

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

- كلية الحقوق -



## سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدى و تطويع العقد

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين

تحت إشراف الأستاذ :

د. رايس محمد

من إعداد الطالب :

حدي لالة أحمد

### أعضاء اللجنة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	د. يوسف فتيحة
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	د. رايس محمد
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر - أ.	د. ميكالي هوارى
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر - ب.	د. بن صغير مراد

السنة الجامعية: 2013/2012

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ. وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ

الْمُسْتَقِيمِ. وَلَا تَبْخُسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْثُوا

فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ

## صدق الله العظيم

الآية 181-182-183 (سورة الشعراء)



\* إلى كل من تعلمت منهم صغيرا و كبيرا الصدق و الوفاء.

\* إلى من منحوني حب الحق في شموخ و كبرياء.

\* إلى من تتلمذت على أيديهم في يومي و أمسي.

\* إلى كل من كان لهم عظيم الأثر في نفسي.

\* إلى كل من ساهم في إخراج هذا البحث إلى حيز الوجود بالقول

أو الفعل أو الدعوة الصالحة.

\* إلى أسرتي الثانية السواد الأعظم محاميات و محامون.

أهدي هذا العمل المتواضع.

شكر و عرفان

أتقدم بالشكر و الإمتنان إلى أستاذي الفاضل الدكتور ريس محمد على إشرافه و تحمله

لي طيلة إنجاز هذا البحث، و على توجيهاته القيمة، و هذا أقل شيء يمكنني أن أقدمه له

و أهم ما تعلمته منه هو أنه يمكن أن يشيب الرأس و ينحني الظهر و لكنها لا تنحني الهمم.

- كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة على تكريمهم بالموافقة على مناقشة هذا

البحث. لكم ولكم مني جزيل الشكر

## قائمة المختصرات

### المختصرات باللغة العربية:

(ق.م.ج.): القانون المدني الجزائري

(ق.ت.ج.): القانون التجاري الجزائري.

(ق.م.ف.): القانون المدني الفرنسي.

(ق.م.م.): القانون المدني المصري.

(ق.م.م.تج.): القانون المتعلق بالممارسات التجارية.

(ق.إ.ف.): قانون الإستهلاك الفرنسي.

(ق.ل.ع.مغ.): قانون الموجبات والعقود المغربي.

(ق.م.أ.): قانون مدني ألماني.

ص: صفحة

ط: طبعة.

م: المادة

؟/- : الفقرة

### المختصرات باللغة الفرنسية.

Art: article

c.c.f : code civil francais

c.consom: code de la consommation.

N° : Numero

Op .cit: opus Citus.(ouvrage précité)

P : page.

Edi : edition

## المقدمة

- إن أهم صفة ميز الله سبحانه وتعالى بها الإنسان في هذا الكون هي كونه كائنا اجتماعيا لا يطيب له العيش إلا في كنف الجماعة، هذه الأخيرة التي تمثل الوسط الحيوي للعلاقات الاجتماعية والإنسانية التي يمارسها الأفراد فيما بينهم من أجل الحصول على الوسائل الضرورية للعيش، وله في سبيل تحقيق ذلك اللجوء إلى طرق عديدة كلها تتمحور حول إجراء تعاملات مع باقي أفراد المجتمع.

ولأن الحياة داخل هذا المجتمع وما يحتويه من غموض واتساع وتضارب بين مصالح الناس لا تستقيم إلا بوجود نظام يعمل على تنظيم هذه المصالح وتوجيهها الوجهة الصحيحة، تفاديا لتقليل هذه المعاملات وحفاظا على التماسك والوحدة الاجتماعية.

فكان أن ظهر مبدأ سلطان الإرادة الذي اعتبر آنذاك الركيزة الأساسية التي تبني عليه كل المعاملات مهما كانت صفتها ونوعها، متخذة في ذلك طابع العقد، حيث قام في بادئ الأمر على إنقراض المذهب الفردي، الذي يقوم على مجموعة من المبادئ والأفكار الفلسفية والإقتصادية.

فالأفكار الفلسفية تمجد الفرد وتتادي بضرورة تمجيد إرادته، لأن الفرد هو الوحدة الأساسية التي يبني عليها المجتمع ولهذا فإن ما يتمتع به من حقوق نابعة عن ذاتيته كإنسان وما المجتمع إلا وسيلة لحماية هذه الحقوق، فحسب هذا المذهب فإن الإنسان حر لا يركن إلا لإرادته الشخصية كيفما شاء ومتى شاء<sup>(1)</sup>.

أما الأفكار الإقتصادية فكلها تتمحور حول فكرة واحدة وهي أن الإرادة لها سلطان مطلق على الأفراد، وأن طبيعة العلاقة الاجتماعية تستدعي التخلص من كل قيد من شأنه أن يعيق الحرية التعاقدية وما تتمخض عليها من آثار، وهو الشيء الذي أدى إلى أن انبثقت مجموعة من النتائج على هذا المبدأ وأهمها اعتبار الإلتزامات

<sup>1</sup> - انظر في المعنى فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط2009 ص42.

الإرادية هي الأصل وحرية التعاقد و تحديد آثار العقد، والعقد شريعة المتعاقدين (1) وأن العقد ناتج من اجتماع إرادات أطرافه الصادرة بحرية والتي اتجهت إلى تنظيم معين للعقد وللآثار المترتبة عليه وبذلك يتحقق فيها عنصر العدل(2).

ولكن بعد فترة من الزمن وكنتيجة للتطورات التي عرفها المجتمع في جميع المجالات، اتضح عدم جدوى هذا المبدأ وعدم صلاحيته كأساس تبنى عليه التعاملات وذلك لما ينطوي عليه من مساوئ انكشفت مع مرور الوقت، أهمها تعزيز الأنانية الفردية، وتقديس الفرد على حساب الجماعة، وتقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة.

هذا ما أدى إلى إعادة النظر في هذا المبدأ، حيث وجهت إليه أسهم الإنتقاد من طرف مؤيدي المذهب الاشتراكي الذين نادوا بضرورة الحفاظ على التلاحم والتكامل الإجتماعي، ورأيهم في ذلك هو أن الفرد لا يمكنه العيش بمنأى عن المجتمع وبالتالي فإن الحقوق التي يكتسبها هي حقوق ناتجة انطلاقاً من كونه كائناً اجتماعياً يعيش مع غيره من الأفراد ولذلك لا يمكن النظر إليه إلا على أساس أنه فرد من المجتمع.

ضف إلى ذلك أن العقد لا يحترم لذاته، باعتباره توافق إرادات وإنما يحترم إعمالاً للتضامن الإنساني وتحقيقاً للمصلحة العامة، فالعقد ضرورة من ضرورات الحياة الإجتماعية، وهو وسيلة لتحقيق الخير العام، ولا يمكن التكلم عن العدالة العقدية خارج هذا الإطار.

هذا ما أدى إلى انتكاس مبدأ سلطان الإرادة وتراجعها، إذ بدأ يخبوا بريقه أمام هذه التطورات الإجتماعية.

وكان من بين النتائج التي أقرها هذا المذهب القيود على حرية التعاقد وعدم التعاقد، القيود على حرية تحديد آثار العقد واتساع نطاق الإلتزامات الغير إرادية (1).

<sup>1</sup> - انظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الرابعة طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى عين مليلة الجزائر، ط2009 ص48.

<sup>2</sup> - انظر ادم أكبر صافي النور، مقال انتقاد الأسس التي يقوم عليها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مجلة العدل العدد التاسع عشر، السنة الثامنة، كلية الحقوق، جامعة الرباط الوطني ص387.

ولو أمعنا النظر في جميع الروابط الإجتماعية والعلاقات القانونية لوجدنا صحة ما ذهب إليه المذاهب الإشتراكية في تقليص دور الإرادة في إنشاء وتحديد آثار الروابط والإتفاقات القانونية.

ففي نطاق القانون العام نجد أن الإرادة وسلطانها يكاد يختفي من نطاق هذه العلاقات، ويرجع ذلك إلى طبيعة وأساس هذه العلاقات، وهي المصلحة العامة وليست مصلحة الفرد نفسه، أما في نطاق القانون الخاص فإذا كان لها دور كبير في تكوين العقد، فإنها تتلاشى في نطاق تحديد الآثار القانونية المترتبة عن هذه العقود، وفي العلاقات المالية يتسع دور الإرادة في الحقوق الشخصية والعينية، بينما يضيق في تحديد آثار الحقوق العينية.

كما أن الإرادة مقيدة في مجال العلاقات التعاقدية بفكره النظام العام والآداب العامة، فأى اتفاق يخالف هذا النظام يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، كما تنقيد الإرادة بالشكل الذي يحدده القانون في بعض العقود<sup>(2)</sup>.

لذلك كان من اللازم استبدال مبدأ سلطان الإرادة بنظام أكثر عدالة وإنصاف وقد ساعد في ذلك مجموعة من المتغيرات وأهمها ظهور المذهب الإجتماعي الذي يقيم فلسفته على الجانب الإقتصادي والإجتماعي للعلاقات العقدية وليس على إرادة أطرافها، وتطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في المعاملات التعاقدية بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه وهذا ما يطلق عليه "عيمة العقد".

والتدخل عن طريق تسيير وتوجيه العقد ما هو في حقيقة الأمر إلا سعيًا لحماية الطرف الضعيف اجتماعيا واقتصاديا.

<sup>1</sup> - انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص49.  
<sup>2</sup> - انظر خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الأول مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ط2010. ص19

إضافة إلى ذلك تطور الفقه والقانون المقارن للعقود، والذي كان نتاج التطورات الحديثة في الحياة العملية و القانونية أو على مستوى العلاقات القانونية والتعاقدية الواسعة، وورقي التضامن والعدالة الإجتماعية، حيث أفرز مجموعة من الأفكار الجديدة ليتم الإعتماد عليها كبدايل لمبدأ سلطان الإرادة، وهذه البدائل هي النفع والعدل والمنفعة المقصودة في هذا الخصوص هي المنفعة العامة، أما العدل فيقتضي أن العقد لا يكون ملزم إلا لكونه يحقق التوازن والعدالة التجمعية.

كما أنه كان لظهور نظرية التوقع المعقول في الفقه الأنجلو أمريكي دور فعال في هذا المجال، حيث تقوم هذه النظرية على فكرة موضوعية جديدة وهي الثقة والتوقع المعقول والمشروع للدائن في الإلتزام، وهذا يعني أن المنطق في تنفيذ العقد، يتطلب التنفيذ بحسن نية، وهذه هي المعقولية والمشروعية المتطلبة لتحقيق التوازن في الأداءات الناتجة عن العلاقة التعاقدية إذا كان هذا الإخلال يتعارض مع ما يقتضيه المنطق والعقل، من تناسب و عدالة (1).

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

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

<sup>1</sup> - انظر فايد عبد الفتاح، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الإلتزامات المقارن لدراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة دار النهضة العربية، القاهرة مصر ط2005 ص36.

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

فالنظام العام التوجيهي أو الاقتصادي يتدخل المشرع بمقتضاه لتنظيم الإقتصاد تنظيمًا دقيقًا، عن طريق ضمان المنافسة الحرة، وتشجيع السوق، والدفاع عن المبادئ الأساسية والمصالح العليا للدولة، أما النظام العام الإجتماعي أو النظام الإقتصادي الحمائي هو نظام يسعى إلى حماية المصالح الخاصة لفئات معينة يرى المشرع أنها جديرة بالرعاية، وذلك لضعفها اقتصاديا واجتماعيا، فالنظام العام الحمائي يقتصر على حماية الطرف الضعيف في بعض العقود، وذلك بأن يخضع المشرع بعض العقود إلى قواعد أمره بدل من ترك مبادرات التبادل للأطراف الذين ليس لهم القدرة على تغيير الحقوق والواجبات بحسب طريقتهم لأن العقود تكون تنظيمية بصفة أمره كما هو عليه عقد العمل.

وقد يتدخل القانون بصورة أخرى، وذلك بما يمنحه للقضاء من سلطة تقديرية تمكنه من التدخل في العقود، وتعديلها وإعادة التوازن المختل بها، حيث أنه منح له سلطة التدخل في العقد عبر مراحل، ففي مجال انعقاد العقد منح له سلطة التفسير والتكيف وتطوير العقد، وتعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان وفي مرحلة تنفيذ العقد منح له سلطة تعديل الإلتزام التعاقدية في حالة حدوث ظروف طارئة، وتخفيض الشرط الجزائي ووقف تنفيذ العقد والنظر في الآثار العرضية للعقد الباطل، وهذا الأخير هو محتوى بحثنا ومنه فالتساؤل الذي يطرح نفسه هو:

هل يمثل مبدأ سلطان الإرادة حصنا منيعا على تدخل القاضي في العقد؟ أو بعبارة أخرى هل يمكن لقداسة مبدأ سلطان الإرادة أن يحول دون تدخل القاضي في العقد؟ أو هل يشكل تدخل القاضي في العقد خرقا صارخا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين؟

للإجابة على هذا التساؤل فقد قسمنا هذا البحث إلى فصلين، يتصدرهما الفصل التمهيدي الذي خصصناه لمبدأ سلطان الإرادة بين الحرية والتقييد الذي بدوره يحتوي على مبحثين، حيث خصصنا المبحث الأول للتعرف على مبدأ سلطان الإرادة، والمبحث الثاني إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة وتقييده، أما الفصل الأول فقد خصصناه إلى سلطة القاضي في انعقاد العقد وقد قسمناه إلى مبحثين حيث جمعنا في المبحث الأول بين سلطتي التفسير والتكييف والمبحث الثاني جمعنا بين سلطتي التطويع وتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، وخصصنا الفصل الثاني إلى سلطة القاضي في تنفيذ العقد، وهو بدوره يتفرع عنه مبحثين حيث جمعنا في المبحث الأول منه بين تعديل الإلتزام التعاقدي عند حدوث ظرف طارئ، وتعديل الشرط الجزائي، وجمعنا في المبحث الثاني من هذا الفصل بين وقف تنفيذ العقد، والنظر في الآثار العرضية للعقد الباطل.

- ولقد اعتمدنا في هذا البحث على المنهج الوصفي في مقدمة كل مبحث من المباحث وذلك لغرض التعريف بكل عنصر من العناصر المراد دراستها لتسهيل وتسيير فهمها، في حين اعتمدت في الجزء الباقي من كل مبحث على المنهج التحليلي لأن الموضوع ذو طابع إجرائي موضوعي محض وهذا هو المنهج المناسب له، كما يجب أن نشير في آخر المطاف إلى أن هذا الموضوع ليس جديدا على الساحة القانونية وإنما تناولته عدة بحوث لكن بشكل مجزئ ومتفرق أي أن كل بحث كان يعكف على جزء منه ولهذا ارتأيت أن أجمع هذا الشتات في مجموعة واحدة حتى يستفاد منه بشكل أفضل. وما التوفيق إلا بالله.

الفصل التمهيدي  
مبدأ سلطان الإرادة بين  
الحرية والتقييد

**الفصل التمهيدي: مبدأ سلطان الإرادة بين الحرية و التقيد.**

حتى يتسنى لنا دراسة هذا الفصل لابد من التعرف أولاً على الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة، والنتائج المترتبة عليه، وبعد ذلك نتعرض لأهم الإنتقادات التي تعرض لها هذا المبدأ في ظل المذاهب الفردية، وهذا في إطار المبحث الأول. في حين نتعرض في المبحث الثاني إلى التراجع و الإنتكاس الذي شهده مبدأ سلطان الإرادة، وأهم المبررات التي أدت إلى هذا التراجع، وسنبرز في الأخير أهم القيود التي طرأت على هذا المبدأ.

**المبحث الأول: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة.**

قد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين فخصصنا المطلب الأول إلى دراسة أهم الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة والثاني خصصناه لإبراز أهم النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة

**المطلب الأول: الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة.**

إنه لا سبيل إلى التعرف على الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة إلا بعد التعرف على المقصود بهذا المبدأ.

**الفرع الأول: معنى مبدأ سلطان الإرادة.**

إن مبدأ سلطان الإرادة أو ما يعرف بالنظرية التقليدية للعقد، ما هو في حقيقة الأمر إلا إنعكاس لأهم المبادئ التي استقر عليها العقد أثناء فترة ازدهاره في ظل المذهب الفردي، حيث انبثق عن هذه المبادئ القانونية مجموعة من الأفكار الفلسفية والإقتصادية التي يقوم عليها المجتمع الليبرالي<sup>(1)</sup>.

**أولاً: الأفكار الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة.**

فالتحليل العام للأفكار الفلسفية، يرى أن الناس وُلدوا أحراراً و متساوون، فالإنسان في جوهره حرّ لا يركن لإرادة غيره، وإرادته مطلقة من كل قيد فهو يلتزم بما شاء ومتى أراد من أجل تحقيق مصلحته، فحسب رأيهم فإن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للإلتزام التعاقدية.

<sup>1</sup> - أنظر علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، طبعة 2010م، ص 48-

إذن فالأفكار الفلسفية تعترف للإنسان بوجود حقوق طبيعية ذاتية يتمتع بها، وهي حقوق يكتسبها بمجرد كونه إنسان، وما وجد المجتمع إلا ليكون الوسيلة المثلى لحماية هذه الحقوق، وفي سبيل تحقيق ذلك يجب الإعراف بأنه ليس للإنسان سلطة طبيعية على غيره، وأن إخضاع الفرد لقوانين غيره أمراً مُنافياً للأخلاق ولذلك لا يجب أن يخضع الشخص إلا لشرعيته الذاتية<sup>(1)</sup>

فالأساس الفلسفي يقيم حجته في ذلك على فكرتين أساسيتين هما:

### أ- فكرة الحرية الطبيعية للإنسان:

حيث يرى أنصارها أن مبدأ سلطان الإرادة – من الناحية الفلسفية – يقوم على إعتقاد راسخ وهو أن هناك حرية طبيعية للإنسان.

وما يجب الإشارة إليه هو أن القاعدة القانونية كان لها ارتباط وثيق بالفلسفة التي كانت سائدة في ذلك القرن (القرن 18) التي كانت تقوم على تأكيد ما للأفراد من حقوق في مواجهة الدولة، وقد أدى ذلك إلى الإعلان عن حقوق الإنسان سنة 1989م، فالمجتمع لا بد له من أن يقر للإنسان بأكبر قدر من الحقوق وأن يُكرّس الحرية التي تخصه بصفة طبيعية، وما مبدأ سلطان الإرادة إلا أحد الأوجه الخاصة لهذه الفلسفة العامة.

هذه الحرية التي أقرت كمبدأ عام نشأ عنها نتيجتان.

فمن جهة: إن الإنسان لا يمكن أن يخضع إلا للإلتزامات التي ارتضاها.

ومن جهة أخرى: أن كل ما يرتضيه من التزمات تفرض عليه.

فالإنسان كائن حر، وهذا يعني أنه يستطيع أن يقيد بنفسه هذه الحرية عن طريق ما يبرمه من عقود، فلا توجد حرية حقيقية ما لم تتضمن سلطة ذاتية لتحديد لها، والإنسان الحر يستطيع أن يقيد نفسه بنفسه.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - أنظر علي فيلا لي، المرجع السابق، ص 48

<sup>2</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، طبعة 2004م ص 35.

**ب- فكرة العقد الاجتماعي:**

ويرى أنصار هذه النظرية أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع بما يفرضه عليه ذلك من حقوق والتزامات بإرادته، ولا يمكن أن يتصور غير ذلك ، فإذا كانت الإرادة الإنسانية لها القوة الكافية لإنشاء المجتمع وما ينشأ عن ذلك من التزامات عامة فإنه يكون من باب أولى أن تنشئ الالتزامات الخاصة التي تربط بين دائن ومدين<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: الأفكار الاقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة.**

أما الأفكار الاقتصادية يرى أصحابها أن الإرادة تفرض سلطانها على المتعاقدين، وأن طبيعة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد والجماعات، تستدعي استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية تحقيقاً للمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية<sup>(2)</sup>.

ويمكن شرح هذا الرأي بالتطرق إلى فكرتين أساسيتين.

**أولاً: فكرة الحرية التعاقدية والعدالة.**

يرى أنصارها أن مبدأ سلطان الإرادة ما هو إلا انعكاس لسياسة الحرية الاقتصادية في إطار القانون الخاص، والتي تأكدت خلال القرن (18م)، والتي تقوم على مبدأ " دعه يعمل دعه يمر" (laisser fair et laisser passer). والفكرة الأساسية لسياسة الحرية الاقتصادية تكمن في السماح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاءون (تبادل الثروات والخدمات بمحض اختيارهم)، وهذه هي أحسن وسيلة لقيام علاقات أكثر عدل فيما بين هؤلاء الأشخاص والأكثر فائدة من الناحية الاجتماعية.

فالتزام المدين في العقد يكون نتيجة تحقيق مصالحه، فليس هناك إنسان عاقل يرتضي اتفاقاً يسبب له ضرر، أي الإلتزام الذي يرتضيه الشخص لا يكون جائراً،

<sup>1</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 53.

<sup>2</sup> - أنظر جاك غيستان (GHESTIN-J) المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت لبنان، ط2000 ص48

إضافة إلى أنه من وجهة هذه المبدأ، فإن الغبن لا وجود له في العقود، وقد صاغوا ذلك في عبارة وجيزة لها دلالة كبيرة " فمن قال عقد قال عدل " .

### ثانيا: فكرة المنفعة الإجتماعية:

فأنصار المنفعة الإجتماعية يرون أن حرية المبادرات الفردية كفيلة بأن تحقق تلقائيا الإزدهار والتوازن الإقتصادي، فقانون العرض والطلب الذي يفترض قيام سوق المنافسة الكاملة – وبالتالي الحرية الإقتصادية – ليس كفيلا بأن يطوع الثمن للقيمة فحسب، وإنما أيضا يطوع الانتاج للحاجات، وهذا يعني ببساطة أن هناك آلية اقتصادية (automatisme économique) وانسجاما طبيعيا (L'harmonie naturelle) وهذا ما جعل باستيا ( BASTIA ) يمجده فيما بعد في كتابه الشهير ( Les harmonies économique ).

ومن هذا المنطلق فإن المصلحة العامة ليست إلا مجموع المصالح الخاصة أو الفردية<sup>(1)</sup>

إن من هنا يمكن القول أن هذه الأفكار التي تتمحور حول تقديس الفرد وتكريس المجتمع لخدمته، جسدت في ميدان القانون بمبدأ يحكم العقد، وهو مبدأ سلطان الإرادة والذي يحكم العقد من ناحيتين:<sup>(2)</sup>

**الأولى:** أن الإرادة لها سلطان ذاتي وهذا يعني أنها وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، وهذه هي القاعدة الرضائية.

**الثانية:** أن الإرادة حرة في تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني<sup>(3)</sup>.

وعليه يمكن أن نستنتج من ذلك أن حرية الأفراد في ظل مبدأ سلطان الإرادة، هي مصدر ومنبع قوة العلاقات التعاقدية المبرمة بينهم، إذ لا أساس للقوة الملزمة للعقد إلا بالإرادة.

<sup>1</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص36-37

<sup>2</sup> - أنظر علي فيلا لي، المرجع السابق، ص.49

<sup>3</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة منقحة ومزينة، الطبعة الرابعة دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 2009، ص.44

## الفرع الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة.

لم يكن لمبدأ سلطان الإرادة وجود في القوانين المستمدة من القانون الروماني، - باعتباره من أعرق وأقدم الشرائع- إلا بعد تطور طويل، خاصة فيما يتعلق باقتصار التصرف على الإرادة فحسب.

حيث كانت العقود أنداك تخضع في تكوينها إلى إجراءات ومراسيم وألفاظ يجب أن تتم وفقا لها، ومتى تمت هذه الإجراءات تترتب عليها الآثار التي يحددها القانون. فالعقد كان شكليا يستمد صحته من شكله لا من موضوعه<sup>(1)</sup>.

لذلك جاءت القاعدة الرومانية " إن الإتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقا ولا يولد دعوى " والسبب في ذلك يرجع إلى تلك المرحلة من مراحل تطور الإنسان، إذ أن الشعوب البدائية كان يصعب عليها إدراك المعنويات ولذلك حاولت تجسيد هذه المعنويات في صور مادية، وإعطائها شكلا ملموسا ومحسوسا.

فكان من بين التصرفات الشكلية الناقلة للملكية الإشهاد، وطريقة إنعقاده أن يحضر الطرفان خمسة شهود على الأقل وحامل الميزان، ثم يقول مكتسب الملكية صيغة خاصة تفيد اكتسابه للملكية، ثم يضرب الميزان بسبيكة نحاسية ثم يسلم هذه السبيكة إلى المتنازل عن الملكية.

ومن النتائج التي كان يفرضها أنه لا أثر لعدم جديته أو نفاذه، ولا مجال لإعمال نظرية عيوب الإرادة<sup>(2)</sup>.

وباعتبار أن العقد يعيش حياة المجتمع الذي يعيش فيه ويتطور بتطور الأوضاع، فإنه بعد تطور الحضارة واتساع الرقعة الرومانية<sup>(3)</sup> والتي أدت إلى تطور القانون الروماني، وكنتيجة للتقدم الإجتماعي وتعدد سبل الحياة وتقدم الفكر القانوني، الذي أظهر أن تلك الشكلية أصبحت عقبة أمام ازدهار الحياة المادية وعائقا

<sup>1</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.45

<sup>2</sup> - لم يكن القانون الروماني معنيا في بادئ الأمر باعتبارات العدالة، حيث يكون التصرف مشوبا بغلط أو إكراه أو تدليس أو كانت الإرادة معدومة، أو كان الهدف أو الغرض الذي اتجهت إليه الإرادة قد تخلف أو كان في المشروع، ولكنه طبق فكرة الإثراء للتخلص من آثار التصرف الصحيح شكلا والذي يخفي إرادة معيبة وأصبحت هي الدعوى التي يرد بها المدين ما دفع وتسمى ( *condictio* *indibiti*) وله دعوى يتحرر بها من التزامه إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزاماته وهي ( *condictio sine cause*) وتدخل قانون الشعوب لصالح المدين بوسيلة أخرى وهي الدفع بالغش.

أنظر في ذلك محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الاسلامية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، من دون سنة طبعة، ص.86

<sup>3</sup> - انظر محفوظ لعشب المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط1992، ص94

لسير المعاملات وتبادل الأموال والمنافع<sup>(1)</sup> عندئذ بدأ التخلص التدريجي والتمييز بين الشكل والإرادة في بعض العقود، حيث أنه إلى جانب العقود الشكلية ظهرت عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة، فاقترص مبدأ سلطان الإرادة على العقود الرضائية، وبالتحديد في أربعة عقود وهي البيع والإجارة والشركة والوكالة، ليظهر فيما بعد في بعض العقود الأخرى عرفت بالعقود البريثرورية والعقود الشرعية.

لكن بالرغم من ذلك لم يصل القانون الروماني إلى حدّ الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة بل ظل العقد الشكلي هو المبدأ العام<sup>(2)</sup>.

ونفس الشيء يقال عن القانون الفرنسي القديم، الذي لم يتقبل هو الآخر فكرة مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد دون المراسيم الشكلية، إلا أنه في القرن السادس عشر (16م) والذي عاش فيه العالم لوا زيل (loisel) وترك القول المأثور " إن الثيران تربط بقرونها والناس بكلامهم " عندئذ بدأ التخلي عن شكلية العقود، ويعود الفضل في ذلك إلى القانون الكنسي والمبادئ الدينية التي قامت على التعاليم المسيحية، والتي توجب الوفاء بالعهد وتعتبر أن عدم الوفاء بالعهد خطيئة دينية، بصرف النظر عن المراسيم الشكلية<sup>(3)</sup>.

إضافة إلى هذا كان لإنتشار عدة عوامل دينية واقتصادية وسياسية خلال هذا القرن دور كبير في هذا التحول<sup>(4)</sup>.

ولقد اعتمدت الشريعة الإسلامية مبدأ سلطان الإرادة، ويرجع ذلك إلى أن القوة الملزمة للعقد في الشريعة تستند إلى الوفاء بالعهد الذي أوجبه القرآن الكريم.

<sup>1</sup> - أنظر إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (البحث الأول: أحكام العقد، الجزء الأول: أركان العقد) الطبعة الثانية، دار النهضة العربية - مصر، ط 1997م، ص. 50

<sup>2</sup> - أنظر إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص. 51

<sup>3</sup> - أنظر إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص. 51

<sup>4</sup> - هذه العوامل هي: أ- العامل الديني: فكان المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده نشأ التزامه وكان عدم الوفاء بالعهد خطيئة والحنث باليمين خطيئة أكبر يعاقب عليها.

ب- عامل إحياء القانون الروماني: وما وصل إليه من تطور في موضوع الإرادة.

ج- العامل الاقتصادي: ازدهار النشاط التجاري استلزم إزاحة الأشكال المعرّقة.

د- العامل السياسي: تدخل الدولة وبسط نفوذها وحماية الروابط القانونية بين الأفراد.

أنظر في ذلك فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر طبعة 2009، ص 42 تهميش رقم 01.

أشار إليها محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 87-89

ويظهر ذلك في قوله تعالى " ... يأيتها الذين آمنوا أوفوا بالعقود... " (1)

وقوله تعالى: "...وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً..." (2)

كما جاء في الحديث قوله صلى الله عليه وسلم: " لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا

دين لمن لا عهد له" (3)

وعليه فإنه لا يمكن إنكار أن ما وصل إليه التشريع الحديث، لا يعدوا عن كونه مبادئ استقر عليها فقهاء الإسلام الذين استنبطوا أحكامها من مصادر التشريع (الكتاب والسنة والقياس). والدليل على ذلك مبدأ حسن النية الذي تقوم عليه العديد من الحلول القضائية والمبادئ القانونية ( إنما الأعمال بالنيّات، إنما لكل امرئ ما نوى ) (4) واحترام العهد على مستوى الأفراد أو على مستوى المؤسسات والدول في المعاهدات الدولية ( وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً ) (5).

وفي القرن السابع عشر (17م) أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً ومقرراً، حيث وجد الظروف الملائمة لذلك وخاصة ازدهار المذهب الفردي الذي يقيم فلسفته على تكريس سعادة الفرد باعتباره الغاية التي يسخر لها المجتمع كل إمكانياته، فالخير العام - حسب هذه الفلسفة - يتكون من مجموع الأفراد (6).

إضافة إلى ذلك فإن العوامل السياسية ساعدت بنصيب وافر في ترسيخ دعائم هذا المبدأ، وذلك بسبب بسط سلطة الدولة وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية للأفراد، وحمائتها للعقود التي تتم بمجرد الإتفاق.

ولقد آزر الدولة في حمايتها للإتفاقيات نظريات إقتصادية وسياسية وفلسفية، حيث برزت وهي مشبعة بروح الفردية فساعدت على توطيد المبدأ، وبلغت هذه النظريات أوجها في القرن الثامن عشر (18م) إذ كانت تنادي بضرورة وجود قانون طبيعي يقوم على أساس حرية الفرد، واستغلال إرادته في الإتجاهات السياسية

1- الآية رقم: 01 سورة المائدة

2- الآية رقم: 34 سورة الإسراء

3- حديث نبوي شريف، أخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده، ورواه ابن جنان أنظر أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف بن مري النووي، صحيح رياض الصالحين، الطبعة الأولى، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط 2002، ص 42

4- حديث نبوي شريف المسمى بحديث الاعمال وقد تواتر النقل عن أئمة السلف في تعظيم شأنه ورفع قدره، حديث صحيح، رواه أمير المؤمنين أبي حفص عمر ابن الخطاب رضي الله عنه. أنظر أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف بن مري النووي، المرجع نفسه

ص 19

5- أنظر لعشبة محفوظ، المرجع السابق، ص 96

6- أنظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 42

والاقتصادية والاجتماعية كافة<sup>(1)</sup>، ولذلك يقال أن القاعدة القانونية هي أبرز تعبير عن الفكر السياسي والاقتصادي والاجتماعي، وذلك لما تحتوي عليه من تنظيم لقطاعات مختلفة اقتصادية واجتماعية ثقافية وفنية.

ورافق النظريات الاقتصادية نظريات أخرى فلسفية وسياسية، حيث أجمعت الآراء التي سادت في ذلك العصر على حرية الإنسان واحترام إرادته، لأن ذلك يحقق مصلحة الفرد وبالتالي مصلحة الجماعة<sup>(2)</sup>.

ما يجب الإشارة إليه في هذا هو أن هذه النظريات قد مهدت للثورة الفرنسية فجاء قانون نابليون مكرساً لمبدأ سلطان الإرادة.

في القرن الثامن عشر (18م) خلاص الفقهاء إلى أن إرادة الإنسان هي التي تلزمه وهي التي تحدّد مدى التزامه والقانون لا يتدخل في حرية الأفراد، فعند انعقاد العقد تتمتع الإرادة بالحرية التعاقدية – أي الحرية في التعاقد أو الإمتناع – وإذا ما تم العقد فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين إذ لا يصوغ تعديل مضمونه إلا باتفاق الأطراف<sup>(3)</sup>.

وهكذا كانت مسيرة مبدأ سلطان الإرادة في تدرّج حيث انطلق من عدم الاعتراف به إلى أن وصل إلى أن لإرساء قواعده كمبدأ في مجال العلاقات التعاقدية، ليصبح في الأخير الشريعة العامة التي تؤسس وتبنى عليها العقود.

### المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة.

تترتب على مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج هامة وهي:

1 - الإلتزامات الإرادية هي الأصل

2 - حرية التعاقد.

3 - الحرية في تحديد آثار العقد.

<sup>1</sup> - حيث نادى الفيزيوقراطيون (physiocrates) بالحرية الاقتصادية داعين إلى حرية الناس في نشاطهم الاقتصادي، والمنافسة في العرض والطلب لأن ذلك من شأنه أن يخلق الاستقرار في المجتمع، أكثر مما لو تحكم المشرع في الحياة الاقتصادية، بمعنى إن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تتحكم في الميدان الاقتصادي، وأن العقود لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين. أنظر في ذلك محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص 45

<sup>2</sup> - هذه النظريات الفلسفية حمل لواءها الفقيه روسو (rousseau) في مؤلفه المعروف بنظرية العقد الاجتماعي، فالنظام الاجتماعي يرتكز على الفرد والقانون يحمي الفرد وليس الجماعة، والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية التي تتمثل في الإرادة الحرة المستقلة. أنظر في ذلك إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 52

<sup>3</sup> - أنظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 42- 43.

## 4- العقد شريعة المتعاقدين.

سنقوم بدراسة هذه النتائج في أربعة فروع كما سيأتي:

**الفرع الأول: الإلتزامات الإرادية هي الأصل.**

مفاد هذه النتيجة كأصل عام أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته، وإذا كان من ضرورات وحاجات المجتمع في بعض الأحوال أن تفرض عليه بعض الإلتزامات، فإنه ينبغي كإجراء أولي حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، إذ لا يمكن تقرير الإلتزامات اللإرادية إلا في الحالات الإستثنائية لأن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، وبالتالي تكون إلتزاماته عادلة إذا تمت بإرادته<sup>(1)</sup>.

والواقع أن أنصار مبدأ سلطان الإرادة قد تطرفوا في الإلتصار له عندما أقاموا أحكام القانون المختلفة على الإرادة فحسب، بل وصل بهم الأمر إلى نتيجة منافية للعقل والمنطق فحسب رأيهم ليست الإرادة مجالاً تنصب فيه حرية التعاقد فحسب، بل هي قوام التصرف القانوني<sup>(2)</sup>.

هذا يعني أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وأن كل الإلتزامات بل وكل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة<sup>(3)</sup> ولا تقتصر الإرادة على إنشاء العلاقة العقدية وتحديد مضمونها وأحكامها بل تعتبر الإرادة الحرة مصدر للقانون إذ يقول المبدأ الفلسفي: "إن العقد هو مبدأ الحياة القانونية والإرادة الفردية هي مبدأ العقد"<sup>(4)</sup>.

فالرابطة القانونية تنشأ باتفاق الإرادتين وقوتها الإلزامية هي إنعكاس لهذا الإتفاق، وانعقاد العقد يقاس على مقياس الإرادات الفردية التي تجعل المتعاقد منفرد

<sup>1</sup> - أنظر محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> - يقولون أن شبة العقد يقوم على إرادة مفروضة والجريمة وشبه الجريمة تقوم على الإرادة، وكذلك حق الملكية وحقوق الأسرة المبنية على عقد الزواج الذي تحكمه الإرادة، والإرث يستند إلى وصية مفترضة وهي عمل إرادي وطرق التنفيذ الجبري هي أيضا تستند إلى الإرادة لأن المدين قد ارتضاها عند التعاقد، حتى أن العقوبة الجنائية ترجع إلى الإرادة لإرتضاء المجرم مسبقا لإنزال العقوبة به، وحتى القانون هو عبارة عن إرادة ارتضاها الناس بأنفسهم أو بواسطة ممثليهم فاختروا الخضوع لسلطانه.

