استكمالها للتعرف على طبيعة الطائفة التي ينتمي إليها العقد.

2. استعراض المعوقات التي تعترض تنفيذ العقد ومحاولة تفاديها بقدر الإمكان وذلك بمراعاة القاضي لحال المتعاقدين وإمكانياتهم ورغبتهم في تنفيذ العقد.

3. للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة إن كانت طبيعة المعاملة والبنود المراد استكمالها ذات أبعاد تقنية أو تخصصية لا علم له بها.

ثانيا: سلطة القاضي في اختيار القاعدة القانونية المناسبة

حدد المشرع نص القانون كمصدر مهم وأساسي للإستكمال، إلا أنه عند ذكره لأحكام القانون لهذا المصدر في نصي المادتين 65 و107 من القانون المدني لم يحدد إذا كان يقصد النصوص القانونية الآمرة أم المفسرة¹.

تتدخل القوانين الآمرة أحيانا وخاصة منها تلك التي لها مساس بالنظام العام لضبط نطاق العقد دون اعتبار لإرادة الأطراف، وليس للمتعاقدين البحث في تطبيق أو عدم تطبيق القواعد الآمرة باعتبارها ملزمة لا يجوز الاتفاق على خلافها، لذلك يذهب اتجاه إلى أن المقصود في هاتين المادتين السالفتين النصوص القانونية المفسرة، خاصة وأن أغلبية قواعد العقود المسماة في القانون المدني هي قواعد مكملة وليست أمرة، كما أن الفائدة العملية من وراء استكمال العقد بالنص الأمر معدومة لأن المتعاقدين ملزمين لا محالة بتطبيق النص

¹ - يراد بالقواعد الآمرة تلك القواعد القانونية التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها؛ أما القواعد المكملة فيقصد بها تلك القواعد القانونية التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها لأنها تهدف إلى تنظيم مصالح فردية للأشخاص في الحالات التي يكون هؤلاء الأفراد غير قادرين على تنظيم علاقاتهم بأنفسهم، ... كما يمكن وصفها بالتفسيرية لأنها تكفي بتفسير سلوك الأفراد في حالة عدم الاتفاق أو غموض الاتفاق أو سكوتهم عن التصريح بإرادتهم".

عجة الجليلي، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول: نظرية القانون بين التقليد والحدثة طبقا للمعايير الدولية المقررة لنظام ل.م.د، برتي للنشر، الجزائر، 2009، ص220.

الأمر سواء اتفقا عليه أو لم يتفقا، سواء أضيف للعقد أم لا، فالنتيجة واحدة وهي أنهما ملتزمان بالنص الأمر ولا حاجة لاستكمالهما أو إضافته من قبل القاضي¹؛ غير أن ذلك لا يمنع من استكمال العقد بما تضمنه النص الأمر لأن المشرع لفظ القانون أي قصد القواعد الآمرة والمكاملة على حد سواء، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2007/01/24 الذي قضت فيه بما يلي: "التزام المؤسسة المتواجدة بالمنطقة الصناعية بدفع مبالغ التكاليف والاشتراكات، التزام قانوني ناشئ عن شغل قطعة أرضية بها، طبقاً للمادة 8 من المرسوم رقم 84-55 المؤرخ في 1984/03/03 المتعلق بإدارة المناطق الصناعية"².

يقوم القاضي باستكمال العقد الذي أغفل فيه بعض المسائل التفصيلية بالنصوص القانونية المكاملة التي يكون لها دوراً تكميلياً لإرادة المتعاقدين³، وهي واجبة التطبيق بالنسبة للمتعاقدین طالما أنهم لم يستبعدوها من عقدهم بشرط صريح لأن تلك القواعد أو الأحكام المفسرة تعد جزءاً لا يتجزأ من العقد لتعبيرها عن إرادة المتعاقدين المشتركة التي افترضها القانون وكشف عنها⁴؛ ومن أمثلة ذلك، حالة الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وبالتالي في حالة ما ثار خلاف فإنه يتم استكمال العقد وفقاً لمقتضيات المادة 2/356 من القانون المدني أي تقدير الثمن على أساس السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان، فإذا لم يكن في مكان التسليم وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية.

¹ - عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص 107.

² - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2007/01/24، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد الأول، ص 233.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 388. دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، المرجع السابق، ص 95.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 620. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص 110.

إنّ المشرع لم يوضح ما إذا يكمل القاضي العقد بأحكام القانون الواردة في القانون المدني أو تلك الواردة في القوانين الخاصة، وبالتالي ترك له مساحة مفتوحة لإختيار الحكم المكمل الأنسب بناء على ما لديه من وقائع، إلا أن القانون الخاص يعد الأولى بالتطبيق لأن القانون الخاص يقيد العام، فإن لم يجد القاضي ما يسعفه فيرجع إلى أحكام العقود المسماة في القانون المدني، فإن لم يجد فيطبق أحكام النظرية العامة للعقد¹.

من مميزات القانون كمصدر لاستكمال العقد، سهولة الرجوع إليه لأنه يرد مكتوباً ويصاغ من قبل هيئة متخصصة، واضحاً ومحدداً بالإضافة إلى ميزته بالوحدة القانونية على كافة التراب الوطني.

ثالثاً: سلطة القاضي في اختيار العرف

يعتبر العرف مصدراً احتياطياً طبقاً للمادة الأولى من القانون المدني، وهو قاعدة قانونية تكونت عفويًا عبر مراحل زمنية متعاقبة ناجمة عن التعود على سلوكيات وعادات ارتبطت بها الجماعة وسارت على نهجها².

يتميز العرف بأنه يسد الفراغ الذي تركه التشريع بحيث يساهم في تحديد نطاق العقد، فالقاضي يلجأ إليه كمصدر لاستكمال العقد إذا لم يوجد نص اتفاقي أو قانوني يقضي بخلاف ذلك، وذلك بالكشف عن الأحكام العرفية الجاري العمل بها والتي تثري مضمون العقد محل الخلاف ضماناً لتنفيذه وله أن ينتدب خبيراً للتحري عن العرف بالوجه الدقيق في

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص296. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص110.

² - عجة الجبلاي، المرجع السابق، ص315.

المسألة خاصة في المسائل التجارية والبحرية حيث يفترض أن سكوت المتعاقدين يفيد اتفاقهما على تطبيق قواعد العرف وبذلك تكون قواعد العرف أساساً عقدياً¹.

يعتبر من قبيل العرف الشروط المألوفة، وهي الشروط التي جرت العادة بإدراجها في عقد معين فيطالب المتعاقدون بتنفيذها ولم لم تذكر صراحة بالعقد لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد، من ذلك ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهي من إضافة نسبة مئوية على الثمن لفائدة العملة².

يجب الإشارة إلى أن العرف لا يمكن أن يكون هدفة تعديل اقتصاديات العقد من خلال تكميله بشروط من شأنها التعديل في جوهر الحقوق والالتزامات التي يرتبها مستنداً بحجة سكوت طرفي التعاقد لأن المادتين 65 و107 ليستا بقواعد أمرية، وإنما جاءت لتوجيه القاضي إلى العرف كمصدر من أجل الاسترشاد به عند استكمال العقد³.

رابعاً: سلطة القاضي في اختيار ما يراه ملائماً للعدالة

تتجسد مهمة القاضي في خدمة العدل الذي يعد الغاية القصوى التي يسعى إليها القانون، وقد حدد المشرع العدالة كمصدر للإستكمال يلجأ إليه القاضي عندما يستنفذ البحث عن حكم مكمل في نصوص القانون أو في العرف.

يقصد بالعدالة، الشعور النفسي للأفراد بأن شيء ما عادل وشيء آخر غير عادل⁴، فالعدالة كمبدأ يحوطه الكثير من الغموض والإبهام لاختلاف الإحساس به من قاضٍ لآخر ولتغيره باختلاف الأزمنة والأمكنة، ولكن رغم هذا التغيير الشكلي للمبدأ، فهو ثابت

¹ جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2018/2017، ص189. حدي لالة، المرجع السابق، ص84.

² محمد الزين، المرجع السابق، ص280. علي فيلاي، المرجع السابق، ص390.

³ عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص178.

⁴ عجة الجبالي، المرجع السابق، ص345.

موضوعيا، لأنه يتمثل في مجموعة أسس ثابتة تنشأ القانون الأعلى للبشرية كونها تجسد جوهر القانون الطبيعي والقيم الأخلاقية الصحيحة¹.

لقد وضح بعض الفقه أن المقصود بالعدالة²، ليس العدالة النموذجية بل المقصود بها العدالة ذات الطابع الفني، أي التوسع الفني في مضمون العقد وفقا لقواعد التجربة، فهي لا تعني فقط تحقيق التوازن بين طرفي العلاقة بل هي إعطاء كل ذي حق حقه، بغض النظر عن التوازن بين المصالح والأطراف³.

وتهدف العدالة إلى تحقيق المساواة بين الأفراد، على نحو يقيم التوازن بينهم، فلا يحصل الإنسان إلا على ما يستحقه، إذ لا مجال للإضرار بالغير ولا إثراء على حسابه، كما أنها يجب أن تسيطر على العقد في كل مراحله سواء عند إبرام العقد أو تنفيذه⁴.

إن المشرع بنصه على قواعد العدالة كمصدر للاستكمال يهدف إلى سد النقص التشريعي عند عدم وجود نص قانوني يحكم الواقعة، وعند عدم تناول العرف أحكام تلك المسألة، فيلجأ القاضي وقتها إلى الحكم بقواعد العدالة.

يعني اتخاذ القاضي العدالة كمصدر للاستكمال التوسع في مضمون العقد على وفق قواعد التجربة، بحيث يسود التوازن والتناسب بين الأداءات المتقابلة على وفق معايير التجربة الفنية لا وفقا للمثالية الشخصية للقاضي، إذ أن العدالة المقصودة هنا هي العدالة المكتملة لآثار العقد عند عدم تنظيم المتعاقدان لآثاره في مسألة معينة، لأن المشرع عند ذكره لمصدر العدالة كمصدر يستدل به القاضي ربطه بطبيعة الالتزام، وبالتالي العدالة التي يلجأ إليها

¹ عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 179.

² تعرف العدالة على أنها الوجه المثالي للقانون الطبيعي وتتخذ عدة صور: العدل التبادلي، العدل التوزيعي والعدل الاجتماعي؛ عجة الجبلاي، المرجع السابق، ص 345.

³ عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص 138. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، المرجع السابق، ص 21.

⁴ عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 180.