أنظر في ذلك إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 53

<sup>3</sup> - أنظر خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 18

<sup>4</sup> - أنظر علي فيلاي، المرجع السابق، ط 2010 ص 49 تهميش رقم: 17،

في حلقة قانونية مميزة ومنفصلة عن الآخرين وينشئ داخل هذه الحلقة قانون بواسطة سلوك وحيد وهو الإرادة<sup>(1)</sup>.

والمعنى الصحيح و الأدق لمبدأ سلطان الإرادة هو أن إرادة الإنسان يمكن أن تنشئ في مجال التصرف القانوني الحقوق والمراكز القانونية، فالإلتزامات التعاقدية لا تنشأ من القانون وإنما من إرادة الأطراف في العقد، والقوة الملزمة للعقد لا تنشأ من القانون وإنما من الإرادة كذلك، وكل ما تفعله السلطة العامة هو تقديم المساعدة للدائن من أجل تنفيذ ما تعهد له به المدين.

إن القائلين بمبدأ سلطان الإرادة يعتبرون أن الأفراد أحرار بحسب طبيعتهم، فالحرية هي الأصل ولا يتقيد الفرد بحسب هذا الأصل إلا بإرادته، وهذه الإرادة الفردية هي التي تحقق العدالة، فلا يتصور أن يشكو شخص من الظلم من الإلتزام الواقع على عاتقه إذا كان هو الذي أزم نفسه به، فالفرد هو خير من يعرف مصلحة نفسه ويدافع عنها ولا يتصور أن يعمل ما يضر بنفسه، وإذا كان هناك احتمال لوقوع أضرار منه بمصالح غيره فإن الذي يبعد هذا الإحتمال هو تقابل وتعارض مصالح الطرفين في العقد.

فكل طرف يشترط ما يكفل ويحقق مصالحه وبذلك يكون هناك توازن في العقد ولا يقع أي ضرر بأي من طرفيه<sup>(2)</sup>.

كما تظهر عدالة العقد في هذا المجال في العلاقات القانونية التي يرتبها العقد، فهي بالضرورة علاقات عادلة متفقة مع القانون الوضعي لأنها متفقة مع الحرية، حيث أن الإلتزامات التي تفرض على الشخص دون رضاه هي حتما إلتزامات ظالمة إذ فيها مساس بحريته واعتداء على حقه<sup>(3)</sup>.

1- Le lien de droit et donc crée par L'accord des volontés et sa force obligatoire est un projection de cet accord, L'étoffe du contrat se mesure à l'aune des volontés individuelles. il est possible au contractant de S'isoler dans un bulle juridique propre, sépare des tirs ;et de créer du droit à L'intérieur de cette bulle par le seul action de leur volontés

أنظر في ذلك

P. dauchy. Une conception objective du lien d'obligation. Les apports du structuralisme à la théorie du contrat archives de philosophie du droit, T26,1981,P270

<sup>2</sup> - أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 7877

<sup>3</sup> - أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين المرجع نفسه، ص80

## الفرع الثاني: حرية التعاقد .

ترسخ مبدأ سلطان الإرادة فأصبح قاعدة أساسية تبنى عليها النظريات القانونية، فجميع الإلتزامات والنظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وهذه الإرادة لا تقتصر على أن تكون مصدر للإلتزام فحسب بل هي المرجع الأساسي له<sup>(1)</sup>

بناء على ذلك فإن إرادة الفرد في إبرام العقود لا تحتاج إلى شكل خاص وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد، فلا إجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها<sup>(2)</sup> (Le non vouloir) وهذا هو المظهر السلبي و نلتمس ذلك مثلا في الشرط الذي يدرجه الأفراد في العقود والمخالصات تحت كل التحفظات (sous toutes reserves).

أي أن الفرد لا يريد أن يتعرض لنتائج ضارة به لم ينصرف قصده عند التعاقد إليها<sup>(3)</sup>.

وغني عن البيان أن العقد هو المصدر الرئيسي لكل إلتزام، وذلك واضح فيما يتعلق بالإلتزامات التي تنشأ من العقود المبرمة بين الأفراد، لكن هناك التزمات أخرى مصدرها القانون والتي قد تنشأ بطريق مباشر كإلتزامات الجوار مثلا، أو بطريق غير مباشر كما في تقرير المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية، وحتى هذه الإلتزامات يمكن اعتبار العقد هو المصدر الأصلي لها، لأن القانون الذي فرضها ما هو في الحقيقة إلا من عمل الإرادة الجماعية، وأساس العلاقات في هذا المجتمع هو العقد الإجتماعي (contrat social) والذي نادى به الفقيه جون جاك روسو (John jack reusseau) في كتابه الذي يحمل نفس هذا الاسم.

فأساس الملكية هي حرية الأفراد وحقوق الأسرة تنشأ عن عقد الزواج بل أن الميراث نفسه ما هو إلا وصية مفترضة، والعقوبات الجزائية مبررها أن المجرم قد ارتضى مقدما أن ينال جزاء ما اقترف، وبناء على ذلك يمكن القول أن الأفراد هم

<sup>1</sup> - أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 80

<sup>2</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46.

<sup>3</sup> - أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 83.

الذين أرادوا هذه القوانين و ما ينشأ عنها من إلتزامات أو عقوبات، فالإرادة تعلق عن القانون نفسه ولا يظهر القانون إلا حيث تتخلى له الإرادة عن موضع أو حيث يتعلق الأمر بالنظام العام والآداب العامة<sup>(1)</sup>.

إن فإرادة الفرد وحدها كافية لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الإلتزامات العقدية دون قيد على حرية الإنسان الكاملة ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام<sup>(2)</sup> والحالات التي تتعلق بالنظام العام يجب أن تكون قليلة أو نادرة خاصة أين يمكن المساس بحريات الآخرين .

والإرادة التي يعتد بها في هذا المجال هي الإرادة التي اتجهت اتجاهها صحيحا و سليما نحو غايتها- أي الإرادة التي لم تكن مشوبة بعيب من العيوب - فالإرادة المكروهة أو التي يشوبها غلط أو المدلس عليها لا تنشئ عقدا صحيحا، ويكون لصاحبها أن يتمسك بالعيب ويبطل العقد<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: الحرية في تحديد آثار العقد.

عندما يدخل طرفان في رابطة عقدية فإنه يكون لهما مطلق الحرية في تحديد آثار هذه الرابطة، فلا إلتزام على كل منهما إلا بما أراد الإلتزام به فالفرد حر في أن يتعاقد وفق لما يريد وبالشروط التي يرضيها<sup>(4)</sup>.

والعقد لا تنصرف آثاره إلا للمتعاقدين، فالحقوق والإلتزامات التي يربتها العقد تلحق بالمتعاقدين دون غيرهما، وهذا المبدأ له قوته الفلسفية حيث أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة وبالتالي فإن العلاقة العقدية لا تلزم ولا تكسب إلا المتعاقدين<sup>(5)</sup>.

وإذا كانت الإرادة التشريعية قد نظمت طائفة من العقود فإن تدخلها في هذا التنظيم يكون عادة عن طريق القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، وللإرادة مطلق الحرية في الأخذ بهذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة، ولهم أن يضعوا تنظيمات أخرى فلذا كانت الأحكام المنظمة للعقود المسماة أحكاما مكملة لا

<sup>1</sup> - أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 80.

<sup>2</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص46

<sup>3</sup> - أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع نفسه، ص 89.

<sup>4</sup> - أنظر على فيلا لي، المرجع السابق، ط، 2010 ص 51

<sup>5</sup> - أنظر على فيلا لي، المرجع نفسه ص 51

تطبق إلا إذا لم يتفق أطراف العقد على خلافها، وإن كانت هناك قواعد أمره في هذه العقود فهي قليلة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الرابع: العقد شريعة المتعاقدين.

والمقصود بذلك أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، ولذلك فلا يمكن لأبي منهما الإنفراد بتعديل العقد أو إنهائه<sup>(2)</sup>.

ومن هذا نستخلص أن العقد هو بمثابة القانون المصغر بين الأطراف ولذلك يعبرون عن هذه الحقيقة بأن العقد شريعة المتعاقدين، فالعقد ملزم تماما كالقانون بل هو من نفس طبيعة القانون لأن القانون عقد كبير يبرمه كل الأفراد في المجتمع، وتوجد إلى جانبه عقود صغيرة في ما بين الأفراد ولذلك لا ينبغي أن يقال أن العقد لا ينعقد إلا بإذن من المشرع، لأن المشرع لم يصبح سلطة عامة إلا نتيجة للعقد الذي تم بين الأفراد وهو العقد الاجتماعي.

ويترتب على ذلك أن الأفراد المتعاقدون يرتبطون بعقدهم ولا يستطيعون الإمتناع عن تنفيذه إلا في حالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وإذا امتنعوا أجبروا على التنفيذ بواسطة السلطة العامة.

كما لا يمكن إجراء أي تعديل فيه إلا باتفاق جديد بين الأطراف وهذا الإتفاق ليس انتهاكا لمبدأ سلطان الإرادة، بل العكس هو إعلان لانتصار جديد لهذا المبدأ. ويتسع نطاق القوة الملزمة للعقد حتى أنه يكون حائلا دون تدخل القاضي الذي يطرح النزاع أمامه، إذ لا يصوغ له أن يحيد عن إرادة الأطراف إذا كانت واضحة بحجة تفسير العقد أو أنها تجافي العدالة، ولا يستطيع أن يعدل من آثار العقد ولا أن يستند إلى تغير الظروف عما كانت عليه عند التعاقد كتغير الأسعار مثلا ليعدل هذه الآثار<sup>(3)</sup>.

وكما يلزم العقد أطرافه والقاضي فهو ملزم للمشرع هو الآخر، إذ لا يستطيع المشرع أن يلغي شروطا من أي عقد ولا أن يضيفها إليه إذا لم يردها أطراف العقد

<sup>1</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 47.

<sup>2</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 47.

<sup>3</sup> - أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 82-83.

ولا يمس صدور القانون الجديد بالعقود التي أبرمت قبله في ظل قانون سابق، ولا بالآثار التي تمت في ظل قانون سابق.

بل وأن العقد حتى في ظل القانون الجديد يظل منتجا لآثاره كما كان ينتجها في ظل القانون السابق، فالأفراد في نطاق عقدهم هم المشرعون ولكن على هذا المشرع الصغير أن يستمتع بحريته في تنظيم علاقاته الخاصة مع الآخرين، دون أن يمسّ بذلك حرية الآخرين، أو بعبارة أخرى لا يمكن أن يمس العقد بغير أطرافه سواء بترتيب إلتزامات عليهم أو بإنشاء حقوق لهم.

### المطلب الثالث: إنتقاد الأساس الذي يقوم عليه مبدأ سلطان الإرادة.

ظاهر من عرضنا لمبدأ سلطان الإرادة، أن القائلين به وصلوا إلى حدّ بعيد من الغلو فيما قالوه عن المبدأ والنتائج التي تترتب عليه، ولذلك اشتد الهجوم عليه منذ مطلع القرن العشرين<sup>(1)</sup> إذ شهد الكثير من الإنتقادات في مختلف الأفكار التي يبني عليها، خاصة عند ظهور المبادئ الإشتراكية الأمر الذي أدى إلى انتكاسه وتراجعها في كثير من العقود<sup>(2)</sup>

وسوف نعرض أهم الإنتقادات الموجهة لمبدأ سلطان الإرادة وذلك من الجانب الفلسفي والجانب الإقتصادي وفكرة عدالة العقد كما سيأتي.

### الفرع الأول: نقد الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة.

#### أولاً: نقد الفردية المطلقة.

إن الفلسفة الفردية التي جاءت بها النظرية التقليدية (مبدأ سلطان الإرادة) شهدت إنتقادا لادعا من طرف الفقهاء وذلك لأنهم أظهروا خطأ هذه الإفتراضات، حيث قالوا: إن الإنسان هو كائن إجتماعي بطبعه وأنه لا سبيل له للعيش أو تحقيق الذات إلا في كنف الجماعة، وعليه فإنه ما يتمتع به من حقوق هي ناتجة عن كونه إجتماعيا يعيش مع غيره من الأفراد<sup>(3)</sup>.

1- أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 89

2- أنظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 42

3- أنظر منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، دار النهضة العربية، من دون طبعة، ص 11.

وأن القول بوجود حقوق شخصية للفرد سابقة على وجود المجتمع ومصدرها الوحيد إرادته الحرة هو حديث عن العدم وترجمة لفكرة ميتافيزيقية، وأن النظرية التي تقر مثل هذه الفكرة هي نظرية ضد المجتمع (anti social). ويترتب عليها إعلاء إرادة الفرد على إرادة القانون (1)

فلا وجود للحقوق الشخصية التي تنشئها الإرادة، فطالما أن الإنسان يولد مدينا للمجتمع الإنساني ويستعير شخصيته من الضمير الاجتماعي، فإن إرادته ما هي في حقيقتها إلا إنعكاسا للمعتقدات والتصورات الجماعية، وإذا ما أردنا التسليم بوجود الحقوق الشخصية فإنه ينبغي إستبدال ذلك المفهوم الميتافيزيقي الخاص بها بمفهوم واقعي ينبثق من وظيفتها الاجتماعية، فالإنسان لا يتمتع بحقوق وإنما يناط بكل فرد داخل المجتمع القيام بدور معين تنفيذاً لمهمة معينة، وإرادته هي وسيلته لتحقيق ذلك انطلاقاً من ضرورة الإعتماد الاجتماعي المتبادل(2).

وإذا كان ما سبق يعبر عن رفض وإنكار للفلسفة الفردية فإن هناك اتجاها معتدلاً يرفض تلك الفكرة المتطرفة التي تنكرو وجود الفرد لصالح المجتمع، ويعتبر ذلك الأخير موجوداً في ذاته وخارجاً عن الأفراد الذين لن يكونوا إلا من نتاجه كالأوراق أو كالثمار تعتبر إنتاجاً للشجرة (3).

فهذا الإتجاه جاء كحل وسط بين مفهومين مختلفين.

الأول يعتبر الحق الشخصي من خلق إرادي بحث.

والثاني ينكر بدرجات وجود حقوق شخصية للأفراد.

فالإلتزام ينشأ من تلاقي المصلحة الفردية والمصلحة الاجتماعية، والإرادة هي الوسيلة لتحقيق مصلحة صاحبها، وهي في ذات الوقت وسيلة لتحقيق غرض القانون الذي هو الخير العام، والإلتزام العقدي لا يمكن أن يكون له أثر ملزم إلا إذا توافق مع مقتضيات الخير العام.

1- أنظر آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص 388.

2- أنظر حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، طبعة 1991-1992، ص 27.

3- أنظر آدم أبكر صافي النور، المرجع نفسه، ص 389

وهذا يعني أن الإرادة ليست وسيلة للخلق القانوني إلا في الحدود التي تتوافق فيها مع هذا الهدف الأعلى والاسمى، ومع القوانين الموضوعية التي تتفرع عنها.<sup>(1)</sup> هذا الإتجاه اعترف بتكريس دور الإرادة في إنشاء الإلتزام وإن كان القانون هو الذي يعترف بذلك الأثر، فأى أثر قانوني منسوب للإنشاء الحرّ أو للإرادة ليس له قيمة إلا بموجب القانون الذي أعطى للإرادة الفردية إمكانية إنتاج هذا الأثر<sup>(2)</sup>. فإرادة القانون تعلو على إرادة الفرد، والإرادة هي التي وجدت لخدمة القانون وليس العكس، وعليه فإن هذا الإتجاه قد رفض الأحادية الفردية والأحادية الإجتماعية وفضل الثنائية الضرورية للإنسان والمجتمع.<sup>(3)</sup>

### ثانياً: إستبدال القانون كأساس لمبدأ سلطان الإرادة.

حسب النظرية التقليدية للعقد فالعقد عبارة عن تلاقي إرادات، وأن القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد لأن الإرادة الحرة بذاتها جديرة بالحماية، فهدف القانون هو إنفاذ تلك الإرادات التي هي جوهر العقد ولكن هل هذا الإفتراض صحيح؟<sup>(4)</sup> فالإرادة هي المشيئة أو انعقاد العزم على أمر ما<sup>(5)</sup>. ولكن قبل ذلك فإن ذهن المتعاقد ينصرف إلى التفكير في ذلك الأمر وتقدير مدى صلاحيته، ولكن هذه الإرادة قد تسيء تقدير هذه المصلحة لسبب معين أو لآخر كالسرعة أو إتباع ميول لحظية، فإذا كان الأمر كذلك فإنها تكون ذات طبيعة متغيرة لا يمكنها أن تلزم صاحبها حتى النهاية.

كما أنه من الصعب تجميد و إبقاء إرادة الفرد على نفس العزم طوال مدة تنفيذ العقد، حتى ولو نتجت عن تقدير سليم وعن كياسة وترو، هذا لأن الإنسان ليس آلة بل له عواطف وأهواء وهي معرضة للتقلب تتحكم به وإرادته، فقد تتكون لديه بعد التعاقد إرادة أخرى تخالف الإرادة الأولى تسعى إلى تحريره من تعهداته التي التزم القيام بها، لذلك فلا بد أن يكون مصدر إلزام الشخص شيئاً آخر غير إرادته وهذا

<sup>1</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية الإلتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، من دون طبعة، ص327.  
<sup>2</sup> - أنظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الإلتزامات، المجلد الأول، نظرية الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ط1987، ص213.  
<sup>3</sup> - أنظر آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص390.  
<sup>4</sup> - أنظر آدم أبكر صافي النور، المرجع نفسه، ص390.  
<sup>5</sup> - أنظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص13.

الشيء هو القانون، فالقانون هو الذي يعطي للإرادة القدرة على ترتيب الأثر الملزم للعقد، وذلك بأن يجعلها تلزم صاحبها ليس فقط لحظة الدخول في العلاقة العقدية وإنما أيضا بالنسبة للمستقبل، وهو بذلك يُضفي عليها عنصر الثبات ولهذا فإن القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد<sup>(1)</sup>.

هناك من الفقهاء من ينكر على القانون إعتباره جوهر العقد هو الإرادة الحرة لأطرافه، ويرون ضرورة استبداله بقانون يعتبر الإنسان نتاجا إجتماعيا ولد مدينا للمجتمع الإنساني.

بل ويستوجبون تدخل القانون في العقد وذلك بهدف تعطيل الأثر الضار للأنانية الموجودة في الحرية، ولهذا يجب على القانون أن يقر أو يحضر أو حتى يفرض بعض الإلتزامات من أجل الحد أو التخفيف من حرية الإرادة وأثرها الضار، فالإرادة لدى البعض لا تضيف ولا تثير شيئا من النشاط إذ أنها ليست إلا تعبيراً ذهنياً وما العقد إلا نتاج الثقة المشروعة التي تخلق النشاط<sup>(2)</sup>.

وعلى هذا فإن جوهر العقد ليس إرادة أطرافه وإنما الثقة المشروعة والتي بسببها يجعل القانون العقد ملزم لعدم إهدار هذه الثقة<sup>(3)</sup>.

فالعقد ينشأ دائما بإرادة أطرافه ولكن القانون هو الذي يحدد لتلك الإرادة شروط ممارستها لدورها في ترتيب الأثر، وصحيح أنه ليس هدف القانون ضمان حرية تلك الإرادة وتحقيق سلطانها لأن هدفه الأول هو تحقيق العدالة ومصلحة المجتمع، وبالتالي فإن تلك الإرادة يجب أن تكون متوافقة مع ممارستها لدورها مع مصلحة المجتمع. وللمشرع أن يتدخل في تقييدها بغرض حماية الطرف الضعيف بموجب فكرة التضامن الإجتماعي.

وعليه فإن للقانون دوره كما للإرادة دورها أيضا وأن القول بانعدام الإرادة في حياة العقد هو قول لا يُجانبه الصواب، فالمتعاقد له مصلحة شخصية يريد تحقيقها من خلال إبرامه للعقد، وللدولة غرضها وهو تحقيق المصلحة العامة ولذلك فإنها قد

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للإلتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1998، ص 191

<sup>2</sup> - أنظر آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص 391

<sup>3</sup> - أنظر آدم أبكر صافي النور، المرجع نفسه، ص 391

تعطى قوة القانون لما اتجهت إليه إرادة الأطراف، وقيامها بذلك يعبر عن قرينة بسيطة وهي تكافؤ المصالح وتعادل القيم<sup>(1)</sup>.

وإذا حدث وأن إنهدمت هذه القرينة بفعل الواقع أظهر عدم عدالة العقد أو إضراره بالمصلحة العامة، فإنه لن يحوز على القوة الملزمة، "فالعقد ليس شيئاً يحترم لذاته لأنه توافق إرادات..."، فالعقد يحترم إعمالاً للتضامن الإنساني والإتفاق الذي لا يمكنه أن يؤدي إلا إلى نتائج مخالفة للمصلحة العامة غير جدير له بالإعتراف بالقوة الملزمة.

فالعقد ضرورة من الضرورات الإجتماعية وهو وسيلة لتحقيق الخير العام الذي هو غاية القانون، وهو الذي يولد القوة الملزمة للعقد، فالقانون لا يعطي للأفراد إرادة حرة مطلقة وإنما يعطيهم حرية نسبية يحتاجها الأفراد من أجل القيام بمهمتهم في الأرض، لتجميع أنشطتهم نحو الغايات المشتركة وتنظيم دور التضامانات الإجتماعية وأياً كان ذلك بالنسبة للجميع فإنه في الحد الأقصى مصدر للخير وفي الحد الأدنى مصدر للضرر.<sup>(2)</sup>

ومنه فإن الإرادة ليست غاية القانون فهو لا يرتب عليها أثراً ملزماً تحقيقاً لسلطانها، وإنما هي وسيلة لتحقيق الخير العام والعدالة، وهي إن لم تحقق ذلك أو بالأحرى خالفته فلا سبيل لإعطائها الأثر الملزم<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: نقد الأساس الإقتصادي وفكرة عدالة العقد.

بمجيء القرن التاسع عشر (19) وظهور الحرية الإقتصادية والتي أفرزت حرية التعاقد، إذ جعلت للعقد في ذاته قدرة على خلق العدالة الذاتية التي لا يمكن البحث عنها خارج العلاقة، فالشخص له حرية التعاقد وله حرية اختيار من يتعاقد معه، واختيار شروط العقد التي يرتضيها، والشخص العاقل الذي يتمتع بالحرية والمساواة مع شريكه ويسعى إلى تحقيق مصلحته، لا تتجه إرادته إلى ما يلحق به الضرر وإنما تتجه نحو ما يحقق العدالة لعلاقته العقدية<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزء الأول مطبعة. جامعة القاهرة ط 1976 ص 133

<sup>2</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص. 117

<sup>3</sup> - أنظر آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص. 393.

<sup>4</sup> - أنظر سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 99.

والحال كذلك فإن النظرية القانونية التقليدية قد أغفلت إحتمال وجود عدم تعادل من الناحية الواقعية بين المتعاقدين، والذي في حال تحققه يتنافى معه افتراض وجود حقيقي للإختيار الحرّ والسبب في ذلك راجع إلى أنها إهتمت وحسب بالعدالة التبادلية أو التصحيحية، ولم تهتم بالعدالة التوزيعية إذ أن هذه الأخيرة لم تدخل ضمن اختصاص قانون العقود<sup>(1)</sup>.

لذلك فإنه في إطار هذه النظرية يتركز جل إهتمام القانون في العمل على تنفيذ العقد وإلا ترتب عن ذلك مساس بعدالة العقد.

ولكن إفتراض ملازمة العدالة للعقد الناتجة من حرية وعدالة أطرافه، قد يكون مقبولا في الزمن الذي كانت لا تزال فيه الصناعة والتجارة تحتفظان بالطابع الحرفي والعائلي، أي ذلك الزمن الذي كان يطغى فيه على العلاقات العقدية الطابع الشخصي، والذي كان فيه بإمكان الأفراد عقد صفقاتهم بعد إجراء مفاوضات تسمح على الأقل بتحديد العناصر الجوهرية للعقد، وبالرغم من ذلك لم تكن العلاقة عادلة، إلا أن عدم عدالتها لم تكن تتخذ الشكل المؤسسي<sup>(2)</sup>.

وبظهور الصناعات الكبيرة التي اتخذت الشكل المؤسسي أو المشروع تغير الوضع، وأدت الحرية المنادى بها إلى اضطرابات في توزيع الثروة، إذ تكدست في يد قلة من أبناء كل دولة، ونشأت الشركات الضخمة واتحادات المنتجين الذين تحكّموا في المستهلكين وفي العمال الذين يستخدمونهم وأملوا شروطهم على هذه الفئات<sup>(3)</sup> ، حيث لم يعد مقبولا تساوي المواطنين في المركز الإقتصادي وبالتالي حريتهم في التعاقد<sup>(4)</sup>.

وبذلك فإن النظرية التقليدية لم تعد تتماشى مع الوضع الإقتصادي الجديد، وذلك لإغفالها للضغوطات الإجتماعية والإقتصادية والتي غالبا ما أجبرت الشخص على التعاقد بدافع الحاجة للحصول على السلعة والخدمة أو لتوفير مقومات الحياة

<sup>1</sup> - أنظر حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص55

<sup>2</sup> - أنظر منصور مصطفى منصور المرجع السابق، ص.10

<sup>3</sup> - أنظر محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص. 39

<sup>4</sup> - أنظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص.42

المعيشية<sup>(1)</sup> بشروط تعسفية غير قابلة للنقاش تقوم بوضعها الشركات أو اتحادات المنتجين... إلخ في صورة عرض موجه للعامة، ويقتصر دور الراغب في التعاقد إما قبولها جملة وتفصيلا أو رفضها دون أن يكون له حق مناقشتها، وبذلك فإن المستهلك يبقى حرا من الناحية النظرية ولكن اختياره دائما يكون مقيدا بأخذها كلها أو تركها كلها<sup>(2)</sup>.

واستفحل استخدام هذه العقود على نطاق واسع إلى أن وصل بين رجال الأعمال أعمال أنفسهم، حتى وإن وجد هناك مجال في مثل هذه المعاملات للتفاوض والمساومة، إلا أن القاعدة المعمول بها هي أن معظم الشروط لا يمكن التفاوض عليها بل تبقى مفروضة.

وعليه فإن الافتراض الذي جاءت به النظرية التقليدية (حرية وتعادل المتعاقدين) وبنت عليه عدالة العقد، هو افتراض كذبتة الحقائق إذ بينت عدم تمتع أحد الأطراف بحرية التعاقد أو حرية قبول شروط معينة، وهو ما يؤكد عدم وجود مساواة أو تعادل بينهم خصوصا من الناحية الاقتصادية، وأصبحت الإرادة الحرة ليست إلا إرادة تستطيع فرض نفسها على إرادة أخرى<sup>(3)</sup>.

ومنه هل يمكننا اعتبار إرادة الطرف الضعيف مصدر إلزامه؟ وأنه لم يلتزم إلا لعدالة التزامه؟ وهل الإرادة المقهورة والواقعة تحت ضغط الحاجة تسمى إرادة حرة؟<sup>(4)</sup>.

وفي ذلك يقول البعض وبحق " إن القول بأن توافق الإرادة هو بالضرورة عادل، هو بمثابة منح ترخيص بالسلب والنهب للقراصنة وقطاع الطرق وتبرير حقهم في الاستيلاء على كل ما تقع عليه أيديهم<sup>(4)</sup>.

إن فالعدالة لا تنشأ من العقد وإنما العقد يتمتع بقريئة بسيطة وهو أنه يلحق به العدل، وهذه القريئة قد تنهدم أمام ما تظهره الحقائق، وهذا صحيح لأن الحرية والمساواة المدعاة بين المتعاقدين هي مساواة إسمية تخفي وراءها عدم مساواة

<sup>1</sup> - أنظر حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 13

<sup>2</sup> - أنظر آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص. 395.

<sup>3</sup> - أنظر آدم أبكر صافي النور، المرجع نفسه، ص 395-396.

<sup>4</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص. 136.

حقيقية، فغالبا ما يتوصل المرء إلى أن الإلتزامات لا يتم التراضي عليها بحرية وإنما هي مفروضة من قبل الأكثر قوة على الأكثر ضعفا وعليه فإن الإرادة الحرة لا تحقق دائما العدالة العقدية وبالتالي ينبغي علينا استبدال عبارة "هذا يعتبر عادلا لأنه ما أرادته الأطراف" بعبارة "هذا ما يجب أن تتجه إليه الإرادة لأنه يعتبر عادلا"<sup>(1)</sup>.

وإذا افترضنا تحقيق الحرية والمساواة بين الأطراف وأن إرادتهم اتجهت إلى ما هو عادل، ثم طرأت ظروف بعد إبرام العقد أدت إلى إختلال توازن الأداءات المتبادلة بين الأطراف، فإن الأخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين على إطلاقه سيملي على القاضي والأطراف العمل على تنفيذ هذه الأداءات حتى ولو أحدثت ضررا كبيرا بأحدهم، ولكن ألا يكون الإحترام الصارم لذلك المبدأ في هذه الحالة مخالف للعدالة؟<sup>(2)</sup>.

ومنه يمكن استنتاج أنه لا بد من وجود آلية لإعادة التوازن بين أطراف العقد، عند حدوث ظروف تؤدي إلى إختلاله، ولا يكون ذلك إلا بتدخل القانون، وذلك بإعطاء القاضي سلطة رقابية تمكنه من حماية الطرف الضعيف من سطوة القوي وإضراره بالمصلحة العامة.

وبذلك فإن المشرع يضمن العدالة العقدية التي توصل إليها الأطراف والعدالة الموضوعية المتوافقة مع المصلحة العامة، وإذا كانت العدالة العقدية تعني إحترام الشخص لتعهدده وهي في ذلك تتطابق مع أعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن هناك عدالة أخرى وهي الإنصاف والتي تعني إحترام القاعدة القانونية<sup>(3)</sup>.

### المبحث الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة وتقييده.

في أواخر القرن التاسع عشر (19) وبداية القرن العشرين (20) أصبح مبدأ سلطان الإرادة يعاني من القيود، منها ما يمتد إلى أساسه فاهتز بشدة وأدت هذه الهزة

<sup>1</sup> - أنظر آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص.396

<sup>2</sup> - أنظر سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.70

<sup>3</sup> - أنظر آدم أبكر صافي النور، المرجع نفسه، ص.397.

إلى ما كاد أن يؤدي به (1) بسبب ما نتج عنه من إفراط في تمجيد الإرادة واستخفافه بالعقل والمنطق (2).

كما أن التطور الحاصل في المجتمع في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية والفكرية أظهر نقائص المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد (3).

هذه العوامل كثيرا ما قلصت من المبادئ التي وضعتها النظرية التقليدية، الأمر الذي دفع أصحاب المذهب الفردي للتنبذ بالأزمة التي لحقت العقد في تصوره ومبادئه (4).

فظهر المذهب الاجتماعي الذي جاء بفلسفة جديدة تسمح بتدخل التشريع والقضاء في العلاقات التعاقدية، حماية للطرف الضعيف في مواجهة الطرف الأقوى (5).

### المطلب الأول: أهم المبررات التي ساعدت في إنتكاس مبدأ سلطان الإرادة.

إن أهم المبررات التي ساعدت في إنتكاس مبدأ سلطان الإرادة هي: بروز المذهب الاجتماعي وتطور الفقه والقانون المقارن وسوف نقوم بعرض ذلك في فرعين أساسيين.

### الفرع الأول: ظهور المذهب الاجتماعي.

لقد جاء المذهب الاجتماعي - كما سبق الإشارة إليه - بفلسفة جديدة يقوم على أساسها العقد والمبنية على الجانب الاجتماعي والاقتصادي.

إذ يرى أنصاره أنه من الواجب إقامة عدالة جديدة بين أفراد المجتمع، وذلك باقتراح تصور جديد للعلاقة الأساسية التي تربط الفرد بالمجتمع والتي تقوم على مبادئ جديدة (6) ، حيث تسمح بتدخل التشريع والقضاء في العلاقات التعاقدية دون الإعلان عن نهاية مبدأ سلطان الإرادة وإنما الحد من الأعمال المطلق له، وحماية

<sup>1</sup> - انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 47.

<sup>2</sup> - أنظر بلحاج العربي.. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول التصرف القانوني العقد الإرادة المنفردة لطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر ط 2004، ص 43

<sup>3</sup> - أنظر علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق طبعة 2010، ص. 51

<sup>4</sup> - أنظر علي فيلاي، المرجع نفسه، ص. 53

<sup>5</sup> - أنظر علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، الجزء الأول، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2001، ص. 41

<sup>6</sup> - أنظر علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، طبعة 2010، ص. 53

الفرد على حساب المجتمع وهذا ما أسماه أنصار المذهب الفردي بالأزمة التي لحقت العقد<sup>(1)</sup>، إضافة إلى خضوع الإرادة للنظام العام وتطور وظيفة الدولة.

**أولاً: سيادة المذهب الإجتماعي:** والذي يقيم فلسفته على الجانب الإقتصادي والإجتماعي للعلاقة العقدية وليس على إرادة أطرافها فقط، الأمر الذي أدى إلى ظهور أزمة جديدة للعقد، حيث ساد الفقه الفرنسي نقاشاً واسعاً حول القوة الملزمة للعقد إما بتأكيده أو برفضه متمثلاً في ثلاثة اتجاهات وهي:

**أ- الاتجاه الراديكالي:** ومن أكبر رواده الفقيه روهات (rouhette) حيث يقول: " ...العقد ليس باتفاق إرادتين،... القوة الملزمة لم تُؤسس عند محرري التقنين على إحترام الإرادة ولكن على الضرورة الإجتماعية، إستقرار التعهدات التعاقدية... وإعمالاً لسنة التطور الحاصل في العالم منذ سنة 1804م فقد اندثرت الفردانية ولم تعد الإرادة ملزمة إلا لأنها تحت سلطة القانون<sup>(2)</sup> .

فلو تصفحنا هذا القول بتمعن نجده يتجاهل مبدأ القوة الملزمة للعقد ويقصي وجوده.

**ب- الإتجاه الثاني** يسميه الفقيه "فرانسوا جيني" (francois geny) حرية البحث العلمي إذ يؤكد على المبدأ بقوله " ...علينا الإبقاء على المبدأ مع ملاحظتنا أن قوة الإرادة ليست مطلقة، إنها تصطدم بحقائق خارجة عنها وبضرورات التنظيم الإجتماعي<sup>(3)</sup> . وما يلاحظ أن هذا الرأي أكثر اعتدالاً من الأول.

<sup>1</sup> - أنظر علي فيلا لي، النظرية العامة للعقد، الجزء الأول، طبعة 2001، المرجع السابق، ص.41

<sup>2</sup> « ...le contrat, n'est pas un accord, de volontés,... la force obligation du contrat n'aurait pas été fondée chez le rédacteurs du code sur respect de le volonté mais plutôt sur la nécessité social de la stabilité des engagement contractuels,...en s'attachant a l'évolution depuis 1804, le monde à change l'individualisme s'efface, la volonté n'oblige que parce qui' elle est sous la dépendance de la loi. » - Malaurie ph. « Aynes, et stoffel MUNCK, droit civil des obligation defrenois ,paris 02 edition,2005,p375

<sup>3</sup> - « ...on doit maintenir, le principe, tout en soulignant que la puissance de la volonté n'est pas absolue, elle se heurte aux réalités, qui lui sont extérieures et aux necessites, de l'organisation social Malaurie ph, aynes l.et stoffel. Munck ph.,op cit, p 358

**ج- وهناك اتجاه ثالث** ينتقد الأساس الفردي لقوة العقد بتأكيده على " ...إحترام القوة الملزمة للعقد قد ينتج عنه اللاعدل والقوة الملزمة يجب أن تكون محدودة بفكرة التضامن التعاقدية أو بالنظرية الاجتماعية للعقد... "إن الرافض المعاصر لهذه النظرية هو مصدر الأزمة الجديدة للعقد، وتطبيق هذه النظرية يتطلب تدخل قضائياً ومركزاً<sup>(1)</sup>.

ومنه يمكن القول أن تقديس حرية التعاقد هي التي أفرضت هذه الأزمة، وإن كان لا بد من ترجيح بعض الآراء فإنه ينصب على الرأي الثاني والثالث لإعتدالهما في طرح المبررات التي تجعل من مبدأ القوة الملزمة للعقد محدوداً وغير مطلق، وذلك بإعطاء المشرع والقاضي سلطة التدخل للموازنة بين المصالح الاقتصادية والاجتماعية للرابطة العقدية.

### ثانياً: محدودية الإرادة وخضوعها للنظام العام.<sup>(2)</sup>

بظهور وازدهار المذهب الاجتماعي إنتكس المذهب الفردي وتقيدت الحرية العقدية وفق ما تستلزمه مقتضيات النظام العام والآداب العامة<sup>(3)</sup>. وهناك توافق على الاعتراف بأنه يجب أن يتمكن المشرع والقاضي من تأمين تطابق العقد مع المصلحة العامة والنظام العام أو الخير العام لأن المصلحة العامة أسمى من الحرية<sup>(4)</sup>.

ولقد تطور النظام التعاقدية إلى أن اتصف بالحماية حيث أنه أداة لحماية مصالح المتعاقد في مواجهة الطرف الآخر، في عقد من شأنه أن يفرض عند إنعقاده

1...respecter la force obligation du contrat peut s'averer injuste, la force obligation de vait être bornée par le solidarisme contractuel, ou encore la théorie social du contrat, le rejet contemporain de cette théorie serait à l' origine d' une nouvelle cris du contrat,...en pratique, cette théorie réclame un interventionnisme judiciaire accru... » - Malaurie ph, aynes l, et stoffel, munck ph, op, cit p 359.

2- فالنظام العام من المصطلحات التي استعصى على الفقه والتشريع إعطائها مفاهيم وتعريف مضبوطة كونه ذو مفهوم نسبي وفضفاض، ضبابي وغير واضح المعالم ويتغير بتغير المكان والزمان، وقيل أن محاولة تعريفه هي مغامرة على الرمال الزاحفة ومسلها محاط الأسلاك ويتغير مع طول أقدام القضاة، وقال القضاة الانجليز بشأنه: إنك إذا حاولت تعريف النظام العام فإنك تتركب حصاناً جامحاً لا تدري بأي أرض سيلقي بك، وقد عرفه عبد الحي الحجازي بأنه مجموعة النظم والقواعد التي قصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة، وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد، بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقهم. - راجع في ذلك علي فيلا لي، النظرية العامة للعقد المرجع السابق، طبعة 2001، ص 208-209، الهوامش من 01 إلى 06

3-الآداب العامة تمثل الجانب الخلفي للنظام العام. أنظر في ذلك جاك غيستان، المرجع السابق، ص 128.

والآداب العامة كثيراً ما تجد تطبيقاتها في العلاقات الجنسية، بيوت الدعارة، الرهان، وقد استنتى المشرع بعضها في المادة 612 من القانون المدني الجزائري والخاصة بالسباق والرهان الرياضي وبعض الألعاب.

أنظر في ذلك فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ط 2009، ص 107، نهميش رقم 01

4- أنظر جاك غيستان، المرجع السابق، ص 130.

شروط تنعدم فيها حرية التفاوض بين الأطراف، فالنظام العام يفرض عند تكوين العقد ويخضعه إلى شروط موضوعية وشكلية إلزامية يقررها القانون، وإن عدم مراعاة هذه الشروط يؤدي حتما إلى البطلان.

والأرضية المثلى لهذه الحماية العقدية تكون في عقد الإذعان الذي يفسر ويقرر بإرادة أحد المتعاقدين، في حين يقف الطرف الآخر جامدا ويقتصر دوره في قبول العقد دفعة واحدة، وذلك بالامتثال لما يقرره ويفرضه المتعاقد الأول وإن كل تفاوض من أجل التنازل عن الشروط مستبعد<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: تطور وظيفة الدولة.

أصبحت الدولة تتدخل في الميدان الإقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه من جهة، وتتكفل بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا من جهة أخرى، ولقد تأثرت نظرية العقد بهذه المهام الجديدة للدولة، فاهتمام الدولة بالميدان الإقتصادي عن طريق تسييره وتوجيهه جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية، والتي يباشرها الأفراد وذلك بتنفيذ إرادتهم من عدة جوانب، وعبر الفقه عن هذه الظاهرة بتعميم العقد (publicisation du contrat)، أي أن العقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة، بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه.

وقد يحل القانون ولو جزئيا محل إرادة الطرفين في تكوين العقد وتحديد مضمونه وقد يستغني المشرع في بعض الأحيان عن فكرة العقد تماما، ومن ناحية أخرى لم يبق العقد قاصرا على التعامل بين أشخاص القانون الخاص باعتبار المساواة والعدل التبادلي اللذان تقوم عليهما علاقاتهم المختلفة، بل أصبح أيضا وسيلة يتعامل بها أشخاص القانون العام في مختلف تعاملاتهم، ويرجع ذلك إلى محاسن هذه التقنية في تحقيق المصلحة العامة.

<sup>3</sup> - Christian l'arroumet, droit civil, les obligations, le contrat tonm3. ..4eme édition p 101.

وأما تكفل الدولة بحماية المتعاقد الضعيف إجتماعيا واقتصاديا وثقافيا قد جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى نزعته الجماعية، حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين دون غيرهم يهم المجتمع، فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الجماعية وأداة لتحقيق النفع العام وعبر الفقهاء عن هذه الظاهرة بجميعة العقد (du contrat socialisation)<sup>(1)</sup>.

إن هذا التطور في وظيفة الدولة ليس معناه القضاء على مبدأ سلطان الإرادة، بل هو تحول من مبدأ حرية الإرادة الفردية إلى مبدأ سلطان الإرادة الجماعية<sup>(2)</sup>، وفي هذا يقول الفقيه جوسران (Josserand): "إن العقد أخذ يخرج أكثر فأكثر من العمل المشترك للأطراف ولم يعد إتفاقا منعقدا في ظل الحرية التعاقدية ومجزء بفعل الإرادة المتساوية الحرّة، وأصبح موجهها سواء من السلطة العمومية أو من أحد الأطراف الذي يفرض صيغته وشروطه على الأطراف الأخرى"<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: تطور الفقه والقانون المقارن للعقود

كنتيجة للتطورات الحديثة في الحياة العملية والقانونية سواء على المستوى الإقتصادي أو الإجتماعي، أو على مستوى العلاقات القانونية والتعاقدية الواسعة، وبعد تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام نمو ورقي التضامن والعدالة الإجتماعية، وعدم قدرة المبادئ الكلاسيكية المنظمة للعلاقات التعاقدية على مواكبة هذه التطورات والمواقف التي أنتجها الواقع، وتطور قانون العقود المقارن أفرز أفكار ومبادئ جديدة جاءت لتجدد وتكيف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولتسبغ انطلاقة عصرية للمفهوم التعاقدية<sup>(4)</sup> وفق المعطيات الجديدة التي جاء بها الفقه، وتتمثل في نظريتين هامتين وهما نظرية النفع والعدل في الفقه اللاتيني ونظرية التوقع المعقول في الفقه الأنجلو أمريكي.

<sup>1</sup> - أنظر علي فيلا لي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، طبعة 2010، ص 53

<sup>2</sup> - أنظر محفوظ لعشيب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ط1990، ص 174.

<sup>3</sup> - « ... Le contrat pour sortir de plus en plus de l'action conjointe des parties à l'accord n'est plus en session à la lumière de la liberté contractuelle et brisé par une volonté libre, égal, et a dirigé la fois l'autorité publique ou de l'une des parties, ce qui impose des conditions à la formule et les autres parties

أنظر في ذلك عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2006، ص 115.

<sup>4</sup> - أنظر جاك غيستان، (GHESTIN-J) المرجع السابق، ص 188

## أولاً: نظرية النفع والعدل في الفقه اللاتيني :

## ( la théorie de l'utile et le juste)

يقول الفقيه جاك غيستان (Ghestin.J) " أن تراجع مبدأ سلطان الإرادة نتيجة لما لقيه من انتقادات، أفرز بدائل جديدة تقوم مقامه وهذه البدائل هي النفع والعدل، ومؤدى هذا الكلام أن العقد يتمتع بالقوة الإلزامية إلا إذا كان مقيداً .  
وبالحديث عن النفع فإن المنفعة نوعان:

إحدهما خاصة تعود على الشخص بعينه وأخرى تعود على المجتمع" (1)، والقانون الوضعي لا يعترف إلا بالمنفعة العامة ، لذلك تتدخل النصوص الأمرة لفرض النظام العام وإخضاع العقد لمقتضياته، كما هو الشأن في إلغاء الشروط التعسفية المفروضة على المستهلك لأن ذلك يمثل إساءة المهني لإستخدامه قوته الإقتصادية، وعليه أصبح ممكناً قبول مشروعية تبعية العقد للمصلحة العامة(2).  
ويضيف الأستاذ غيستان (Ghestin.J) أن العقد أداة مهمة ومفضلة لدى الأفراد للتبادل وتحقيق المنفعة الإقتصادية المبنية على الإئتمان والتبصر والتوقع، وهو ما يتناسب مع توجه الإقتصاد الحر المعاصر الذي يأخذ منحى خاص في الحضارة الغربية(3).

ويقول الفقيه جونو (Gounot) "...يشعر الناس بالحاجة إلى إدراك المستقبل في عمل توقعي...والحصول مقابل خدمات آنية على منافع مستقبلية، أو مقابل منافع مستقبلية للخدمات الحالية(4)، أما عن العدل فإن العقد لا يكون ملزم إلا لكونه يحقق التوازن والعدالة، التي تقتضي إعادة التوازن بين الإلتزامات والتعهدات بواسطة العدالة التجميعية أو التصحيحية.

1- Pour revoir le principe de l'autorité à la suite reçu de la critique, a entraîné de nouvelles alternatives à la place et ces alternatives sont bénéfiques et la justice, et l'implication de cet exposé que le contrat a une force contraignante que si elle est restreinte ou équitable, et de parler de la prestation, au profit de deux types: un rendement privé en particulier d'une personne et l'autre à la société

أنظر في ذلك جاك غيستان، المرجع السابق ، ص 231-232.

<sup>2</sup> - أنظر عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق ،ص.35

<sup>3</sup> - أنظر عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع نفسه، ص. 37.

<sup>4</sup> Les gens se sentent le besoin de comprendre l'avenir dans le travail de mes attentes ... et obtenir en temps réel pour les services d'avantages sociaux futurs, ou pour des avantages sociaux futurs pour le service courant

أنظر في ذلك جاك غيستان، المرجع نفسه، ص252

## ثانيا: نظرية التوقع المعقول في الفقه الأنجلو أمريكي

(The théorie of reacosonable expectation) تقوم هذه النظرية

على فكرة موضوعية جديدة وهي الثقة والتوقع المعقول والمشروع للدائن في الإلتزام<sup>(1)</sup>.

أي أن العقد عمل منطقي بين الدائن والمدين تلتقي فيه العناصر الشخصية التي هي الإرادة والرضا، والعناصر الموضوعية التي هي قواعد التوازن والمنطق، و المنطق في تنفيذ العقد يتطلب التنفيذ بحسن نية، وتلك هي المعقولة والمشروعية المطلوبة التي تقابل مشروعية السبب والمعقولة أثناء مرحلة التكوين تتطلب أن يتدخل القاضي غالبا أو المحكم أو لجان الشروط التعسفية ولجان حماية المستهلك للنظر في توقعات المتعاقد ، ومدى معقوليتها ومنطقيتها من عدمه لتصحيح عدم التوازن بين الأداءات التعاقدية، إذا كان هذا الإختلال يتعارض مع ما يقتضيه المنطق والعقل من تناسب و عدالة.

ففي مجال القانون الخاص نجد أن العقود الإستهلاكية لم تعد تطبق عليها القواعد العامة المتعلقة بعقود البيع المؤسسة على الإرادة، بل إكتسحتها قواعد خاصة تحدد حقوق والتزامات الأطراف لحماية المستهلك، والسبب في ذلك يعود إلى فكرة موضوعية جديدة وهي التوقع المشروع للمستهلك<sup>(2)</sup>.

ولقد كانت القوانين الغربية سباقة إلى تبني هذه المرونة في مختلف أحكامها، خاصة القانون الفرنسي وذلك من خلال المواد ( من 1386 مكرر 1 إلى المادة 1386 مكرر 18) من القانون المدني حيث خصص 18 مادة لتنظيم مسؤولية المنتج في مجال حماية المستهلك<sup>(3)</sup>.

كما أن القانون المصري كرس ولو جزئيا نظرية النفع والعدل بإسباغ المرونة على مبدأ سلطان الإرادة، ولقد قال الأستاذ السنهوري في هذا السياق: "...وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفا معتدلا فلا هو انتقص منه إلى حد جعله

<sup>1</sup> - أنظر عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص.37

<sup>2</sup> - أنظر فايد عبد الفتاح فايد، المرجع نفسه، ص 42

3\_ L'article 1386/1 du c c f dispose :<< le producteur est responsable du dommage cause par un défaut de son produit.qui.il soit ou non lie par incontractavec la victime >>

يفنى في سلطان المشرع و سلطان القاضي، إذا لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه، ولا هو تركه يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية وتحديد آثارها دون النظر إلى المصلحة العامة ومقتضيات العدالة.<sup>(1)</sup>

أما المشرع الجزائري فقد تأثر هو الآخر بهذا التطور وذلك من خلال إتساع مجال العلاقة العقدية بين المتعاقدين، فبعد أن كانت العلاقة في الفكر التقليدي لا تتعدى أطراف العقد، وأن الإلتزامات الناشئة عن العقد هي التي تلزم الجانبين دون سواها، فإن القضاء الجزائري سعياً منه لتوفير الحماية الأمثل للطرف الضعيف فقد حد من تطبيق مبدأ الأثر النسبي للعقد، الذي لا يجيز للمتعاقد الرجوع إلا على الطرف المتعاقد معه حيث أصبح مقرر لصالح الضحية دعوى مباشرة ضد المنتج حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.<sup>(2)</sup>

ولقد إعتد المشرع هذه الإجتهدات القضائية في إحداث وإصدار تشريعات خاصة لصالح الضحايا، منها ما يتعلق بحماية المستهلك<sup>(3)</sup>، ويظهر ذلك من خلال المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، حيث تعتبر هذه المادة من بين ما استحدثه المشرع مؤخراً في القانون المدني حيث أضيفت بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005<sup>(4)</sup>.

إضافة إلى هذا فقد رتب القضاء إلتزامات عدة على عاتق البائع منها الإلتزام بالإعلام أو الإلتزام بالإفشاء والإلتزام بالتحريم والإلتزام بالسلامة... الخ حيث اعتبرها القضاء من بين الإلتزامات المتعلقة بطبيعة العقد<sup>(5)</sup> ، وهذا ما سنراه في وقته.

1 - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، العقد، العمل الغير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ط2004 ص70  
2 - أنظر علي فيلالي الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، ط2007، ص272-273  
3 - أنظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص268  
4 م 140 مكرر (ق. م. ج) تنص على " يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتج حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية "  
5 - أنظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص. 267.

**المطلب الثاني: تقييد مبدأ سلطان الإرادة.**

إن التطورات التي طرأت لاحقا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية - كما سبق التطرق له - و بروز الفكر الإشتراكي ، الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل في نطاق العلاقات التعاقدية من شريعة العقد، وذلك بقصد إقامة التوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية، مثل طائفة المستأجرين والعاملين... الخ ومحاربة الإستغلال والغبن في العقود<sup>(1)</sup> ، وبناء على هذا المنطق الجديد طرأت تغيرات على القواعد التي تحكم العقد<sup>(2)</sup> منها:

**الفرع الأول: القيود على حرية التعاقد وعدم التعاقد.**

إذا كان منطق سلطان الإرادة يقضي حرية الفرد في التعاقد وعدم التعاقد، فإنه وردت قيود على هذه النتيجة<sup>(3)</sup> .

فعلى نطاق إنعقاد العقد يتجه كل من الفقه والقضاء إلى تقييد الحرية التعاقدية أكثر فأكثر، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية لجأ إلى طريقتين.

**الأولى** تتلخص في إعطاء معنى واسع لفكرة النظام العام أو الآداب العامة، وهذا أمر وارد بطبيعة الحال حيث أن هذين الفكرتين تتسمان بالمرونة إذ أن القانون لم يضع تعريفا جامدا لهما<sup>(4)</sup> .

**الثانية** تتلخص أن كل من الفقه والقضاء يتجهان - على عكس ما هو مستقر تقليديا - إلى تطبيق فكري النظام العام والآداب العامة<sup>(5)</sup> .

فحرية التعاقد تجد قيودا أخطر في النظام العام والآداب العامة، فإذا ما أبرم عقد يخالف النظام العام والآداب في المجتمع فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا، وهذا القيد موجود منذ زمن بعيد ونص عليه في المادة السادسة من المجموعة المدنية الفرنسية.

1- أنظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 120.

2- أنظر علي فيلا لي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص 54.

3- أنظر محمد سعدي صبري، المرجع السابق، ص 47.

4- راجع في ذلك الصفحة رقم: 30 التهميش رقم: 02.

5- أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 42.

ولما كانت فكرة النظام العام نسبية ومتطورة فإننا نجد في الوقت الحاضر توسعا كبيرا في نطاقها خاصة كلما ساد الإتجاه الإشتراكي في الدولة يزداد النظام العام إتساعا<sup>(1)</sup>.

إذ أنه من المقرر قانونا أنه إذا كان محل أو سبب الإلتزام مخالفين للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا .

وهذا ما حكمت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1987/01/26 ملف رقم 44571 "... لما كان من الثابت في قضية الحال أن أساس دعوى الطاعنة يتعلق بعقد التخلي لها نهائيا عن البننت دون أن توجد أي قرابة سواء منها النسب أو المصاهرة تربطها بأبوي البننت، فإن قضاة الموضوع بقضائهم إرجاع البننت إلى والديها طبقوا صحيح القانون<sup>(2)</sup>.

والقرار المؤرخ في 12-03-1997 ملف رقم: 144108 والذي جاء كما يلي: "...حيث مما لا شك فيه أن التعامل في الجزائر بين جزائريين بالعملة الصعبة خارج الإطار الرسمي الجاري العمل به طبقا للقوانين السارية في مجال النظام النقدي قد يكون مخالفا لتلك القوانين وبالتالي فهو يمس بالنظام العام، حيث أن العقود التي يكون محلها مخالفا للنظام العام تعتبر باطلة بطلانا مطلقا، ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، وعليه فالوجه المثار غير سديد ويترتب على ذلك رفض الطعن<sup>(3)</sup>.

كما أن حرية عدم التعاقد قد قيدت هي الأخرى فظهرت صور للعقود الجبرية التي يُجبر الشخص على إبرامها، فقد يلزم الشخص بإبرام عقد معين تحت طائلة عقوبات مدنية أو جزائية، كما هو الوضع في التأمينات طبقا للمادة الأولى من الأمر 74-15 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، وقد يجبر الشخص على التعاقد مع شخص معين كما هو الأمر في حالة الإحتكار بالنسبة للمحتكر.

<sup>1</sup> - أنظر محمد سعدي صبري، المرجع نفسه، ص 48

<sup>2</sup> - أنظر المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الرابع، ص 49.

<sup>3</sup> - القرار المؤرخ في 12-3-1997 ملف رقم 144108 غير منشور

وقد يحرم الشخص من بعض العقود كما هو الحال في احتكار الدولة للتجارة الخارجية (سابقاً)، وهذه القيود تتعلق بالحرية الأولية (الأساسية) أي حرية إبرام العقد أو الإمتناع.

أما القيود الواردة على الحرية الثانوية تتمثل في ثلاث مجالات رئيسية هي: فرض المتعاقد معه ( بالنسبة للمستهلك في حالة الإحتكار)، فرض شكل معين للعقد (العقود الشكلية)، تنظيم مضمون العقد ( عقد العمل)<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: تقييد حرية تحديد آثار العقد.

لقد كان من بين تأثير الأفكار الاشتراكية أن قامت القوانين بتحديد آثار بعض العقود بقواعد أمرية، ومن أهمها عقد العمل الذي حددت فيه التزامات وحقوق كل طرف وهو العامل ورب العمل تحديدا يكاد أن يكون شبه كامل، حيث نصت المواد 05 و06 من الباب الأول من مدونة العمل على حقوق العامل وفي المادة السابعة على واجباته .

كما نصت في المادة 15 إلى المادة 21 على شروط التوظيف وكيفية ته، ونظم من خلال المواد من 27 إلى 29 المدة القانونية للعمل...الخ، كل ذلك سعياً من المشرع لتوحيد النظام التعاقدى في مجال عقد العمل، بشكل لا يدع مجالاً للشك أو التأويل<sup>(2)</sup>.

ونجد كذلك في عقد الإيجار أنه قد تضمنت القوانين علاقة المؤجر بالمستأجر حيث أن القانون المدني يعتبر عقد الإيجار عقد شكلياً بعدما كان رضائياً، فبدأ المشرع بموجب المرسوم التشريعي 93- 03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري في مادته 01/21 منه بالنص على أن تتجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوباً في عقد إيجار طبقاً للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابياً بتاريخ مسمى.

وأتبع المشرع هذا المرسوم بالمرسوم التنفيذي رقم 94-96 المؤرخ في 19 مارس 1994 صادق من خلالها على النموذج الذي يجب أن يكتب وفقه عقد الإيجار.

<sup>1</sup> - أنظر علي فيلا لي، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق، ص54. تهميش رقم:30  
<sup>2</sup> - أنظر محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص.48.

ورتب في المادة 01/21 منه على معاقبة المؤجر إذا خالف هذا الحكم طبقاً للأحكام التشريعية السارية مع بقاء عقد الإيجار ساري المفعول لمدة سنة من تاريخ معاينة المخالفة شرط أن يحوز المستأجر على وصل يثبت العلاقة<sup>(1)</sup>.

وإنه من المقرر قانوناً أن كل بيع إختياري أو وعد بالبيع، أو بصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقاً على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلاً.

وأنه من المقرر أيضاً زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها لشكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها في شكل رسمي.

ومن المقرر أيضاً أنه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة الإستئناف لما اعتبروا العقد العرفي المتضمن بيع قاعدة تجارية، عقداً صحيحاً مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع وتحديد الثمن ويترتب عليه إلتزامات شخصية متمثلة في إتمام إجراءات البيع، يكونوا بقضائهم هذا قد خرقوا القانون الذي يعتبر الشكل الرسمي في بيع قاعدة تجارية شرطاً ضرورياً لصحة البيع، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً كونه يمس بالنظام العام ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار<sup>(2)</sup>.

وفيما يتعلق بأن العقد شريعة المتعاقدين فقد أجازت القوانين الحديثة تدخل المحاكم في كثير من الحالات لتعديل بنود العقد ومراجعة شروطه، إذا أصبح أمراً مألوفاً وذلك قصد تحقيق هدفين أساسيين هما:

أ- تجنب عدم العدالة والتي تنشأ من المساس بالشروط الأولية الواردة في العقد وذلك في حالة ارتفاع الأسعار، فعدم العدالة اللاحقة للتعاقد لا تقل شأناً عن عدم العدالة المحققة من وقت إبرام العقد.

<sup>1</sup> - أنظر هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، ط2010، ص14.  
<sup>2</sup> - قرار مؤرخ في 18-02-1997 ملف رقم 136456 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول، ص 10.

ب- كما أن تعديل العقد قد يقصد به تحقيق المصلحة العامة تحقيقا لمقتضيات السياسة الاقتصادية، فقد يتدخل المشرع لتخفيض الأداءات المالية المتفق عليها ليس لأن الأسعار قد انخفضت ويراد إعادة التوازن بين الأداءات، بل لأن المشرع يهدف من تخفيض الأسعار إلى تحقيق سياسة محاربة الإنكماش<sup>(1)</sup>.

وهذا ما جسده المشرع الجزائري في القانون المدني من خلال المادة 03/107 حيث يخول للقاضي سلطة إعادة النظر في إلتزامات إحداها مرهقة وهي نظرية الظروف الطارئة، والمادة 110 من نفس القانون تخول للقاضي تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

### الفرع الثالث: إتساع نطاق الإلتزامات اللارادية .

في الأصل العام أن للأطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون العقد، أي أنهم أحرار في تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد<sup>(2)</sup>.

ولكن كثيرا ما يغفل الأطراف بعض العناصر الأساسية في عقودهم فيكون العقد ناقصا، وطبقا لنظرية سلطان الإرادة لا أثر لهذا العقد الناقص لأنه لا يمكن تكملة هذا النقص بغير إرادة الأطراف، فإذا أغفل في عقد عمل تحديد أجر العامل فإن هذا العقد لا أثر له في نظر مبدأ سلطان الإرادة، بينما يلجأ القضاء في هذه الحالات إلى البحث عن الشروط المتعامل بها في السوق وإلى العادات الإجتماعية لتحديد هذا الأجر، وذلك ليجعل لإرادة الأطراف قيمة بدلا من إهدارها نهائيا، وواضح أن هذه العناصر التي يبحث عنها القضاء هي غريبة تماما عن إرادة المتعاقدين<sup>(3)</sup> وهذا ما يفرضه المبدأ الذي يلزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية<sup>(4)</sup>.

وهذا ما قرره المادة 02/01/107 من القانون المدني الجزائري حيث تنص على:

" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل 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 الإلتزام." وهذا ما سنتوسع فيه جيدا في الفصل الأول

<sup>1</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 43-44

<sup>2</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 48.

<sup>3</sup> - أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 91

<sup>4</sup> - أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد المرجع السابق، ط 2010، ص 364.

وعلاوة على ذلك هناك التزامات لا إرادية تنشأ عن مصادر غير تعاقدية يجب الإشارة إليها، ومن ذلك الإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار.

والتزامات يفرضها القانون، إذ تطور نظام المسؤولية التقصيرية نتيجة لظهور للثورة الصناعية وانتشار إستخدام الآلات الخطيرة في المجتمعات الحديثة فبعد أن كان الإلتزام بالتعويض عن الضرر مبني على أساس إثبات الخطأ، فقد زادت حالات الاخير والذي أصبح مقرر دون حاجة إلى ثبوت خطأ من جانب المسؤول (1).

في نهاية هذا الفصل يمكن القول أن مبالغة أنصار مبدأ سلطان الإرادة في تأييده، ومناداتهم بالإرادة أساسا لجميع أنواع الحقوق والنظم القانونية، أدى إلى مبالغة المعارضين له في الحط من شأنه لدرجة إنكارهم أن تكون الإرادة أساس لأي حق أو نظام.

والحقيقة أن مجال الإرادة يتوسط هذين الطرفين وهذا ما نادى به المعتدلون الذين انتصروا للمبدأ لكنهم وقفوا به عند الحدود المعقولة (2)، فلا هم انتقصوا منه إلى حدّ جعله يفنى في سلطان المشرع وسلطان القاضي، ولا هم تركوه يطغى فيستبد في إنشاء العلاقات القانونية وبتحديد آثارها دون نظر إلى المصلحة العامة ولمقتضيات العدالة (3).

فالإعتدال يقضي بأن لا يكون للإرادة سلطان في نطاق القانون العام باعتبار قواعده تتصل بالمصلحة العامة فقط، أما في نطاق القانون الخاص فدور الإرادة محدود في قضايا الأحوال الشخصية (4) فإذا كان له دور كبير في تكوين عقد الزواج إلا أن هذا السلطان يخبو في نطاق تحديد الآثار القانونية التي تترتب على هذا العقد، ويستقل القانون بذلك ابتغاء حماية المصلحة العامة (5).

أما بالنسبة للمعاملات المالية فلإرادة دورها الهام وإن كانت في الحقوق العينية أقل منها شأنًا في الحقوق الشخصية، لأن الحقوق العينية محددة في القانون

<sup>1</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 49

<sup>2</sup> أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 55.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.70

<sup>4</sup> - أنظر إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص55

<sup>5</sup> - أنظر خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، لطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية، ، 2005، ص 19

على سبيل الحصر، أما في الحقوق الشخصية فالإرادة هي قوام التصرف القانوني وإن كان يقوم بجانبها مصادر أخرى غير إرادية كالعمل الغير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون<sup>(1)</sup>.

ومن حيث القيود الشكلية نشير إلى تلك المتعلقة بالعقود ذات الشكل الرسمي وبقواعد الإثبات وبالعقود النموذجية، فالعقود ذات الشكل الرسمي يتطلب إنشاءها تدخل مأمور رسمي تكون مهمته تنظيم تلك العقود وكتابتها وتسجيلها في سجل خاص، ومن هذه العقود العقود العينية وكل ما يتعلق بإنشائها أو نقلها أو إعلانها وتعديلها وإبطالها، فإن هذه الأعمال لا تكون تامة جميعها حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ تسجيلها وفقا للأصول المقررة في السجل العقاري، ومن بين هذه العقود: الوعد بالهبة، عقد الضمان، عقود إيجار العقارات وعقد الشركة والوكالة.

إضافة إلى ذلك قد وضع القانون أصول خاصة لبعض قواعد الإثبات كعدم قبول البينة الشخصية في إثبات الدعاوى التي تزيد قيمتها عن مبلغ معين.

أما العقود النموذجية كعقد العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابات العمال وأرباب العمل ويسري على جميع أشخاص المهنة حتى الذين لم يشتركوا فيه، تختص هذه العقود بأن أحكامها تمثل رأي الأغلبية من أصحاب المصلحة المشتركة تسري على الأقلية التي لم توافق عليه، ولهذه الفكرة تطبيقات تشريعية تتجلى في أحكام الصلح الواقي من الإفلاس<sup>(2)</sup>.

وتتقيد الإرادة كذلك في مجال الالتزامات التعاقدية بالقيود الناتجة عن فكرة النظام العام والآداب العامة، فأى اتفاق يخالف النظام العام والآداب العامة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا<sup>(3)</sup>. كما قيد من سلطان الإرادة عند تكوين العقد حيث وسع من نطاق الغبن وحوله من نظرية مادية إلى نظرية ذاتية، وعند تنفيذ العقد فجعل نظرية الحوادث والظروف الطارئة سبب لتدخل القاضي في تعديل الالتزام<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 56.

<sup>2</sup> - أنظر إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 56.

<sup>3</sup> - أنظر خليل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ط 2005 ص 19.

<sup>4</sup> - أنظر عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ط 2004، ص 70، 71.

وخلص القول أن مبدأ سلطان الإرادة أو مبدأ حرية التعاقد في إنشاء التصرف وتحديد آثاره مازال يمثل القاعدة الأساسية في التعاقد، وإن كانت ترد على هذه القاعدة قيود تزايدت في الوقت الحاضر عما كانت عليه في الماضي بسبب تطور الأفكار والنظريات الإجتماعية وضرورة حماية الطرف الضعيف في التعاقد.

الفصل الأول  
سلطة القاضي في مرحلة  
انعقاد العقد

### الفصل الأول: سلطة القاضي في مرحلة إنعقاد العقد.

لقد دأب رجال القانون على القول بأن القوة الإلزامية للعقد ناجمة عن نوع من تفويض سلطات المشرع إلى الإرادة الفردية، ولم يكن عمل واضعي قانون، الإلتزامات والعقود، سوى تكريس هذا المبدأ المتمثل في تشبيه الإلتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح بالقانون، وذلك تحت حجة ضمان ثبات العقد وتوفير الأمان والثقة بين المتعاقدين .

لكن هذه الصلابة لم تعد تتلاءم والتصور الجديد للقانون، ذلك لأن الحرية التعاقدية، وإن كانت تعد الحافز الفردي الذي يعد بلا جدال من عوامل التقدم الإقتصادي إلا أنها لا تُحقق العدل حتما، فلا يمكن اعتبار الإلتزام التعاقدية، قد قبل بملء الإرادة، إلا إذا كانت إرادة المدين متساوية مساواة فعلية لقوة إرادة الدائن .

كما أن الحرية التعاقدية من شأنها أن تخلق حقوق وواجبات ولكن لضرورات عدة وأسباب مختلفة قد تجعل أحد المتعاقدين ينصاع إلى الشروط التي يملئها عليه المتعاقد الآخر، حيث تجعله في وضعية أضعف وأدنى من هذا الأخير نظرا لمركزه التعاقدية.

ولا يخفى على أحد أن التعسفات التي تقترب باسم حرية التعاقد لا حصر لها، ولذلك يسعى الفقه إلى إعطاء حيز أكبر للعدالة، عن طريق ضمان حد أدنى من التوازن المادي للعقود ، فهذه الأسباب ومن أجلها اقتنع واضعوا التقنين المدني الحديث أن الحل لا يكمن في محاربة نظرية سلطان الإرادة، ولكن في إعادة النظر في مفهومها وذلك عن طريق منح سلطة واسعة للقضاء لضبط كفتي العلاقة التعاقدية وخلق توازن مادي لها، وهذا من خلال إعطاء القاضي سلطة مراقبة العقد بدءا من إنعقاده إلى غاية تنفيذه(1).

وسنقوم بدراسة السلطات المخولة للقاضي على العقد في مرحلة الإنعقاد في هذا الفصل، وفي سبيل ذلك نخصص المبحث الأول إلى سلطة القاضي في تفسير

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أبوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء المغرب، ط 2003، ص 53-54.

العقد (تحديد موضوع العقد) وتكييفه و المبحث الثاني إلى سلطة القاضي في تطويع العقد و تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان .

**المبحث الأول: سلطة القاضي في تفسير العقد وتكييفه**

**المطلب الأول: سلطة القاضي في تفسير العقد .**

إن الأصل العام في القانون المدني هو أن العقد ينشأ بين أطراف العلاقة العقدية ، ولا يسوغ للقاضي بأي وجه أن يتدخل في إبرامه وذلك تسليماً واحتراماً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما نصت عليه المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي والتي تقابلها المادة (106) من القانون المدني الجزائري التي نصت على " .. إلا أنه قد تطرأ ظروف تؤدي بالقاضي إلى التدخل لتفسيره... " وهذه الحالة سماها المشرع الجزائري بتفسير العقد<sup>(1)</sup> .

وتفسير العقد وتحديد موضوع العقد هي تسميات لمعنى واحد، وقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع وسنخصص الفرع الأول للتعرف على مضمون تفسير العقد، والفرع الثاني إلى أحكام تفسير العقد، والفرع الثالث إلى الرقابة الممارسة على القاضي في إطار تفسيره للعقد.

**الفرع الأول: المقصود بتفسير العقد (تحديد موضوعه)**

في هذا الإطار لابد أن نبين المعنى الحقيقي لتفسير العقد (فقرة أولى) وبيان حالات التفسير ( فقرة ثانية)

**الفقرة الأولى: تعريف تفسير العقد.**

فالتفسير بصفة عامة هو التعرف على معنى الحكم الذي يتضمنه النص القانوني، بحيث يتضح من ألفاظه أو فحواه حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة لأجل تنظيمه<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - انظر علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ط2001، ص 306  
<sup>2</sup> - أنظر محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة السابعة عشر، هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2009م، ص 283

ومن خلال هذا التعريف يمكن أن نعرف عملية تفسير العقد، على أنها " هي أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، بغض النظر عن الإرادة الظاهرة أو الباطنة(1).

إذ ينصب التفسير على مظهر التعبير عن الإرادة سواء كانت كتابة أم كلاماً أم إشارة أو سكوتاً، أو قد يكون واضحاً في دلالاته على إرادة المتعاقدين، أو غامضاً أو محل شك(2) وهذا ما سنعرفه لاحقاً.

ولعل من بين المبررات التي تخول للقاضي سلطة تفسير العقد، هي أنه من محاسن الشكلية التقليدية أنها تجنب العاقدين كل لبس أو غموض في مدلول العقد، لأن إتباع الصيغة أو الفعل أو الشكلية أو اللفظ المقرر يترتب عليه معنى معين ودقيق، سواء إنصرفت إليه إرادة المتعاقدين أو لم تنصرف.

أما الرضائية التي تسير العمليات العقدية فإنها كثيراً ما تسيء إلى المتعاقدين، فإلى جانب إغفالها لبعض التفاصيل قد يكون التعبير عن إرادتهما غير دقيق، فيصبح مدلول اتفاقهما غامضاً أو محل شك، مما يستدعي تدخل القاضي لتحديد مدلول العقد عن طريق تأويله(3).

ويهدف تفسير العقد إلى تحديد النصوص الواردة في عقد معين، إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين، وذلك بقصد تحديد مضمون العقد والوقوف على الإلتزامات التي يولدها عند التنفيذ(4).

وبالتالي فإن عملية التفسير هي وسيلة لحماية العقد من عدم استقراره في المعاملات بين الأفراد، ومن إيجابياته كذلك أنه يستعمله القاضي والأطراف على السواء، للحفاظ على عدم الإختلال في التوازن العقدي، بالرغم من خرقه لمبدأ القوة الملزمة للعقد، كما أنه يساهم في الإبقاء على حياة العقد، ومن خلال تفسير العقد

<sup>1</sup>- أنظر علي فيلال، النظرية العامة للعقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ط2001، ص306.

<sup>2</sup>- أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2009، ص10

<sup>3</sup>- أنظر علي فيلا لي، المرجع نفسه، ص382

<sup>4</sup>- أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، نظرية العقد، الطبعة الثانية منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1998، ص679

يمكن استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين والوقوف على معنى الإرادة الظاهرة والباطنة(1) .

إن ضرورة تأويل العقد من طرف القاضي عملية بالغة الأهمية، في الحالات التي تكون فيها شروط العقد تحتاج إلى تفسير.