القاضي عند استكمال العقد هي المنسجمة مع طبيعة العقد؛ ولذلك على القاضي يجتهد برأيه للوصول إلى الحل الذي يطبقه على الحالة المعروضة أمامه مستنبطاً القاعدة التي يراها أقرب لتحقيق العدل مراعيًا في ذلك الظروف والملابسات التي تحيط بالوقائع المعروضة أمامه¹، وبعبارة أخرى، لا يعمل القاضي فكرته الشخصية للعدالة وإنما عليه أن ينطلق من اعتبارات موضوعية تتسجم مع طبيعة العقد وما يستلزمه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد من قيام المتعاقدين بسلوك المسلك المطابق للثقة المشروعة فيما بينهما².

لا شك أن التحدث عن العدالة بشكل نظري هو من السهولة، لكنه يبقى ثقيلًا وصعبًا على القاضي، ولذلك نجد لزامًا على القاضي أن يسترشد ببعض المعايير أو المبادئ المستمدة من قرارات المحاكم ومن الكتب الفقهية للوصول إلى العدالة والشعور بالإنصاف ما أمكن.

من أمثلة الاستناد إلى قواعد العدالة لإثراء واستكمال مضمون العقد بالعديد من الإلتزامات، التزام البائع المحل التجاري بعدم المنافسة وانتزاع الزبائن من المشتري، التزام البائع بالكف على أي عمل يؤدي إلى جعل نقل حق ما عسيرا أو مستحيلا، الإلتزام بعدم إفشاء الأسرار الصناعية الخاصة بالمصنع الذي يعمل فيه، وغيرها من الإلتزامات التي تستند إلى العدالة³.

الفرع الثاني: طبيعة سلطة القاضي في استكمال العقد ومدى رقابة المحكمة العليا

اختلف الفقه بشأن طبيعة سلطة القاضي في استكمال العقد ما بين أنه يساهم في تحديد نطاق العقد وبالتالي له دور كاشف لإرادة المتعاقدين وما بين أنه يساهم في تكوين العقد أي يضيف إرادة أخرى إلى إرادة المتعاقدين لتساهم في تحديد مضمون العقد بالالتزامات

¹ - خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص 119. ص 120.

² - سعد حسين عبد ملحم الحلبي، المرجع السابق، ص 22.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 296.

جديدة وبالتالي يكون دوره منشأ (أولاً)؛ وفي كلتا الحالتين يعد استكمال العقد تحديد لنطاق العقد يخضع فيه القاضي لرقابة المحكمة العليا (ثانياً).

أولاً: طبيعة سلطة القاضي في استكمال العقد

إن القاضي يعمل سلطته التقديرية باستمرار في نطاق نظرية العقد بأكملها ابتداء من تكوين العقد إلى حين تنفيذه، وهذه السلطة تتمثل في نشاطه الذهني في فهم الوقائع المطروحة عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذه الوقائع في نطاق قاعدة قانونية معينة¹.

يعمل القاضي سلطته الاستكمالية بعد أن يعمل سلطته التفسيرية ويكشف عن الإرادة المشتركة للطرفين²، فإذا ما تبين له من بنود العقد والظروف المحيطة أن هناك قصوراً في الإرادة حول مسائل تفصيلية يتوقف عليها تنفيذ العقد واختلال توازنه وإرتأى له التدخل في العقد بعد توافر كل شروط الاستكمال، ذهب إلى تحديد مصدر الاستكمال المناسب مراعيًا طبيعة التعامل ومحترماً للتسلسل القانوني المذكور في المادتين 65 و107 من القانون المدني، فيبحث في القواعد القانونية المكملة على أحكام تحكم المسألة المعروضة عليه، فإن لم يجد فيرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يجد، فيرجع إلى العرف الجاري في المعاملات، فإن لم يجد فيرجع إلى قواعد العدالة.

¹ - نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 81.

² - "من المقرر قانوناً، أن العقد شريعة المتعاقدين وأن عدم إشارة الأطراف في الاتفاق إلى التزام معين، يوكل الأمر لقاضي الموضوع الذي له السلطة التقديرية في تفسير العلاقة التعاقدية"؛ قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 1983/04/13، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الأول، ص 19.

وفي كل الأحوال على القاضي سواء استند على نصوص قانون أو عرف أو العدالة من أجل استكمال العقد عليه أن يسبب قراره أو حكمه ليكون بمنأى عن نقض قراره أو حكمه¹.

ما يجب الإشارة إليه أن دور القاضي الذي مُنح له بموجب المادة 65 من القانون المدني الواردة ضمن المواد المتعلقة بأركان العقد وشروطه والمادة 2/107 من نفس القانون الواردة ضمن المواد المتعلقة بآثار العقد أثار خلاف حول ما إذا كان دوره في هاتين المادتين مختلف أم واحد؟

بالرجوع إلى الفقه نجده اختلف بشأن دوره التكميلي وناقش طبيعة دور القاضي عند تنظيمه للمسائل الثانوية، فيذهب جانب إلى أن دوره في المادة 65 دور منشئ للالتزامات جديدة لأن مهمته في هذه الحالة لا تقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان، بل تخرج عن المألوف من عمله ويتجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه، فهو إذن يساهم في تكوين العقد؛ أما دوره في المادة 2/107 دور كاشف للالتزامات التفصيلية ولا يساهم في تكوين العقد وإن كانت تتجاوز سلطته العادية في تفسير إرادة المتعاقدين وتمتد لإستكمال ما نقص منها، خاصة وأن تدخله يأتي لاحقاً على تكوين العقد وليس سابقاً عليه لأن العقد سبق وانعقد باتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية².

أما الجانب الثاني، وهو الرأي الراجح من الفقه، أن القاضي في كلتا المادتين له دور كاشف وليس منشئ، لأن تدخله بإضافة التزامات إلى مضمون العقد حينما يقوم باستكمال ما هذه الالتزامات المضافة إلا امتداد لإرادة المتعاقدين يكشف عنها القاضي بالوسائل المقررة

¹ - حيدر فليح حسن، محمد غانم يونس، المرجع السابق، ص145.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص620. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص13. سحر البكباشي، المرجع السابق، ص176. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص 153.

قانوناً، وأن القاضي عند استكمالهِ للعقد يستند إلى إرادة المتعاقدين لأن العقد تصرف قانوني إرادي، ومن المفروض أن تهيمن الإرادة على تنظيم كافة مسائله سواء كانت متعلقة بإنشائه أو ترتيب آثاره ولا يمكن لإرادة خارجة عن إرادة المتعاقدين أن تنظم أي جانب من جوانب العلاقة العقدية¹.

أمام هذا الاختلاف، إن الرأي الجدير بالتأييد هو الرأي الثاني والراجح لأن القاضي له دور واحد في كلا المادتين 65 و2/107 من القانون المدني المتمثل في إضافة الإلتزامات التفصيلية الناقصة للعقد وهو عندما يكمل نطاق العقد بتنظيمه المسائل التفصيلية لا يساهم في تكوين العقد وإنما يساهم في تحديد نطاق العقد، لأن إرادة القاضي تتدخل إلى جانب إرادة المتعاقدين في تنظيم مسائل العقد الثانوية التي تضمن سير تنفيذه بما يتفق ومقتضيات حسن النية وذلك بعد إكمال نشوءه وتكوينه باتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية.

ثانياً: رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في استكمال العقد

إن استكمال العقد هو تحديد لنطاق العقد والقاضي يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا لأنه من مسائل القانون، فللمحكمة العليا أن تنقض حكمه إذا لم يدخل في نطاق العقد ما تقضي به طبيعة الإلتزام أو نصوص القانون أو العرف أو العدالة لأن هذا انتقاص في نطاق العقد؛ أو إذا أدخل فيه ما لا يجوز إدخاله بمقتضى أي من العوامل المذكورة لأن هذا يؤدي إلى زيادة نطاقه²، فقد يكمن الخطأ في القانون عندما يطبق القاضي نصاً قانونياً على

¹ - سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص58. سمير تناغو، الإلتزام القضائي، المرجع السابق، ص81. نسير رفيق، المرجع السابق، ص526. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، المرجع السابق، ص16. حيدر فليح حسن، محمد غانم يونس، المرجع السابق، ص154.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ص297. برهان زريق، المرجع السابق، ص152. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص156. حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص96.

واقعة يجب أن لا يطبق عليها كأن يخطئ القاضي في تكييف الواقعة ويؤدي به إلى تطبيق قانون آخر عليها.

تتصور مخالفة القانون من قبل القاضي في أي إجراء من إجراءات الاستكمال، بدءاً من التحقق من شروط الاستكمال إلى الرجوع إلى مصادر الاستكمال، وصولاً إلى إضافة البنود المطلوبة، أما عند التحقق من شروط الاستكمال فقد تقع مخالفة القانون في شرط التحقق من انعقاد العقد، حيث يتطلب القانون من القاضي التحقق من الانعقاد بأركان العقد وشروطه، وقد يغفل القاضي عن ركن من أركان العقد كالرضا مثلاً أو السبب، بأن يكون العقد قد وقع بالإكراه أو أن ركن الشكل غير محقق، فقرار القاضي يكون معرضاً للنقض لمخالفته القانون¹.

نخلص في الأخير، أن المشرع منح للقاضي سلطة استكمال العقد الذي يستطيع بموجبها أن يوسع في مضمون العقد بفرض التزامات تفصيلية جديدة لم يتفق عليها الأطراف أو لم يتم إثارتها والتفاوض بشأنها عند إبرام العقد، مستعيناً بالنصوص القانونية والعرف والعدالة التي تتوافق وطبيعة العقد، وهو بذلك يؤدي إلى ضمان تنفيذ العقد بحسن نية وتحقيق التوازن العقدي والأمن التعاقدية بأن لا يبقى العقد معلقاً وغير مرتباً لآثاره.

¹ - عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص 213.

خاتمة

إنّ تقدم المجتمعات الحديثة مرتبط بتحقيق التوازن بين التزامات أطراف العقد لضمان استقرار المعاملات من خلال ترسيخ العدالة الاجتماعية الحقيقية والوقوف بجانب الطرف الضعيف في المعاملة الاقتصادية؛ ولا يتحقق ذلك إلا بقضاء مستتير يتفاعل مع شؤون الحياة ومتغيراتها.

ترتب عن إعمال مبدأ التوازن العقدي كأحد مقومات العدالة التعاقدية وحماية الطرف الضعيف في ظل التشريعات الحديثة عدم بقاء قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" القاعدة الملزمة على إطلاقها، كما لم يعد دور القاضي سلبيًا في مجال المعاملات وأصبح يقوم بدور إيجابي فعال في مجال العقود لما خول له المشرع من سلطة التدخل في العقد بموجب نصوص صريحة في القانون.