إلا أنه بعد أن يتم العقد بين الطرفين- والذي يعتبر قانون المتعاقدين – يمكن للقاضي أن يتدخل ليحدث فيه تغييرا، وبذلك يشعر أحد الأطراف أن العقد الذي أبرمه لم يكن كما أراده، لأن تفسير أي عقد من العقود له عدة تطبيقات ومفاهيم خاصة به، فلا يمكن اعتبار تفسير تصرف عقدي هو نفسه تفسير عقد آخر، فكل عقد له منهج مغاير ومدلول خاص به وتأتي مرحلة تفسير العقد بعد مرحلة إنعقاده صحيحا، لتحديد مدى آثاره.

ويلاحظ أن القاضي المدني مقيد في تفسيره للعقد، بقيود لا يجوز أن يتعداها، فهو ليس كالقاضي الجنائي الذي يسوغ له أن يقضي بمقتضى اقتناعه، بل هو مقيد بالأدلة المقدمة أمامه حتى ولو كانت مخالفة لاقتناعه(2) .

وما يجب على القاضي مراعاته قبل مباشرة مهمة التفسير: هو التأكد من إنعقاد العقد و صحته، إذ أن التفسير يكون غير وارد إذا كان العقد باطلا لا يمكن تنفيذه، وهذا هو عين الصواب، إذ أن التفسير ليس مرحلة مستقلة عن مرحلة البحث في إنعقاد العقد و صحته، بل تتضمن هذه المرحلة أيضا .

وعموما فإن مسألة تفسير العقد، قد أخذت بها معظم التشريعات العربية والأجنبية، فالمشرع الفرنسي قد خصص له فصلا كاملا وذلك من المادة (1154) إلى المادة (1164) إضافة إلى المادة (1134) و المادة (1135) من القانون المدني تحت عنوان: ( interprétation du contrat ).

1- أنظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 134

2- أنظر دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، (دراسة مقارنة) مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007/2008، ص02

أما المشرع المصري فقد أخذ به من خلال المواد (150-151) من القانون المدني ونظمه المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود، على غرار نظيره الفرنسي من المادة (366) إلى المادة (377) حيث خصص له فصلا كاملا. أما المشرع الجزائري فقد أخذ به من خلال مادتين فقط وهما المادة (111) و المادة (112) من القانون المدني.

### الفقرة الثانية: بيان حالات التفسير.

حتى يتسنى للقاضي تفسير العقد، لا بد له من الرجوع إلى العبارات التي استخدمها المتعاقدان للتعبير عن إرادتهما، والمعروف أن العبرة بما اتجهت إليه الإرادة لإحداث الأثر القانوني الذي يستهدفه المتعاقدان، وما العبارات المستعملة فيه إلا وسيلة لبيان تلك الإرادة.

ولكن بطبيعة الحال لا يستطيع القاضي أن يعرف الإرادة الحقيقية إلا بواسطة تلك العبارات بعد أن يقوم بتفسيرها، والعبارات المستخدمة لن تخرج عن ثلاث حالات .

فإما أن تكون تلك العبارات واضحة الدلالة على مقصود العاقدين، وإما أن تكون غير واضحة الدلالة على إرادتهما المشتركة، والحالة الأخيرة هي أن يقوم هناك شك في استيضاح تلك الإرادة بغموض العبارات.

لدى فحالات التفسير هي: 1- حالات وضوح العبارة (أولا) 2- حالة عدم وضوح العبارة (ثانيا) 3- قيام الشك (ثالثا) وهذا ما نقوم بتعريفه في هذا الصدد.

### أولا: حالة وضوح العبارة (1)

لقد تعددت التعاريف فيما يخص وضوح العبارة ، فهناك من عرفها على أساس وضوح الإرادة، وهناك من عرفها على أساس التطابق الكلي بين الإرادة والتعبير، فإذا كانت العبارة واضحة وجب أن تدل على التعبير الصادق المنبعث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولا يجوز الإنحراف عن هذه العبارة عن طريق

1- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 276

التفسير أو التأويل، بل يجب افتراض أن هذه العبارة الواضحة معبرة عن حقيقة الإرادة الباطنة<sup>(1)</sup>.

ويرى جانب من الفقه بأنها " تلك العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، فلا يكفي أن تكون العبارة واضحة في ذاتها طالما أنها عاجزة عن الكشف عن الإرادة، ويحدث هذا عندما يستخدم المتعاقدان ألفاظا واضحة، لكنها تكشف بظاهرها عن إرادة مغايرة للإرادة الحقيقية " فالعبارة الواضحة هي التي لا يجوز الإنحراف عنها عن طريق التأويل.

وقد يكون المقصود بوضوح الإرادة التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، أي أن الألفاظ والكلمات أو الإشارات المستعملة عبرت بصدق عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين<sup>(2)</sup>.

وليس المقصود بوضوح عبارة العقد وضوح كل جملة أو تعبير على حدة، بل هو وضوح منطوق العقد بصورة عامة، إستنادا لمجموع ما جاء في عباراته، لأن العقد يعتبر وحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام<sup>(3)</sup>.

وأحيانا تكون عبارات النص واضحة تماما لا تحتاج إلى تفسير، لكونها تعكس الإرادة الحقيقية والكاملة للمتعاقدين، ففي هذه الحالة يكون لزاما على القاضي أن يتقيد بعبارات العقد، ولا يجوز له أن ينحرف عن هذا المعنى الظاهر، لأن ذلك يعتبر بمثابة التحريف لإرادة المتعاقدين مما سيعرض حكمه للنقض<sup>(4)</sup>.

وهذا ما سنراه في مواعده.

### ثانيا: حالة عدم وضوح العبارة (غموض العبارة)<sup>(5)</sup>.

لم يعرف المشرع العبارة الغامضة، بل ترك المجال مفتوحا للفقه والقضاء اللذان حاولا حصر بعض الحالات التي تكون فيها العبارات غامضة

1- أنظر أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، ط 2005، ص 327.

2- أنظر علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ط 2001، ص 307.

3- أنظر الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثاني مفاعيل العقد، بدون دار نشر، ط 1998، ص 119/118.

4- مقتبس عن دالي بشير، المرجع السابق، ص 10.

5- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 276.

أ- العبارة المبهمة: وهي العبارة التي لا تفيد شيئاً، إذ يصعب الإطلاع على إرادة المتعاقدين، وهنا تظهر الحاجة إلى التفسير للوقوف على تحديد نطاق العقد وما يتولد عنه من التزامات.

ب- العبارة التي تحتمل أكثر من دلالة: هي عبارة غير دقيقة، تجعلنا نتساءل عن المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين<sup>(1)</sup> وذلك لأن الألفاظ المستعملة في عبارات العقد، ألفاظ تحتمل التأويل أو أنها لا تنصرف إلى معنى واحد ودقيق<sup>(2)</sup>.

وإذا حدث هذا فيستحسن الأخذ بالمعنى الذي ينتج أثراً قانونياً، ثم من بين المعاني التي تجعلها تنتج هذا الأثر تحمل على المعنى الذي يجعلها متطابقة مع ما تقتضيه طبيعة العقد<sup>(3)</sup>.

ج- العبارة الواضحة والتي تتعارض مع عبارات أخرى من نفس العقد: هذا التعارض بين العبارات الواضحة من شأنه أن يرتب غموضاً بخصوص إرادة المتعاقدين .

د- تناقض مضمون بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد.

هـ- إغفال المتعاقدين بعض التفاصيل<sup>(4)</sup>.

ويرى الفقيه عبد الحكم فوذة أن غموض العبارة هو عدم الإفصاح عن إرادة الطرفين، فيصبح العقد بين عدة وجوه للتفسير وكل منها محتمل التأويل، ويتعذر ترجيح وجه على آخر الأمر الذي يبعث على الشك المبرر للتفسير<sup>(5)</sup>. وترجع الأسباب الحقيقية لغموض التعبير بالدرجة الأولى إلى المتعاقدين، وذلك لإساءة استخدامهما الألفاظ المعبرة عن إرادتهما الحقيقية.

<sup>1</sup> - أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق.. ط 2010 ص 387. وفي نفس المعنى ، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية للعقد، الإرادة المنفردة، دار المعرفة الجامعية، ط 1994، ص 265.

<sup>2</sup> - أنظر خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق ط 2010 ، ص 138.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للإلتزامات المرجع السابق . ط 1998 ص 940

<sup>4</sup> - أنظر علي فيلا لي: ، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق.. ط 2010 ، ص 387.

<sup>5</sup> - أنظر عبد الحكم فوذة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط 2002، ص 262.

وقد تكون العبارة لها أكثر من معنى متميز ومتعارض، فلا يعرف ما هو المعنى المقصود منها (1).

كما أن الإيجاز الشديد أو الإفراط اللفظي الشديد، بإدخال شروط تقليدية مألوفة لا يعلمها أحد المتعاقدين أو بالأحرى لا يعلم ما سيؤول إليه استعمال هذه العبارة، سببا كافيا لغموض عبارات العقد (2).

### ثالثا: حالة قيام الشك في العبارات الغامضة (3).

تقوم حالة الشك كلما تعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، حيث تبقى الوسائل المشار إليها أنفا بدون جدوى، كأن تكون العبارات ذات دلالات متعددة ولا يمكن ترجيح إحداها، فيحدث تردد في اختيار المعنى الذي تحمله العبارة محل التأويل (4).

ويفترض أن يكون الشك مما يتعذر استنتاجه، لأن توصل القاضي إلى إكتشاف النية المشتركة للمتعاقدين يلزمه بتفسير العقد حسب هذه النية، حتى ولو كان التفسير في غير مصلحة المدين، وإذا وجد القاضي نفسه في إطار تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، فهنا لا يخرج عن أمرين:

فإذا كان العقد ملزما لجانب واحد فإنه يفسره لمصلحته باعتباره المدين، أما إذا كان العقد ملزم للجانبين يفسره لمصلحة المدين في العقد، أي أن التفسير في الحالة الأخيرة يكون لمصلحة أحد المتعاقدين في بنود، ولمصلحة الآخر في بنود أخرى (5).

### الفرع الثاني: أحكام تفسير العقد.

بعد تبيان الحالات التي يكون فيها تفسير العقد واجبا، نقوم في هذا الفرع بشرح الأحكام القانونية المطبقة على هذه الحالات، وبيان سلطة القاضي في هذا الصدد كل حالة على حدى.

<sup>1</sup>- أنظر عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 263

<sup>2</sup>- أنظر في المعنى، دالي بشير، المرجع السابق، ص 18

<sup>3</sup>- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 276

<sup>4</sup>- أنظر علي فيلا لي، الألتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص 392.

<sup>5</sup>- أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 239

وقد قسمنا هذا الفرع إلى ثلاث نقاط أساسية وهي: تدخل القاضي في تفسير العقد في حالة وضوح عبارات العقد (فقرة أولى)، وتدخل القاضي في تفسير العقد في حالة غموض عبارات العقد (فقرة ثانية)، وتدخل القاضي في تفسير العقد في حالة قيام الشك (فقرة ثالثة).

**الفقرة الأولى: تدخل القاضي في تفسير العقد في حالة وضوح عبارات العقد.**

جاء في نص المادة (1/111) من القانون المدني الجزائري أنه " إذا كانت عبارات العقد واضحة لا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

من خلال استقراء هذه المادة يمكن أن نستخلص منها نتيجة أساسية وهي:

**وضوح العبارة يمنع التأويل<sup>(1)</sup>**

ومفادها أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة، وجب أن تعد تعبيراً صادقاً على إرادة المتعاقدين المشتركة، فلا يجوز بأي وجه من الأوجه الإنحراف عنها بذريعة التأويل واستقصاء ما أراده المتعاقدان، لأن الأصل العام هو الإعتماد على هذه العبارات في استخلاص النية المشتركة إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين<sup>(2)</sup>.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذه القاعدة من خلال القرار الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 12/03/1983، والتي تتمثل وقائعه فيما يلي: بمقتضى عقد توثيق بتاريخ 23 و30 أبريل قام شخصان بإيجار شقة إلى شخصان بقصد تأسيس وممارسة تجارة مقهى ومطعم، ونص هذا العقد على أن كل من المستأجرين وهم ( ح ع و ع ح ) أن يتصرفا كمستأجرين معا على سبيل الشيوخ، على أساس النصف لكل منهما، ولقد نص البند 11 من العقد على أن المستأجرين لا يستطيعان التنازل عن حقهما في هذا الإيجار إلا بموافقة مكتوبة من طرف المؤجرين، وهذا لا ينطبق على التنازل الذي يتم لصالح محلهما في المحل التجاري، وقبل صيرورته مالكا للقاعدة التجارية تنازل أحد المستأجرين عن حقه في المحل التجاري لصالح

<sup>1</sup>- أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص 384.

<sup>2</sup>- أنظر في المعنى عبد الحكم فوذة، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المجلد الأول مصادر الإلتزام، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، بدون سنة طبعة، ص 623.

( ب ع ) دون موافقة المؤجرين اللذان سارعا الى المطالبة بفسخ عقد الإيجار، باعتبار أن المستأجرين قد خالفا البند 11 من العقد.

ولقد إستجابت المحكمة ثم المجلس القضائي لهذا الطلب، غير أن المستأجر الذي تنازل عن حقه في المحل التجاري، طعن في قرار المجلس القضائي مدعيا تحريف بنود العقد، خاصة البند 11 الذي لا يحتوي على لبس أو غموض، بل عباراته واضحة وغير مبهمة، وأن الموافقة الكتابية لا تعني التنازل الذي يتم لصالح محلها.

وإثر هذا الطعن قضت محكمة النقض بإبطال القرار الصادر عن المجلس القضائي، من أجل خرقه للمواد 1134، 1717 من القانون المدني القديم، و106 و107 من القانون المدني الجديد ، وتحريف بنود عقد الإيجار المبرم في 23 و30 افريل 1970 لا سيما البند 11 منه<sup>(1)</sup>.

ويرى الأستاذ عبد الحكم فوذة أن القاضي غير مكلف بذكر الأسباب التي حملته على إلزامه بهذا المعنى، إلا إذا كان الأمر يتعلق بالرد على دفاع جوهرى يتعلق بالظاهر<sup>(2)</sup>.

ويفترض أن العبارة الواضحة في العقد تكون متفقة مع قصد المتعاقدين أو مع نية الملتزم الحقيقية، وبالتالي لا مناص من تطبيق العقد كما هو دون اللجوء إلى التفسير<sup>(3)</sup> لأن وضوح العبارة في العقد يعد قرينة قانونية بسيطة على أنها تعبر عن إرادة المتعاقدين، وافترض أن الإرادة الظاهرة مطابقة للإرادة الباطنة ، وتتلاشى هذه القرينة إذا ثبت أن وضوح العبارة لا يعبر عن قصد المتعاقدين<sup>(4)</sup>.

وفي حالة وضوح العبارة ولكن مع مخالفتها للقصد الحقيقي، أي يقصد المتعاقدان معنى غير ما ينصرف إليه اللفظ، ففي هذه الحالة لا بد من إثبات ذلك

<sup>1</sup>- مقتبس عن علي فيلا لي الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص 384/ 385 قرار صادر بتاريخ 12/03/1983 ، ملف رقم 23713، نشرة القضاة 1986 ، العدد الاول ، ص 63 أنظر في ذلك علي فيلا لي ، المرجع نفسه، ص 385، تهميش رقم 51

<sup>2</sup>- أنظر عبد الحكم فوذة ، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، المرجع السابق، ط 2002، ص 255

<sup>3</sup>- أنظر فاضلي إدريس ، المرجع السابق، ص 134.

<sup>4</sup>- أنظر جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية ، الاسكندرية، ط 1994، ص 234،

بصورة قاطعة، وبالتأكيد بأن العاقدين قد إستعملا الألفاظ الواضحة في العقد في غير المعنى المقصود حقيقة، ويثبت القاضي ذلك عن طريق الأحداث والظروف المغايرة والخارجة عن التعبير.

وله في سبيل ذلك أن يستند إلى طبيعة العقد أو من تقريب بعض عباراته، أو من أية اعتبارات أخرى خارجة عن العقد<sup>(1)</sup>.

كما أن العبرة عند وضوح العبارة بالإرادة الظاهرة، حيث يمنع القاضي من البحث عن الإرادة الباطنة<sup>(2)</sup>.

والنية الظاهرة هي ما يعبر به الإنسان أو ما يقوم مقامه عما يدور في الفؤاد والنوايا أما الإرادة الباطنة فهي ما تنفق عليه النية ويعزم عليه القلب، والإرادة الباطنة لا يمكن لأحد أن يطلع عليها لأنها عنصر داخل في النفس، وما استكن في النفس يصعب ضبطه، ولو ترتب عليها بمجرد ما شيء من الأحكام لكان في ذلك إجحاف في حق المتعاقدين.

ولهذا يمكن القول أن العلاقة بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة هي كالعلاقة ما بين قلب الإنسان ولسانه، وقد جعل اللسان على الفؤاد دليلاً، لأنه يخرج ما انطوت عليه النفس إلى العالم الخارجي، فيتم التفاهم بين الناس والتعامل بمقتضى هذا التعبير الظاهري.

والأصل أن تأتي الإرادة الظاهرة معبرة عن الإرادة الباطنة فعندئذ لا تثور المشكلة، ولكن المشكلة تثور إذا جاءت الإرادة الظاهرة مخالفة للإرادة الباطنة<sup>(3)</sup> فهنا كما قلنا يأخذ القاضي بالإرادة الظاهرة وإلا وقع تحت طائلة تحريف أو تشويه العقد .

ولقد أخذت محكمة النقض بذلك من خلال القرار المؤرخ في 1985/07/13 والآتي نصه "حيث يجدر القول بأن الأمر في القضية الراهنة يتعلق بإيجار تسيير

<sup>1</sup> - أنظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 134.

<sup>2</sup> - أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص 385.

<sup>3</sup> - أنظر حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، ط 2007، ص 37

حر ثابت بعقد توثيقي مؤرخ في 17 ديسمبر 1985 ومنشور في جريدة الاعلانات الرسمية بتاريخ 1975/12/25 تحت رقم 7053 وليس إيجار من الباطن كما كيفه حكم الدرجة الأولى وقرار المجلس القضائي، حيث أن هذا القرار المنتقد تجاهل هذا العقد الرسمي ولم يرد عليه رغم أنه أشار إليه في تصريحات الطاعن<sup>(1)</sup>.

وفي الأخير يجب أن نشير إلى أنه على عكس هذا الحل يرى بعض الفقهاء أنه بمناسبة هذه الحالة، يجب الأخذ بالإرادة الباطنة دون الإنحراف عنها، والمنع الذي أقره المشرع هو منع إجرائي يمكن تفاديه بتسبيب الحكم وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي والقانون المصري القديم<sup>(2)</sup>.

### الفقرة الثانية: تدخل القاضي في تفسير العقد في حالة غموض العبارة.

لقد نصت المادة ( 2/ 111 ) من القانون المدني الجزائري " إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات"

هذه المادة تبين لنا أنه إذا وجد في العقد غموض أو إلتباس، أو بصفة عامة إذا ظهرت هناك حاجة للتفسير جاز للقاضي ذلك، بحجة التوصل إلى ما قصده الطرفان ولو أدى ذلك إلى إهمال النصوص والعبارات الغامضة.

فيجب والحالة هذه أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، والتي تمثل إرادتهما الحقيقية وفي كل الأحوال التقيد بمضمون نص المادة (2/111) حتى لا يعرض حكمه للنقض<sup>(3)</sup>.

ويرى بعض الفقهاء أن الإرادة المشتركة، تتمثل في الإيجاب الذي يتلقاه الموجب له ويفهمه أو يستطيع أن يفهمه على نحو معين، وتكون العبرة بهذا الفهم الحاصل فعلا أو حكما، لكونه مقدار الفهم المؤكد الذي انصرفت إليه إرادة

<sup>1</sup>- قرار صادر بتاريخ 1985/07/13، ملف رقم 36596، المجلة القضائية، 1989، العدد 03، ص 90

<sup>2</sup>- أنظر علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص386. يتمثل الفرق بين القانون الذي أخذ بالإرادة الباطنة، والقانون الذي أخذ بالإرادة الظاهرة في طبيعة القرينة، التي تكون قابلة لإثبات العكس بالنسبة للقانون الأول وقطعية بالنسبة للقانون الثاني.

أنظر في ذلك، علي فيلالي، المرجع نفسه، ص384- تهميش رقم 49

<sup>3</sup>- أنظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص135

المتعاقدين، لكن هذا الرأي وجهت له أسنة الإنتقاد حيث يعاب عليه أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر، عندئذ لا يمكن الإعتداد بإرادة الموجب وحده.

ويرى الأستاذ سالي (saleilles) من جهته أن الإرادة المشتركة هي الإرادة القانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين بعد المقاربة بينهما، دون أن يرجح كفة إحداها على الأخرى، فالعبرة - حسب هذا القول - ليست بإرادة المتعاقدين، بل العبرة بالإرادة التي يستخلصها القاضي<sup>(1)</sup>.

ومن الفقهاء من يعتقد أن المقصود بالإرادة المشتركة هي الإرادة التي يمكن التعرف عليها، بحجة أن الإعتداد بالإرادة الباطنة للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، قد ينتهي إلى إفتراض إرادة المتعاقدين وذلك نظرا لغموض العبارات والألفاظ المستعملة، ومما لا شك فيه أن البحث عن النية المشتركة يعني العبرة بإرادة المتعاقدين معا وليس بإرادة أحدها دون الآخر.

ويفيد كذلك أن البحث عن النية المشتركة يقتضي إستبعاد الإرادة الظاهرة والرجوع إلى الإرادة الباطنة، وهذا قد يؤدي في بعض الأحيان إلى طريق مسدود بحيث يستحيل الوصول إلى الإرادة الحقيقية، خاصة وأن مظهرها الخارجي غامض إن لم يكن منعدما.

وقد نتساءل في هذا الشأن عن الإرادة التي تلزم القاضي، هل يلتزم بالإرادة الباطنة بكل ما تحمله من أنانية وتعصب، أم أنه يبحث في العوامل التي أحاطت بالمعاملة والتي تصرف على أساسها المتعاقدان<sup>(2)</sup>.

وقد قيل في هذا الشأن لأبد للقاضي من حاسة سادسة حتى يصل إلى ماهو كامن في النفس الإنساني. إذن فكما قلنا في السابق يجب على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وهذا يعني

1- يميز عبد الحي حجازي بين التفسير الشخصي الذي يقتضي البحث عن نية الطرفين المشتركة والتفسير الموضوعي الذي يرجع إليه عندما يتعذر الكشف عن الإرادة المشتركة فيكون من قواعد التفسير الموضوعي ليس " التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين وإنما تهدف إلى تحقيق أغراض موضوعية كحماية حسن النية والعدالة " أنظر في ذلك عبد الحي حجازي، نظرية الإلتزامات، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي الجزء الأول المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، ط 1982، ص 554 .

- أشار إليه علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص 388 .  
2- أنظر علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص 389 .

تفوق الإرادة الباطنة عن الإرادة الظاهرة، أي أن العبرة والأولوية بالإرادة الباطنة<sup>(1)</sup>.

وله في سبيل ذلك أن يلجأ إلى العوامل الداخلية (أولاً)، والعوامل الخارجية (ثانياً) في تفسير العقد.

#### أولاً : العوامل الداخلية في تفسير العقد:

فالقاضي بمناسبة تفسير العقد يستأنس بالعوامل الداخلية للعقد ويمكن إجمالها في ما يلي:

أ- العبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني:

وهذا يعني أن لا يقف القاضي عند المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة، فيجب ترجيح المعنى الأكثر انطباقاً على روح العقد والغرض المقصود منه.

ب- إذا كان أحد المعاني يجعل العبارة ذات أثر، والمعنى الآخر لا يجعل له أثر في العقد، فيجب ترجيح المعنى الأول ويعبر عن ذلك في أصول الفقه الإسلامي بإعمال الكلام خير من إهماله.

#### ج- بنود العقود كاملة تفسر بعضها بعض:

إذ لا بد من النظر في العقد باعتباره وحدة واحدة مجتمعة غير قابلة للتجزئة، إذ لا يصح تفسير كل بند بصفة منفصلة عن البنود الأخرى وذلك لتفادي القطيعة بين البنود.

#### د- تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم:

فإذا باع شخص مزرعة وكان من توابعها أبقار خصت بالذكر في عقد البيع، فليس معنى ذلك أن الأبقار وحدها هي التي تدخل في الشيء المباع دون التوابع الأخرى، من آلات زراعية ومباني ومخازن فهذه التوابع تدخل أيضاً.

إذ أن تخصيص الأبقار بالذكر يكون خشية قيام الشك في شمول البيع لها وأراد المتعاقدان إزالة الشك<sup>(2)</sup>.

1 - أنظر علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص 389 تهميش رقم 60-61  
2- مقتبس عن محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 283/282

وقد أخذ بذلك المشرع الفرنسي إذ أنه بمناسبة تفسير العقد ، يعطي للقاضي بعض التوجيهات والنصائح التي يمكن أن يستهدي بها في إطار قيامه بمهمته المنوطة به في هذا المجال.

ومن أمثلة ذلك أنه مهما كانت عبارات العقد عامة المدلول فيجب تخصيصها بموضوع الإتفاق بين الطرفين طبقا للمادة(1163) من القانون المدني الفرنسي<sup>(1)</sup>. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في نزاع خاص بتفسير وصية، بأن "لفظ الإبن الوارد فيها يفيد الإبن الشرعي والإبن بالتبني، ولكن لمحكمة الموضوع أن تخصص عمومية هذه العبارة عند تفسيرها للوصية، بقصرها على الإبن الشرعي إستنادا إلى نصوص الوصية ذاتها<sup>(2)</sup>.

هـ. كما نجد قاعدة أنه إذا كانت عبارات العقد تحمل أكثر من معنى واحد، فيجب أن تحمل على المعنى الذي يحدث أثرا قانونيا، بل وتفضيلها على المعنى الآخر الذي يجعلها غير منتجة لهذا الأثر ، وهذا طبقا لنص المادة (1157) من القانون المدني الفرنسي ونصوص العقد يفسر بعضها بعضا وفقا للمادة(1161) من نفس القانون<sup>(3)</sup>.

وإعمالا لهذه القاعدة ذهبت محكمة إستئناف باريس في تطبيقاتها للقاعدة الواردة في هذه المادة إلى القول أن "الرجوع في الوصية أمر يمثل أحد الخصائص الأساسية لهذا العمل القانوني، وعلى ذلك فإن النص في الوصية على جواز الرجوع فيها من قبل الموصي هو تزييد لا أثر له، ويتعين بالتالي تفسير النص الذي يحدد مدة معينة للرجوع فيها، بما يتوافق مع المبادئ العامة التي تجيز للموصي الرجوع في الوصية في أي وقت، فلا يتقيد الموصي بمدة معينة طالما أن نيته قد اتجهت إلى الإيضاء"<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 283

<sup>2</sup>- مقتبس عن أحمد شوقي محمد عبد الرحمان تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية ، منشأة المعارف الإسكندرية، ط2003 ، ص 105.

<sup>3</sup>- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 283.

<sup>4</sup>- مقتبس عن أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 105

وهنا يجب أن نشير إلى هذه العوامل التي جاء بها المشرع الفرنسي ليست ملزمة للقاضي، فله مطلق الحرية في أن يأخذ ببعضها دون الأخرى<sup>(1)</sup>.

### ثانياً : العوامل الخارجية في تفسير العقد.

هذه العوامل أشارت إليها المادة(2/111) من القانون المدني الجزائري بقولها "...مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات."

أي أن على القاضي أن يستهدي أثناء تفسير العقد بطبيعة التعامل ( أ ) والأمانة والثقة (ب)والعرف (ج)  
أ- طبيعة التعامل:

والمقصود به طبيعة العقد وموضوعه<sup>(2)</sup>.

ويمكن اكتشاف النية المشتركة في ضوء طبيعة التعامل، أي بالرجوع إلى العقد ذاته، فإذا كانت العبارة تحمل أكثر من دلالة فهنا احتمال كبير على أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى الدلالة التي تتفق مع طبيعة التعامل.

وقد قال الأستاذ أحمد السنهوري على سبيل المثال أن اشتراط المعير في عارية الإستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادوا عارية الإستهلاك، بل قصدا المعير أن يلزم المستعير في حالة هلاك الشيء بأن يرد مثله لا بأن يدفع تعويضا.

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى القول بأن طبيعة التعامل، قد تؤدي إلى الكشف عن الإرادة المشتركة لا للمتعاقدين بذاتهما، وإنما لكل متعاقدين تعاقدًا على نحو معين في ظروف معينة، وهذا ما قرره بالنسبة لشروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها والتي تدرج عادة في عقود النقل العامة، فطبيعة التعامل مع شركة النقل تقتضي إعتبار الشروط الواردة في تذكرة النقل سارية المفعول في حق المسافر دون أي تخصيص، إلا ما تعارض منها مع النظام العام، سواء إطلع

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ط2004، ص497  
<sup>2</sup> - أنظر علي فيلا لي، ، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ط 2010 ، ص 390

المسافر على هذه الشروط أم لا، لأن ظروف العقد وطبيعة التعامل لا تمكن من إفهام كل مسافر على حدى شروط النقل التي يتم التعاقد عليها<sup>(1)</sup>.

ب- الأمانة والثقة:

إن سلوك المتعاقدين أمر بالغ الأهمية من ناحية البحث عن الإرادة المشتركة لهما، وفي هذا الإطار حدد المشرع للقاضي سلوكا معيناً للمتعاقدين إذ يجب عليهما أن يتحليا بالثقة والأمانة المتبادلة، وهذان عنصران ضروريان حتى يطمئن كل متعاقد للطرف الآخر<sup>(2)</sup>.

فالأمانة في التعامل توجب على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عباراته، فإذا ما حدث خطأ في التعبير واستطاع أن يتبينه، فالأمانة تقضي عليه أن لا يستغل هذا الإبهام الذي وقع في التعبير طالما أنه فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه. والثقة هو أنه يكون لمن وجه إليه الإيجاب الحق في أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها، وأن يعتبرها تدل على المعنى الذي قصده الموجب فهذه هي الثقة المشروعة بين المتعاقدين<sup>(3)</sup>.

وحسب قرار الغرفة الإجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في 19 نوفمبر 1964 "فإنه لا يمكن للمحكمة بالأحرى أن تحل محل العاقدين، وهكذا لا تستطيع في حالة النزاع على بدل إيجار يلي تنظيم عقدين مختلفين، أن تحدد الثمن بأن تأمر بإجراء خبرة، وإنما يمكنها فقط أن تختار بين الثمنين الواردين في العقدين تبعا لنية المتعاقدين، وذلك لأن الخبرة لا يمكن أن يكون لها موضوع سوى أنها لا تتيح للقاضي القيام بهذا الخيار<sup>(4)</sup>.

وخلاصة القول يؤول القاضي العقد على أساس الثقة والأمانة المفترض وجودهما بين المتعاقدين، وفي جميع الحالات لا يعتد بالإرادة التي تقوم على الغش والخداع، وقد تكون هذه الإرادة هي نية المتعاقد الحقيقية.

<sup>1</sup> - مقتبس عن أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، بدون سنة طبعة، ص 234.

<sup>2</sup> - أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010 ص 391.

<sup>3</sup> - مقتبس عن محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، العقد و الإرادة المنفردة، طبعة جديدة منقحة ومزبدة، الطبعة الرابعة، عين مليلة، الجزائر ط 2009، ص 285.

<sup>4</sup> - أنظر دالي بشير، المرجع السابق، ص 27.

## ج- العرف:

والعرف هو سنة مستقرة غير مخالفة للنظام العام، ويعمل بها الناس عند غموض عبارة العقد، إذا لم يوجد نص قانوني يرجع القاضي لهذا العرف فيأخذ بالمعنى الذي إستقر عليه<sup>(1)</sup>.

فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء العرف الذي جرى به العمل<sup>(2)</sup> وإن كانت بنود العقد لا تشير صراحة إلى هذا العرف، لأن العرف المعمول به يفترض في المتعاقدين أن يكونا على علم به.

وهو ما ذهب إليه محكمة الإستئناف المصرية بقولها "يجب في تفسير المشاركات إتباع العرف، وهو ما يقضي بأنه إذا دفع المشتري مبلغا بصفة عربون وعدل عن الشراء، فلا يكون له الحق في المطالبة بهذا المبلغ، وأن مثل هذا الشرط كما يصح أن يكون قد وضع لمصلحة البائع بطلب الفسخ مع حفظ العربون، ويجوز عدلا أن يستفيد منه المشتري للتخلص من العقد مع تحمله دفع قيمة العربون<sup>(3)</sup>.

## الفقرة الثالثة : تدخل القاضي في تفسير العقد عند قيام الشك.

في ظل عدم جدوى الوسائل المشار إليها آنفا، وتعذر وصول القاضي إلى النية المشتركة للمتعاقدين، وقام لديه شك في تفسير عبارات العقد الغامضة، أو رأى أن تفسيرها يحتمل عدة وجوه فإنه يكون ملزم بتأويل الشك لصالح المدين<sup>(4)</sup>.

هذه القاعدة تتضمن معيار موضوعيا حيث يتم الأخذ بقواعد العدالة المتجسدة في هذه القاعدة، ويتم اللجوء إليها في الحالة التي يستعصي على القاضي فيها الوصول الى النية المشتركة للمتعاقدين.

وهذا يعني أن المشرع جعل منها حيلة قانونية يلجأ إليها القاضي إذا ما تسرب إلى نفسيته الشك، وذلك لتعدد وجوه التفسير المحتملة لعبارات محل النزاع دون

<sup>1</sup>- أنظر علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد المرجع السابق، ط2010، ص392

<sup>2</sup>- أنظر الياس ناصيف المرجع السابق، ص 235.

<sup>3</sup>- نقض مدني مصري في 27 نوفمبر سنة 1923 أشار إليه عبد الرزاق احمد السنهاوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ط2004، ص944

<sup>4</sup>- أنظر علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد المرجع السابق، ط2010، ص392

<sup>4</sup>- أنظر عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ط2002، ص 304

وجود مرجح لها<sup>(1)</sup> ، ويكفي لتطبيق هذه القاعدة مجرد الشك أن يتراوح تفسير العقد بين عدة وجوه كل وجه منها محتمل، ولا ترجيح لوجه على آخر، وقاعدة تفسير الشك تتحدد بالقول " أن التفسير غير مستحيل وفي نفس الوقت غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك، أما إذا استحال التفسير ولم يستطع القاضي أن يتبين ولو وجها واحدا لتفسير العقد، مهما كان جانب الشك فيه، فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين إتقيا عندها، بل أراد كل واحد منهما شيئا لم يردده الآخر، فلا ينعقد العقد أصلا<sup>(2)</sup> .

ولفظ المدين الذي جاءت به المادة والذي يجب أن يفسر الشك لمصلحته، ليس المقصود به بالضرورة المدين الذي يقع عليه الإلتزام ولكن المقصود به هنا هو المتعاقد الذي يقع عليه عبئ الشرط محل التفسير، أي يجب النظر لكل شرط على حدى أثناء تفسير العقد وهذا ما ينتج عنه فرضيتين إثنيتين هما:

**أولاً:** إذا كان الشرط محل التفسير يفرض التزاما على أحد المتعاقدين، أو يشدد من مسؤوليته عند عدم التنفيذ بما يجاوز ما تفرضه القواعد العامة، فإن الشك هنا يجب أن يفسر لمصلحة هذا المتعاقد وهو الطرف المدين في الإلتزام<sup>(3)</sup>.

**ثانياً:** وإذا كان الشرط الغامض يعفي أحد المتعاقدين من إلتزام تفرضه القواعد العامة، أو يخفف من مسؤوليته في تنفيذه فإن الشك هنا يفسر لمصلحة المتعاقد الذي أصابه الضرر من جراء هذا الشرط، وهو الدائن بالإلتزام إلا أنه هو المدين في الشرط محل التفسير<sup>(4)</sup>.

وهذا ما يبرر وجود استثناء في المادة (112) من القانون المدني الجزائري على هذه القاعدة خاص بتفسير الشك في عقد الإذعان.

<sup>1</sup> - مقتبس عن زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 20/19.

<sup>2</sup> - أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 21

<sup>3</sup> - أنظر مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 2003، ص 189

<sup>4</sup> - أنظر محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ط 1993، ص 162.

حيث قضت المادة بما يلي: " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى"<sup>(1)</sup> .

وقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين تجد أساسها في عدة إعتبرات هي:  
 أ- الأصل هو براءة ذمة المدين من أي إلتزام، وأن ترتيب الإلتزام في ذمته هو مجرد استثناء، ومن المقرر قانونا أنه لا يجوز التوسع في تفسير الإستثناء، فإذا قام شك في التزم ذمة المدين وجب الرجوع إلى الأصل وهو براءته.  
 ثم إن القواعد العامة تقضي بأن على الدائن إثبات الإلتزام تحت طائلة ( البينة على من ادعى ) فإذا قام شك في التزم المدين فإن على الدائن أن يزيل هذا الشك ويثبت الإلتزام<sup>(2)</sup> .