تتسم سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بأهمية بالغة لأنها سلطة لا تقتصر على مرحلة تكوين العقد بل تمتد إلى مرحلة تنفيذه أين يبرز دور القاضي بشكل كبير لأن الأمر يتعلق بالالتزام محل العقد؛ كما لا تنحصر سلطته في تعديل العقد فقط وإنما تشمل جميع سلطات القاضي من سلطة تفسيرية وتعديلية وتكميلية وأي سلطة تهدف إلى إحداث التوازن العقدي.

إن سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي هي سلطة معاكسة لمبدأ الحرية التعاقدية واستقرار المعاملات إلا أنها ترسخ العدالة العقدية الحقيقية لما تحققه من الأمن التعاقدية بمنظوره اللين؛ وتعد من أهم الوسائل التي تتفق عليها مختلف التشريعات ومنها التشريع الجزائري، لأن الغاية منها دفع الضرر والحد من مظاهر التعسف ومنع كافة أشكال الغبن لحماية الطرف الضعيف تحقيقًا للتوازن والعدالة بين الأفراد من جهة، ومن جهة أخرى عدم ترك المجال التعاقدية لمشيئة الأطراف لأن كل طرف سيسعى إلى تحقيق مصلحته الخاصة

وهذا ما يؤدي لا محالة إلى كثرة النزاعات، وانتشار الفوضى في المجتمع بإسم التعاقد مما يؤدي إلى إنهيار أهم عنصر يقوم عليه النظام التعاقدي وهو الثقة المتبادلة في إبرام العقود.

إن سلطة القاضي في التدخل في العقد سلطة غير مطلقة فهي تضيق تارة وتتسع تارة أخرى حسب النص القانوني التي يسمح للقاضي بذلك وفق حدود وضوابط ووسائل فنية معينة، فالقاضي يعد تلك اليد الآمنة والشخص الأخلاقي الذي يمكن أن يثق فيه أطراف العلاقة التعاقدية لأنه يُحَل محل الالتزام العقدي التزما قضائيا وفقا لما يقضي به العقل والعدل تحقيقا للعدالة، ويعمل على إيجاد حلول ملائمة للنزاعات التعاقدية والوصول إلى الحل الأكثر مطابقة لمصالح المتعاقدين بهدف تفادي زوال الروابط العقدية وإعادة التوازن إلى العقد.

ومن خلال هذه الدراسة، تبين أن المشرع منح القاضي في مرحلة تكوين العقد سلطة مراقبته بتمكينه من التدخل في العقد لإحداث التوازن فيه في حالتين؛ تتمثل أولاهما في سلطته في تعديل العقود في حالة الغبن الاستغلالي وهي الحالة التي يختل فيها التوازن بين التزامات المتعاقدين نتيجة استغلال أحد المتعاقدين لضعف الطرف الآخر (الطيش البين، الهوى الجامح)؛ وتجسد سلطة القاضي في سلطة التعديل بالإنقاص فقط أما التعديل بالزيادة لا تكون إلا في حالة واحدة وهي عرض المتعاقد المستغل ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.

وتتمثل ثاني سلطة بمناسبة تكوين العقد في سلطة تعديل عقد الإذعان إذا تضمن شروطا تعسفية لا تتفق ومقتضيات العدالة وذلك بتعديل الشرط التعسفي أو إلغائه أو تفسيره لمصلحة الطرف المذعن إن كان غامضا.

أما في مرحلة تنفيذ العقد نجد أنّ المشرع منح القاضي سلطات تمكنه من التدخل في العقد لإحداث التوازن العقدي رغم أن العقد نشأ متوازنا وذلك في حالات عدة؛ تتجسد أولها

في سلطة تعديل العقد بسبب حدوث ظرف طارئ جعل التزام المدين مرهقا مهددا إياه بخسارة فادحة ويكون التدخل برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول؛ وثاني سلطة تتجسد في سلطة رفع الإرهاق عن المدين الجدير بالرأفة بالنظر إلى ظروفه السيئة والخاصة وذلك بمنحه أجلا قضائيا شريطة عدم الإضرار بالدائن؛ وتعد هاتان السلطتان من أبرز الأدوار الإيجابية التي يمارسها القاضي لأنه ينظر إلى موضوع العقد من كل الزوايا ويحاول إيجاد الحل والإنصاف بين المتعاقدين لرفع الغبن تحقيقا للعدالة.

أما ثالث سلطة تعديلية مُنحت للقاضي في حالة ما إذا كان الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد شرطا ظالما لا يتناسب وجسامة الضرر فيتدخل بإنقاصه أو الزيادة فيه في حالتي الغش والخطأ الجسيم. أما آخر سلطة منحت للقاضي هي سلطة تكملة العقد أي تحديد نطاقه بإضافة التزامات تفصيلية لم يتفق عليها المتعاقدان لملء النقص فيه ضمانا لحسن تنفيذ العقد إذا توافرت شروط معينة مستعينا في ذلك بمعايير موضوعية ومصادر محددة تشمل القانون، العرف، العدالة وطبيعة الالتزام.

وبذلك نصل إلى أنّ المشرع بإقراره لوسيلة التعديل لإعادة التوازن إلى العقد، يهدف إلى التقليل من الاختلال الفادح بين الأداءات حفاظا على استمراريته وذلك بأن يجعل القاضي العقد المختل خاليا من التعسف دون البحث عن المساواة المثالية أي يبقي العقد في حالة من التناسب التعادل والمساواة، لأن التفاوت البسيط أمر لا مناص منه.

لقد اتّخذ مبدأ التوازن العقدي لتحقيق العدالة التعاقدية كمبرر لسلطة القاضي في التدخل في العقد في الحالات التي يصبح فيها العقد مخالفا للعدل مخالفة واضحة لأنه من الأفضل الإبقاء على العقود خير من هدمها.

ثم إن هذه السلطة في التشريع الجزائري تحقق حماية فعالة للطرف الضعيف أحيانا لأنها تعمل على القضاء على محاربة أشكال الغبن والتعسف، إلا أنه من جهة أخرى هي

سلطة جوازية يمارسها القاضي في حالات استثنائية واردة في القانون دون أن يتعداها فهو يمارسها في نطاق ضيق محدد بقيود وضوابط وهذا ما قد يجعل الحماية غير كافية لتحقيق التوازن العقدي والعدل، لذلك وتعزيزا لهذه الحماية فإننا نرى ضرورة إعادة النظر في المواد القانونية المنظمة لسلطة القاضي لإحداث التوازن العقدي وذلك بتقديم الاقتراحات التالية:

-توسيع السلطة التقديرية للقاضي في البحث عن التفاوت الفادح وإعادة التوازن إلى العقد بما يضمن حماية طرفي العقد معا وليس حماية الطرف الضعيف وحده، استجابة لدواعي العدل والإنصاف وكذا استقرار العقود من منطلق أخلاقي تحقيقا للعدالة التعاقدية.

-جعل سلطة القاضي في التدخل في العقد سلطة وجوبية وليست جوازية لأنه من الضرورة أن يمارس القاضي دوره الإيجابي بالتدخل من تلقاء نفسه أينما وجد نص في القانون لرفع الغبن خصوصا بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو دعوى الفسخ وذلك لضمان أكبر قدر من العدالة للطرف المتضرر.

-أن يخول المشرع للقاضي سلطة أوسع لتعديل لعقد بسبب الغبن الاستغلالي حتى تستجيب لدواعي العدل والإنصاف وذلك ب:

1- إضافة حالات أخرى من حالات الضعف الإنساني غير الطيش البين والهوى الجامح كالحاجة الملحة، الضرورة، ضعف الإدراك، الجهل، عدم الخبرة أو نقص التجربة... وغيرها من الحالات الأخرى التي من شأنها إضعاف إرادة الشخص ودفعه إلى التعاقد كما أخذت به مختلف التشريعات الأخرى¹.

¹ - المادة 214 من قانون الموجبات اللبناني تنص على أنه: "... أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة المغبون...".
المادة 125 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 التي تنص على أنه: "إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقد غبنا فاحشا...".
المادة 159 من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 التي تنص على أنه: "إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئه أو طيشا بينا، أو ضعفا ظاهرا، أو هوى جامحا، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقدا ينطوي عند إبرامه، على عدم تناسب باهظ...".

2- أن ينص على إمكانية إعمال نظرية الاستغلال على عقود التبرع وليدة الاستغلال إضافة إلى عقود المعاوضة؛ فيكون للمتبرع أن يطلب إبطال العقد أو نقص قدر المتبرع به إذا ثبت أن التزاماته لا تتناسب إطلاقاً مع ثروته أو مع القدر المتبرع به في مثل الظروف التي تم فيها التبرع.

3- أن يعدل من ميعاد رفع دعوى الاستغلال وذلك باعتماد نفس الآجال المقررة للمتعاقد الضعيف في رفع الدعوى إذا ما شاب العقد عيب من عيوب الإرادة (الغلط، الإكراه والتدليس) المنصوص عليها في المادة 101 من القانون المدني، لأن الأجل القصير المحدد بسنة واحدة لا يتلاءم وطبيعة حالة الضعف النفسي التي عادة ما تبقى قائمة لسنوات مما يؤدي إلى ضياع الحقوق؛ أو على الأقل يراعي حالة الاستغلال للضعف النفسي فيتم احتساب أجل السنة من تاريخ زوال الضعف.

4- استبدال عبارة "أن ينقص التزامات هذا المتعاقد" بعبارة "إزالة الغبن" حتى يكون للقاضي سلطة واسعة في استعمال أية وسيلة قانونية مناسبة لرفع الغبن (الإنقاص، الزيادة، إبطال العقد) تماشياً مع تحقيق التوازن العقدي وحفاظاً على مصلحة الطرف الضعيف.

- أن يضع المشرع الجزائري قواعد قانونية صارمة من أجل ضمان حماية فعالة للمتعاقد من الشروط التعسفية لأننا مازلنا نشهد ظاهرة التعسف في الواقع العملي وذلك بـ:

1- ضرورة وضع معايير دقيقة تمكن القاضي من الكشف عن تعسفية الشرط من عدمه، لتجنب اختلاف الحلول من قاضي لآخر حول نفس الشرط، كإضافة إلى معياري العدالة والإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات، معياري الميزة المفرطة والتعسف في استعمال القوة الإقتصادية.

2- أن يتدخل المشرع بإقرار البطلان كجزء على إدراج الشروط التعسفية مع بقاء العقد صحيحاً.

3- عدم حصر الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان والاستهلاك وجعلها تشمل جميع العقود التي يختل توازنها العقدي وتفقد عدالتها مادام أن القانون أقر ضعف المستهلك وتفوق المهني من حيث المعرفة والقوة الاقتصادية.

-تعزيزا للفكرة الأساسية لنظرية الظروف الطارئة التي تهدف إلى تحقيق التوازن ورفع الظلم عن أحد طرفي العقد بتعديل الالتزام بما يحقق العدل الذي لا تستقيم معاملات الناس إلا به، لا بد من¹:

1- إدراج نص المادة 3/107 كفقرة ثانية في المادة 106 من القانون المدني الجزائري لأنها استثناء على المبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين" الوارد فيها.