ب- إن الدائن هو المكلف أصلا بإثبات الإلتزام، فإذا كانت عبارات العقد تحمل مدى أوسع للإلتزام وعجز الدائن عن إثبات هذا المدى، فإنه يؤخذ بالمدى الضيق للإلتزام لأن هذا المدى هو الذي قام عليه الدليل<sup>(3)</sup> .

ج- إن الدائن هو الذي يملئ الإلتزام على المدين، فإذا أملاه بطريقة غامضة تحمل تبعه ذلك بتفسير الشك ضده، والميل إلى جانب المدين لأنه كان بإمكانه أن يجعل وجود الإلتزام أو مداه أمرا واضحا كل الوضوح في صياغة العقد<sup>(4)</sup> .  
 وتطبيق هذه القاعدة يفرض على القاضي عدة شروط لتطبيقها وهي:

1- : أن تكون هناك حاجة للتفسير، فإذا كانت عبارات النص واضحة تفصح عن إرادة المتعاقدين فلا مبرر لتطبيق هذه القاعدة، وقيام القاضي رغم ذلك بتفسير العقد يؤدي إلى تشويه وتحريف العقد الأمر الذي يستوجب نقض حكمه.

2- : إستنفاد كل طرق التفسير المتعلقة بالبحث عن الإرادة الحقيقية والمشاركة للطرفين باعتبارها عنصرا جوهريا في العقد، فلا يمكن اللجوء إلى هذه القاعدة إلا بعد فشل الوسائل اللازمة للكشف عن هذه الإرادة.

<sup>1</sup> - أنظر علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، ط2008، ص103.

<sup>2</sup> - أنظر علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 103

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ط 2004 ص 501

<sup>4</sup> - أنظر محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط2006، ص 360،

3-: أن يبقى الشك قائماً رغم استخدام وسائل التفسير سواء تلك التي نص عليها المشرع أو غيرها.

4-: أن لا يكون المدين سيء النية أو مهملًا، فوجود أي منهما إنما يتنافى مع المبرر والأساس الحقيقي التي قامت عليه القاعدة.

### الفرع الثالث: الرقابة على القاضي في تفسير العقد.

بعد أن إنتهينا من الكلام عن تفسير العقد نستطيع إجمال ما يعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض (فقرة أولى)، وما يعتبر من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض ويستقل بها قاضي الموضوع<sup>(1)</sup> (فقرة ثانية). ولكن قبل هذا يجب أن نشير إلى أمر هام وهو أنه من المعروف أن المحكمة العليا هي محكمة قانون لا محكمة موضوع، وهذا يؤكد أن رقابتها على القاضي تقتصر على مسائل القانون دون مسائل الواقع<sup>(2)</sup>.

وإن كان من الناحية النظرية يسهل التفرقة بين المسائل القانونية والمسائل الواقعية، إلا أنه من الناحية العملية نجد أن الخط الفاصل بينهما رفيع جدا<sup>(3)</sup>، بل وأكثر من ذلك نجد أن بعض الآراء قارنت بين تطبيق القانون وتطبيق العقد باعتباره شريعة المتعاقدين، حيث يروا أن تأويل العقد باعتباره قانون العاقدين مثل تأويل القانون ولا يختلف عنه، لكن هذه الآراء ضعيفة لا يجانبها الصواب بحجة أن التشابه الموجود بين العقد والقانون يقتصر على قوته الإلزامية لا غير<sup>(4)</sup>.

ومن هنا فإنه لا يجب الخلط بين عملية التفسير هذه مع تطبيق واحترام القاعدة القانونية التي تدير تأويل العقد، لأن تفسير العقد يقصد به تفسير العبارات الغامضة والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ويتم ذلك من خلال البحث في الوقائع وهذا ما يتطلبه القانون.

<sup>1</sup> - مقتبس عن محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، العقد و الإرادة المنفردة الجزء الاول، المرجع السابق، ط2009 ص298

<sup>2</sup> - أنظر إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1994/1995، ص44.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص309.

<sup>4</sup> - أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط2010، ص394

أما مخالفة القواعد التي تدير تأويل العقد كعدم التزام القاضي بالعبارات الواضحة يعد مخالفة للقانون ويستدعي تدخل محكمة النقض<sup>(1)</sup>. وبالتالي فإن عملية تفسير العقد تنطوي على مسائل قانونية ومسائل واقعية وهذا ما سنعرضه كالآتي:

### الفقرة الأولى: المسائل القانونية في تفسير العقد.

وهي الحالة التي يخضع فيها القاضي لمحكمة النقض والتي ورد النص عنها في المادة (111) من القانون المدني الجزائري، وهي حالة عدم الإنحراف عن المعنى الواضح التي تدل عليه العبارات الواضحة بحجة تفسيرها، فمتى كانت عبارات العقد واضحة لا إبهام فيها ولا تحتمل الشك في معناها، وجب على القاضي أن لا ينحرف عنها بحجة التفسير<sup>(2)</sup>.

**أولاً-** فإذا قام القاضي بالتفسير رغم وضوح العبارة، وذلك إذا أخطأ المتعاقدان في التعبير عن إرادتهما المشتركة، فيجب عليه بيان الظروف والأسباب التي دفعته إلى ترك المعنى الواضح في حكمه، ويكون البيان على إعتبرات مقبولة يصح عقلا تحصيل ما استخلصه القاضي فيها، فإن قصر حكمه على ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية لذلك.

**ثانياً-** وإذا قام القاضي بتفسير العبارة الغامضة طبقا لنص المادة (2/111) من القانون المدني الجزائري، وقرر أن العاقدین اتفقا على شيء معين، وكان هذا الشيء جائزا قانونا، ثم لا يقضي بما أراد المتعاقدان بل بما تقضي به العدالة، فإنه يكون قد خالف القانون مما يستوجب نقض حكمه.

**ثالثاً-** ومن مسائل القانون قاعدة تفسير الشك في صالح المدين وفقا للمادة (112) من القانون المدني الجزائري مع استثناء عقود الإذعان، فإذا كان تفسيره ضارا بمصلحة المدين تعين نقض الحكم، وكذلك الحال إذا فسر العقد في حالة الشك بما يضر مصلحة الطرف المدعن (الطرف الضعيف) في عقود الإذعان.

<sup>1</sup>- أنظر علي فيلا لي،، النظرية العامة للعقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ط2001، ص 394، تهميش رقم72.  
<sup>2</sup>- أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 102.

رابعاً- وفضلاً عن ذلك هناك قاعدة جوهرية يجب على القاضي أن يتقيد بها، وهي أن الوقائع التي يستند عليها في استخلاص الإرادة المشتركة للعاقدين، يجب أن تكون ثابتة من مصادر موجودة وغير مناقضة للثابت في الدعوى.

فإذا أورد القاضي مصدراً وهمياً لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كان حكمه مناقضاً لقواعد الإثبات القانونية الأمر الذي يستدعي نقض الحكم<sup>(1)</sup>.

وعلى العموم يمكن القول أنه إذا كانت قواعد التفسير في التشريع الجزائي من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الإلزام، وينطوي الخروج عنها على مخالفة القانون، فإن القاضي معرض فيها لرقابة محكمة النقض.

وهو ما أخذ به المشرع المصري<sup>(2)</sup>، أما القضاء والفقهاء الفرنسي فقد اعتبروا أن تفسير العقد من مسائل الواقع، والتي لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض، وأن قواعد التفسير في المادة (1156) وما بعدها في القانون الفرنسي غير ملزمة للقاضي إذ يمكن له الأخذ بها أو إبعادها.

أما في شأن العبارة الواضحة والدقيقة فإن القاضي مجبر على عدم الخروج عنها، وهي من مسائل القانون التي تضعه تحت رقابة محكمة النقض<sup>(3)</sup>.

#### الفقرة الثانية: المسائل الواقعية في تفسير العقد.

وهي المسائل التي لا يخضع فيها القاضي لمحكمة النقض<sup>(4)</sup>، وهي متروكة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في الكشف عن إرادة المتعاقدين واستخلاصها من الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى<sup>(5)</sup>.

وكما ذكرنا آنفاً فإن الهوة بين مسائل القانون ومسائل الواقع ضيقة جداً بحيث يصعب التفرقة بينهما، ولذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها إلى إعتبار " إذا تعلق الأمر بمجرد التثبت من وقائع الدعوى بتقديم الأدلة المقدمة

<sup>1</sup>- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص290/289

<sup>2</sup>- أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص27

3 J.flour.J.luc.AuBert, E.SAVAUS.DROIT CIVIL,LES OBLIGATION.D.Paris.2000.P291'

<sup>4</sup>- أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص102

<sup>5</sup>- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص290

من الخصوم، والموازنة بين أقوال الشهود وترجيح قرينة على أخرى، فإن ذلك كله واقع يكون البث فيه من إختصاص قاضي الموضوع<sup>(1)</sup>.

وعليه يمكن القول أن قاضي الموضوع له مطلق الحرية في استخلاص الوقائع المنتجة في النزاع وإبعاد ما يراه غير لازم، ويقوم بتقدير هذه الوقائع وكيفية إثباتها وتقدير أدلتها دون رقابة عليه من طرف محكمة النقض.

لكن هذا لا يفيد أن سلطة القاضي في هذا الأمر سلطة مطلقة من غير قيد ولا حدود، وإنما يجب أن ينصب حكمه على الأسباب القانونية التي جعلته يتوصل إلى هذا الحكم، وافتقاره لذلك يعرض حكمه للنقض.

وهذا يعني أن القاضي في سبيل استخلاصه للوقائع يجب أن يكون حكمه ثابتا من مصادر موجودة فعلا وغير مناقضة لما هو ثابت في الدعوى، وأن يكون استخلاصه سليما لا يجافي المنطق، فإذا أسس القاضي الواقعة على مصدر وهمي لا وجود له، أو كان موجودا ولكن لا يمكن استخلاص الواقعة منه عقلا كان حكمه مخالفا للقواعد القانونية في الإثبات و كان حكمه قابل للنقض.

وهذا ما دأب عليه قضاء النقض المصري فتارة يقول: "ما لم يكن ما استخلصه من ذلك مبنيا على ما لا ينتج من الاوراق، أو على أوراق غير موجودة أو وقائع لا أصل لها أو أقوال غير ثابتة، وتارة يقول: "وضمن أسبابه أن هذا المعنى ما قصده المتعاقدان<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: سلطة القاضي في تكييف العقد.

بعد فراغ القاضي من تفسير العقد فإنه يتعين عليه تكييفه، أي أن يضيف عليه الوصف القانوني الصحيح الذي يتفق مع حقيقة ما قصده المتعاقدان ، فيدخله ضمن طائفة العقود المسماة أو ينتهي إلى أنه لا ينتمي إلى هذه الطائفة<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>- مقتبس عن عبد الحكم فوذة، المرجع السابق ، ص309

<sup>2</sup>- أنظر عبد الحكم فوذة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ط 2002 ص 484.

<sup>3</sup>- أنظر زيتوني فاطمة الزهراء ، المرجع السابق، ص 22.

ولنا في سبيل ذلك أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، حيث نقوم في الفرع الأول بمعرفة ما المقصود بتكييف العقد، والثاني إلى أحكام تكييف العقد، و الثالث نخصه إلى الرقابة على القاضي في مسألة تكييف العقد.

### الفرع الأول: المقصود بتكييف العقد.

في هذا الفرع سنخرج على تعريف عملية تكييف العقد (فقرة أولى) والأهمية المرجوة من وراء تكييف العقد (فقرة ثانية)

### الفقرة الأولى: تعريف مسألة تكييف العقد:

تكييف العقد هو إضفاء وصف قانوني معين على العقد يتفق مع حقيقة ما قصده المتعاقدان منه، ولا يستطيع القاضي الفصل في النزاع المعروض عليه بصدد عقد من العقود، إلا إذا قام بتكييف العقد وإعطائه الوصف الصحيح الذي يتفق مع الهدف الحقيقي لإرادة المتعاقدين .

حيث يقوم القاضي بتحديد طبيعته ونوع العقد المعروض عليه، ككونه عقد مسمى أو غير مسمى أو عقد بيع أو هبة، وتعرف عملية تكييف العقد تصنيفه وتعيين نوعه من بين العقود المسماة من ناحية هل هو عقد بيع أو عقد إيجار أو مقايضة أو عارية<sup>(1)</sup>.

وتعتبر عملية تكييف العقد إعطاء الوصف القانوني للعقد الذي يتحدد بالآثار الأساسية التي اتجه طرفاه إلى تحقيقها ، فهذا الوصف يترتب على تحديد مقاصد طرفي العقد، ومن هنا ارتباطه بتفسير العقد، وتحديد هذه المقاصد يجب أن تكون بيانا للغايات العملية التي اتجه طرفا العقد إلى تحقيقها، بصرف النظر عن أية تسمية يطلقها المتعاقدان على هذه المقاصد أو على العقد في جملته<sup>(2)</sup>.

وتعتبر عملية التكييف عملية قانونية يقوم بها القاضي حتى يتمكن من تعيين القوانين المكملة والأمره الواجب تطبيقها.

<sup>1</sup> -أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط2010، ص395.

<sup>2</sup> - مقتبس عن دالي بشير، المرجع السابق، ص54،55.

ويساعد تكييف العقد على تأويله حيث يبين طبيعة التعامل، وهذا يساعد القاضي على اكتشاف المعنى الحقيقي للعبارة الغامضة، ويسمح تكييف العقد كذلك بتحديد العرف الخاص بهذه العملية القانونية الواجب إتباعها<sup>(1)</sup>.

والتكييف هو من سلطات القاضي حيث يقوم بإعطاء الوصف القانوني الوارد عن العقد، من خلال ما استنتجه من مضمونه والإرادة المشتركة للمتعاقدين<sup>(2)</sup>. وتأتي عملية التكييف بعد تفسير العقد، حيث يمكن القول أن عمليتا التفسير والتكييف هما عمليتان متكاملتان، فلا يمكن للقاضي أن يتطرق إلى تكييف العقد إلا بعد تفسيره ورأى أن العقد لا بد من تكييفه تكييفاً صحيحاً<sup>(3)</sup>.

وتعتبر عملية تكييف العقد من صميم عمل القاضي، ولذلك يتعين عليه القيام بذلك من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الخصوم ذلك، لأنه على ضوء تكييف العقد تتحدد الآثار التي لم يذكرها المتعاقدان في العقد.

كما أنه لا يتقيد بتكييف الخصوم للعقد فقد يضيف المتعاقدان على العقد وصفاً غير صحيح، إما عن جهل أو قصد لإخفاء غرض غير مشروع، ففي هذه الحالة يقوم بتصحيح التكييف من تلقاء نفسه.

وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية بتاريخ 03 ماي 1972 بقولها " المناطق في تكييف العقود هو بما عناه العاقدون منها، ولا يعتد بما أطلقوه عليها من أوصاف أو ضمنوها من عبارات، إذا تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد وما قصده العاقدون منه<sup>(4)</sup>."

### الفقرة الثانية: أهمية تكييف العقد.

إن عميلة التكييف القانوني للعقد لها دور بالغ الأهمية، كونها مسألة أساسية وضرورية لتحديد ما إذا كان العقد مسمى، قد سمى القانون شروطه وظروفه

<sup>1</sup>- أنظر علي فيلا لي، المرجع السابق، ص396.

<sup>2</sup>- أنظر بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزء الأول، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1999، ص243

<sup>3</sup>- أنظر دالي بشير، المرجع السابق، ص55

<sup>4</sup>- مقتبس عن عبد الحكم، المرجع السابق ص618

القانونية وفق نصوص محددة، أم كان غير مسمى لم يسمه القانون بوضع معين من النصوص<sup>(1)</sup>.

وتكمن الأهمية القصوى لعملية التكييف في تحديد موضوع العقد بالنسبة للمتعاقدين، فعلى ضوء التكييف تتحدد الآثار التي لم يذكرها المتعاقدان فيما بينهم<sup>(2)</sup>.

كما أن لتكييف العقد أهمية من حيث معرفة القواعد الواجبة التطبيق عليه عند عرضه على القضاء، هذا الأخير الذي يتم على أساس تحري المقاصد العملية للأطراف ومطابقة هذه المقاصد مع النظام القانوني للعقود ليحدد الوصف القانوني للإتفاق<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: أحكام تكييف العقد :

سنخصص لذلك نقطتين أساسيين، فالأولى لتبيان أن تكييف العقد من بين السلطات المخولة للقاضي والثانية لعدم تقييد القاضي بتكييف المتعاقدان.

#### الفقرة الأولى: تكييف العقد من المهام المخولة للقاضي.

إن مسألة تكييف العقد من بين السلطات الممنوحة للقاضي، إذ يتعين عليه تكييف العقد المتصل بالنزاع المطروح أمامه<sup>(4)</sup>.

وبذلك فهي مسألة قانونية بعيدة كل البعد عن سلطان إرادة أطراف العقد، حيث يستقل بها القاضي ويقوم بها من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الخصوم ذلك، لأنه لا سبيل للفصل في نزاع دون تكييف إذا استدعى الأمر ذلك، ويكون هذا بتقصي مقاصد المتعاقدان وما اتجهت إليه إرادتهما، فإن سمياً العقد عن جهل أو عمد بحيث لا يتفق هذا الاسم مع ما ينتج من آثار، فإن القاضي عليه أن يصحح هذه التسمية. من تلقاء نفسه دون حاجة لموافقة المتعاقدان<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر دالي بشير، المرجع السابق، ص 56

<sup>2</sup>- أنظر خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق ط 2010، ص 141.

<sup>3</sup>- أنظر دالي بشير، المرجع نفسه، ص 56

<sup>4</sup>- أنظر محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 362.

<sup>5</sup>- أنظر خليل أحمد حسن قداة، المرجع نفسه، ص 140

فالتكليف حق للقاضي يقوم به على ضوء تفسير مقاصد المتعاقدين دون أن يلتزم برغبتهم إذا كانت تتعارض مع صورة الآثار المقصودة<sup>(1)</sup>.

ويقول في ذلك الفقيه علي الدينون " إذا أعطى المتعاقدان للعقد وصفا معيناً بعبارات وألفاظ واضحة، فإن القاضي غير ملزم بالتقيد بهذا الوصف ويستطيع أن يقضي بأن الوصف الحقيقي للعقد غير ما كيّفه به المتعاقدان، وهذه هي مسألة تحوّل العقد<sup>(2)</sup> .

والقاضي بمناسبة تكليفه للعقد يجب أن يستند في عمله إلى عوامل يقدر أثرها في وصف العقد، كالأخذ بعين الاعتبار مركز المتعاقدين ووضعهم الاجتماعي، والأحكام القانونية التي تحول دون إجرائهم تصرفاً من نوع خاص، ولجوئهم إلى طريقة غير مباشرة تمكنهم من إجراء التصرفات التي يتعذر عليهم قانوناً إجراؤها، فإذا كان التصرف مثلاً لا يصح للوارث لأنه يصطدم بقاعدة لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة، فيفسر على أنه بيع أو هبة<sup>(3)</sup> .

والقاضي يكيف العقد وفقاً لواقع الإلتزامات الخاصة التي ارتضاها المتعاقدون فيما بينهم، دون ضرورة لإدخالها في إحدى الإطارات العامة التي وضعها المشرع للعقود، وإخضاعها لأحكام هذه الإطارات، فإذا كان إرتباط المتعاقدين لا يدخل ضمن أي عقد من العقود المسماة والتي نظمها المشرع أو أنه يدخل في أكثر من واحد منها، ففي هذه الحالة يجب إعطاء العقد الوصف الصحيح وتكليفه تكيفاً واقعياً، وفق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وما يتضمنه من إلتزامات<sup>(4)</sup>.

ويرى الأستاذ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان أن البعض يقول:

بأن تكليف المتعاقدين للعقد ليس له أثر قانوني، طالما أن القاضي لا يتقيد بهذا التكليف باعتباره مسألة قانونية، خاصة أن التكليف يلي التفسير ويقوم عليه.

<sup>1</sup>- أنظر دالي بشير، المرجع السابق، ص 57

<sup>2</sup>- أنظر حسن علي الدينون، أصول الإلتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ط 1970، ص 98-97  
- أشار إليه صاحب عبيد الفتاوي، تحول العقد، مكتبة الثقافة والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1997، ص 120

<sup>3</sup>- أنظر الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 243/242

<sup>4</sup>- أنظر الياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 280.

ومع ذلك يرى الأستاذ أحمد شوقي أن الشرط الوارد في العقد بإعطائه وصفا قانونيا معيناً، يؤثر على حرية القاضي في التفسير حيث أنه يمثل شرطاً مكتوباً ولا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة، وعلى ذلك فإن تغيير القاضي للتكييف الوارد في العقد يلزم أن يقوم على عناصر مستمدة من العقد ذاته، فلا يجوز للقاضي أن يعتمد في تعديله للتكييف على عناصر خارجة عن العقد، ولا يمكن بالتالي تغيير الوصف القانوني عند خلو العقد من عناصره الداخلية التي تؤكد وصفا قانونيا مختلفاً<sup>(1)</sup>

### الفقرة الثانية: عدم تقييد القاضي بتكييف المتعاقدين.

عند قيام القاضي بتكييف العقد لا يتقيد مطلقاً بما يضيفه المتعاقدان من تسمية للعقد الذي أبرماه، فقد يخطئان أو يعمدان إلى ستر عقد آخر - كما في حالة ستر عقد الهبة - ومتى كان التكييف خاطئاً عن جهل أو عمد لا يقيد القاضي، إذ هو وحده ملزم بإعمال القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً في حدود الوقائع الثابتة لديه.

وكثيراً ما يعمد الخصوم إلى إخفاء أغراض غير مشروعة كربا فاحش يستتر في صورة إيجار أو بيع، فالقاضي مطلوب منه أن يكيف العقد تكييفاً صحيحاً طبقاً لأحكام القانون، ولو خالف ذلك التكييف تكييف المتعاقدين طالما أنه تبين نيتهم المشتركة<sup>(2)</sup>.

ويعتمد في ذلك على الإلتزامات الرئيسية في العقد، ففي البيع مثلاً يعتبر الإلتزام بالثمن والتسليم من الإلتزامات الرئيسية التي تنبئ عن حقيقة قصد المتعاقدين من العقد، فالعبرة بالغرض العملي الذي قصد إليه الطرفان من تعاقدتهما، والذي يكشف عن طبيعة الإلتزامات التي يتحمل بها كل منهما.

وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن هذا المبدأ بتاريخ 20 جانفي 1971 بقولها: متى كان الحكم المطعون فيه قد أخذ في تكييف العقد بعنوانه ونصوصه والظروف التي لامسته، ولم يخرج عن عباراته ولم يتجاوز الغرض الذي عناه

<sup>1</sup> - أنظر أحمد شوقي محمد عبد الرحمان النظرية العامة للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف الإسكندرية، ط 2004، ص 174-175.

أشار إليه دالي بشير، المرجع السابق، ص 58

<sup>2</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 290.

الطرفان من إبرامه، وكان التكييف متفق مع مؤدى هذه النصوص وتلك الظروف، فإنه لا يكون قد أخطأ في تكييف العقد أو خالف القانون<sup>(1)</sup> .

ويجب أن يكون التكييف منصبا على عبارات العقد وحقيقة الواقع والنية المشتركة، وللحكمة - في سبيل التعرف على حقيقة العقد - التحري عن قصد الطرفين منه و تقدير الأدلة والقرائن المقدمة في الدعوى<sup>(2)</sup> .

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 1961/12/12" وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العبرة في تكييف العقود، هي بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين، دون الإعتداد بالألفاظ التي استخدمها أو بالتكييف الذي أسبغاه عليها" .

كما قضت "بأن محكمة الموضوع لا تتقيد في تكييفها للدعوى بتكييف الخصوم لها، إلا أنها ملزمة بعدم الخروج عن الوقائع المطروحة أمامها منهم"<sup>(3)</sup>. وفي الأخير نشير إلى أن تكييف العقد لا يترتب عليه تغيير سبب الدعوى، ما دام القاضي يقوم به على أساس الوقائع المعروضة عليه، دون أن يضيف إليها جديد من عنده.

وقد عبرت محكمة النقض المصرية بتاريخ 16 فيفري 1957 عن ذلك بقولها " إذا استعملت محكمة الإستئناف حقها في تكييف الوقائع المعروضة أمامها دون أن تضيف لها شيئا جديدا، بأن يكون الإثراء بلا سبب بعد أن عدل المدعي عن الإستناد إلى عقد القرض، فإنه لا يجوز النعي على حكمها بأنها غيرت سبب الدعوى من تلقاء نفسها<sup>(4)</sup> .

<sup>1</sup> - مقتبس عن عبد الحكم فوذة، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض،، المجلد الأول مصادر الإلتزام، ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الإسكندرية، بدون سنة طبعة ، ص 617

<sup>2</sup> - انظر عبد الحكم فوذة،، ص 618

<sup>3</sup> - من مجموعة أحكام النقض، رقم 137، ص810، نقض مدني مصري، 1962/12/22، المجموعة13، رقم180، ص1140.

مأخوذ عن محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص291.

<sup>4</sup> - نقض مدني مصري في 1967/06/22، مجموعة أحكام النقض لسنة 18، رقم 202، ص 1331.

مأخوذ عن محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 291.

**الفرع الثالث: الرقابة على القاضي في تكييف العقد.**

وسنلخص في هذا الفرع الطبيعة القانونية لمسألة تكييف العقد (فقرة أولى) وأهم التطبيقات لرقابة محكمة النقض على مسألة التكييف (فقرة ثانية).

**الفقرة الأولى: التكييف مسألة قانونية (1)**

إن القاضي بمناسبة مزاولته لسلطته في تكييف العقد، فإنه يقوم بالمقابلة بين الآثار التي اتجهت إليها نية المتعاقدين المشتركة، والتي تم استخلاصها من عبارات العقد، وبين الماهية أو الطبيعة المجردة للعقد كما نظمها القانون (2).

ولذلك فإن عملية التكييف هي عملية قانونية محضة، يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه حتى يمكن تطبيق أحكام العقد محل التصرف، سواء ما كان من هذه الأحكام أمرا يطبق على الرغم من إرادة المتعاقدين، أو ما كان تكميليا لإرادتهما في حالة تنظيم إتفاقهما مسألة من المسائل سواء عن قصد أو عن غير قصد.

والقاضي في قيامه بتكييف العقد خاضع لرقابة محكمة النقض، إذ أنه بصدد مسألة قانونية، لأن التكييف يترتب عليه آثار قانونية إذ أنه يطبق القانون على الواقع، وتطبيق القانون مسألة قانونية، ومنه فالتكييف دائما مسألة قانونية.

ومن هنا يتضح أن التكييف وسيلة لتحديد مضمون العقد إذ يضعه في الإطار القانوني الذي يسمح ببيان آثاره في جملتها، بل أن جواز بعض آثار العقد أو عدم جوازها يرتبط بالوصف القانوني للعقد، فالتكييف لازم لتقدير الصحة والبطلان أيضا (3).

**الفقرة الثانية: تطبيقات لرقابة محكمة النقض على التكييف.**

قضت محكمة النقض المصرية "بأن ولئن كان التصرف على ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى، وهو ما يدخل في سلطة محكمة الموضوع، إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانوني الصحيح لما قصده العاقدان وإنزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض".

1- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 291

2- أنظر محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 364

3- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 292.

كما قضت " بأن لمحكمة النقض أن تعطي الوقائع الثابتة في الحكم المطعون فيه التكييف القانوني الصحيح ما دامت لا تعتد في هذا التكييف على غير ما حصلته محكمة الموضوع من هذه الوقائع(1).

وقضت أيضا من حقها "محكمة النقض أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من أوصاف والتكييف القانوني، بما تثبته في حكمها من الوقائع، وعلى ذلك للتعرف ما إذا كان التكييف قد جاء موافقا للقانون أو مخالفا له"(2).

أما المحكمة العليا في الجزائر ذهبت في قرار لها بتاريخ 16/06/1991(3) بصدد تفسير عبارات العقد الواضحة التي يعد الإنحراف عنها خرقا للقانون إلى أنه: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، ومن ثمة فإن مخالفة القضاء لهذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في القضية المعروضة أن العقد موضوع النزاع هو عقد التسيير الحر، فإن قضاة الموضوع بتحويله إلى عقد إيجار بحجة أن مقتضيات المادة(203) قانون تجاري جزائري لم تحترم، فقد خرقوا القانون وبالتالي خرجوا عن مضمون العقد".

كما ذهبت نفس المحكمة في أحد قراراتها(4) أن المحكمة العليا لها الرقابة التامة على تكييف العقد.

واتجهت المحكمة العليا في الجزائر في قرار صادر عنها في 20/5/1990 إلى تكييف العقد محل النزاع على أنه عقد تجاري وليس حرفي، بالإستناد إلى المرسوم رقم 230/88 المؤرخ في 15/11/1988 المتعلق بسجل الصناعات اليدوية أو الحرفية، فقضت المحكمة بموجب هذا القرار "أنه من المقرر قانونا أن الحرفي هو كل شخص يملك مؤهلات مهنية ثابتة بشهادات تأهيلية، ومسجل في سجل الصناعات اليدوية والحرفية في البلدية المقيم بها، ومن ثمة فإن النّعي على

1- نقض مدني مصري في 02 مارس 1935، مجموعة عمر 1، رقم 108، ص102.

2- أنظر في ذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص292

3- أنظر القرار المؤرخ في 16/6/1991، ملف رقم 80816، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد الرابع 1993، ص 151

4- أنظر القرار الصادر في 9 جوان 1980، نشرة القضاة 1982، ص168

القرار بخرقه للقانون في غير محله، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة تتعى عن القرار المطعون فيه الخطأ في تكييف العقد الذي يربطها بالمطعون ضده، فقضاة المجلس بتقريرهم أن العلاقة التي تربط الطرفين هي علاقة تجارية وليست حرفية، اعتماداً على الوثائق المقدمة من المطعون ضده - سجل تجاري - وعلى ما لهم من سلطة تقديرية في تقدير الوقائع، كانوا مطبقين القانون التطبيق الصحيح<sup>(1)</sup>.

وبالتالي كيفت المحكمة العليا العقد على أنه عقد تجاري وليس حرفي.

**المبحث الثاني: سلطة القاضي في تطويع العقد وتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان.**

**المطلب الأول: سلطة القاضي في تطويع العقد.**

إنه لا سبيل لدراسة هذا المطلب إلا بالتعرف على مصطلح تطويع العقد، ولهذا ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع أساسية، فالفرع الأول نخصه لمعرفة ما المقصود بتطويع العقد ونشأته، والفرع الثاني نخصه لدراسة أحكام تطويع العقد، والفرع الثالث نخصه لرقابة محكمة النقض على القاضي في تطويع العقد.

**الفرع الأول: المقصود بتطويع العقد.**

وسنقسم هذا الفرع بدوره إلى نقطتين أساسيتين، فالأولى نبرز من خلالها تعريف عملية تطويع العقد، والثانية ندرس فيها نشأة عملية التطويع.

**الفقرة الأولى: تعريف عملية تطويع العقد (le forçage du contrat).**

إن مصطلح تطويع العقد هو مصطلح يتركب من كلمتين عقد و تطويع فالعقد (le contrat): هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار أو إلتزامات<sup>(2)</sup>.

أما التطويع (le forçage): في حقيقة الأمر هو ليس مصطلح قانوني، بحيث أنه لا يوجد ضمن مفردات المؤلف كابيتان كورنو (Capitant cornu) ولكن حسب قانون اللغة الفرنسية لـ : إميل ليثري (Emil littré) نجد له معنيين الأول:

<sup>1</sup> - أنظر القرار المؤرخ في 1990/5/20، ملف رقم رقم 66988، المجلة القضائية العدد الثاني 1992. ص 93.

<sup>2</sup> - le contrat est 'un accord de volontés qui fait naitre des obligations.

L'aurent leveneur- le forçage du contrat, droit est patrimoine n°58 mars 1998 .P96

يقصد به عملية صك النقود (monnayage).

أما الثاني وهو الأهم وهو عملية يتم من خلالها إجبار النباتات أو الخضروات على النضج في غير مواسمها المعتادة<sup>(1)</sup>.

ثم أخذ هذا المصطلح وأدرج في القانون تحت مفهوم تطويع العقد، وهي الظاهرة التي من خلالها يتم تضخيم وتمديد المحتوى الضروري للعقد بمجموعة من الإلتزامات، والتي في الحقيقة لا يرغب بها أطراف هذا العقد أو لم تخطر ببالهم أو تعمّدوا نسيانها.

أما الفقيه جوسيران (Josserand) في كتابه العقد الموجه ويقصد بتطويع العقد هو تضخيم المحتوى الضروري للعقد من طرف القاضي وذلك بإدراج وبشدة بعض الإلتزامات لهذا العقد<sup>(2)</sup>.

أما مؤلفي كتاب الإلتزامات نجد التعريف الآتي لتطويع العقد: "يحق للقاضي أن يضيف إلى العقد إلتزام لم يكن يخطر ببال المتعاقدين أو ربما أرادوا تجنبه خلسة<sup>(3)</sup>".

وهذا التعريف هو الذي يجب أن يؤخذ به ويعمل به، لأنه يدل فعلا على موضوع تطويع العقد وهو استثناء على مبدأ عدم المساس بالعقد (l'intangibilité du contrat) أو بالأحرى تغيير العقد، لأن الإتفاقات المشكّلة والمكونة بطريقة قانونية تعتبر كدليل أو قانون<sup>(4)</sup>.

وهنا لابد أن نشير إلى أن مسألة تطويع العقد قد أسالت الكثير من الحبر بين مؤيد ومعارض للفكرة.

1- "n.m agaric traitement que l'on fait subir à certaines plantes à fleur, légumes pour les obliger à se développer en dehors des périodes normales.

L'aurent leveur ,op-cit-p69

2- Josserand lorsqu 'il parlait de forçage du contrat :il visait par la l'amplification du contenu obligatoire du contrat par le juge qui insère de vive force des obligation dans le contrat.

- Laurent leveur op cit , p69

3- le juge ajoute au contrat une obligation a l à quel les parties n'avaient pas songe, et peut, être même qu'elles avaient implicitement écartée.

- Laurent leveur op cit , p69

4 - ART 1134/1 D.C.F « les conventions l également forme estiemment lieu de loi à ceux qui les ont faites

ففي قانون نابليون مثلا الالتزام العقدي (obligation contractuelle) يقوم حصريا على إرادة أطراف العقد، وهي الإرادة الوحيدة التي لها القدرة على خلق قانونها الخاص.

ومن رواد الفكرة الفقيه قونو (Gounot) حيث يثبت في رسالته أن الإرادة مستقلة، وهي حرة في إنشاء قوانينها الشخصية وما دامت كذلك فلا يجب أن تفرض عليها التزامات، بل العكس فهي قادرة على خلق هذه الإلتزامات وتلزم الشخص الصادرة عنه هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن الإتفاق يتمتع بالقوة القانونية اتجاه الأطراف ولا يمكن بأي وجه إضافة إلتزامات أخرى فوق الإلتزامات المتفق عليها إلا في حالة عقد اتفاق جديد، ذلك أن الإرادة هي المصدر والقياس الوحيد للإلتزامات التي تنتج عن العقد.

ومنطقيا وعلى هذا المنوال فأطراف العقد عندما لا يعبرون بوضوح عما يريدونه في العقد فإنه يكون هناك مجال لشرح وتحليل العقد، وذلك لمحاولة تحديد المحتوى والبحث عن الإرادة والنية المشتركة بين الأطراف وفقا للمادة 1156 من القانون المدني الفرنسي، ولكن لا يمكن في أي ظرف من الظروف أن يضيف القاضي التزامات على العقد غير مرغوب فيها من طرف أشخاص العقد.

ومن بين الذين يؤيدون فكرة تطويع العقد هو الفقيه جوسيران (Josserand) في كتابه العقد الموجه والذي قد استعمل مصطلح التطويع، فهو يرى بذلك رفض استقلالية إرادة أطراف العقد ويقول: "أطراف العقد ليس هم من يتحكمون في العقد، إذ أنه تقوم اشتراكية قانونية وعقد موجه"<sup>(1)</sup>.

كما أنه بعد أربعين سنة على رسالة قونو (La thèse de Gounot) قدر مارتى (Marty) دور القاضي في شرح وتفسير العقود والذي ما زال يوجد في القضاء بشكل متساهل أكثر منه صارم.

<sup>1-</sup> Les contractants ne sont plus maitre chez eux, on fait du socialisme juridique du divigisme contractuelle.

-Laurent leveneur op cit , p70

## الفقرة الثانية: نشأة تطويع العقد.

إن أول من استعمل هذا المصطلح هو عميد كلية القانون بجامعة ليون : لويس جوسيران (louis Josserand) سنة 1933، وكان آنذاك مصطلح فلاحى كما تم بيانه ليأخذه ويدرجه في القانون تحت مفهوم الظاهرة التي من خلالها ينفذ القاضي إلى العقد، ليقوم بتضخيم محتواه الفعلي والضروري بإضافة إلتزامات جديدة على العقد، ومنذ ذلك الحين لم يتردد المشرع في إحتساب وتوقع إلتزامات في بعض العقود دون أن تذكر من اطراف العقد.