2- إلغاء شرط العمومية من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ويترك للقاضي تكييف كل حالة على حدة وفقا لسلطته التقديرية المخولة له بما يحقق العدالة ويعيد التوازن العقدي، لأن الغاية من هذه النظرية هو رفع الإرهاق عن المدين كما أن ليس كل الحوادث الاستثنائية عامة مما يجعل شرط العمومية شرطاً مجحف في حق المدين.

3- أن يفصل في وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك بإقرار له صراحة بسلطة التعديل بالإنقاص والزيادة ووقف التنفيذ إلى حين زوال الظرف الطارئ، وحتى يمكن أن يمنحه سلطة الفسخ.

-وجب على المشرع إدخال تعديل على أحكام الشرط الجزائي لأنها لا تضمن الحماية لكلا الأطراف وذلك ب:

¹- أن يصاغ النص القانون الخاص بنظرية الظروف الطارئة كالتالي: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف ومراعاة لمصلحة الطرفين أن يعيد التوازن إلى العقد بإنقاص الالتزام التعاقدى المرهق أو الزيادة في الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الظرف الطارئ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

1- منح القاضي سلطة التدخل بالتعديل وبالتخفيض والزيادة على حد سواء دون اشتراط سبب آخر، لأنه من المجحف ومن غير العادل أن يعدل الشرط الجزائي إذا كانت قيمته مبالغ فيها مقارنة بالضرر، ولا يتم تعديله إذا ثبت أن قيمته زهيدة خصوصا إذا وقع الدائن في غلط متوهما أن الضرر المترتب عنه بسيط وهو في الحقيقة فادح وجسيم.

2- وضع نسبة معينة أو حد معين إذا بلغه الشرط الجزائي مقارنة بالعقد والضرر اعتبر التقدير مفرطا وبالتالي ينعقد اختصاص القاضي بالتعديل إلى الحد المناسب الذي تنتفي معه المبالغة وليس إلى الحد الذي يجعل التعويض مساويا لمقدار الضرر، لكيلا تهدر فائدة الشرط الجزائي وتكون الرقابة القضائية فعالة ومنتجة لآثارها وبالخصوص في المجال الاقتصادي.

وفي الأخير؛ يمكننا القول أنّ نصوص القانون المدني أتت بمستوى معين من المحافظة على قيم ومبادئ العدالة خصوصا اليوم بعد ازدياد ظاهرة اللاتوازن واللاتكافؤ وتعدد النماذج العقدية وخصائصها؛ لذلك تحتاج نصوص القانون المدني بصفة عامة ونظرية العقد بصفة خاصة إلى إصلاح بناء على مبادئ جديدة أهمها مبدأ الإبقاء على العقد خير من هدمه ومبدأ التوازن العقدي لتكريسه العدالة التعاقدية وتحقيق التوازن الداخلي والخارجي للعقود.

وإنّ آلية التعديل التي منحت للقاضي هي العلاج المناسب لإحداث التوازن العقدي وتحقيق أمن المعاملات لأنه الشخص الذي يعمل على القضاء على أشكال الغبن والتعسف من خلال القيام بعملية ذهنية وعقلية رغم ثبات النصوص القانونية من أجل إيجاد حل للقضية المعروضة أمامه بما لديه من صلاحيات ممنوحة له من المشرع من أجل إعادة التوازن المختل تحقيقا للعدالة والعدل بإيصال الحقوق إلى أصحابها وضمان تمتعهم بمزاياها.

وإنّ سلطة القاضي في التدخل لم ولن تهدف إلى تحقيق المساواة المثالية بين المتعاقدين بل يكفي أن تكون العدالة معياراً لقياس الأخلاق في العقود وسبباً لخلو المعاملات من التعسف. وإنّ إمكانية تحقيق التوازن العقدي بما يضمن الثقة بين المتعاقدين يجب أن تكون محل اهتمام المشرع والقاضي لأنّ ذلك سيحقق الأمن التعاقدية بصفة خاصة والأمن القانوني بصفة عامة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- القواميس والمعاجم:

1. ابن منظور، لسان العرب، الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الثالثة، لبنان، 1999.
2. ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني عشر، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الثالثة، لبنان، 1999.
3. ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الثالثة، لبنان، 1999.
4. ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس عشر، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الثالثة، لبنان، 1999.
5. ابن منظور، لسان العرب، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الثالثة، لبنان، 1999.
6. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الخامس، دار صادر، بيروت، لبنان، ب.س.ن.
7. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، دار صادر، بيروت، لبنان، ب.س.ن.
8. أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، ب.س.ن.
9. الفيروز أبادي مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، إشراف نعيم العرفسوسي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الثامنة، 2005.
10. الموسوعة الفقهية، الجزء السادس والعشرون، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطابع دار الصفاة، الطبعة الأولى، الكويت، 1992.

11. جيارار كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، الجزء الثاني: (حرف الصاد-حرف الياء)، مؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1998.
12. لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، لبنان، 1998.
13. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986.
14. محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجه للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، المجلد الثاني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرياض، 1997.
15. معجم ألفاظ القرآن الكريم، الجزء الأول، مجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية، جمهورية مصر العربية، 1989.

2- الكتب:

أ. الكتب العامة:

1. ابراهيم بن عبد الرحمن العروان، عقد التأمين التجاري وحكمه في الفقه الإسلامي، مركز البحوث التربوية، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 1995.
2. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية: دراسة فقهية وقضائية، توزيع نشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2002.
3. أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الإنترنت، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، 2017.
4. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، البحث الأول: أحكام العقد، الجزء الأول: أركان العقد، ب.د.ن، الطبعة الثانية، لبنان، 1997.

5. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، دار الثقافة ودار العلمية الدولية، الطبعة الأولى، 2003.
6. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005.
7. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا: دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2013.
8. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري: التصرف القانوني- العقد والإرادة المنفردة-، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004.
9. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
10. بلخير محمد آيت عودية، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، 2018.
11. بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
12. جابر محمد ظاهر مشاقبة، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية: دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2012.
13. جاك غستان، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2000.
14. جلال علي العدوي، مصادر الالتزام: دراسة مقارنة في القانوني المصري واللبناني، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، ب.س.ن.
15. جلال محمد ابراهيم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، النهضة العربية، مصر، 1996.

16. حسين جاسم الكويدلاوي، التأمين: دراسة فقهية قانونية مقارنة، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، 2015.
17. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، أحكام الالتزام في الفقه الإسلامي ونظام المعاملات المدنية السعودي، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 2018.
18. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية: النظرية العامة للالتزامات: المصادر الارادية وغير الارادية -العقد-الارادة المنفردة-العمل غير المشروع- الفعل النافع-القانون-، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 2017.
19. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2011.
20. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2017.
21. خليل حسن أحمد قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني: أحكام الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 1992.
22. دريد محمود علي، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول: مصادر الإلتزام -دراسة تحليلية مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2012.
23. رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام: دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1994.
24. زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الإلتزام: العقد والإرادة المنفردة مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من بعض المسائل، دار هومه، الجزائر، 2013.
25. سليمان مرقس، في الإلتزامات: أحكام الإلتزام، دار الكتب القانونية شتات، الطبعة الثانية، مصر.

26. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، مصر، 2009.
27. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1997.
28. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الثالثة، مصر، 1997.
29. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1958.
30. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الإلتزام بوجه عام: الأوصاف، الحوالة، الإنقضاء، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1958.
31. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الإلتزام بوجه عام: الإثبات-آثار الإلتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1958.
32. عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، مصر، 2006.
33. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقهاء الإسلاميين، الكتاب الأول، مصر، 1984.
34. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقهاء الإسلاميين، الكتاب الثاني، مصر، 1984.
35. عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.

36. عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، الطبعة الرابعة، الأردن، 2012.
37. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الإلتزام، الجزء الثاني، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، الطبعة الأولى، العراق، 2015.
38. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974.
39. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الإلتزام: دراسة للعقد والإرادة المنفردة والعمل النافع والعمل الضار والقانون كمصادر للإلتزام في القانون المدني المصري مع أحكام القضاء والإشارة إلى بعض أحكام الفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، مصر، 1990.
40. عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقد التأمين حقيقته ومشروعيته -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2003.
41. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول: نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقاً للمعايير الدولية المقررة لنظام ل.م.د، برتي للنشر، الجزائر، 2009.
42. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2003.
43. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
44. علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2013.
45. عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري، دار المعرفة، الجزائر، 2002.

46. عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، الموسوعة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2015.
47. عيد أحمد أبو بكر، وليد اسماعيل السيفو، إدارة الخطر والتأمين، دار اليازوري العلمية، الأردن، 2019.
48. فايز الحاج شاهين، وآخرون، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية يتبعها جدول مقابلة مع قوانين 12 دولة عربية، ترجمة إدوار عيد، بشير بيلاني، جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي الطبعة العربية دالوز، طبعة 2012.
49. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري: الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي- الأنشطة التجارية المنظمة-السجل التجاري، نشر وتوزيع ابن خلدون، الطبعة الثانية، الجزائر، 2003.
50. كريم بن سخرية، المسؤولية المدنية للمنتج وآليات تعويض المتضرر: دراسة تحليلية وتطبيقية في ضوء أحكام القانون المدني وقانون حماية المستهلك وقمع الغش لعام 2009، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2015.
51. محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2011.
52. محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات: العقد، ب.د.ن، الطبعة الثانية، تونس، 1997.
53. محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
54. محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2014.
55. محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام: النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009.

56. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) -دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2012.
57. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة-دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2006-2007.
58. محمد علي البدوي الأزهري، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دار الكتب الوطنية، الطبعة الثانية، ليبيا، 2018.
59. محمد علي البدوي الأزهري، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني: أحكام الالتزام، دار الكتب الوطنية، الطبعة الأولى، ليبيا، 2004.
60. مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود، ونبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
61. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، لبنان، 2007.
62. مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2002.
63. معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني -تتضمن على نصوص القانون المدني معلقا عليها بالشرح والمذكرة الإيضاحية والأعمال التحضيرية وأحكام النقض من سنة 1931 إلى 1986، الجزء الأول، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 1987.
64. منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني: مصادر الإلتزام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب والوثائق، بغداد، العراق، 1999.
65. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

ب. الكتب المتخصصة:

1. ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية: دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2014.
2. إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود "دراسة تحليلية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2014.
3. أحمد ابراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.
4. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
5. أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.
6. برهان زريق، نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، مطبعة الإرشاد اللاذقية، سوريا، 2001.
7. توفيق حسن فرج، نظرية الإستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1966.
8. جاك غستان، المطول في القانون المدني: تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
9. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.
10. خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2012.

11. رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الالكتروني: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2016.
12. رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2004.
13. ريماء فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2011.
14. سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 2008.
15. سمير تتاغو، الإلتزام القضائي: الحكم القضائي مصدر جديد للإلتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، مصر، 2014.
16. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، ب.س.ن.
17. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، المملكة الأردنية الهاشمية، 2008.
18. عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك: الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان وفي العقود المبرمة بين المهنيين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
19. عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني: دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2015.
20. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2002.

21. عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 2002.
22. عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 1993.
23. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة: دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1971.
24. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2012.
25. عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، دراسة تحليلية مقارنة لتقرير حماية فعالة للمستهلك في مواجهة القوة الاحتكارية لشركات إنتاج برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، مصر، 2015.
26. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود: دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
27. عزت صلاح عبد العزيز محمد، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2013.
28. فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية -دراسة مقارنة-، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2017.
29. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد -دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2004.

30. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2012.
31. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
32. محمد احمد عبد الحميد احمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2015.
33. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري: دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010.
34. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، القاهرة-الكويت-الجزائر، 2006.
35. محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004.
36. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2011.
37. محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010.
38. محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقانون الإداري-دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية-، دار اليازوري، عمان، الأردن، 2014.
39. محمود علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية: دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، 2018.

40. محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي -دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.
41. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية-دراسة مقارنة-، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بغداد، العراق، 2011.
42. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، التعامل بالشرط الجزائي بين الشريعة والقانون: دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2013.
43. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية: دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2002.
44. وليد صلاح مرسى رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2009.

3- الرسائل والمذكرات:

أ. رسائل الدكتوراه:

1. بورنان العيد، الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم: تخصص قانون خاص فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجيلالي الياصب سيدي بلعباس، 2020/2019.
2. جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2018/2017.
3. حابت آمال، التجارة الالكترونية في الجزائر، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015/09/30.

4. حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 1997.
5. خديجة فاضل، عَيْمَمَة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014.
6. دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015.
7. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013.
8. -زام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2013.
9. زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018/2017.
10. سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون: تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015.
11. سعدون ياسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه في القانون الوضعي: تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولدو معمري تيزي وزو، 2018/2017.
12. شوقي بناسي، أثر تشريعات الإستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015.

13. طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه: تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2019/2018.
14. عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014.
15. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2005/2004.
16. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية: شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012/2011.
17. محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقہ الإسلامي، دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس بمصر، 1992.
18. مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1-بن يوسف بن خدة، 2015/2014.

ب. مذكرات الماجستير:

1. أحمد المستيري، فسخ العقد، مذكرة ماجستير المهني في تحرير العقود والخدمات القانونية، كلية الحقوق والعلوم القانونية بسوسة، جامعة سوسة، تونس، 2013/2012.
2. أحمد عبد المالك سويلم أبو درابي، الظروف الاستثنائية وأثرها على الحقوق والحريات العامة في فلسطين: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2017.

3. أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، ماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، أغسطس 2017.
4. إسماعيل قطاف، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، مذكرة ماجستير: فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2006/2005.
5. إقبطال فريدة، النظام القانوني لعقد الفرانشيز في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة، 2016/06/16.
6. أمجد ارحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين: دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة مولانا مالك ابراهيم الإسلامية الحكومية، 2016.
7. بن حميدة نبهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007/2006.
8. بن قري سفيان، ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم 04-02، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2009/2008.
9. بهاء الدين مسعود سعيد خويرة، الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في برنامج القانون الخاص، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين، 2008.
10. بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير في قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي بأم البواقي، 2012/2011.

11. بو عيس يوسف، حماية المستهلك في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة وهران، 2014/2013.
12. بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007.
13. بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.
14. بيان إسحاق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت بفلسطين، 2007.
15. جرعود ياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2001.
16. حجاج مبروك، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية والنظام المستقل، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012/2011.
17. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدى وتطويع العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013/2012.
18. حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير: تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بجامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2018/2017.

19. حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير: فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2011/12/20.
20. خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 45 قالمة، 2016/2015.
21. خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير في القانون: فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2001.
22. خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء المعاملات المدنية الإماراتي)، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2017.
23. دالي بشير، مبدأ تأويل العقد: دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007.
24. دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2011.
25. رحمون عامر، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، 2013.
26. زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، مذكرة ماجستير في قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009/2008.

27. سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة الماجستير في العلوم القانونية تخصص: عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014/2013.
28. سهى نمر الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت بفلسطين، 2008.
29. سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011/2010.
30. سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك: دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007.
31. صم بوعافية محمد، مجال تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي، مذكرة ماجستير في القانون المدني الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2015/2014.
32. عبد الرحمن زعل الشرايعة، الضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، كانون أول 2014.
33. عبد الرحمن زوهير، النظام القانوني لعقد السياحة والأسفار في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، 2009/2006.
34. عبد الناصر محمد عبد عابدين، الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013.

35. عبید نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015.
36. عروسي ساسية، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشير، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة سطيف2، 2015/06/17.
37. عسالي عرعارة، نظرية الإستغلال، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1997.
38. علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط، 2011.
39. عماد عبد الرحيم أحمد مقاط، أثر الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2007.
40. عنصري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مذكرة الماجستير في تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر1، 2013/2012.
41. فهد سعيد فلاح سعيد، التنظيم القانوني للإعسار المدني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط، 2014/2013.
42. لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في القانون: فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون بجامعة الجزائر1، 2011/2010.
43. معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير في القانون: فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2015/2014.
44. مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير في الحقوق: فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بجامعة يوسف بن خدة، 2009/2008.

45. هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية-دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر غزة، فلسطين، 2012.
46. هزوشي عبد الرحمن، أثر العذر والحوائج على الإلتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية: تخصص قانون وشريعة، كلية العلوم الإسلامية بالخرربة الجزائر، 2006/2005.
47. يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس بفلسطين، 2007.

4- المقالات

1. أسيل باقر جاسم، كاظم فخري علي، المفهوم القانوني لعقد خدمات الهاتف المحمول، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل العراقية، المجلد 06، العدد 02، 2014.
2. أكرم محمود حسين، إسماعيل إبراهيم محمد، الدور الإيجابي للقاضي في المهلة القضائية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 07، العدد 25، 2018.
3. أمال بوهنتالة، سلوى قداش، سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 09، العدد 14، أبريل 2017.

4. إيمان طارق مكي، منصور حاتم محسن، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، مجلة الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل العراق، المجلد 01، العدد 01، 2009.
5. إيناس مكي عبد الناصر، خيار الغبن، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية صفي الدين الحلي، جامعة بابل، العراق، المجلد 01، العدد 11، 2012.
6. بن النوي خالد، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد واشتراط الشروط المقترنة بالعقد، مجلة الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عباس لغرور خنشلة، المجلد 04، العدد 02، 2017.
7. بن يحيى شارف، ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي -، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، المجلد 02، العدد 02، 2010.
8. تدريست كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 15، العدد 01، 2017.
9. حاسي جهاد، علي فتاك، التنظيم القانونية للعقود النموذجية في قانون التجارة الدولية - بالتطبيق على قواعد اليونيدروا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، المجلد 57، العدد 04، 2020.
10. حامق ذهبية، المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية - أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا، حوليات جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة 1، عدد خاص: تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون، المجلد 27، العدد 01، نوفمبر 2015.

11. حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري -دراسة مقارنة-، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق بجامعة الموصل العراق، المجلد 16، العدد 58، 2013.
12. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية: دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون بجامعة بغداد، المجلد 26، العدد 02، 2011.
13. حفناوي نصري، هل يمكن اعتبار كورونا كوفيد-19 قوة قاهرة؟، مجلة قانون العمل والتشغيل، عدد خاص: تأثير فيروس كورونا على علاقات العمل، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، المجلد 05، العدد 02، أوت 2020.
14. حلو أبو الحلو، حماية الطرف الضعيف في عقد العمل: محاولة لتأصيل الفكرة وتقرير آليات الحماية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 05، 2008.
15. حميد سلطان الخالدي، لؤي سطات حمود، السلطة التقديرية للقاضي في منح الأجل القضائي في دعوى الفسخ: دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد 22، العدد 04، 2020.
16. حوحو يمينية، سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2013.
17. حيدر فليح حسن، محمد غانم يونس، نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 09، العدد 02، 2018.
18. خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، العدد 05، 2016.

19. خلادي إيمان، بسعيد مراد، مدى إعتبار جائحة كوفيد 19 قوة قاهرة لإبراء الناقل البحري من المسؤولية، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص: القانون وجائحة كوفيد 19، جويلية 2020.
20. خوله كاظم محمد راضي، الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل العراقية، المجلد 06، العدد 01، 2014.
21. دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون، مجلة علمية محكمة تعنى بالبحوث والدراسات القانوني، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة بغيليزان، المجلد 05، العدد 01، جوان 2016.
22. دزيري إبتسام، سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، المجلد 12، العدد 01، 2018.
23. رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، كلية الحقوق بجامعة الشلف، المجلد 04، العدد 05، جانفي 2008.
24. رباحي أحمد، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق -دراسة مقارنة- ، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد 02، العدد 10، مارس 2010.
25. رحمون عامر، مقال عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة-، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 08، العدد 02، 2015.
26. زرداوي عبد العزيز، مواجهة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 05، العدد 01، أفريل 2017.

27. زروق يوسف، حماية المستهلك من الإذعان في عقود الاستهلاك الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشر الجلفة، المجلد 08، العدد 04، 2015.
28. زياد خلف عليوي الجوالي، الحماية المدنية للمستهلك في عقد الإذعان: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، جامعة تكريت بغداد، المجلد 02، السنة 05، العدد 19، أيلول 2013.
29. سارة بوفلحة، مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، المجلد 28، العدد 01، 2017.
30. سامي بن حملة، إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الإستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد 05، مارس 2015.
31. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، دور القاضي في إكمال نطاق العقد طبقاً للمادة 86 مدني عراقي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية بالعراق، المجلد 01، العدد 01، 2010.
32. سليمة لدغش، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت بين الواقع والضرورة، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 05، العدد 01، أفريل 2017.
33. سي فضيل زهية، تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود العمل، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، المجلد 02، العدد 02، 2017.
34. الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية-دراسة مقارنة-، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، المجلد 01، العدد 02، جوان 2014.