وبقيت هذه المسألة بين أخذ ورد وبين مؤيد ومعارض إلى أن جاء مطلع القرن العشرين حيث كان اللحظة المناسبة لتكريس المبدأ، وأصبح بمقدور القاضي أن ينفذ إلى العقد بما له من سلطة تقديرية ليقوم بتطويعه<sup>(1)</sup>.

حيث في هذه الفترة ظهر ما يعرف بالإلتزام بالسلامة في عقد نقل الأشخاص من خلال حكم محكمة السين التجارية في قضية تتعلق بالنقل البحري ليتم بعد ذلك إكتساح هذه القاعدة لكل مجالات النقل<sup>(2)</sup>، ثم لتتعدى ذلك إلى العقد الطبي سنة 1936، كما ظهر الإلتزام بالإعلام في عقد البيع... الخ.

وخلال هذه الفترة بدأت التشريعات تنظر إلى هذه المسألة بصفة محتشمة فبالرغم من إستعمال هذا المصطلح من طرف الكتاب كان نادرا آنذاك، إلا أنه يجب أن لا ننكر بأن الجميع متفق على حدوث هذه المسألة وبلا شك.

وما يجب الإشارة إليه بهذا الصدد أن اللجوء إلى هذا الإجراء أمر تتحكم به الكثير من العوامل، مثل: صفة المتعاقدين وطبيعة العقد والوجود العرضي أو المحتمل لشرط أو بند حوله خلاف بين المتعاقدين، ولهذا لم تستطع الآراء الإجماع حول موقف موحد حول هذه الظاهرة.

<sup>1</sup>- Laurent leveneur op cit , p72

<sup>2</sup>- أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص94

طبعاً ويبقى التسليم قائماً بأن إحترام القانون لأطراف العلاقة العقدية ومبدأ استقلالية الإرادة لم يختفي نهائياً، بل العكس فإننا نجد بانتظام وفي عدة أشكال إثبات الأثر القائل بعدم المساس بالعقد.

وحتى نكون منصفين يمكن القول أن الإرادة هي السبيل الأمثل لإنشاء الإلتزامات، لكن ظاهرة التطويع هي ثابتة ومؤكدة ولكن الحاجة إليها في بعض الأحيان يجب اكتشافها فقط لأنها قد تكون ظاهرة وجلية بأن يطلبها المتعاقدان من القضاء وهذا لا يثير إشكال، وقد تكون سرية أو ضمنية وتكتشف من خلال الرغبة المشتركة بين الأطراف على إتساع وتضخيم العقد<sup>(1)</sup>..

### الفرع الثاني: أحكام تطويع العقد.

إن مسألة تطويع العقد هي من بين المستجدات التي أحدثت في التقنين المدني، وذلك للسعي وراء المرونة والتطور الذي يتطلبه القانون، وهي مظهر من مظاهر السلطة التقديرية الواسعة للقاضي التي يفوض فيها من أجل تطبيق أحكام القانون، وفقاً للمناسبات وما أعطي في ذلك من سلطة تصل في بعض الحالات إلى إستكمال ما فات المتعاقدين أن يتفقا عليه بل وإلى تعديل ما تم عليه الإتفاق فيما بينهما.

وكأنه في هذا المجال جعل القاضي مشرعاً فيما لم يرد فيه نص، بل وقف في حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع والتقدير، وهذا ما يسر له أن جعل أحكام القانون متماشية مع مقتضيات الظروف، فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطويراً مستمراً، ويواجه بها ما يتغير من ملاسبات وأحوال<sup>(2)</sup>.

ولقد أخذ بهذه المسألة معظم التقنيينات نذكر منها التقنين المدني المصري في المادة (148) إذ تنص على "على القاضي أن يكمل العقد"، ويقابله المشرع اللبناني في المادة (370) قانون مدني إذ تنص بصريح العبارة على أنه "إذا وجدت نواقص في نص العقد وجب على القاضي أن يسدها، إما بالأحكام المدرجة في القانون إذا

<sup>1</sup> - Laurent leveneaur op cit , p73

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، العقد، العمل الغير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، المرجع السابق، ط2004، ص8

كان العقد مسمى، وإما بالرجوع في غير هذا الحال إلى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسبا مع العقد الذي يراد تفسيره".

ويقابله في ذلك المشرع الفرنسي في المادة (1135) قانون مدني إذ تنصّ على "إن العقد لا يلتزم بما يحتويه فقط بل كذلك نأخذ بالإلتزام طبقا لطبيعة ما تقضي به العدالة والعرف والقانون"<sup>(1)</sup>.

ويقابله المشرع الجزائري في المادة (107) قانون مدني إذ تنص " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام."

إذن فمسألة تطويع العقد تخص مضمون العقد، هذا الأخير الذي يشمل المسائل الواردة فيه صراحة، من حقوق وواجبات من جهة وتلك التي لم ترد فيه إلا أنها تعد من مستلزماته من جهة أخرى<sup>(2)</sup>.

وتحديد هذه الإلتزامات لا يقتصر على أساس ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين فقط، وإنما على القاضي أن يضيف هذه الإلتزامات من تلقاء نفسه<sup>(3)</sup> باعتبارها من مستلزمات العقد، وله في سبيل ذلك أن يسترشد بعوامل ذكرها القانون لا على سبيل الحصر.

وبناء على تحديد نطاق العقد يصل القاضي إلى الآثار المترتبة عليه، حتى يقوم كل متعاقد بالتزامه وهذه العوامل هي: القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة والعرف والعدالة وطبيعة الإلتزام<sup>(4)</sup>.

وهذا ما سنقوم بدراسته كما سيأتي:

1- ART 1135 c,c,f « les obligations obligent non seulement a ce qui y est esgrimé, mais encore à toutes les suites l'équité, l'usage on la loi, donnent à l'obligation d'après sa nature »

<sup>2</sup> - أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط2010، ص364.

<sup>3</sup> - أنظر خليل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق ط2010، ص141.

<sup>4</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص293/294.

### الفقرة الأولى: تطويع القاضي للعقد وفقا لأحكام القانون والعرف.

يعتبر القانون بالنسبة للعقود المسماة المرجع الأول والرئيسي لإستكمال العقد الذي أغفلت فيه بعض التفاصيل، ويكون دور القواعد القانونية في هذا الإطار تكميليا لإرادة المتعاقدين.

وفي هذا الشأن يجب التمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة، فالأولى تلزم المتعاقدين ولا يمكن الإتفاق على مخالفتها بأي وجه، أما الثانية فلا تلزم المتعاقدين ولهما أن يتفقا على مخالفتها، ولا تطبق إلا إذا لم يتناول العقد المسائل التي عالجتها القوانين الأمرة، فهي تحل محل إرادة المتعاقدين على إفتراض أن إرادتهما انصرفت عند سكوتها إلى تطبيق هذه القوانين والتي تسمى كذلك قوانين تفسيرية<sup>(1)</sup>.

فالقاضي يرجع إلى هذه الأحكام التفسيرية في المسائل التي تركها المتعاقدان ولم يتفقا عليها عمدا أو سهوا منهم، حيث أنه في كثير من الأحيان يصعب على المتعاقدين تنظيم العلاقة في جميع التفاصيل، إما لعدم توقعهما أو اعتمادا على أحكام بعض العقود في بعض التفاصيل<sup>(2)</sup>.

كما أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين كثيرا ما تتجاهل أو يصعب عليها تحديد كل ما يمكن أن ينتج عن العقد، فإذا اتفق المتعاقدان على نقل ملكية أحد الأشياء بينهما فإنه يجب تطبيق أحكام البيع بينهما، والتي تقضي في هذه الحالة بالتزام البائع بضمان العيوب الخفية، التي قد توجد في الشيء المبيع، وبضمان الإستحقاق في الحالة التي يستحق فيها الشيء لشخص آخر، وكذلك بضمان التعرض حتى ولو لم يذكر المتعاقدان ذلك في العقد، لأن القانون في مثل هذه الحالات يكمل ويفسر إرادة المتعاقدين<sup>(3)</sup>.

فعلى سبيل المثال إن الفقرة الثانية من المادة (356) من القانون المدني الجزائري والتي تنص على "...إذا وقع الإتفاق على أن الثمن هو سعر السوق،

<sup>1</sup>- أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات، المرجع السابق، ط2010، ص366/365.

<sup>2</sup>- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص295

<sup>3</sup>- أنظر خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ط 2010 ص.142

وجب عند الشك الرجوع الى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان"، وهذا النص يشير إلى أنه عند إغفال المتعاقدين - عند تحديد الثمن - السوق الذي يتم اللجوء إليه فإنه في هذه الحالة تكون العبرة بالسوق الذي يتم فيه تسليم المبيع .

والمادة (476) من نفس القانون التي تنص على " يلتزم المؤجر أن يسلم للمستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح للإنتفاع المعدة له"، وهد يعني أنه إذا كان العقد لا ينص على مسألة ملحقات العين المؤجرة، فإن المؤجر رغم ذلك يكون ملزم بتسليمها .

والمادة (479) قانون مدني والتي تنص على "...على المؤجر أن يتعهد بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم، ويجب عليه أن يقوم بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار دون الترميمات الخاصة للمستأجر و يتعين عليه أن يقوم لا سيما بالأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص وأعمال تنظيف الآبار كما يتعين عليه صيانة وتفريغ المراحيض وقنوات تصريف المياه، ويتحمل المؤجر الرسوم وغيرها من التكاليف المثقلة للعين المؤجرة كل هذا ما لم يوجد إتفاق يقضي بخلاف ذلك"، فإذا لم يوجد في عقد الإيجار هذه المسائل ولم تذكر فيه هذه التفاصيل، يستكمل القاضي التزامات المؤجر والمستأجر في ضوء هذا النص القانوني<sup>(1)</sup>.

وينبغي ملاحظة أن هذه الأحكام المفسرة ما هي في حقيقة الواقع إلا الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها، فللمتعاقدين الإتفاق صراحة أو ضمناً على عدم تطبيقها أو تعديلها أو تقييدها وفقاً لما يريانه، فكما هو معروف أن القواعد المكملة أو المفسرة ليست من النظام العام<sup>(2)</sup>.

أما العرف فهو سنة وسلوك متبع في مسائل معينة بصفة دائمة ومتكررة من قبل أفراد المجتمع أو بعض فئاته، إعتقاداً منهم أن ذلك السلوك إجباري.

<sup>1</sup> - أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط2010، ص366

<sup>2</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص295

والعرف قد يكون محليا أو وطنيا أو حتى دوليا، وهو ملزم كالقانون تماما في سكوت هذا الأخير عن تنظيم مسألة من المسائل.

ويعتبر العرف مصدرا رسميا احتياطيا طبقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري حيث تنص على " ... وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف".

وفي ضوء أحكام المادة (2/170) من نفس القانون "يكون العرف أساسا عقدياً"<sup>(1)</sup>، وهذه الميزة يتميز بها العرف عن التشريع، حيث يقال أن مزايا العرف هي عيوب التشريع، فالعرف كونه وليد إرادة أفراد المجتمع التي فرضت السلوك المعتاد، فهو يعبر بصدق عما يريده الأفراد في المجتمع مما يجعله نوعا من الديمقراطية المباشرة، وأن نشوء قواعد العرف على النحو السابق يجعلها ملائمة لظروف أفراد المجتمع ويكفل تطورهما بطريقة طبيعية<sup>(2)</sup>، وهو بهذه الصفة قد يساهم في تطويع العقد حيث يعتد به القاضي لاستكمال مضمونه.

حيث يفترض أن سكوت المتعاقدين يفيد اتفاقهما على تطبيق قواعد العرف، وأكثر ما تظهر أهمية العرف في القضايا التجارية والمعاملات البحرية وغيرها، حيث يتوجب على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري أن يطبق العرف المعمول به، إلا إذا أظهر أن المتعاقدان قصدوا مخالفة أحكامه، أو كان العرف متعارضا مع النصوص الشرعية الإلزامية، على إعتبار أن العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام<sup>(3)</sup>.

ومن بين الأمثلة على القواعد العرفية نذكر: تخفيض الثمن عوض الفسخ في حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع، أو في حالة تسليم بضاعة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه، وعدم تجزئة الحساب الجاري، وعدم جواز الإحتجاج

<sup>1</sup> - أنظر علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط2010، ص367.

<sup>2</sup> - أنظر محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 171/170.

<sup>3</sup> - أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 235.

بالدفع في مواجهة حامل الورقة التجارية الحسنة النية، وجواز تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه فيما كلف ببيعه أو شرائه من سلع وأوراق مالية<sup>(1)</sup>.

والعرف المعمول به لتكملة إرادة الطرفين كما قلنا سابقا ليس له قوة القانون ولا حتى قوة الإتفاق إلا في حالة غياب النص القانوني، أو في حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم ناحية ما فيما تعاقدوا عليه<sup>(2)</sup>.

كما أن مسألة تطويع العقد وفقا للعرف هي مسألة دولية، فالمتعاملين الدوليين قد اعتادوا على إتباع عادات ذات طابع دولي في تعاقدهم، وتحولت مع مرور الوقت إلى أعراف ملزمة لهم في كثير من المجالات، وبالتالي تكون المسائل التي ينظمها عرف معين داخل مجتمع التجار ورجال الأعمال - العابرة للحدود - مسائل يفترض في المتعاقدين أن يعلموا بها ويرتضون بها من أجل تكملة إرادتهم<sup>(3)</sup>.

ويلحق بعض الفقه الشروط المألوفة للعقد أي الشروط التي جرت العادة على إدراجها ضمن عقود معينة بالعرف، فتكون هذه الشروط التي ترد عادة بعبارات معينة مما يجعل تكرارها في العقد دون فائدة ملزمة للمتعاقدين ولو لم ترد في العقد<sup>(4)</sup>.

ومن أمثلة ذلك النسبة المئوية التي تضاف للخدمة في الفنادق والمطاعم والمقاهي<sup>(5)</sup>.

أما بالنسبة للأخذ بالعرف وتحديد ماهيته ومضمونه أمر متروك لسلطة قاضي الموضوع ليكون إقتناعه من طرق الإثبات المختلفة للعرف المدعى بوجوده كالإستناد للقرائن ( شهادة الشهود )، أو الشهادات الصادرة من الغرف التجارية والنقابات المهنية، فقد لا يقتنع القاضي بوجوده على النحو الذي يدعيه الطرفان، وقد يقتنع بتوافره على نحو معين من مستند دون آخر أو من شاهد دون آخر، فهذه

<sup>1</sup>- أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص 367

<sup>2</sup>- أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 236

<sup>3</sup>- أنظر دالي بشير، المرجع السابق، ص 31

<sup>4</sup>- أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010 ص 367

<sup>5</sup>- أنظر دالي بشير، المرجع نفسه، ص 32

مسألة واقع يستقل فيها قاضي الموضوع بالبحث فيها دون رقابة عليه من محكمة النقض، سواء تعلق الأمر بالعرف العام أو المحلي أو كان العرف مدنيا أو تجاريا.

**الفقرة الثانية: تطويع القاضي للعقد وفقا لمقتضيات العدالة وطبيعة العقد.**

المقصود هنا بالعدالة هو الإنصاف والعدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي.

فالقضاء وفق قواعد العدل والإنصاف يعني الفصل في أمر معين طبقا لما يقتضيه الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء، وتكون هذه الأحكام مستمدة من القانون الطبيعي وليس من القانون الوضعي، وطبقا للمادة (1 / 2) من القانون المدني الجزائري التي تؤكد على يجب على القاضي الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في حالة عدم وجود نص تشريعي أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف .

فالعدالة بهذا المعنى هي وسيلة لتطويع العقد وتحديد مستلزماته ودورها هو ضمان العدالة العقدية<sup>(1)</sup>، فقد يسترشد القاضي بأحكام العدالة لتحديد مضمون العقد من خلال تحديد الآثار التي تترتب عليه بصفة عامة، فإذا اتفق الطرفان على نقل حق معين من الحقوق، فإن البائع يلتزم أمام المشتري بأن لا يجعل نقل الحق إليه مستحيلا أو عسيرا.

وبائع المتجر يلتزم في مواجهة المشتري بأن لا ينافسه منافسة تنزع منه عملاء المتجر، والعامل إذا عمل في مصنع واطلع على أسرار الصناعات فإن أحكام العدالة تلزم هذا العامل بأن لا يبوح بهذه الأسرار لمصنع منافس آخر<sup>(2)</sup>.

وهذا الإلتزام تقتضيه العدالة ولو لم ينص عليه العقد، وفي عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له أن لا يكتف عن شركة التأمين ما قد يكون به من مرض خطير خفي. إذا كان هذا الكتمان من شأنه أن يؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص 368.

<sup>2</sup> - أنظر خليل حسن أحمد قدارة، المرجع السابق، ط 2010 ص 142

<sup>3</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 296.

وإضافة إلى هذا وكنتيجة إلى زيادة المنتجات والخدمات المعروضة في السوق والتي أدت بدورها إلى زيادة المخاطر التي تلحق بالمستهلك، سواء في جسمه أو ماله، فالقضاء الفرنسي قد أقام هذه المخاطر على سببين رئيسيين وهما: إما نقص الأمان في المنتج أو الخدمة، أو عدم كفاية الإعلام بشأنها مما يؤدي إلى جعلها تتسم بالخطورة<sup>(1)</sup>.

فكان من اللازم والحالة إذ ذاك فرض إلتزامات على عاتق أحد طرفي العقد ولو لم ينص عليها العقد فيما بينهم باعتبارها من مستلزماته، ومن بين هذه الإلتزامات الإلتزام بالسلامة (أولا) والإلتزام بالإعلام (ثانيا)

**أولا: الإلتزام بالسلامة.**

فالإلتزام بالسلامة هو التعهد بتقديم شيء خال من العيوب، ويقابل الإلتزام السلامة في اللغة الفرنسية (obligation de sécurité)، ومعناها ضمان أمن الأشخاص بعدم تقديم أشياء تضر بهم<sup>(2)</sup>

ولقد كان الإجتهد القضائي الفرنسي سابقا إلى إنشاء هذا الإلتزام، بوصفه إلتزاما تبعيا وضمنيا يقع على عاتق أحد المتعاقدين.

فظهر في الوهلة الأولى في عقد النقل في صورة التزام الناقل بضمان سلامة الراكب، بموجب القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 21 نوفمبر 1911<sup>(3)</sup>، في قضية تتعلق بإصابة أحد المسافرين أثناء تنقله من تونس إلى بون، على متن إحدى السفن التابعة للشركة العامة للملاحة عبر المحيط الأطلنطي، طالب الشركة الناقلة بالتعويض أمام محكمة الجزائر فدفعت الشركة هذه الدعوى بعدم إختصاص المحكمة، تأسيسا على وجود شرط في عقد النقل يجعل الإختصاص المحلي لمحكمة مرسيليا.

<sup>1</sup>- أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص91

<sup>2</sup>- أنظر المر سهام، التزام المنتج بالسلامة دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بلكايد، تلمسان، 2009/2008، ص 13

<sup>3</sup>- أنظر محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2006، ص402.

غير أن هذه الأخيرة قضت بأن لا مجال للتمسك بالعقد المبرم بين المسافر والشركة، أو لا مجال لإعمال الشروط الواردة في العقد ومن ثمة أسست قضاءها على قواعد المسؤولية التقصيرية.

غير أنه ولما عرض الأمر على محكمة النقض رفضت قضاء هذه المحكمة، وقضت أن مسؤولية الناقل اتجاه المسافر عن الأضرار التي تصيب هذا الأخير أثناء عملية النقل هي عقدية، وأن الناقل لا يلتزم فقط بتوصيل المسافر إلى مكان الوصول، بل عليه أن يوصله إلى هذا المكان سليماً معافى، مما يعني أن التزامه بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية<sup>(1)</sup>.

وبعد ذلك اكتسحت القاعدة كافة ميادين النقل، ومن عقد النقل امتدت إلى عقود أخرى حيث تم إدخالها في المجال الطبي حيث قضت محكمة النقض الفرنسية " إن ما يحدث بين الطبيب والمريض هو عقد حقيقي يتضمن تعهد الممارس إن لم يكن بشفاء المريض، فعلى الأقل بتقديم عناية خاصة، مع إتخاذ الإحتياط اللازم الذي يتناسب مع المعطيات العملية المكتسبة.

وأضافت المحكمة أن الإخلال بهذا الإلتزام العقدي ولولم يكن إرادياً يولد المسؤولية بنفس الطبيعة<sup>(2)</sup>.

ليظهر في آخر المطاف في عقد البيع في 28 نوفمبر 1979 واستقلالته عن الإلتزام بضمان العيوب الخفية.

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 مارس 1989 حيث قررت فيه أن "البائع المهني يلتزم بتسليم منتجات خالية من كل عيب أو شائبة في

<sup>1</sup> مقتبس عن مختار رحمانى محمد، المسؤولية المدنية عن حوادث نقل الأشخاص بالسكك الحديدية، دراسة مقارنة في ضوء الفقه والقضاء، درا هوم، الجزائر، ط2003، ص46.

لم يكن المشرع الفرنسي في بداية الأمر يعترف بالالتزام بالسلامة في نقل الأشخاص، إذا كان يلتزم ناقل الأشخاص وفقاً لما يلتزم به ناقل الأشياء، ولكن تدريجياً وتحت طائلة الانتقادات الفقهية وعلى رأسها الفقيه الفرنسي mark sauset والبلجيكي saintelettek ويفضل الدور الفعال للنائب العام sarrut في إقناع القضاة أصبح الإلتزام بالسلامة في نقل الأشخاص مقرر.

أنظر في ذلك مختار رحمانى محمد، المرجع نفسه، ص 44/43

<sup>2</sup> مقتبس عن محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، 2007، ص15

المنتوج، يكون من طبيعته أن يؤدي إلى مخاطر بالنسبة للأشخاص أو الأموال"<sup>(1)</sup>.

وما قضت به نفس المحكمة في تاريخ 22 جانفي 1991 في قضية تتعلق بإصابات خطيرة لحقت ببشرة سيدة، على إثر استعمالها لمستحضر تجميل على أن "المنتج والبائع لبعض المنتجات شائعة الإستعمال وبالذات تلك المخصصة للعناية بالجسم البشري وراحته يتحملان بالإلتزام بضمان السلامة"<sup>(2)</sup>.

على أنه يجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن مضمون الإلتزام بالسلامة يختلف من عقد لآخر.

فمضمونه في مجال النقل هو الإلتزام بإيصال المسافر إلى وجهته المقصودة سليما ومعافى، وفي المجال الطبي ليس هو بالضرورة شفاء المريض فحسب، وإنما هو الإلتزام بضمان أن لا يعرضه الطبيب لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة، أو ما يعطيه من أدوية، وأن لا يتسبب في نقل مرض آخر إليه بسبب العدوى لعدم تعقيم الأدوات أو المكان أو عن طريق ما ينقل إليه من دم أو محاليل أخرى<sup>(3)</sup>.

ومن الوجيه الإشارة إليه أن الإلتزام بالسلامة لم يوجد إلا بعد التأكد من أن قواعد الضمان لم تعد كافية لضمان المستهلكين من الأضرار التي تحدثها المنتجات<sup>(4)</sup>,

كما تقرر لمواجهة التطور العلمي، وضمان حق المضرور من خلال تقرير تعويض جابر للضرر حتى ولو كان ناشئا عن أسباب لم يسمح العلم باستظهارها<sup>(5)</sup>. كما أن التطورات الإقتصادية والإجتماعية التي فرضها منطلق العصر الحديث، أدت إلى اكتشاف إلتزامات لم يفكر بها المتعاقدان، لكنها اعتبرت إلتزامات

<sup>1</sup> - أنظر يوسف فتيحة، حماية المستهلك في مجال الصيدلة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون 2002، ص 63.

<sup>2</sup> - مقتبس عن جابر محجوب علي، سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي (القسم الثاني)، المجلة العربية للعلوم الانسانية، الكويت، 1996.

<sup>3</sup> - أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 97.

<sup>4</sup> - أنظر المر سهام، المرجع السابق، ص 2.

<sup>5</sup> - أنظر حسن عبد الرحمان قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، بدون طبعة، ص 04.

تتولد عن العقد بصورة طبيعية، فكان أن أثقل كاهل المحترف بها باعتباره الطرف القوي في العلاقة العقدية وهي الإلتزام بالسلامة والإعلام<sup>(1)</sup>.

ومن مظاهر التكريس لمبدأ الإلتزام بالسلامة ما نصت عليه المادة (1/1386) من القانون الفرنسي بقولها: "يسأل المنتج عن الأضرار الناتجة عن منتجاته المعيبة سواء ارتبط مع المضرور بعقد أم لا" وهي بذلك تشير وتؤكد على أن مسؤولية المنتج من دون خطأ<sup>(2)</sup>، وهذا ما يعبر عنه بالمسؤولية الموضوعية.

أما في التشريع الجزائري يمكن تأسيسه على نص المادة (140 مكرر/1) وكذا (107) من القانون المدني<sup>(3)</sup>، والتي تنص على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام".

كما نصت المادة (62) من القانون التجاري<sup>(4)</sup> على ما يلي: " يجب على ناقل الأشخاص أن يضمن أثناء مدة النقل سلامة المسافرين، وأن يوصله إلى وجهته المقصودة في حدود الوقت المعين"، فهنا أضاف المشرع إلى إلتزامات الناقل إلتزام جديد وهو الإلتزام بالسلامة.

كما نجده قد نص عليه في قانون رقم 03/09<sup>(5)</sup>، في المادة التاسعة والتي تنصّ على: " يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للإستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الإستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضرر بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للإستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين"<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 90

<sup>2</sup>- أنظر شهيدة قاده، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، طبعة، 2007، ص 196/195

<sup>3</sup>- القانون الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والملاحظ أن هذه المادة لم يمسهما التعديل بموجب الأمر رقم 85/75 المؤرخ في 20 يوليو 2005

<sup>4</sup>- القانون الصادر بموجب الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

<sup>5</sup>- القانون المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ع 15 لسنة 2009

<sup>6</sup>- أنظر المر سهام، المرجع السابق، ص 37.

كما نصت المادة الرابعة من نفس القانون على " يجب على كل متدخل في عملية عرض المواد الغذائية للإستهلاك إحترام إلزامية سلامة هذه المواد، والسهر على أن لا تضر بصحة المستهلك".

لقد استقر الفقه الحديث وعلى رأسهم جابر محجوب علي أن الإلتزام بالسلامة ليس إلتزام ببذل عناية، بل هو أكثر من ذلك ولكنه لا يصل إلى حد أنه إلتزام بتحقيق نتيجة لأنه أقل من ذلك.

ومن ثمة فإن مشكلة الإثبات تحل على أساس الإعتراف بوجود قرينة على الصفة الخطيرة في المبيع، ولكن هذه القرينة بسيطة يجوز للمنتج أو البائع التخلص منها بإثبات أن السلعة لم يكن بها عيب أو خلل، أو ينفي العلاقة السببية وذلك بإثبات الخطأ الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور<sup>(1)</sup>.

وهذا ما أكدته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 22 جانفي 1991 بالقول بأن "إلتزام المنتجين أو البائعين لمستحضرات التجميل بضمان السلامة لا يعني ضمان هؤلاء بقوة القانون لكل الأضرار التي يمكن أن تترتب على استعمال المنتج، لأن إلتزامهم يقتصر على تسليم منتجات لا تمثل عادة أي خطورة للمستعملين، إذا استعملت في ظروف مطابقة لتوصيات البائعين<sup>(2)</sup>".

أما القضاء الجزائري فقد أكد في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1983/03/30 أن مسؤولية ناقل الأشخاص بضمان سلامة المسافر موجب قانونا حسب المادتين 62 و63 من القانون التجاري حيث جاء في نص القرار<sup>(3)</sup> " إذا كان من السائد فقها وقضاء أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن ذلك الأمر ليس مطلقا في عقد نقل الأشخاص، الذي أوجب فيه القانون على الناقل ضمان سلامة المسافر وحمله المسؤولية عن إخلاله بذلك الإلتزام، وفي هذا السياق أعتبر كل شرط يرمي إلى الإعفاء من تلك المسؤولية مخالفا للنظام العام، غير أنه أجاز التخلص منها كليا أو جزئيا عن طريق إثبات خطأ المسافر أو القوة القاهرة".

<sup>1</sup> - أنظر جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص280.

<sup>2</sup> - مقتبس عن جابر محجوب علي، المرجع نفسه، ص281.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ: 1983/3/30، ملف رقم2429، مجلة قضائية لسنة 1989، عدد رقم1.

ويعتبر هذا القرار الصادر من المحكمة العليا تأكيدا لوجود هذا الإلتزام على عاتق الناقل وأن الإخلال بسلامة الراكب يستوجب منه التعويض عن ذلك، باعتباره مسؤولا تعاقديا على سلامة المسافر الذي يقّله<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: الإلتزام بالإعلام.

لم يقف تطور القضاء الفرنسي عند حدّ إلقاء الإلتزام بضمان السلامة على عاتق كل محترف، بل إنه تخطى هذه الحدود وألقى على عاتقه الإلتزام بالإعلام. فهذا الإلتزام يقتضي من البائع أو الصانع أن يبين للمشتري كيفية استعمال المبيع، نظرا لكونه يشكل خطرا بطبيعته كالمواد السامة والحارقة والمتفجرة وغيرها، أو لكونه جديدا أو معقدا في استعماله قصد الإستفادة منه، دون وصول الخطر الكامن فيه إليه<sup>(2)</sup>.

ولقد ذهب غالبية الفقه لاسيما الفرنسي منه إلى إسناد الإلتزام بالإعلام إلى العقد ذاته، واعتباره من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، وذلك بمقتضى المادة (1135)، وتقابلها المادة (107/ 2) قانون مدني جزائري والتي تنص على "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة حسب طبيعة الإلتزام".

حيث يرى أنصار هذا الإتجاه أن إلتزام الصانع أو البائع المهني بالإعلام أصبح من مستلزمات العقد، فالقاضي يضيف هذا الإلتزام إلى مضمون العقد لفرض حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وتحقيقا للتوازن بين المصالح المختلفة عن طريق حشو العقد بالتزامات جديدة<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر خليفي مريم، مسؤولية الناقل البري للأشخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون النقل، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2003/2004، ص55

<sup>2</sup>- أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 132

<sup>3</sup>- أنظر بن مغنية محمد، حق المستهلك في الإعلام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2006، ص26.

ولقد تقرر هذا الإلتزام في العديد من الأحكام القضائية ومنها الحكم الشهير الصادر في 14 ديسمبر 1982 عن الدائرة المدنية الأولى بفرنسا<sup>(1)</sup> في مسؤولية صانع مادة مقاومة للطفيليات، عن إصابة مزارع عند استعماله لها بعجز دائم في عينيه جراء تطاير ذرات من هذه المادة إليها، حيث تقرر عدم كفاية التحذيرات بعدما اكتفى الصانع بالتوصية بعدم ملامستها الجلد ولم يوضح خطورتها على العينين.

وعابت محكمة النقض على محكمة الإستئناف والتي كانت قد قضت بعدم مسؤولية الصانع وإخلالها بالمادة (1135) قانون مدني .

كما قضت نفس المحكمة في حكم آخر لها أن "الإلتزام بالنصيحة يوجب على البائع أن يستعلم عن حاجات المشتري، ويعلم عميله بمدى ملاءمة الجهاز المقترح للإستعمال الذي يريده فيه"، وعابت على محكمة الإستئناف إخلالها بالمادة (1135) من القانون المدني<sup>(2)</sup> .

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 ديسمبر 1983 إلى "أن المنتج يلتزم بالإفشاء بجميع البيانات الضرورية لاستعمال السلعة، على وجه الخصوص بإخطار المستعمل بجميع الإحتياطات عندما تكون السلعة خطيرة"<sup>(3)</sup> .

ولم يقتصر الإلتزام بالإعلام على عقد البيع، بل تعدى ذلك إلى العقد الطبي، فلا يكون العمل الطبي مشروعاً إلا إذا رضي به وعلم بأخطاره المريض ولذلك أصبح يلزم العلاقة الطبية في مراحلها المختلفة<sup>(4)</sup>.

ففي تشخيص الطبيب للمريض عليه أن يبين طريقة التشخيص التي ينوي إخضاعه لها للتحقق مما يعاني منه، ويحيطه علماً بالمخاطر التي تتضمنها هذه الطريقة، وذلك لتبصيره .

<sup>1-</sup> cass.civ 1re ,14 décembre 1892-RTD cive.1983 N° 09,P 545

<sup>2-</sup> cass.civ.1re ,5 decembre 1995, bull.civi 1995. 1 N° 453, P 315.

<sup>3-</sup> أنظر في ذلك بن مغنية محمد، المرجع السابق، ص27

<sup>4-</sup> مقتبس عن جابر محجوب علي ، المرجع السابق ، ص.16

4 - أنظر رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، طبعة 2010، ص121

والتبصير هو ذلك العرض المستوفي الذي يعرض على المريض بطريقة سهلة ويسيرة، دون الاكتفاء بالعبارات والمصطلحات الأكاديمية ذات المدلول العلمي والفني التي عادة لا يدرك الرجل العادي معانيها، بحيث يستطيع المريض ذو المستوى المتواضع الذي يمثل الرجل العادي إتخاذ قراره بقبول أو رفض العمل الطبي المعروض عليه وهو على علم ودراية من أمره<sup>(1)</sup>.

وعند العلاج عليه أن يبين طريقته والنتائج الإيجابية المنتظر تحققها من العلاج والمخاطر المحتملة.

وعند انتهاء العلاج عليه إعلام المريض بالمعلومات المتعلقة بمدى النجاح الذي تحقق من العلاج، والإحتياطات التي يجب على المريض مراعاتها لتجنب أي مضاعفات مستقبلية.

كما يخبره بتكاليف العلاج، ويجب أن يكون هذا الإعلام بسيطاً يمكن استيعابه وصادقاً وكاملاً<sup>(2)</sup>.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 17 نوفمبر 1969 حيث جاء في نص قرارها " ضرورة إعلام الطبيب لمريضه مسبقاً في كل تدخل أو وصف علاجي ماعدا في الحالات العاجلة<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة للجراحة التجميلية فإن القضاء الفرنسي ذهب إلى أن الطبيب في هذه الحالة ملزم بإعلام المريض بكل الأخطار.

فقد حكم بتاريخ 17 نوفمبر 1969 بـ " مسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية جراحية تجميلية لا تعد عاجلة من الممكن أن يتمتع الشخص عن إجرائها إذا بدت له بعض المخاطر ولو كانت استثنائية<sup>(4)</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد وسع من مضمون الإلتزام بالإعلام، حيث لم يكتف بضرورة تعاقد المشتري بعلم اليقين وفقاً للمادة ( 352 ) من القانون المدني حيث

1- أنظر رابيس محمد، المرجع السابق، ص.135

2- أنظر محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2006، ص160

3- مقتبس عن شهيدة قادة، مقال بعنوان التزام الطبيب بإعلام المريض المضمون والحدود وجزاء الإخلال، موسوعة الفكر القانوني، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، بدون سنة نشر، ص87

4- مقتبس عن شهيدة قادة، التزام الطبيب بإعلام المريض المضمون والحدود وجزاء الإخلال، المرجع السابق، ص87

فرض على المحترف إلحاق المنتج بوسم، لإعطاء صورة واضحة ودقيقة عن المنتج أو الخدمة<sup>(1)</sup>.

كما فرض المشرع على المحترف أيضا بموجب المادة 53 من الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، إعلام المستهلك حول أسعار المنتوجات والخدمات حيث جاء فيها "إشهار الأسعار إجباري ويتولاه البائع قصد إعلام الزبون بأسعار بيع السلع أو الخدمات وشروط البيع".

وأضافت المادة 55 من نفس القانون "يكون إشهار أسعار السلع والخدمات لفائدة المستهلكين، بواسطة وضع علامات أو ملصقات وبأية وسيلة أخرى مناسبة لإعلام المستهلك بأسعار البيع وعند الحاجة بشروطه وكيفياته الخاصة<sup>(2)</sup>".

فالإلتزام بالإعلام بالنسبة للمشرع الجزائري هو الإلتزام بتحقيق نتيجة وهذا ما يستتف المادة (18) من قانون 09 - 03<sup>(3)</sup> حيث نصت على >> يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الإستخدام ودليل الإستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة يمكن إستعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها.<<

### الفرع الثالث: حدود سلطة القاضي في تطويع العقد.

إن القاضي وإن كان القانون قد منحه سلطة تقديرية في تطويع وتكملة العقد، إلا أن هذه السلطة مقيدة من ناحيتين وهما:

- القاضي لا يلجأ إلى إكمال العقد إلا في حالة قصور الإرادة (فقرة أولى).