35. صفاء متعب فجة، التفاوت المعرفي بين المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد: دراسة مقارنة، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون بجامعة بابل العراق، المجلد 01، العدد 01، 2009.
36. طرطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنغاست، المجلد 03، العدد 01، جانفي 2014.
37. عارف محمد الجناحي، تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في بيع التقسيط والمراوحة للأمر بالشراء في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة الشارقة، جامعة الشارقة بالإمارات العربية المتحدة، المجلد 16، العدد 01، يونيو 2019.
38. عبد المهدي كاظم ناصر، عبد الله جبار خشان، النظام القانوني للفسخ الجزئي للعقد، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة بالعراق، المجلد 13، العدد 45، الجزء 02، 2020.
39. عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 05، العدد 01، أبريل 2017.
40. عزيز كاظم جبر الخفاجي، الغبن عيب في الرضا أم في ذات العقد، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، المجلد 08، العدد 25، 2015.
41. علاء عزيز حميد الجبوري، حسنين مكي جودي، عقد التأمين على الطائرة -دراسة مقارنة-، مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت ببغداد، العدد 20، ديسمبر 2016.
42. علي غسان أحمد، إنعام محمد رضا عبد العزيز، القانون الواجب التطبيق على عقد النقل الجوي "دراسة مقارنة"، مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 03، العدد 02، 2019.

43. عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، المجلد 01، العدد 38، 2015.
44. فوزي بن أحمد بالكناني، النظرية العامة للالتزام: نسبة الاستقرار، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، المجلد 01، العدد 02، 2015.
45. كامل خير الله طراد، نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والقانون المقارن وأثرها على عقود التجارة الدولية، مجلة كلية التراث الجامعة، كلية الحكمة الجامعة بالعراق، العدد 17، 2015.
46. لمين لعريض، الحماية التشريعية للمستهلك في المجال العقاري "الحماية في عقود تأمين المباني - نموذجاً"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس المدية، المجلد 01، العدد 01، 2015.
47. لياس بروك، الشروط التعسفية في عقد التأمين، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي بالأغواط، المجلد 01، العدد 05، 2017.
48. ماهر جابر الجابر، مراد محمود شنيكات، أسماء مصطفى غنيمات، عاطف سالم العواملة، سلطة القاضي في تعديل الأجل القضائي في القانون المدني الأردني، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة بمصر، المجلد 10، العدد 01، مارس 2020.
49. محمد جاسم محمد، مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية (دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة إلى القانونية الأمريكي والفرنسي)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة ذي قار العراق، العدد 13، السنة 11، 2019.
50. محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المملكة العربية السعودية، العدد 02، 1988.

51. محمد علي محمد العمري، أثر الغبن المجرى على العقد-دراسة فقهية قانونية مقارنة-،
المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت بالأردن، المجلد 14، العدد
03، 2018.
52. محمد فواز صباح الألوسي، التعسف في عقود الإذعان، مجلة الأنبار للعلوم القانونية
والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة الأنبار العراق، المجلد 02، العدد
13، 2017.
53. محمد محمد أحمد سويلم، سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كورونا في
القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، حولية كلية الدراسات الإسلامية
والعربية للبنات بالمنصورة، جامعة الأزهر، المجلد 22، العدد 02، 2020.
54. محمود حمودة صالح، عقود الإذعان والممارسات المصاحبة لها: نموذج الهيئة
القومية للكهرباء، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات
الإسلامية بجامعة إفريقيا العالمية السودان، العدد 03، 2004.
55. محمود حمودة صالح، عقود الإذعان والممارسات المصاحبة لها: أنموذج الهيئة
القومية للكهرباء، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات
الإسلامية بجامعة إفريقيا العالمية السودان، العدد 03، 2004.
56. منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي: دراسة مقارنة،
مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون بجامعة بابل العراق،
العدد 04، السنة 07، 2015.
57. منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية: دراسة مقارنة، مجلة جامعة
بابل العراق، المجلد 26، العدد 03، 2018.
58. مهدي إبراهيم علي، صهبا نزار ناظم، صفة الإذعان في عقد خدمات ما بعد بيع
العقار، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية بجامعة كركوك، المجلد 05،
العدد 20، 2017.

59. نساخ بولقان فطيمة، أخلقة العلاقة العقدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة بالجزائر، المجلد 52، العدد 04، 2015.

60. نسير رفيق، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 09، العدد 01، 2018.

61. هني عبد اللطيف، التوازن العقدي في عقد الاستهلاك، دراسات قانونية، مجلة سداسية محكمة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 06، 2011.

62. يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 31، العدد 01، 2017.

5- المجالات القضائية:

1. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول.
2. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني.
3. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثالث.
4. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع.
5. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الأول.
6. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثاني.
7. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني.
8. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الثاني.
9. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الثالث.
10. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الرابع.
11. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الأول.
12. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني.

13. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1999، العدد الثاني.
14. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الأول.
15. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الثاني.
16. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد الأول.
17. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد الثاني.
18. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2003، العدد الأول.
19. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الأول.
20. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الثاني.
21. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2008، العدد الثاني.
22. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2009، العدد الأول.
23. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2011، العدد الأول.
24. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2015، العدد الأول.
25. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2015، العدد الثاني.
26. المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 2020، العدد الأول.

6- المداخلات:

1. عبد المجيد غميحة، أبعاد الأمن التعاقدى وارتباطاته، عرض مقدم في اللقاء الدولي حول الأمن التعاقدى وتحديات التنمية المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين، الصخيرات بالمغرب، 18 و19 أبريل، 2014.
2. عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاء بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للإتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، 28 مارس 2008.

7- مواقع الإنترنت:

1. الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية، على الرابط: www.cc.gov.eg :

- الطعن رقم 87 لسنة 18 قضائية، الصادر بجلسة 1950/01/12.
- الطعن رقم 74 لسنة 19 قضائية، الصادر بجلسة 1951/11/08.
- الطعن رقم 296 لسنة 25 قضائية، الصادر بجلسة 1960/04/21.
- الطعن رقم 263 لسنة 27 قضائية، الصادر بجلسة 1963/01/03.
- الطعن رقم 440 لسنة 29 قضائية، الصادر بجلسة 1964/05/07.
- الطعن رقم 497 لسنة 29 قضائية، الصادر بجلسة 1964/07/07.
- الطعن رقم 118 لسنة 31 قضائية، الصادر بتاريخ 1966/02/15.
- الطعن رقم 53 لسنة 32 قضائية، الصادر بجلسة 1966/10/18.
- الطعن رقم 532 لسنة 35 قضائية، الصادر بجلسة 1970/05/05.
- الطعن رقم 58 لسنة 40 قضائية، الصادر بجلسة 1975/03/03.
- الطعن رقم 502 لسنة 39 قضائية، الصادر بجلسة 1975/06/09.
- الطعن رقم 580 لسنة 43 قضائية، الصادر بجلسة 1977/03/01.
- الطعن رقم 1797 لسنة 50 قضائية، الصادر بجلسة 1986/02/17.
- الطعن رقم 1276 لسنة 53 قضائية، الصادر بجلسة 1988/03/23.
- الطعن رقم 1297 لسنة 56 قضائية، الصادر بجلسة 1990/11/29.
- الطعن رقم 14903 لسنة 75 قضائية، الصادر بجلسة 2015/01/04.
- الطعن رقم 14157 لسنة 84 قضائية، الصادر بجلسة 2016/02/21.
- الطعن رقم 3161 لسنة 86 قضائية، الصادر بجلسة 2017/02/20.
- الطعن رقم 10058 لسنة 75 قضائية، الصادر بتاريخ 2017/03/07.
- الطعن رقم 11912 لسنة 79 قضائية، الصادر بجلسة 2017/04/01.
- الطعن رقم 11912 لسنة 79 قضائية، الصادر بجلسة 2017/04/01.

- الطعن رقم 11112 لسنة 79 قضائية، الصادر بجلسة 2018/02/26.
- الطعن رقم 19336 لسنة 84 قضائية، الصادر بجلسة 2018/11/17.
- الطعن رقم 7757 لسنة 82 قضائية، الصادر بجلسة 2019/01/21.
- الطعن رقم 17059 لسنة 82 قضائية، الصادر بجلسة 2020/02/15.
- الطعن رقم 1559 لسنة 81 قضائية، الصادر بجلسة 2020/03/03.
- الطعن رقم 2931 لسنة 70 قضائية، الصادر بجلسة 2020/12/07.

2. مقال عبد الرشيد طبي (الرئيس الأول للمحكمة العليا)، القوة القاهرة وأثرها على التشريع والقضاء: فيروس كوفيد19-نموذج، 2020/06/04، على الرابط:

<https://www.mjustice.dz>

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

1- Les Ouvrages :

1. BENCHENEB ALI, Le droit algérien des contrats données fondamentales, édition ajed, Alger, 2011.
2. CHRISTIAN LAPOYADE-DESCHAMPS, LAURENT BLOCH, et STEPHANIE MORACCHINI-ZEIDENBERG, Droit des obligations, Ellipses, 2^{ème} éditions, 2008.
3. JACQUES GHESTIN, CHRISTOPHE JAMIN, MARC BILLIAU, Traité de droit civil : Les effets du contrat, 2^{ème} édition, L.G.D.J, paris, 1994.
4. JEAN CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, Droit de la consommation, Dalloz, 5^{ème} édition, 2000.

5. LEON DUQUIT, Les transformation générales du droit privé depuis le code napoléon, 2^{ème} édition, paris, 1920.
6. PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNES et PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrénois, paris, 2004.
7. PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNES et PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrénois, 2^{ème} édition, Paris, 2005.
8. RAYMOND SALEILLES, De la déclaration de volonté, contribution à L'acte juridique dans le code civil allemand (art.116 à 144), Libraire cotillon, 1901.
9. SAMIR TANAGHO, De l'obligation judiciaire, Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge, El wafaa bibliothèque juridique, 1^{ère} édition, 2014.
10. THOMAS PIAZZON, La sécurité juridique, Alpha, 2010.

2- Les THESES :

1. CLAIRE-MARIE Peglion-Zika, La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du code de la consommation, Thèse doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas paris II, 13/12/2013.
2. HAMMOD May, La protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance, Thèse doctorat en droit, université panthéon-Assas, 10/12/2012.

3. JACQUES DOLLAT, Les contrats d'adhésion, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de L'université de paris, 1905.
4. MARIE Leveneur–Azémar, étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon–Assas Paris II, 14/09/2016.
5. MONA Jamal, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'université de Strasbourg, école doctorale, Université de Strasbourg, 24/10/2017.

3– LES ARTICLES:

1. HUQUES Bouthinon–Domas, Les Contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, Revue internationale de droit économique, de boeck supérieur, (t.XVI,3), 2001–3.
2. MICKLITZ Hans–W, La Loi Allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976, revue internationale de droit comparé, société de législation comparée, année :41, N° 1,1989.
3. TERKI Nour–Eddine, Les clauses de force majeure et de hardship dans le contrat international de longue durée, Revue Algérienne des sciences juridique et politique, Université benyoucef benkhadda d'alger, volume 47, numéro 2, 2010.

4- LES SITE INTERNET:

1. <http://eur-lex.europa.eu>: CJEU, Cour, 1^{er} chambre, n°C-342L13, Ordonnance de la cour, 3 avril 2014.
2. <https://www.doctrine.fr>: Cour d'appel, colmar, 6^e chambre, 12 mars 2020, n° 20/0109.
3. <https://www.legifrance.gouv.fr>:
 - Cour de cassation, Chambre civile1, N° de pourvoi 91-19.424, 06/01/1994.
 - Cour de Cassation, chambre civile1, du 25 janvier 1989, N° de pourvoi 87-13.640.
 - Cour de cassation, chambre civile 1, du 29/10/2002, N de pourvoi 99-20.265.
 - Cour de Cassation, Chambre civile1, du 18/04/1953, N° de pourvoi 53-06.152, publié au bulletin.
 - Cour de Cassation, Chambre civile1, du 19/12/1990, N° de pourvoi 87-19.588.
 - Cour de Cassation, Chambre Commerciale, du 22/10/1993, N° de pourvoi 93-18.632.
 - Cour de cassation, Chambre civile3, 06/10/2016, N° de pourvoi 15-16.118.
 - Cour de cassation, Chambre civile2, 03/07/2014, N° de pourvoi 13-22.418.

ثالثا: النصوص القانونية

1-القوانين الوطنية:

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، العدد 78.
2. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، العدد 78.
3. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984، العدد 24.
4. القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 ابريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 25 ماي 1990، العدد 17.
5. القانون رقم 06-99 مؤرخ في 04/04/1999، يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 07/04/1999، العدد 24.
6. الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19/07/2003، المتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 23/07/2003، العدد 44.
7. الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 27/09/2003، العدد 52.

8. القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004، العدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010، العدد 46.
9. القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المؤرخ في 2525 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 12/03/2006، العدد 15.
10. القانون رقم 05-07 المؤرخ في 28 أبريل 2005، المتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2005، العدد 50.
11. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ 10 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006، العدد 56، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44، المؤرخ في 03 فبراير 2008، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2008، العدد 07.
12. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008، العدد 21.
13. القانون 10-04 المؤرخ في 15 غشت 2010، يعدل ويتم الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 والمتضمن القانون البحري، الجريدة الرسمية، الصادر بتاريخ 18 غشت 2010، العدد 46.
14. النظام رقم 01-13 المؤرخ في 08/04/2013 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 02/06/2013، العدد 29.

15. القانون رقم 05-18 المؤرخ في 10 مايو 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 16 مايو 2018، العدد 28.

2-القوانين الأجنبية:

أ. في مصر:

1. قانون رقم 181 لسنة 2018 بإصدار قانون حماية المستهلك، الصادر في 03 محرم 1440هـ الموافق لـ 13 سبتمبر 2018م، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، عدد 37، السنة الحادية والستون.
2. القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار المدني المصري، الصادر في 16 يوليو 1948.

ب. في المغرب:

- ظهير شريف رقم 1.11.03، صادر في 14 من ربيع الأول 1432هـ الموافق لـ 18 فبراير 2011 بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، حرر بالرباط، الجريدة الرسمية، عدد 5932، بتاريخ 03 جمادى الأولى 1432 هـ الموافق لـ 07 أبريل 2011.

ج. في تونس:

- أمر مؤرخ في 1906/12/15، مجلة الإلتزامات والعقود، منشور بالرائد الرسمي، ملحق عدد 100 بتاريخ 1906/12/15، الجمهورية التونسية.

د. في لبنان:

- قانون رقم 659، حماية المستهلك، صادر بتاريخ 04/02/2005، الجمهورية اللبنانية.

- قانون الموجبات والعقود، الصادر بتاريخ 1932/03/09، الجريدة الرسمية، بيروت.

م. في الكويت:

- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980، الصادر بتاريخ 01 أكتوبر 1980، جريدة الكويت اليوم بالعدد 1335، الصادرة بتاريخ 5 يناير 1981.

هـ. في فلسطين:

- القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012، الصادر بتاريخ 27 أغسطس 2012، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ أغسطس 2012، عدد ممتاز.

و. في العراق:

- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 04 حزيران 1951.

ي. في فرنسا:

1. Arrêté du 29 novembre 1973, relatif à la terminologie économique et financière, journal officiel de la république française, 03/01/1974, N°3.
2. Compte rendu intégral : 44° séance, 1^{er} ordinaire de 1977-1987, Débat parlementaire sénat, journal officiel de la république français, 19 décembre 1977, N°102.
3. Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, sur la protection et l'information des consommateurs des produits et de services.

4. Décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, journal officiel de la république française, 1 avril 1978, N°77.
5. Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Bruxelles.
6. Directive 93/13/CEE du conseil, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 5 avril 1993.
7. Loi n° 95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, journal officiel de la république française, 02/02/1995, N°28.
8. Loi n°2018-287 du 20 avril 2018, Code Civil Français.

الفهرس

الفهرس:

الصفحة	العنوان
أ	شكر وتقدير
ب	الإهداء
ج	قائمة المختصرات
01	مقدمة
09	الباب الأول: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي أثناء تكوين العقد
11	الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الإستغلال
12	المبحث الأول: سلطة القاضي في التحقق من توافر الشروط القانونية للغبن الإستغلالي
13	المطلب الأول: سلطة القاضي في تحديد العنصر المادي للإستغلال
14	الفرع الأول: الغبن المقصود من الدراسة
14	أولاً: الغبن المجرد
20	ثانياً: الغبن الاستغلالي
22	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير اختلال التوازن بين الإلتزامات المتقابلة
23	أولاً: تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة للمتعاقد
29	ثانياً: تقدير عدم التعادل بالرجوع إلى وقت إبرام التصرف
30	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تحديد العنصر المعنوي للإستغلال
30	الفرع الأول: إستغلال حالة ضعف معين في المتعاقد المغبون
31	أولاً: الطيش البين

32	ثانيا: الهوى الجامح
33	الفرع الثاني: توافر نية الاستغلال
36	المبحث الثاني: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الاستغلالي
37	المطلب الأول: نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الإستغلالي
38	الفرع الأول: سلطة القاضي في دعوى إبطال العقد وإمكانية توقيها
38	أولا: سلطة القاضي التقديرية في دعوى الإبطال
40	ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في طلب توقي دعوى الإبطال
41	الفرع الثاني: سلطة القاضي في دعوى الإنقاص
42	المطلب الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الاستغلالي
42	الفرع الأول: الضوابط الشكلية
43	أولا: صاحب الحق في رفع الدعوى
44	ثانيا: ميعاد رفع الدعوى
46	الفرع الثاني: الضوابط الموضوعية
46	أولا: نواحي الضعف الإنساني
48	ثانيا: مدى تقيد القاضي بالطلب القضائي
50	الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان
51	المبحث الأول: الشروط القانونية الواجب توافرها من أجل تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان
51	المطلب الأول: شرط وجود عقد الإذعان
51	الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان
52	أولا: تعريف عقد الإذعان
53	1: الإذعان في اللغة
53	2: الإذعان في الاصطلاح
54	أ: المفهوم الضيق لعقد الإذعان

56	ب: المفهوم الحديث لعقد الإذعان
58	3: التعريف القانوني لعقد الإذعان
59	ثانيا: خصائص عقد الإذعان
59	1: خصائص عقد الإذعان وفق المفهوم التقليدي
60	ا: ضرورة السلعة أو الخدمة
61	ب: احتكار السلع أو الخدمات المقدمة للمستهلك
62	ج: عمومية الإيجاب واستمراريته
64	2: خصائص عقد الإذعان وفق المفهوم الحديث
66	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان
66	أولا: موقف الفقه من طبيعة عقد الإذعان
66	1: الفريق الأول: يرى بأن عقود الإذعان هي عقود تنظيم
67	2: الفريق الثاني: يرى بأن عقود الإذعان هي عقود عادية
68	ثانيا: موقف المشرع الجزائري من طبيعة عقد الإذعان
70	الفرع الثالث: صور وتطبيقات عملية لبعض عقود الإذعان
71	أولا: العقود الأكثر تداولاً
71	1: عقود التأمين
74	2: عقود البنكية
76	3: عقود العمل
77	ثانيا: عقود الاشتراك في الخدمات العامة، النقل، الفرشيز
77	1: عقود الاشتراك في الخدمات العامة
79	2: عقود النقل
81	3: عقود الفرشيز
82	ثالثا: العقود النموذجية والتجارة الالكترونية
83	1: العقود النموذجية

84	2: عقود التجارة الالكترونية
87	المطلب الثاني: الشرط التعسفي كشرط لتعديل عقد الإذعان
87	الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي
88	أولاً: تعريف الشرط التعسفي
88	1: التعريف الفقهي
91	2: التعريف القضائي
93	3: التعريف القانوني
93	أ: تعريف التشريعات الأجنبية
93	• تعريف المشرع الألماني
95	• تعريف المشرع البلجيكي، الكندي، الإسباني
96	• تعريف المشرع الفرنسي
98	ب: تعريفات التشريعات العربية
100	ج: تعريف المشرع الجزائري
105	ثانياً: تمييز الشرط التعسفي عن بعض المفاهيم المشابهة له
105	1: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط الجزائي
106	2: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع
108	3: تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي
109	الفرع الثاني: تحديد الطابع التعسفي للشروط
110	أولاً: المعايير التي يتحدد من خلالها الطابع التعسفي للشرط
111	1: معيارا التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة المفرطة
112	أ: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية
112	• مضمون معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية
113	• تقييم معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية
115	ب: معيار الميزة المفرطة