- تطويع العقد هو من مسائل القانون (فقرة ثانية).

<sup>1</sup>- أنظر بوعزة ديدن، الإلتزام بالإعلام في عقد البيع، الملتقى الوطني حول الاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري، مخبر القانون الخاص الاساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2001، ص 35

<sup>2</sup>- أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 140.

3- القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش .

**الفقرة الأولى: القاضي لا يلجأ إلى إكمال العقد إلا في حالة قصور الإرادة.**

ما يجب الإشارة إليه هو أن القاضي لا يستطيع أن يكمل العقد سواء بالرجوع إلى القانون أو العرف أو العادات أو العدالة، إلا في حالة قصور إرادة المتعاقدين عن تنظيم مسألة من المسائل<sup>(1)</sup>.

وإن كان القاضي لا تغيب العدالة في نظره في تفسير العقد وتطويعه، فإنه لا يجوز أن يغفل إرادة المتعاقدين مادامت في حدودها، بدعوى أن هذه الإرادة لا تتفق مع قواعد العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها.

وشأن العدالة في إرادة المتعاقدين شأنها في القانون لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن تطبيق نص صريح في القانون أو العقد بدعوى أنه يتناقض مع العدالة<sup>(2)</sup>.

فيجب على القاضي أولاً الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بطرق التفسير المختلفة، فإذا ما عجز عن الكشف فعليه أن يكمل العقد بالجوء إلى العوامل السابق بيانها حتى يستطيع تحديد مضمون العقد ونطاقه<sup>(3)</sup>.

**الفقرة الثانية: تطويع العقد من مسائل القانون.**

سبق القول أن الغرض من تحديد نطاق العقد (تطويع العقد) هو معرفة الإلتزامات الناشئة عنه، ولذلك هي مسألة قانونية.

فتطويع القاضي للعقد يخضع لرقابة محكمة النقض إذ تستطيع التعقيب على حكم القاضي في هذه المسألة، وتنقض حكمه إذا لم يدخل في نطاق العقد ما تقضي به طبيعة الإلتزام أو نصوص القانون أو العرف أو العدالة، لأن هذا إنتقاص في نطاق العقد، أو إذا أدخل فيه ما لا يجوز إدخاله بمقتضى أي من العوامل المذكورة لأن هذا يؤدي إلى زيادة نطاقه<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 296.

<sup>2</sup>- أنظر عن إبراهيم نبيل سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية، العقد، الإرادة المنفردة، دار المعرفة الجامعية، ط 1994 ص 35.

<sup>3</sup>- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 297.

<sup>4</sup>- مقتبس عن محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 297.

و يجب على القاضي وفقا لأحكام تكملة العقد، أن يكمل العقود إما بالأحكام المدرجة في القانون إذا كان العقد مسمى، وإما بالرجوع إلى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسبا مع العقد الذي يراد تكملة .

ومن الأمثلة عن ذلك لو تم عقد بيع بضاعة من نوع وكمية معينة، وتعهد البائع أن يوصل البضاعة المباعة إلى محل المشتري، بعد أن يكون نقلها من بلده حيث هي إلى بلد المشتري بواسطة إحدى وسائل النقل، فإذا لم ينص العقد على تحمل مخاطر البيع - خلال نقل البضاعة- فإن القاضي يعود إلى نص القانون إن وجد أو إلى القواعد الموضوعية للعقد<sup>(1)</sup> المراد تفسيره.

وفي الأخير يمكن القول أن المحكمة العليا في الدولة والمحكمة العليا في الجزائر ومحكمة النقض في الدول الأخرى لها الرقابة التامة على تطويع العقد.

#### المطلب الثاني/ سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان

هناك مفهومين لعقد الإذعان، مفهوم تقليدي يسعى الفقه إلى التخلي عنه ومفهوم حديث تمخض عن التطورات الإقتصادية المعاصرة.

فالمفهوم التقليدي مفاده أن «عقد الإذعان هو الذي يخضع أحد أطرافه للشروط التي ينفرد بوضعها الطرف الأخر، ويستطيع الطرف القوي بحكم وضعه الفعلي أو القانوني أن يفرض على الآخر شروط العقد في جملتها، دون أن يكون من حقه مناقشتها أو تعديلها. » .

أما المفهوم الحديث مفاده أننا في الواقع نكون « بصدد متعاقد محترف ومتخصص يتمتع بخبرة نتيجة قيامه في السوق بعمليات متكررة ومتشابهة، مما يمكنه من وضع الشروط التي تتفق مع مصلحته واقتصاديات المنافسة في السوق، ولا يكون بوسع المستهلك سوى قبول تلك الشروط دون مناقشتها .

<sup>1</sup> - م 361 ( ق م ج) "يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يتمتع عن كل عمل من شأنه ان يجعل نقل الحق عسيرا او مستحيلا" وتقابلها نص المادة 399 ( موجبات لبناي) " على البائع ان يتحمل مخاطر البيع في مدة سفره إلى أن يتسلمه المشتري ما لم يكون هناك نص مخالف أي انه إذا سكت المتعاقدان في العقد عن أيهما يتحمل مخاطر البيع " .

ولقد تبنى المشرع الجزائري هذا التعريف من خلال المادة 03/ الحالة 1/04 من القانون 02-04<sup>(1)</sup> وهو القانون المطبق على الممارسات التجارية حيث أنه نصت على «يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي « كل عقد أو إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق، مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.

وجدير بالذكر أن عقد الإذعان يختلف عن العقود الأخرى من خلال كون أنه غالبا ما يعتمد فيه الطرف القوي إلى إملاء شروطه على الطرف الضعيف، ولا يخضع في مثل هذه العقود إلى مساومات كما يحدث في عقود أخرى<sup>(2)</sup> وفي المقابل لا يتعدى أن يكون دور الطرف الضعيف سلبيا إذ يخضع للإلتزامات ويتحمل النتائج وهذا ما يؤدي إلى اللامساواة سواء في المراكز القانونية أو في الإلتزامات ونكون بصدد مجال فسيح لإعمال الشروط التعسفية .

ففي هذه الحالة يكون الحل من خلال تدخل القاضي لإعمال العدالة العقدية وهذا ما سندرسه في هذا المبحث .

لكن قبل ذلك يجب أن نتعرف أولا على مدلول الشرط التعسفي تسهيلا لدراستنا، وبعد ذلك نظهر السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في هذا المجال متبعين في ذلك التقسيم التالي.

### الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي.

لقد أدى إدراج الشروط التعسفية في العقود، إلى أن أصبحت إرادة أحد المتعاقدين وهو عادة المحترف مفروضة على الطرف الآخر ،هذا ما دفع مختلف التشريعات للتدخل لتحديد مفهومها، بهدف التضييق على سلطة القاضي في إعادة النظر في مضمون العقد كلما بدا له شرط ما تعسفيا، لا سيما أنه سينحاز لا محالة في أغلب الأحيان إلى جانب الطرف الضعيف.

فهل أدى ذلك إلى إعمال سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية؟

<sup>1</sup> - القانون رقم 02-04 الصادر في 23 جوان المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية

<sup>2</sup> - انظر محمد حسين منصور المرجع نفسه، ص 95

من أجل ذلك يتعين علينا أن نحدد مدلول الشرط التعسفي أولاً ، ثم معايير تقدير الشروط الشرط التعسفي ثانياً ثم نطاق الحماية من الشروط التعسفية ثالثاً

**الفقرة الأولى: مدلول الشرط التعسفي.**

عرفه المشرع الألماني في المادة الأولى من القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود، الصادر في 09 ديسمبر 1976 بأنه « ذلك الشرط الوارد في العقود المحررة مسبقاً، والذي يفرضه المشتري على الطرف الآخر إضراراً به بصفة مفرطة » .

و أحالت المادة (9) من نفس القانون القاضي إلى نص المادة (242) من القانون المدني لمراعاة مبدأ حسن النية لتقييم الشرط.

كما ذهب المشرع الفرنسي إلى تعريفه من خلال نص المادة (35) من القانون رقم 78-23<sup>(1)</sup> فجاء فيها أن الشرط يكون تعسفياً « إذا كان الشرط المدرج مفروض على غير المهني أو المستهلك نتيجة تعسف الطرف الآخر في استعمال سلطته الإقتصادية والتي تمنحه منفعة مبالغاً فيها» .

إلا أن هذا التعريف قد وجهت له أسهم الانتقاد من طرف الفقه كونه يعتمد ويقيم تقدير الطابع التعسفي للشرط على معياري التعسف في استعمال القوة الإقتصادية ومعياري المنفعة المبالغ فيها.

وهو الأمر الذي دفعه إلى تعديل موقفه من خلال القانون رقم 95-56 الصادر في 1 فبراير 1995 المعدل لقانون الإستهلاك حيث أضافت المادة الأولى من هذا القانون، للمادة (132-2/1) من القانون الأول "أنه في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين التي يعتبر موضوعها منح أو خلق عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - Loi n°= 78-23 du 10 janvier 1978 Sur La protection et l'information des consommateurs de produits et Services.

- انظر في ذلك زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص45

<sup>2</sup> - ART 132-1/2 ( c- consone) :«Dans le contrats conclus entre professionnelle et non. Professionnelles ou consommateur sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnelle au du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droit et obligations des parties au contrat»

أما المشرع الجزائري فقد عرفه من خلال المادة (70) من القانون المدني حيث نصت « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » .

وتعرض له في القانون رقم 02-04 السابق ذكره بموجب نص المادة (3) حيث عرفت 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 » .

وما يجب ملاحظته في هذا الصدد أن هذه التعاريف جاءت فضفاضة تحتمل التأويل، فالمشرع الألماني اعتبر الشرط تعسفيا إذا كان يخالف مبدأ حسن النية، وهذا ما يجعل التعريف عاما وغير محدد للصفة التعسفية بشكل دقيق.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فبالرغم من تعريفه للشرط التعسفي إلا أننا نجد المادة (132) قد نصت على مجموعة من الشروط المعتبرة تعسفية والتي وردت على سبيل المثال. كما أحالت نفس المادة للحكومة إصدار مراسيم بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أنه يعترف ضمنا بعدم تحديده للصيغة التعسفية بشكل دقيق .

ونفس النقد يوجه للمشرع الجزائري، حيث نصت المادة (29) من قانون 02-04 على قائمة غير حصرية للشروط التعسفية وكذا المادة (5) من القانون رقم 306-06<sup>(1)</sup>، مما يعني إقراره هو الآخر بعدم تحديده الدقيق لصيغة التعسف في الشرط .

إن هذه التعاريف اختلفت حول نطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص وطبيعة العقد ومحلّه، لذلك نجد أنه من الصعب وضع تعريف محدد ودقيق للشرط التعسفي، ذلك أن إحساس التعسف على رأي « U-Aubert » إحساس أكثر من ذاتي<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - القانون رقم 306-06 الصادر في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية .

<sup>2</sup> - أشار إليه D :MAZEAUD ,le juge face aux clauses abusives ,d, pais ,1993,p24

هذا ما جعل بعض التشريعات تتجاهل القيام بهذا الأمر، تاركة المهمة للفقهاء والقضاء، ومن بينها التشريع المصري، فلا نجد سوى الحكم الوارد في المادة (149) من القانون المدني الذي جاء مطابقاً للمادة (110) من القانون المدني الجزائري.

وحتى مع إصداره للقانون رقم 06-67<sup>(1)</sup> فإنه تجنب التعرض لتعريفه، بينما نجد أن البعض عرفه بأنه « ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاماً تتنافى مع العدالة، مضيفاً أن هذه الصيغة نسبية تختلف من عقد لآخر، حسب ظروف التعاقد وموضوعه وحالة الطرفين، ويختلف مفهومها حسب البيئات والمجتمعات المختلفة، وينتهي مرة أخرى إلى القول أن أمر تعديلها يعود إلى محكمة الموضوع .

#### الفقرة الثانية: معايير تقدير الشرط التعسفي.

هناك ثلاث معايير لتقدير الشرط التعسفي يعتمدها معظم الفقهاء والقوانين وهذه المعايير هي:

- معيار التعسف في استعمال القوة الإقتصادية (1)، ومعيار الميزة المفرطة (2)، ومعيار الإخلال الظاهر بين الحقوق والإلتزامات (3)

#### - أولاً- معيار التعسف في استعمال القوة الإقتصادية.

ومؤدى هذا المعيار هو أن ضخامة المشروع الإقتصادي سبب كاف لجعل المحترف يستغل قوته الإقتصادية في مواجهة المستهلك ليفرض عليه شروطه وبالتالي الحصول على ميزة مفرطة .

إلا أن هذا المعيار يؤخذ عليه أنه يتسم بالغموض، وغير دقيق حيث أن ضخامة المشروع لا تعني القوة الإقتصادية في جميع الأحوال، فقد يحدث العكس في بعض الأحيان كما هو الشأن في المشروع الصغير الذي يتمتع باحتكار مماثل المشروع الوطني<sup>(2)</sup> .

<sup>1</sup> - القانون 67-06 الصادر في 19 ماي 2006 بشأن حماية المستهلك- أنظر في ذلك زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 47  
<sup>2</sup> - انظر محمد بودالي مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى دار الفجر للنشر والتوزيع سيدي بلعباس، الجزائر 2007 ص 129

كما أن المحترف في فرض شروطه على الطرف الضعيف يستند إلى قوته في السيطرة الفنية والتقنية أكثر منها اقتصادية، نظرا لكونه معتادا على إبرام العقود والصفقات وعارف بما ينجر عنها من حقوق والتزامات، الأمر الذي يساعده على إملاء شروط يراها مناسبة لمصلحته على حساب الطرف الآخر<sup>(1)</sup>.

وعلى الرغم من هذه الإنتقادات إلا أن هذا المعيار حظي باهتمام من جانب من الفقه حيث يرى البعض أن مؤشر القوة الاقتصادية للمحترف، تظهر منذ اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم.

في حين يرى البعض الآخر أن التعسف يأتي من الوضع المسيطر والذي ينجر بدوره من حصول المحترف على شروط ملائمة له بشكل مفرط ومبالغ فيه<sup>(2)</sup>.

### - ثانيا - معيار الميزة المفرطة<sup>(3)</sup> .

هذا المعيار يأخذ نفس السبب الذي أخذ به المعيار السابق لكن يختلف عنه في النتيجة .

ومؤداه أن القوة الاقتصادية للمهني، تؤدي إلى الإختلال في البنية التفاوضية، فيحدث عدم توازن فاحش في الحقوق والإلتزامات بين المهني والمستهلك، مما يجعل تنفيذ العقد لا يتفق مع حسن النية والعدالة والإنصاف<sup>(4)</sup> .

يؤخذ هذا المعيار أنه يقتصر في المزايا المغالي فيها على المزايا المالية فحسب، إضافة إلى أنه في نظرتة المادية هذه يقترب من فكرة الغبن من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة .

في حين بالرجوع إلى نصوص قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالمنتجات والخدمات نجد أنه بالرغم من وجود الكثير من

<sup>1</sup> - انظر في ذلك ريتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص 48

<sup>2</sup> - انظر محمد بودالي مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع نفسه، ص128.

<sup>3</sup> - الميزة المفرطة أو الفاحشة هي المكافأة أو الوضع الذي يتحصل عليه المهني نتيجة لاستخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر والتي تشكل من جانبه عبئا من دون مقتضى. انظر في ذلك رباعي أحمد ، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن مجلة إقتصادية إفريقية كلية الحقوق، جامعة الشلف، الجزائر، العدد 5، دون سنة نشر، ص347

<sup>4</sup> - انظر محمد بودالي مكافحة الشروط التعسفية في العقد، المرجع السابق ص128

الشروط ذات الطابع المالي إلا أنه لا يخلوا من شروط أخرى ليس بها طابع مالي مثل الشروط المتعلقة بتسليم المنتج .

إضافة إلى ذلك فإنه يختلف عن الغبن نظرا لكون الغبن يقتصر على المزايا المالية. أما الميزة المفرطة أوسع من ذلك فهي تشمل المزايا المالية والغير مالية، وأن الميزة المفرطة لا تقتصر على عدم التعادل في الثمن، وإنما تمتد إلى مختلف الشروط التي يتضمنها العقد، على عكس الغبن الذي يقتصر على عدم التعادل في الثمن (1) .

### - ثالثا - معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

وهو ما أخذت به معظم التشريعات. حيث أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة (5/3) من القانون 02-04 حيث جاء فيها « كل بند أو شرط ... من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

ولم يعتمد في قانون الممارسات التجارية لا على معيار الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المحترف من جراء إدراجه للشرط التعسفي ولا على معيار التفوق الإقتصادي متجنباً في ذلك الإنتقادات التي ستوجه له إن هو اختار هدين المعيارين، ذلك أن الشرط التعسفي لا يمكن افتراض وجوده إلا بافتراض أن أحد طرفي العلاقة التعاقدية قد استعمل تفوقه - مهما كان شكله - لإدراج هذا الشرط .

فضلا عن ذلك فإن المشرع الجزائري قد حدد دائرة العقود التي ترد فيها الشروط التعسفية والتي تكون عرضة للطعن بطائفة عقود الإذعان، وهذه العقود تتسم أصلا بتفاوت مراكز أطرافها نتيجة لاحتكار أحد الطرفين لسلعة أو خدمة إحتكارا فعليا أو قانونيا (2) .

كما أخذ به المشرع الفرنسي من خلال المادة (132) من القانون المدني كما

سبق ذكرها.

1- انظر شهيدة قادة، الرقابة على الشروط التعسفية كآلية فعالة لحماية رضا المستهلك، مجلة المحامي، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين، سيدي بلعباس العدد 4 بدون سنة. ص 37.

2- أنظر رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 360

في حين هناك من الفقه من اعتبر هذا المعيار سوى تكريسا لفكرة الميزة المفرطة وأنهما يختلفان من حيث الشكل لا الموضوع وبالتالي وجهت له نفس الإنتقادات الموجهة للمعيار الأول (1).

ومن أجل التمييز بين فكرة الغبن وفكرة عدم التوازن الظاهر، نص المشرع الفرنسي في المادة (132- 7/1) من قانون الاستهلاك الفرنسي على «تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع على تعريف الموضوع الرئيسي للعقد، ولا على ملاءمة الثمن مع المبيع أو تقييم الشيء المبيع أو الخدمة المقدمة.» (2) وما يجب ملاحظته أن التوجيه الأوروبي رقم 93-13 في مادته 3(3) إتمد على معيار آخر هو معيار غياب الندية التفاوضية. ومحتوى هذا المعيار أن الشرط يعد تعسفيا إذا لم يكن محل تفاوض بين الطرفين.

غير أن هذا المعيار لم تأخذ به التشريعات ذلك أن المحترف بإمكانه أن يتفاوض حول شروط العقد مع المستهلك، فلا يعد الشرط تعسفيا بالرغم أن هذا التفاوض قد يكتسي طابعا جائرا وممنوعا.

### الفقرة الثالثة: نطاق الحماية من الشروط التعسفية.

تختلف الحماية من الشروط التعسفية باختلاف المجالات وسوف نتعرض لهذه الحماية بالنظر إلى ثلاث مجالات وهي من حيث الأشخاص (أولا) من حيث محل العقد (ثانيا) من حيث طبيعة العقد (ثالثا).

<sup>1</sup> - انظر محمد بودالي مكافحة الشروط التعسفية في العقد، المرجع السابق ص134

<sup>2</sup> - - ART 132 ( c- consom) :«... l'appréciation du caractère abusive des clauses au sens du première alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principale du contrat ni sur l'adication du prix ou de la rémunération ou bien vendu ou au service offert »

<sup>3</sup> - ART 3 du conseil européen N=° 93-13 « Une clause Dun contrat N'ayant pas fait l'objet dune négociation individuelle est considérée comme abusive lores kue en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligation des parties découlant du contrat.

## أولاً: من حيث الأشخاص

الأصل العام أن تمتد الحماية من الشروط التعسفية إلى كل طرف في عقد الإذعان سواء كان محترفاً في مواجهة محترف آخر أو مستهلك<sup>(1)</sup> في مواجهة محترف.

إلا أننا نجد اختلاف التشريعات في مدى هذه الحماية، ففي القانون الفرنسي في بداية الأمر لم يعترف بتقرير الحماية للمستهلك المحترف وقد جاء هذا في قرار محكمة النقض بتاريخ 15 أبريل 1986 حيث حرمت وكيلا عقارياً من الحماية المقررة للمستهلك بوصفه محترفاً.

غير أنه سرعان ما حولت موقفها وذلك بتاريخ 23 جوان 1987 حيث أصدرت قراراً مخالفاً لقرارها السابق حيث جاء فيه « أن الوكيل العقاري الذي يعقد عقداً بهدف وضع نظام إنذار في أحد البنائيات يستفيد من قواعد حماية المستهلك ذلك أن مجال عمله يختلف تماماً عن التقنية الخاصة بأنظمة الإنذار<sup>(2)</sup>.

أما المشرع المصري فقد أخذ بحماية المستهلك الغير محترف<sup>(3)</sup> وذلك من خلال المادة (2) من القانون رقم 67-06 حيث جاء في نص المادة « ... كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع حاجياته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل معه بهذا الخصوص. ».

أما المشرع الجزائري فقد تأرجح رأيه بين الأخذ بالحماية للمحترف وبين اقتصارها على المستهلك.

فنص (3) من قانون 02-04<sup>(4)</sup> لم يحدد من المعني بالحماية إذ جاء في نص المادة « أن الحماية تنصرف إلى كل طرف ضعيف في عقد الإذعان » لكن إذا نظرنا إلى المادة (29) من نفس القانون نجد أنها تنص على البنود التي تعتبر تعسفية بين البائع والمستهلك وليس بين البائع والمحترف وهذا دليل على عدم إقرار المشرع بالحماية للطرف المحترف.

1- انظر في ذلك زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص 51

2 D, MAZEAUD, OP, CIT, P26 .

3- أشارت إليه زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 56

4 - لقانون رقم 02-04 الصادر في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية

وإذا جئنا إلى المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 (1) فنجد أنه لم يستثنى المستعمل الوسيط أو المحترف من الحماية فجاء في نص المادة « كل شخص يقتني بئمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للإستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجيات شخص آخر يتكفل به.» وعموما يمكن حماية المحترف في التشريع الجزائري إستنادا إلى نص المادة (7) من القانون رقم 03-03(2) حيث يمنع بموجب هذه المادة كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة في السوق أو إحتكارها أو على جزء منها. كما تمنع المادة (11) من نفس القانون على كل مؤسسة التعسف في إستعمال وضعية الهيمنة لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة.

#### ثانيا: من حيث طبيعة العقد.

إن غالبية عقود الإذعان التي تتضمن شروطا تعسفية هي عقود محررة مسبقا، وهذا ما يطلق عليه مصطلح العقود النموذجية. فالمشرع الفرنسي اعتبر أن الحماية من الشروط التعسفية تسري على جميع العلاقات التعاقدية، كعقد الإذعان والبيع والتأمين... الخ ما دامت هذه العقود قد حررت مسبقا وهذا جلي من خلال المادة (4/132) من قانون الاستهلاك الفرنسي، وحيث لم يشترط الرسمية في الكتابة، فقد تكون في شكل فاتورة أو وصل ضمان أو وصل تسليم.. الخ(3).

وحدا حدوه المشرع الجزائري من خلال المادة (3/3) من القانون المتعلق بالممارسات التجارية حيث جاء في نص المادة أن العقد هو « كل اتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.»

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 90-39 الصادر في 23 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش

<sup>2</sup> - القانون رقم 03-03 الصادر في 19 جوان 2003 المتعلق بالمنافسة

<sup>3</sup> - انظر محمد بودالي ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق ص13

وما يجب الإشارة إليه هو أن معظم العقود الحديثة تتم في ظل اختلال التوازن بين الإلتزامات لكنها بعيدة كل البعد عن الإحتكار، ومع إمكانية مناقشة بنودها هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن بعض عقود الإذعان لا تحمل في طياتها شروطا تعسفية أو بالإمكان أن يتجاوزها المحترف، ففي هذه الحالة لاجدوى من حماية المستهلك من شروط يمكن التفاوض عليها وبالتالي لاجدوى من تدخل القضاء لفرض هذه الحماية .

ولكن لنقل والحالة هذه أن عقد الإستهلاك هو عقد إذعان من نوع خاص يخضع فيه المستهلك لشروط المحترف نتيجة لتفوقه الفني وهو أمر يستوجب الحماية(1)

### ثالثا: من حيث محل العقد.

تشمل الحماية من الشروط التعسفية المنتجات والخدمات، وقد عرف المشرع الفرنسي المنتج في نص المادة( 1386 ) من القانون رقم 98-389(2) حيث جاء فيها «كل مال منقول حتى ولو ارتبط بعقار ويسرى هذا الحكم على منتوجات الأرض وتربية المواشي والدواجن، والصيد البحري وتعتبر الكهرباء منتوجا» فاستثنى بذلك العقارات من مفهوم المنتج(3).

ونجد المادة( 2/140 ) مكرر من القانون المدني الجزائري تنص على " يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية، والصيد البحري والطاقة الكهربائية " .

بمعنى أنه يدخل في معنى المنتج المنقول بصفة عامة سواء كان مادي أو معنوي ولو كان متصلا بعقار، في حين أنكر صفة المنتج على العقار، وبالتالي لا يستفيد المتعامل في العقارات من حماية من الشروط التعسفية.

<sup>1</sup> - أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 60

2- Loi n=°98-389 qui concerne= La responsabilité du fait des produit défectueux

<sup>3</sup> - انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص 60

أما العقارات بالتخصيص فتشملها الحماية لأنها منتوج إذا تم التعامل فيها بصفة منفردة ومستقلة عن العقار الذي وضعت لخدمته(1).

كما نجد المادة( 1) من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 تعرف المنتوج بأنه " جميع العمليات التي تتمثل في تربية المواشي والمعادن قبل تحويلها والمحصول الفلاحي والجني والصيد البحري، وذبح المواشي وصنع منتوج ما وتحويله وتوضيبه، بما في ذلك خزنه أثناء صنعه وقبل أول تسويق له".

إلا أن المادة الثانية من نفس المرسوم إستتنت المنقولات المعنوية من مفهوم المنتوج حيث نصت على «كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية.

وقد جاء في المادة( 2) من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات أن "المنتوج هو كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة ". فأدمج الخدمة في مفهوم المنتوج.»(2)

### الفرع الثاني: أحكام تعديل القاضي للشرط التعسفي

إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية فإنه يجوز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به قواعد العدالة، وهذه القاعدة تضع في يد القاضي سلطة تقديرية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المحترف.

ومن بين أهم مظاهر حماية الطرف المذعن في عقد الإذعان، ما يتمتع به القاضي من حرية وسلطة في تقدير الشرط التعسفي، وأن يعدل هذا الشرط أو يعفي الطرف المذعن منه، وسلطة القاضي في ذلك لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، أو إستبعادها لأنها تتعلق بالنظام العام.

1- انظر شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2005 ص36

2- انظر محمد بودالي حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث سيدي بلعباس الجزائر 2006، ص30

وعليه إذا كشف القاضي بسبب سلطته التقديرية شرطا تعسفيا في عقد الإذعان، فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه ولم يرسم المشرع للقاضي حدود في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة .

ولهذا سوف نقسم هذا الفرع إلى نقطتين أساسين تخصص الأولى منه إلى سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط، والثانية إلى توقيع الجزاء المترتب على إدراج الشرط التعسفي.

### الفقرة الأولى: تدخل القاضي لتقدير الطابع التعسفي للشرط

وفي هذا سنتطرق إلى نقطتين أساسيتين هما.

أولا مدى تقدير القاضي للشرط التعسفي، ثانيا طريقة تقدير القاضي للطابع التعسفي للشرط.

#### أولا : مدى تقدير القاضي للطابع التعسفي للشرط.

فالقضاء الفرنسي كان يعتمد على قواعد الشريعة العامة في القانون المدني لإبطال بعض الشروط التعسفية أو التخفيف من وطأتها، ولكن هذه النصوص كان مجال تطبيقها واسعا من حيث الأشخاص وضيقا من حيث الموضوع وذلك لأنها كانت تتعلق بإبطال شروط معينة (1).

لكن بعد مرور قانون 10 جانفي 1978 (2) والتي نصت المادة (35) منه على ما يلي « إن منع الشروط التعسفية يكون بإصدار مراسيم من السلطة التنفيذية بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية» .

كما نصت هذه المادة على بعض الشروط والتي تعتبر تعسفية، والتي اعتبرها الفقه والقضاء المذكورة على سبيل المثال لا الحصر، وبهذا الصدد تقتصر سلطة القاضي على الحكم ببطان هذه الشروط المنصوص عليها فقط، دون أن يتعدى ذلك إلى الشروط التي لم يرد فيها نص ولو وصفت بأنها تعسفية.

ولذلك فكر المشرع في الخروج من هذه الواقعة التي حصره فيها قانون 1978، فكانت أن ذهبت محكمة النقض الفرنسية بداية في قرارها الصادر بتاريخ

<sup>1</sup> - انظر بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق ص44  
<sup>2</sup> - القانون رقم 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالمنتجات والخدمات

16 جويلية 1987 إلى القول " أنه يجوز للقاضي في غياب قانون يجيز له العقاب على التعسف أن يصدر جزاء في العقود، بالإستناد إلى نص المادة (1134) من القانون المدني<sup>(1)</sup> .

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 ماي 1993 إلى القول «أن القاضي هو الذي يقرر الطابع التعسفي للشرط وليس القانون ، وأنه في ذلك يخضع لرقابة المحكمة النقض باعتبارها مسألة قانونية<sup>(2)</sup> .

وبصدور القانون رقم 95-56<sup>(3)</sup> وسع المشرع الفرنسي من سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط بصورة ضمنية، وذلك بالرجوع إلى المراسيم التنفيذية بعد استشارة لجنة الشروط التعسفية، أو بالرجوع إلى القائمة التي تنص عليها المادة (1/132) من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر والتي يمكن أن نذكر منها « الشرط الذي يستبعد أو يحد من المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه، والشرط الذي يعلق تنفيذ المحترف لإلتزامه على محض إرادته، والشرط الذي يحد من حقوق المستهلك في حالة عدم تنفيذ المحترف لإلتزاماته بشكل جزئي أو كلي ... الخ .

وما يؤخذ على هذه الشروط أنها لا تتمتع بالقوة الإلزامية<sup>(4)</sup> كما منحت نفس المادة للقاضي إمكانية اللجوء إلى المواد من (1115) إلى (1161) والمواد (1163) و (1164) من القانون المدني الفرنسي لتقدير الطابع التعسفي للشرط مما يعني أن المشرع قد إعتترف ضمنا بسلطة القاضي التقديرية<sup>(5)</sup> .

أما المشرع المصري فقد نصت المادة (149) من القانون المدني على نفس الحكم الوارد في المادة (110) من القانون المدني الجزائري فمنحت القاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط في عقود الإذعان.

I \_ D, MAZEAUD, OP ,CIT ,P 19

أشارت إليه زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 69

2- انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص 69-70

3- القانون رقم 95-56 الصادر في 1 فبراير 1995 المعدل لقانون الإستهلاك الفرنسي.

4- انظر محمد بودالي مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 35.

5- انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 72

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها بتاريخ 12 ديسمبر 1989 بقولها أن «للقاضي طبقاً لنص المادة (149) أن يعدل الشروط التعسفية إذا تضمنها عقد الإذعان، وفقاً لما تقضي به قواعد العدالة وأن محكمة الموضوع تملك سلطة تقدير ما إذا كانت الشرط تعسفياً أولاً (1) .

كما ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1989/04/22 رقم (1320) من أن «... تقدير ما إذا كان الشرط المدرج في عقود الإذعان شرطاً تعسفياً أم لا، يملك القاضي تعديله، بما يزيل أثر التعسف أو يلغيه، فيعفي الطرف المدعى منه، في حدود ما تقتضيه قواعد العدالة عملاً بنص المادة (149) قانون مدني مصري، وذلك من مسائل الواقع، التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع (2) . أما عن المشرع الجزائري فتشكل المادة (110) من القانون المدني أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركة الإحتكار.

والقاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره، مادامت عبارة لعقد تحتل المعنى الذي أخذ به، ولم يرسم المشرع له حدود في ذلك إلا بما تقتضيه العدالة. هذا وأن القاعدة المقررة لسلطة القاضي تعد من النظام العام، الذي لا يمكن الإتفاق على مخالفتها.

وقد نصت المادة (29) من القانون 04-02 على مجموعة من الشروط المعتبرة تعسفية في العقود المبرمة بين البائع والمستهلك، منها على سبيل المثال، الشرط الذي يمنح للمحترف حقوق وامتيازات لا تقابلها حقوق وامتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك، والشرط الذي يمنحه حق الإنفراد بتفسير شرط أو عدة شروط في العقد، وكذا الشرط الذي يلزم المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلتزم هو بتنفيذها، والحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص حيث قصرتها على العلاقة بين البائع والمشتري، في حين أن عقود الإستهلاك متنوعة وعديدة كالتأمين، النقل... الخ.

<sup>1</sup> - مقتبس عن زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 73

<sup>2</sup> - أنظر دالي بشير، المرجع السابق، ص 41

كما نستشف أن القائمة واردة على سبيل المثال لا الحصر وإلا لما كان المشرع ليتبعها بقائمة أخرى من الشروط التعسفية، والتي نصت عليها المادة (5) من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية منها الشرط الذي يمنح للعون الإقتصادي الحق في تعديل العقد أو فسخه بصيغة منفردة بدون تعويض للمستهلك، وكذا الشرط الذي يمنع المستهلك في حالة القوة القاهرة من فسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض، أو فرض بنود عليه لم يكن على علم بها وقت إبرام العقد، وإن كان يؤخذ على القائمة التي تتضمنها المادة (5) أنها تتعلق خاصة بفترة تنفيذ العقد (1).

#### ثانيا: طريقة تقدير الطابع التعسفي للشرط

بالنظر إلى نص المادة (5/123) من قانون الاستهلاك الفرنسي فإن «الطابع التعسفي للشرط يقدر بالرجوع إلى وقت إبرام العقد وكل الملابس المحيطة بإبرامه وكل بنود العقود الأخرى، ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو إستبعاد هذين العقدين مرتبطان قضائيا ببعضها البعض» (2).

وإذا جئنا إلى القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإن تقدير الطابع التعسفي للشرط يكون بالنظر إليه بصفة منفردة أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى وهذا ما تتضمنه المادة (5) من نفس القانون. وهذا النص ما هو في حقيقة الواقع إلا نقلا عن المادة (5/1-132)، ولكن المشرع الجزائري وقع في صياغة خاطئة، فالمنطق يقول أن الشرط لا ينظر إليه بصفة منعزلة، إذ أنه لا يمكن إعتبار الشرط تعسفيا بمجرد أنه يمنح لأحد أطراف

<sup>1</sup> - أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص72-73

<sup>2</sup> - ART 132-1/5 ( C. consommation) : « Le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant au moment de la conclusion du contrat, a toutes les circonstances qui entourent pas conclusion de même qu'a tout les autre closes du contrat, il S'apprécie également au regard de celles contenues dans un notre contrat lors que la conclusion ou l'éclusions de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une du l'autre».

العقد مزايا معينة، فقد يكون هناك شرط آخر يتضمنه العقد يمنح المتعاقد الآخر مزايا تعيد التوازن في العقد.

ولكن 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 تعسفي (1).

أما عن وقت تقدير الطابع التعسفي للشرط فإن المشرع الفرنسي إستند في ذلك إلى وقت إبرام العقد، وإلى جميع الظروف المحيطة بتكوينه طبقاً لنص المادة (5/132) من قانون الإستهلاك .

ولكن المشرع الجزائري لم يتكلم من هذا لأن هذه المسائل من المسلمات التي يعتمدها القضاء في تعامله مع جميع العقود حين توليه عملية تفسيرها دون حاجة إلى نص (2).

### الفقرة الثانية: توقيع الجزاء المترتب على إدراج الشرط التعسفي

إذا ما تبين للقاضي أن شرطاً ما مدرج بالعقد تعسفياً، فيتعين عليه أن يوقع الجزاء المناسب والمقرر لهذه الحالة، وهذا الجزاء قد يكون مباشراً، ويتمثل إما في الإلغاء أو الإلغاء مع التعديل (أولاً) وإما غير مباشر ويكون بتفسير الشك في مدلول الشرط لمصلحة الطرف المذعن (ثانياً).

### أولاً: الجزاء المباشر

فالجزاء المباشر كما أشرنا إليه يتمثل في الإلغاء أو الإلغاء مع التعديل (أ)، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو حول نطاق الجزاء: فهل يمس الشرط فقط أم يشمل العقد برمته (ب) (3)

أ- لقد اختلف الفقه والتشريعات حول طبيعة هذا الجزاء.