115	• مضمون معيار الميزة المفرطة
116	• تقييم معيار الميزة المفرطة
119	2: اختلال التوازن العقدي كمعيار لتحديد الشرط التعسفي
120	• مضمون معيار اختلال التوازن العقدي
122	• تقييم معيار اختلال التوازن العقدي
124	ثانيا: سلطة القاضي الجزائري في تقدير الطابع التعسفي للشرط
130	المبحث الثاني: مواجهة القاضي اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية في عقد الإذعان
130	المطلب الأول: اختلال التوازن العقدي سبب لتدخل القاضي في العقد
131	الفرع الأول: اختلال التوازن العقدي
131	أولاً: تنامي عقود الإذعان في ظل قصور مبدأ سلطان الإرادة
131	1: قصور مبدأ سلطان الإرادة في تحقيق التوازن العقدي
133	2: تنامي عقود الإذعان
136	ثانيا: التفاوت في المعرفة سبب لاختلال التوازن العقدي
139	الفرع الثاني: التعديل يعالج اختلال التوازن العقدي
140	أولاً: قصور المبادئ العامة في تحقيق التوازن العقدي
140	1: دور نظرية الغبن والاستغلال في تحقيق التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية
142	2: دور السبب في تحقيق التوازن العقدي
147	3: دور قاعدة حسن النية في تحقيق التوازن العقدي
152	4: دور نظرية التعسف في استعمال الحق في تحقيق التوازن العقدي
155	ثانيا: دعوة القاضي للتدخل في العقد لإحداث التوازن العقدي
156	1: مبررات تدخل القاضي في العقد لإحداث التوازن العقدي
159	2: التوازن العقدي مطلب ضروري

163	المطلب الثاني: صور تدخل القاضي من أجل محاربة الشروط التعسفية بإحداث التوازن العقدي
164	الفرع الأول: سلطتا التعديل والإلغاء
164	أولاً: سلطة القاضي بتعديل الشروط التعسفية لإحداث التوازن العقدي
166	ثانياً: سلطة القاضي بإلغاء الشروط التعسفية لإحداث التوازن العقدي
169	الفرع الثاني: سلطة القاضي التفسيرية لإحداث التوازن العقدي
170	أولاً: سلطة القاضي في تفسير العبارات الواضحة
176	ثانياً: سلطة القاضي في تفسير العبارات الغامضة
180	ثالثاً: سلطة القاضي في تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان
184	الباب الثاني: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي في مرحلة تنفيذ العقد
187	الفصل الأول: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي برفع الإرهاق
188	المبحث الأول: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بسبب الظروف الطارئة
191	المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة كآلية في يد القاضي لمعالجة اختلال التوازن العقدي
192	الفرع الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة
194	أولاً: التعريف بنظرية الظروف الطارئة
196	ثانياً: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن النظريات المشابهة لها
196	1: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة
201	2: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية الإستغلال
202	الفرع الثاني: شروط وضوابط سلطة القاضي في إزالة الإرهاق بسبب الظروف الطارئة
202	أولاً: سلطة القاضي في التحقق من توافر شروط نظرية الظروف الطارئة

203	1: أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ
209	2: أن يطرأ حادث إستثنائي عام غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ
209	أ: أن يكون الحادث إستثنائيا
214	ب: أن يكون الحادث الإستثنائي عاما
218	ج: أن يكون الحادث الإستثنائي غير متوقع
225	3: أن يجعل الحادث الإستثنائي تنفيذ الإلتزام مرهقا
229	ثانيا: ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة
230	1: مراعاة القاضي الظروف المحيطة بالقضية
231	2: موازنة القاضي بين مصلحة طرفي العقد
232	3: رد الإلتزام إلى الحد المعقول
235	المطلب الثاني: وسائل تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة
236	الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الإلتزام المرهق بالإنقاص والزيادة
236	أولا: سلطة القاضي في إنقاص الإلتزام المرهق
237	1: إنقاص الإلتزام المرهق من حيث الكم
237	2: إنقاص الإلتزام المرهق من حيث الكيف
239	ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الإلتزام المقابل
242	الفرع الثاني: سلطة القاضي في وقف تنفيذ الإلتزام وإمكانية فسخ العقد
242	أولا: سلطة القاضي في وقف تنفيذ الإلتزام
244	ثانيا: سلطة القاضي في فسخ العقد
250	المبحث الثاني: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بمنح الأجل القضائي
251	المطلب الأول: شروط تدخل القاضي لمنح الأجل القضائي
253	الفرع الأول: عدم وجود مانع قانوني لمنح الأجل القضائي
255	الفرع الثاني: أن تكون حالة المدين تستدعي منحه أجلا قضائيا
257	الفرع الثالث: عدم تضرر الدائن من جراء منح الأجل القضائي

258	الفرع الرابع: أن يكون الأجل الممنوح للمدين أجلا معقولا
259	المطلب الثاني: نطاق سلطة القاضي في منح الأجل القضائي
260	الفرع الأول: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ
263	الفرع الثاني: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ
264	أولا: سلطة القاضي في منح المدين أجلا للتنفيذ قبل الحكم بفسخ العقد
267	ثانيا: سلطة القاضي في رفض طلب الفسخ
269	المعيار الأول: المعيار الذاتي أو الشخصي
270	المعيار الثاني: المعيار الكمي أو الموضوعي
272	الفصل الثاني: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بتعديل الشرط الجزائي وتكملة العقد
272	المبحث الأول: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بتعديل الشرط الجزائي
273	المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير الشرط الجزائي
273	الفرع الأول: تحديد مفهوم الشرط الجزائي وخصائصه
274	أولا: تحديد مفهوم الشرط الجزائي
278	ثانيا: خصائص الشرط الجزائي
278	1: الشرط الجزائي إتفاق مسبق على تقرير التعويض
279	2: الشرط الجزائي إلتزام تابع للإلتزام الأصلي
280	3: الشرط الجزائي إلتزام إحتياطي
281	الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي
281	أولا: شرط الخطأ
282	ثانيا: شرط الضرر

282	ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر
283	رابعا: الإعدار
285	المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بتعديل الشرط الجزائي
286	الفرع الأول: سلطة تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو الزيادة
286	أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي
287	1: تخفيض الشرط الجزائي بسبب التعويض المفرط فيه
289	2: تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي
290	ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي
292	الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
292	أولا: ضابط التقيد بالطلب القضائي
293	ثانيا: لا يجوز للقاضي النزول بمبلغ التعويض الاتفاقي إلى ما دون الضرر
294	ثالثا: سلطة القاضي جوازية
295	المبحث الثاني: سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي بتكملة العقد
296	المطلب الأول: سلطة القاضي في التحقق من شروط استكمال العقد
296	الفرع الأول: المقصود بفكرة استكمال العقد
297	أولا: تعريف إستكمال العقد
299	ثانيا: تمييز استكمال العقد عن بعض الأنظمة المشابهة له

299	1: تمييز الإستكمال عن التفسير
300	2: تمييز الإستكمال عن التكييف
302	3. تمييز الإستكمال عن التعديل
303	الفرع الثاني: سلطة القاضي في التحقق من توافر شروط استكمال العقد
304	أولاً: الاتفاق على المسائل الجوهرية
305	ثانياً: الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية للاتفاق عليها فيما بعد
306	ثالثاً: عدم اشتراط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية
307	المطلب الثاني: نطاق سلطة القاضي في استكمال العقد
307	الفرع الأول: سلطة القاضي في تحديد مصدر استكمال العقد
308	أولاً: سلطة القاضي في تقدير طبيعة المعاملة
310	ثانياً: سلطة القاضي في اختيار القاعدة القانونية المناسبة
312	ثالثاً: سلطة القاضي في اختيار العرف
313	رابعاً: سلطة القاضي في اختيار ما يراه ملائماً للعدالة
315	الفرع الثاني: طبيعة سلطة القاضي في استكمال العقد ومدى رقابة المحكمة العليا
316	أولاً: طبيعة سلطة القاضي في استكمال العقد
318	ثانياً: رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في استكمال العقد
320	خاتمة
328	قائمة المراجع
368	الفهرس

المخلص: تُعدُّ سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي من أهم الآليات التي انتهجها المشرع لتحقيق العدالة العقدية وحماية الطرف الضعيف من جهة، والحفاظ على استقرار العقود والأمن التعاقدية من جهة أخرى، إلا أن هذه السلطة تعتبر خروجاً على مبدأ قانوني هام وهو "العقد شريعة المتعاقدين". ولقد منح المشرع الجزائري القاضي سلطات لإحداث التوازن العقدي وذلك بموجب نصوص قانونية واضحة ودقيقة سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه، ففي مرحلة تكوين العقد تتجسد سلطة القاضي في التدخل في العقد بإزالة مظاهر الغبن والاستغلال وتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها في عقود الإذعان، أما في مرحلة تنفيذه فتتجسد سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في إطار تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ومنح الأجل القضائي، كما له أن يعدل العقد إذا تضمن شرطاً جزائياً مجحفاً، وأن يضيف التزامات إلى العقد ضماناً لتنفيذه وفق مقتضيات حسن النية.

الكلمات المفتاحية: تعديل العقد، تكوين العقد، تنفيذ العقد، التوازن العقدي، العدالة العقدية.

Abstract: The authority of the judge establish contractual balance is one of the most important mechanisms adopted by the legislator to achieve contractual justice, protect the weak party and to maintain the stability of contracts and contractual security, but this authority is considered a violation of an important legal principle « pacta sunt servanda ». The Algerian Legislature has given the judge powers to strike a balance in accordance with clear and precise legal provisions, whether at the stage of contract formation or execution. At the stage of contract formation, the authority of the judge to intervene in the contract by removing the manifestations of injustice and exploitation and to modify or cancel arbitrary conditions in contracts of adhesion. At the stage of execution, the authority of the judge is to return the burdensome obligation to a reasonable extent in the context of the application of the theory of emergency circumstances, and to grant duration judicial. He may also amend the contract if it contains an unfair penalty clause and add obligations to the contract to ensure that it is executed in accordance with the requirements of good faith.

Key words: Contract modification, contract formation, contract execution, contract equilibrium, contractual justice.

Résumé : L'autorité du juge pour établir l'équilibre contractuel est l'un des mécanismes les plus importants adoptés par le législateur pour parvenir à la justice contractuelle et protéger la partie faible d'une part, et pour maintenir la stabilité des contrats et la sécurité contractuelle d'autre part, mais cette autorité est considérée comme une violation d'un principe juridique important «le contrat fait la loi des parties». Le Législateur algérien a donné au juge les pouvoirs de trouver un équilibre conformément à des dispositions légales claires et précises, que ce soit au stade de la formation du contrat ou de l'exécution. Au stade de la formation du contrat, le juge a le pouvoir d'intervenir dans le contrat en supprimant les manifestations d'injustice et d'exploitation et de modifier ou d'annuler les clauses abusives dans les contrats d'adhésion. Au stade de l'exécution du contrat, le juge a le pouvoir de réduire l'obligation excessive dans une mesure raisonnable dans l'application de la théorie d'événements exceptionnels, et accordant le délai judiciaire. Il peut également modifier le contrat s'il contient une clause de pénalité injuste et ajouter des obligations au contrat pour s'assurer qu'il est exécuté conformément aux exigences de bonne foi.

Mots clés : modification du contrat, formation du contrat, exécution du contrat, équilibre contractuel, justice contractuelle.