1- فالمشرع الفرنسي: بمقتضى المادة (35) من قانون 1978 رتب على إدراج الشرط التعسفي في العقود بين المحترف والمستهلك أو غير المحترف، باعتباره

<sup>1</sup> - انظر بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق ص 133.

<sup>2</sup> - أنظر رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 361 .

<sup>3</sup> - انظر بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع نفسه، ص 20.

غير مكتوب، وتفسير ذلك لدى غالبية الفقه هي أنها باطلة، وهو ما نصت عليه المادة (132-1/6) من قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>(1)</sup>.

غير أن الفقه اختلف حول هذا البطلان، فذهب جانب من الفقه إلى القول أن البطلان المقرر في هذه الحالة هو البطلان المطلق لأنه يمثل جزاء لأفعال للمستهلك، وأن ترك المجال للمستهلك لرفع دعوى الإبطال يؤدي إلى التقاعس عن رفعها لأسباب عدة منها طول الإجراءات وكثرة المصاريف مقارنة مع قيمة السلعة أو الخدمة المحصل عليها.

والجانب الأخر من الفقه ذهب إلى القول أن البطلان المقرر هو البطلان النسبي، وهو مقرر للمستهلك ومتعلق بالنظام العام.

وهذا الرأي يعتريه شيء من المنطق وقد مال إليه غالبية الفقه ومن بينهم الأستاذ محمد بودالي. على أساس أن البطلان النسبي يتلاءم مع مصلحة المستهلك، لأن البطلان المطلق يؤدي إلى حرمان المستهلك من الاستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل، كما أن من شأن أعمال البطلان النسبي الإبقاء على العقد قائما، وبالتالي الإفادة من السلعة أو الخدمة<sup>(2)</sup>.

2- أما المشرع المصري فقد رجح مصير الشروط التعسفية بين الإلغاء والتعديل بموجب نص المادة (149) من القانون المدني المصري، كما نصت المادة (6/67) من قانون التجارة المصري رقم 99-17 على بطلان «كل شرط أو بيان يكون من شأنه إعفاء المنتج أو الموزع من المسؤولية أو تحديدها أو تخفيض مدة تقادمها . وأكثر من ذلك أعتبر الشرط بعدم تحديد المسؤولية في غير الحالات، التي تتوفر بشأنها نظام العيوب الخفية يقع باطلا .

و نصت المادة (10) من قانون حماية المستهلك رقم 67/06 على أنه «يبطل كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما تعلق بالتعاقد مع المستهلك

<sup>1</sup> - ART132 -6/1 ( C. CONSOMME) «Les clauses abusive sont réputée non écrites ».

<sup>2</sup> - انظر بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق ص53.

إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون (1).

3 - أما المشرع الجزائري فقد أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشروط التعسفية مع الإبقاء عليه أو إعفاء الطرف المدعى من الخضوع لهذا الشرط وذلك بموجب المادة (110) من القانون المدني، وهذه السلطة جوازية وليست وجوبية، فيجوز للقاضي أن لا يستعمل الرخصة المخولة له من المشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان، وتنص نفس المادة على بطلان أي إتفاق يقضي باستبعاد سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي.

كما نص في المادة (13) من القانون رقم 03-09 (2) على أن «يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون ويمتد هذا الضمان إلى الخدمات.... يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه دون أعباء إضافية، ويعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة».

وقد أشارت المادة (10) من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات إلى أنه يبطل كل شرط بعدم الضمان ويبطل مفعوله، ويعتبر شرط عدم الضمان كل شرط يحد من إلتزامات المحترف القانونية أو يستبعدا «الأمر الذي يعني أن المشرع وبصدد شرط من الشروط الواردة في المادة (29) من القانون رقم 04-02 والمادة (5) من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المشار إليه سابقا رجح مصيرها بين الإلغاء والتعديل أما الشروط الواردة في قواعد خاصة يترتب عليها البطلان (3).

ب - فيما يخص نطاق هذا البطلان فإن المشرع الفرنسي إهتدى إلى أن هذا البطلان يكون نسبي ويقتصر على الشروط التي تعتبر تعسفية وهذا ما نصت عليه

<sup>1</sup> - انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص79

<sup>2</sup> - القانون رقم 03-09 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش .

<sup>3</sup> - انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص78

المادة (8/132) من قانون الاستهلاك الفرنسي بقولها «العقد يبقى قائما صحيحا إذا أمكن أن يبقى دون الشروط المعتبرة تعسفية (1) .

ورغم ذلك فقد انقسم الفقه حول هذا، فهناك من يرى أن بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله تحت طائلة أن بطلان الجزء يشمل بطلان الكل، وبرهنوا على موقفهم هذا بنصوص من القانون المدني الفرنسي منها المادة (1174) والتي تنص على إبطال العقد بأكمله إذا ما تضمن شروط معينة كما هو الحال بالنسبة للشرط الإرادي المحض.

أما البعض الآخر فيقول أن البطلان النسبي يمس الشروط لا العقد وهذا ما يعبر عن نظرية إنقاص العقد والمشار إليها بالمادة (1649) قانون مدني فرنسي التي تنص على بطلان الشروط الرامية إلى إلغاء وتخفيف الضمان الواجب على البائع في حالة وجود عيب خفي بالشيء المبيع (2) .

وتشير المادة (1/3-132) من نفس القانون (3) على أن الشروط الواردة بالملحق هي واردة على سبيل المثال لا الحصر، وهذا لا يعفي المدعي من إثبات الشرط التعسفي، وهذا يعني إن تضمن العقد شرطا من هذه الشروط المذكورة لا يعتبر قرينة قانونية على الطابع التعسفي للشرط المذكور في القائمة (4) .

أما بخصوص المشرع الجزائري وبالإستناد إلى المادة (110) من القانون المدني فإنه يمكن للقاضي أن يعدل الشرط أو أن يعفي الطرف المذعن منه تطبيقا لنظرية إنقاص العقد والتي اشترط المشرع لتطبيقها

01)- أن يكون العقد باطلا في شق منه فقط، وليس كله

02)- قابلية العقد للإنقسام.

03)- أن يكون الشق الباطل غير مؤثر.

<sup>1</sup> - ART 132/8 ( C-Consomme):« Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autre que celles jugées abusives s'il peut subsister sans les dites clauses».

<sup>2</sup> - انظر بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق ص55

<sup>3</sup> - ART 132-1/3 ( C- Consomme) «une annexe au présent code comprend une liste indicative et son exhaustive des clauses qui peuvent etre regardées comme abusive si elle sabstifont aux conditions posées au premiere alinéa- en cas de litige concervent un contrat comportant une belle clause le demandeur n'est pas dispeusé d'apporter la preuve du caractère de cette clause.»

<sup>4</sup> - انظر بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع نفسه ، ص 138

- وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل في أوانه.

أما عن عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط فإن المادة (29) من القانون رقم 02-04 تفترض الطابع التعسفي للشرط، وعليه فالمضروور يعفى من إثبات الطابع التعسفي، إذا كان من بين الشروط المحددة في المادة (29).  
أما إذا تعلق الأمر بشروط أخرى غير تلك التي وردت في المادة فإن المتعاقد المضروور لا يقع عليه عبء الإثبات (1)..

### ثانيا: الجزاء الغير المباشر (تفسير الشك في عقود الإذعان)

فالأصل في تفسير العبارات الغامضة في العقد أن يؤول الشك لمصلحة المدين وهذا ما نصت عليه المادة (1/112) من القانون المدني الجزائري.  
أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد جاءت باستثناء وهو «غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المدعن.» .

وهي بذلك تشير إلى أن الشك في عبارات عقود الإذعان الغامضة تؤول لمصلحة الطرف المدعن سواء كان دائنا أو مدينا، ففي عقد التأمين يفسر الشك لمصلحة المؤمن له وهو دائن لشركة التأمين، بالمبلغ الذي تدفعه عند تحقق الحادث المؤمن منه.

وما يمكن استخلاصه من هذا هو أن قبول الطرف المدعن في عقود الإذعان بمجرد التسليم بالشروط المقررة في العقد، لا يعني أن إرادته معيبة بل على العكس فهي صحيحة على أن يكون له الحق في التظلم منها(2)..

وقاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعن تستمد قوتها وشرعيتها من عدة أسانيد وهي: أن هذا الأخير هو الأضعف إقتصاديا في العلاقة، وأن رضاه بالعقد أقرب إلى التسليم الإجمالي منه إلى القبول الإختياري وفي المقابل أن الطرف القوي هو الذي يستقل بتحرير العقد ووضع شروطه، وبالتالي فإذا وجد غموض أو

<sup>1</sup> - انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص81  
<sup>2</sup> - أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق ص40.

لبس وجب أن لا يفيد من هذا الغموض، وعليه يجب أن يتحمل تبعه عدم الإضطلاع بهذه المسؤولية على النحو المفروض (1).

فالمشرع الفرنسي طبق هذه القاعدة بشأن الشروط المطبوعة والشروط الخطية، بالرغم من أنه لم يوردها ضمن الشروط الواردة في المادة (1162) التي اقتصر فيها على تفسير الشك لمصلحة المدين.

فذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31 جانفي 1927 إلى تأييد حكم محكمة الإستئناف - RIOM - الصادر في 26 أكتوبر 1923 ألزمت فيه المحكمة شركة التأمين بتعويض المؤمن له جراء حادث السير، حيث رفضت الشركة أن تلتزم بالضمان على إعتبار الشرط المطبوع الوارد في عقد التأمين يفرض أن يكون سن قائد السيارة ثماني عشرة سنة على الأقل، وأن السيارة المؤمن عليها وقت الحادث، كان يسوقها ابن المؤمن له الذي لم يبلغ ثماني عشرة سنة.

فذهبت محكمة النقض للقول بأن « هناك شرط آخر مكتوب باليد ينص على أن السيارة المؤمن عليها يمكن أن يقودها أي قريب أو صديق للمؤمن له، أو أي شخص من الغير شريطة أن يكون مرخصا له بالقيادة، وقد أغفل الشرط المكتوب يدويا ما ورد في الشرط المطبوع من تحديد لسن قائد السيارة، حيث إقتصر على ضرورة الحصول على رخصة القيادة وهذا هو الشرط النافذ (2) .

وما نخلص إليه في آخر هذا الفرع هو أنه يمكن القول أنه من الطبيعي تفسير عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن لأنه كان بإمكان الطرف القوي أن يفرض شروطا واضحة، كما أنه إذا نظرنا إلى الطرف الضعيف في العقد، نجده لم يفهم الشرط المهم عند التعاقد إلا من الوجهة التي تحقق مصالحه، ومن ثم يكون منطقيا إجراء التفسير من جانبه طالما لم يفرض الموجب شروطا واضحة يمكن فهمها.

<sup>1</sup> - انظر أنور سلطان، المرجع السابق ص 237

<sup>2</sup> - مقتبس عن أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف الاسكندرية، ط 2003 ص 165.

وهذا ما ينص عليه المشرع الفرنسي في المادة (1602) من القانون المدني حيث أُلزم البائع بأن يوضح ما يلتزم به المشتري، فإذا تبين وجود غموض أو إبهام في العقد فسر ضده، سواء كان دائنا أو مدينا<sup>(1)</sup>.

ونفس الشيء ذهبت إليه المحكمة العليا في الجزائر بتاريخ 12 مارس 1983 للقول بأن « المفروض أن الطرف الآخر هو الذي يستقل بتحرير العقد وشروطه، فإذا ما غمضت عبارات عقد هو صانعه وجب ألا يفيد من غموض تسبب فيه<sup>(2)</sup> ». وأخيرا يجب أن نعترف بسلطة القاضي، خروجاً عن إرادة المتعاقدين وحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان، في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المدعن منها وفقاً للمادة (110) من القانون المدني الجزائري والتي تعتبر أحكامها من النظام العام، حماية من تعسف واحتكار الأقوياء.

### الفرع الثالث: الرقابة على القاضي في تفسير عقد الإذعان

كما سبق وأن أشرنا في تفسير عبارات العقد الغامضة لصالح المدين إلى أنه إستثناء على القاعدة فإنه في عقود الإذعان، يفسر الشك في مصلحة الطرف المدعن، أي ضد مصلحة الدائن، حتى ولو كان هو الطرف القوي في العقد، لأن القانون يفترض أن يكون الدائن هو من وضع الشروط وفرضها على المدين، الذي ليس له إلا القبول بشروط العقد جملة واحدة، أو رفضها جميعاً، دون أن تكون له حق قبول بعضها ورفض بعضها الآخر<sup>(3)</sup> وفي هذا يجوز للقاضي أن يعدل الشرط ويزيل ما فيه من تعسف، بل له أن يعفي الطرف المدعن منه إعفاء تاماً<sup>(4)</sup>.

ومن هنا يجب أن نفصل بين مسألتين على النحو الآتي :

**أولاً:** مسألة تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعن.

وهي مسألة من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي إلى رقابة محكمة

<sup>1</sup> - انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص 87.

<sup>2</sup> - انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع نفسه ص 84.

<sup>3</sup> - انظر الياس ناصيف، المرجع السابق ص 242.

<sup>4</sup> - انظر محفوظ لعشب، عقد الادعان في القانون المدني الجزائري والمقارن المرجع السابق ص 155.

النقض حيث إذا كان تفسيره لعقد الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن ( الطرف الضعيف ) تعين نقض حكمه (1).

وهذا ما نصت عليه المادة (2/112) من القانون المدني الجزائري حيث نصت على « غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن ».

ويجعل القانون الفرنسي نصوص أكثر وضوحا في مجال تفسير العقود للمستهلك، فإضافة إلى نص المادة (1162) من القانون المدني الرديف للمادة (112) من القانون المدني الجزائري ، هناك نص المادة (1602) من القانون المدني الفرنسي التي وبعد أن حملت البائع بالإلتزام بالإيضاح (une obligation de clarté)، أضافت إلى أن كل تصرف مهم أو غامض يفسر ضد البائع وهو في الغالب الأعم من يكتب العقد. يضاف إلى ذلك نص المادة (2/133) من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تقتضي بأن شروط العقد المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين وغير المحترفين، يجب أن تقدم وتكتب بشكل واضح ومفهوم، وأنها تفسر في حالة الشك بالمعنى الأصلح للمستهلك أو لغير المحترف (2).

**ثانيا:** مسألة تقدير الطابع التعسفي للشرط وتعديله.

فتقدير الطابع التعسفي للشرط يتم عن طريق ما للقاضي من سلطة تقديرية في هذا المجال، وهذه مسألة واقع يستقل بها القاضي دون رقابة عليه من طرف محكمة النقض.

وهذا ما نصت عليه المادة (149) من القانون المدني المصري على عكس المشرع الفرنسي الذي يرى أن محكمة النقض الفرنسية تبسط رقابتها بحق على تقدير المحاكم الأدنى للطابع التعسفي، بوصفها مسألة قانون لا مسألة واقع، متبعة بذلك توحيد معايير التقدير، وتحقيقا للأمن القانوني واستقرار والمعاملات (3).

<sup>1</sup> - انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 290.

<sup>2</sup> - انظر بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ط 2007، ص 63

<sup>3</sup> - انظر بودالي محمد، المرجع نفسه، ص 60

الفصل الثاني  
سلطة القاضي في مرحلة  
تنفيذ العقد

الفصل الثاني: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد .

يتمثل الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد في إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد وفق الشروط التي يتضمنها، ما لم تطرأ حوادث إستثنائية تجعل تنفيذه مرهقا أو مستحيلا<sup>(1)</sup> وقد سبق وأن رأينا أن العقد يعتبر قانون المتعاقدين، فيجب عليهم تنفيذه بأمانة وحسن نية، وحسن النية معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين، ليقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي أم لا<sup>(2)</sup> .

عندئذ يلتزم كل متعاقد بكل الإلتزامات المترتبة عن العقد، ويكون له الحق في المطالبة بكل الحقوق التي تترتب عن العقد دون أن يملك كل متعاقد نقض العقد وله الحق في تعديله لأن العقد شريعة المتعاقدين<sup>(3)</sup> .

ويترتب على هذا المقتضى عدة نتائج تعتبر غاية في الأهمية وأول هذه النتائج هي أنه متى إنعقد العقد صحيحا، إلتزم كل من طرفيه بتنفيذه فلا يستطيع أحد منهم أن يتحلل منه بإرادته المنفردة إلا في الحدود التي يقررها القانون، كما لا يعتد بتعديل فيه يستقل به أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى عدم إستقرار المراكز القانونية.

والثانية أن تطبيق العقد أمام القاضي في حكم تطبيق القانون، وذلك لأن العقد يعتبر قانونا بين المتعاقدين في حدود ما جاء به، وهذا يعني أن الإلتزام الناشئ عن العقد له قوة الإلتزام الناشئ عن القانون.

والثالثة أن القاضي لا يملك التعديل أو التغيير في العقد، كما هو ممتنع عليه بالنسبة للقانون، فلا يسوغ للقاضي أن يعدل عقدا صحيحا بحجة أن التعديل تقتضيه العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين كما تقدم ولا تنسخها إلا في الحدود التي يرسمها القانون<sup>(4)</sup> .

<sup>1</sup> - انظر علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010 ص 364 .

<sup>2</sup> - انظر علي علي سليمان، المرجع السابق ص 97.

<sup>3</sup> - انظر خليل أحمد حسن ق دادة، المرجع السابق ط 2010 ص 105.

<sup>4</sup> - انظر نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ط 2004، ص 285 .

هذا هو الأصل العام إلا أنه بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه قد تطرأ حوادث لم تكن متوقعة، تؤدي إلى الإختلال واللاتوازن بين التزامات العلاقة العقدية، بحيث تجعل التزام أحدهما مرهقا يهدد بخسارة فادحة<sup>(1)</sup>.

عندئذ تكون الضرورة ملحة لتدخل القاضي في العقد، لإعادة التوازن الذي تقتضيه العدالة ويكون بتعديل الإلتزام التعاقدي في حالة الظروف الطارئة (المطلب الأول) أو بتخفيض الشرط الجزائي (المطلب الثاني) في إطار المبحث الأول أو بالحد من إنحلال العقد وذلك بمنح المدين مدة معينة للوفاء بالتزامه أو تحويل العقد في إطار المبحث الثاني.

**المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي و تعديل الشرط**

**الجزائي.**

**المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي (تطبيق نظرية**

**الظروف الطارئة).**

تنص المادة (3/107) من القانون المدني الجزائري على «غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

من خلال إستقراء هذه المادة يتبين جليا أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية تخوله التدخل في العقد في الأحوال الاستثنائية لتحقيق العدالة العقدية بين الطرفين .

ولقد ارتأينا أن ندرس هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فروع، حيث نخصص الفرع الأول للتطرق إلى مضمون نظرية الظروف الطارئة والفرع الثاني نخصصه إلى تدخل القاضي في تطبيق النظرية، و الفرع الثالث إلى الرقابة على القاضي في تطبيق النظرية.

<sup>1</sup> - انظر نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية للعقد، الإرادة المنفردة، المرجع السابق ط1994 ص222.

### الفرع الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة وشروط الأخذ بها.

وسنتعرض في الفقرة الأولى إلى مضمون النظرية وفي الفقرة الثانية إلى شروط الأخذ بها.

#### الفقرة الأولى: مضمون نظرية الظروف الطارئة.

ومؤدى نظرية الظروف الطارئة ( Théorie l'imprévision ) أن تعترض بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه نوازل أو أحداث عامة، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها أو دفعها، ويكون من شأنها أن يصبح تنفيذ الإلتزام - وإن ظل ممكنا - شديد الإرهاق بالمدين بحيث يتهدهد بخسارة فادحة، فيسوغ للقاضي بناء على طلب المدين، وبعد الموازنة بين مصلحته ومصلحة غريمه، أن يرد إلتزامه إلى الحد المعقول، الذي يرفع عنه الحرج البالغ والعنت الشديد (1).

ويرى الأستاذ عبد الرازق أحمد السنهوري، أن نظرية الظرف الطارئ تقترب من نظرية القوة القاهرة وذلك نظرا لكون كل من الظرف الطارئ والقوة القاهرة لا يمكن توقعها.

إلا أن الخلاف الجوهرى بينهما يكمن 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 وذلك بتوزيع تبعه الحادث بين الدائن والمدين، أما القوة القاهرة فتحققها يؤدي إلى جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا، إستحالة مطلقة مما يؤدي إلى إنقضاء الإلتزام، فيتحمل الدائن تبعه الهلاك كليا (2).

كما أن نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، بحيث لا يجوز الإلتفاق على مخالفة أحكامها من طرف المتعاقدين، في حين أن القوة القاهرة لا تعتبر من النظام العام فيجوز مخالفة أحكامها وهذا ما نصت عليه المادة ( 1/178 ) من القانون المدني

1- انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص230.

2- انظر عبد الرازق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ط 2004، ص 515

الجزائري، حيث أجازت الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة (1).

كما تتشابه نظرية الظروف الطارئة مع نظرية الإستغلال التي بدورها تؤدي إلى إعادة التوازن بين إلتزامات المتعاقدين، لكنهما يختلفان من حيث كون نظرية الظروف الطارئة، تؤدي إلى إعادة التوازن بين الإلتزامات ناتجة عن حادث غير متوقع، أما نظرية الاستغلال تؤدي إلى إعادة التوازن في الإلتزامات ناتجة عن إستغلال طرف قوي في العقد لطرف ضعيف (2).

ونظرية الظرف الطارئ لا ترفع الغبن عن المدين المرهق كلياً وإنما بعضه، أما نظرية الإستغلال ترفع كل الغبن على المتعاقد المغبون.

والقاضي في نظرية الظروف الطارئة له سلطات أوسع منها في نظرية الغبن، إذ يجوز له أن يعدل من إلتزامات المدين المرهق إلى درجة زوال الإرهاق، إما بإنقاص إلتزامات الطرف المرهق أو بزيادة إلتزامات غريمه، في حين تبدو سلطته في نظرية الغبن مقتصرة على إبطال العقد أو إنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون (3).

ولقد لجأت بعض القوانين وعلى رأسها التقنين البولندي، إلى إيراد طائفة من الأمثلة التطبيقية للظرف الطارئ مثل الحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكاً كلياً أو جزئياً، أو غير ذلك من النوازل الطبيعية.

أما المشرع المصري والجزائري فقد إكتفوا بوضع ضابط للتوجيه في تحديد الظرف الطارئ دون أن يوردوا أمثلة تطبيقية على ذلك، وهذا هو الأفضل في رأي الفقه، لأن أنواع الظروف الطارئة لا تقع تحت حصر، ويجب بهذا أن يترك أمر حصرها، وتقسيماتها إلى الفقه.

والظرف الطارئ يمكن أن يكون حادثة طبيعية، مثل الزلازل والبراكين والفيضانات والسيول، ويمكن أن يكون عملاً إنسانياً، مثل الحروب والثورات كما

1- انظر بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر سنة 1983 ص9

2- انظر خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق ط2010، ص108

3- انظر عبد الرازق أحمد السنهوري، المرجع السابق ط2004 ص515.

يمكن أن يكون واقعة مادية بحتة مثل إصابة المحاصيل بأفة زراعية، وغارات الجراد، ونزول المطر، كما يمكن أن يكون إجراء تشريعياً، أو إدارياً مثل صدور القوانين الإجتماعية بزيادة الأجور والمرتبات والإقتصادية بزيادة الأسعار<sup>(1)</sup>.

وتعود الجذور الأولى لهذه النظرية إلى القانون الكنسي في حيث كان رجال الدين لا يؤمنون بوجود الغبن في العقد سواء عند تكوينه أو تنفيذه، لان الغبن حسب معتقدهم هو ضرب من ضروب الربا المحرم، وكانت نظرية الظروف الطارئة عندهم تقوم على أساس شرط ضمنى في العقد، مفاده أن الظروف التي قامت عند تكوين العقد لا تتغير تغيراً جوهرياً عند تنفيذه، أما إذا تغيرت بصورة كبيرة وجب تعديل الإلتزام، بحيث يعيد التوازن الذي اختل بسبب هذا التغيير<sup>(2)</sup>.

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية غيرها من الشرائع بالأخذ بالنظرية، لأن هذه الأخيرة تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس ورفع الحرج عنهم، حيث عرفت تطبيقات مختلفة لهذه النظرية أهمها الإعذار في الإيجار والمزارعة والمساقات للعدر عند الحنفية والجوائح في بيع الثمار حيث ينقص الثمن بقدر معين عند المالكية والحنابلة<sup>(3)</sup>، وهكذا أخذ الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة من قبل أن تعرف في الفقه الغربي بأربعة عشر قرناً<sup>(3)</sup>.

ولم يكن لهذه النظرية صدى في القانون الروماني إلا من خلال أقوال الفلاسفة، وبالتالي لم يكن لها أثر على الإلتزام، إذ أن القانون الروماني لم يعرف كذلك نظرية الغبن أو الإستغلال<sup>(4)</sup>.

وتعتبر فرنسا أشهر الدول عنادا في رفض تطبيق النظرية وأكثرها حرصاً على التمسك بنظرية القوة الملزمة للعقد، واعتبرت أن النظرية في حقيقتها ما هي إلا ثغرة ينفذ منها القاضي للعقد فينال من قوته الإلزامية ولذلك لم تقر النظرية لافقها ولا قضاء، حيث أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقدا يرجع إلى القرن السادس

<sup>1</sup> - انظر حمدي إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص 231-232

<sup>2</sup> - انظر خليل أحمد ققادة، المرجع السابق، ط 2010 ص 108.

<sup>3</sup> - أنظر أحمد الصويعي شليبيك، نظرية الظروف الطارئة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، المجلد الثالث، العدد الثاني، سنة 2007، ص 172

<sup>3</sup> - انظر علي علي سليمان، المرجع السابق ص 98.

<sup>4</sup> - انظر خليل أحمد حسن ققادة، المرجع نفسه، ص 108.

عشر في قضية قنال كرابون (canal crapon)<sup>(1)</sup>.

في حين أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي<sup>(2)</sup> حيث قال الأستاذ لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في مدينة لاهاي سنة 1932 >> أن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي يعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف المقارنة >><sup>(3)</sup>.

كما أصدر القضاء الإداري حكماً في 30 يونيو 1916 حيث أجاز فيه لشركة الغاز في مدينة بوردو برفع سعر التوريد لأن ظرفاً إستثنائياً وهو الحرب أدى إلى ارتفاع التكاليف<sup>(4)</sup>.

ثم عرفت النظرية بعض الانتعاش في الفترة الأخيرة فأخذتها معظم القوانين منها التقنين الالتزامات اليوناني من خلال المادة (269)، ثم التقنين المدني الإيطالي الجديد في المادة (1467) ثم التقنين المدني المصري الحالي في المادة (147) حيث نصت على «ومع ذلك إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها، إن تنفيذ الإلتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

ثم التقنين المدني السوري من خلال المادة (2/148) ثم التقنين المدني الليبي في مادته (2/147) والعراقي في مادته (2/146) وكلها مطابقة لنص المادة (2/147) مدني مصري<sup>(5)</sup>.

1- في عام 1567 تعهد المهندس آدم كرابون (adam crapon) بإرواء الأراضي العائدة لسكان بليسان (pelissanne) لقاء مبلغ مقطوع بعملة ذلك الزمان وبعد مضي ثلاثة قرون أضحي هذا المبلغ زهيدا فتقدم الماركيز دو كالييه (marquis de califet) الذي آلت إليه ملكية القنال إلى محكمة أكس (aix) وطلب تعديل العقد وألزم المنتفعين من القنال بأجر إضافي فاستجابت المحكمة لطلبه. ولكن محكمة النقض الفرنسية أصدرت يوم 6 مارس 1876 قراراً ينقضه وأقامت حجتها في نقض هذا الحكم على القوة الملزمة للعقد التي لا يجوز أن تنال منها الظروف الطارئة. أشار إليه محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث مقارن، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، لبنان العدد الثاني، السنة الثانية، ص 33

2- انظر فاضلي إدريس، المرجع السابق ص 132-

3- أنظر أحمد الصويحي شليبيك، المرجع السابق، ص 169

4- انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 303

5- انظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 304

ولقد أحسن التقنين الجزائري بالأخذ بهذه النظرية أسوة بالتقنيات الحديثة فنص في المادة (107) من القانون المدني على: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد لما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة حسب طبيعة الإلتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.»

ويتضح من الإرادة التشريعية أنها نصت على نظرية الظروف الطارئة من خلال الفقرة الثالثة من المادة (107) المذكورة أعلاه. ويرى الأستاذ محمد صبري السعدي أن وضعها في هذا الموضوع غير مناسب، وذلك لأن هذه النظرية إستثناءاً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وعليه - يقول الأستاذ - فإنه كان من الواجب أن يوضع هذا الإستثناء في الفقرة الثانية من المادة (106) من القانون المدني الجزائري و التي تصبح كالتالي «إن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة... الخ» (1).

ولقد تباينت وجهات النظر حول أساس النظرية فالدين يؤيدون الفكرة راحوا يلتمسون أساساً لهذه النظرية في القواعد العامة للقانون حيث أدرجوها تحت المبدأ القائل بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية، وليس من حسن النية أن يتحمل المدين وحده الخسائر أو تبعه الظروف الطارئة، التي لم تكن في الحسبان عند إبرام العقد ومن رواد الفكرة الأستاذ جيرارد ليجير (gerard legier) (2) وقد أخذ بذلك المشرع البولوني من خلال المادة (269) من القانون المدني (3).

1- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 304، 305.

2- GERARD LEGIER, droit civil – les obligation, 17 éd, Dalloz, paris, 2001, p90

3- م (269) من القانون المدني البولوني >>... جاز للمحكمة إذا رأت ضرورة لذلك تطبيقاً لمبادئ حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تعين طريقة تنفيذ الإلتزام أو أن تحدد مقداره بل وأن تقضي بفسح العقد <<

وذهب فريق آخر من المؤيدين إلى إقامة النظرية على أساس الإثراء بلا سبب، وعلى رأسهم الأستاذ توفيق فرج حسن<sup>(1)</sup>.

ولكن المعارضون ومن بينهم الأستاذ مصطفى محمد الجمال<sup>(2)</sup> انتقدوهم وذهبوا إلى القول أن إثراء الدائن هنا هو العقد ولم يثر بلا سبب.

وهناك من أقام النظرية على أساس التعسف في استعمال الحق مثل الأستاذ بلحاج العربي<sup>(3)</sup>، لكن خصوم النظرية يرددون بأن الدائن قد أراد من وراء تراخي التعاقد إلى مدة من الزمن أن يؤمن جانب تغيير الظروف، فإذا تغيرت وطالب بحقه الذي تعاقد من أجله كان متبصراً لا متعسفاً.

وهناك مؤيدين آخرون قالوا أن أساس النظرية هي العدالة، وتتمثل في المبدأ القائل بأن المدين لا يلتزم في نطاق الإلتزام العقدي إلا بتعويض الضرر المتوقع، وأخرجوا من دائرة التعويض الأضرار التي تسببها ظروف لم تكن متوقعة وقت التعاقد وكان الأستاذ وهبة الزحيلي من بين الذين أيدوا الفكرة وانتصروا لها<sup>(4)</sup>.

لكن المعارضون يجيبون أن هذا المبدأ لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد بخطأ المدين، كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة.

ويقول الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا أن أغلب الفقه في الوقت الحاضر يميل إلى أن نظرية الظروف الطارئة أساسها العدالة، إذ أنه إذا كان من العدالة أن ينفذ المدين ما التزم به وقت إبرام العقد لكان من الصعب أن يلتزم المدين بأضعاف ما اتفق عليه لسبب لا يد له فيه، وعليه فإن أحكام العدالة تقتضي تدخل المشرع لحماية مصلحة المدين وذلك بإعطاء القاضي سلطة رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول<sup>(5)</sup>

وهذا ما فعلته التشريعات والقوانين المعاصرة كالقانون المدني الفرنسي والمصري.... الخ<sup>(6)</sup>

1- أنظر توفيق فرج حسن. الإثراء بلا سبب، الدار الجامعية، الإسكندرية، ط 1992، ص 129، 130.  
2- أنظر مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في توبه الإسلامي، مصادر الإلتزام، شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي، والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، الطبعة الأولى، دار الفتح الإسكندرية، ط 1996، ص 442.  
3- أنظر بلحاج العربي، أبحاث ومدكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1996 ص 17، 18.  
4- أشار إليه أحمد الصويحي شليبيك، المرجع السابق، ص 181.  
5- أنظر مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني السوري، نظرية الإلتزام العام الطبعة الثانية، مطبعة جامعة دمشق ط 1960 ص 33  
6 - انظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ط 2010، ص 109.

والمشرع الجزائري أخذ بأساس العدالة لما يحمله في طياته من المرونة في إسعاف المتعاقد المنكوب الذي أصبح تحت وطأة الإرهاق والخسارة الفادحة، ثم إن الدائن الذي يحاول إجبار مدينه على تنفيذ العقد رغم الظرف الطارئ قد يجد نفسه يوماً ما مديناً في نفس الظرف، وبالتالي يستفيد من أحكام النظرية لدى عليه التسليم بعدالة القاعدة، ويظهر ذلك من خلال المادة (107) من القانون المدني.

### الفقرة الثانية: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

يمكن أن نلخص شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في ثلاث نقاط أساسية وهي: منها ما يتعلق بطبيعة العقد (أولاً) ومنها ما يتعلق بطبيعة الحادث وأوصافه (ثانياً) ومنها ما يتعلق بأثر الحادث (ثالثاً).

#### أولاً: من حيث طبيعة العقد.

بالنسبة للعقود التي تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة، فإن الفقه بهذا الصدد إنقسم إلى مذهبين، مذهب يضيق من تطبيق هذه النظرية، ومذهب يوسع في مدى تطبيقها.

#### أ- المذهب الضيق.

يشترط أنصار هذا المذهب لتطبيق النظرية، أن يكون العقد محل تطبيق النظرية عقد مدة<sup>(1)</sup>، لأن هذا الأخير ينطوي عندهم على خاصيتين.

**1 - خاصية التعاقب:** ومؤداها أن عقد المدة يتضمن جملة من الأداءات التي يعقب بعضها بعضاً، وتعتبر كل منها عملاً لعقد قائم بذاته، وبذلك تكون عقود متعاقبة بقدر الأداءات المتعاقبة.

#### **2 - خاصية التقابل:** ومؤداها أن هناك توازناً بين الأداءات المتقابلة.

وعلى هذا الأساس ذهب أنصار هذا الرأي - وعلى رأسهم الأستاذ محمد عرفة - إلى أن كل عقد مدة إنما وينطوي على شرط ضمني مؤداه ألا تتغير - طوال هذه المدة - الظروف التي كانت موجودة أول ما انعقد العقد، أي أن يظل التقابل الذي كان قائماً

<sup>1</sup> - عقد المدة أو العقد الزمني هو ذلك العقد الذي يكون فيه عنصر الزمن عنصراً جوهرياً حيث تقاس به التزامات المتعاقد أو محل العقد، فتكون التزامات المتعاقدين مقترنة دائماً بالزمن، ومن خصائص هذه العقود أن تنفيذها يستمر مدة من الزمن كالإنتفاع بالعين المؤجرة الذي يستمر طوال المدة المتفق عليها.  
- انظر في ذلك علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ط2010 ص70

وقت إنعقاد العقد موجودا في كل فترات وجود هذا العقد، فإذا طرأت ظروف من شأنها زوال هذا التوازن وجب أن يزول العقد<sup>(1)</sup>.

أما العقد الفوري<sup>(2)</sup> حسب هذا المذهب لا يصح أن تنطبق عليه نظرية الظروف الطارئة، حتى ولو كان تنفيذه مؤجلا إلى المستقبل أو كان تنفيذه مجزئا على عدة سنوات، وذلك راجع إلى أن تنفيذ هذا العقد في كلتا الحالتين يعتبر كلا لا يتجزأ<sup>(3)</sup>.

### ب - المذهب الموسع.

ويرى أنصار هذا المذهب أن نظرية الظروف الطارئة، نظرية قائمة بذاتها، بعيدة عن عقود المدة، وأنه لا يشترط لتطبيقها إلا شرط واحد وهو ألا يتحد وقت إنعقاد العقد ووقت تنفيذه.

ومن ثمة فكما يمكن أن تطبق هذه النظرية على عقود المدة لأنها أولى العقود التي لا يتعاصر، ولا يمكن أن يتعاصر وقت التنفيذ ووقت الإنعقاد فيها، كذلك يمكن أن تطبق على العقود الفورية التي يربحاً تنفيذها إلى المستقبل ومن بين المؤيدين للفكرة الأستاذ أحمد السنهوري<sup>(4)</sup>.

وأغلب الفقه يميل إلى المذهب الثاني القائل بأن نظرية الظروف الطارئة تنطبق على جميع العقود سواء كانت من عقود المدة أو من العقود الفورية<sup>(5)</sup>

<sup>1</sup> - انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص 232-233.

<sup>2</sup> - العقد الفوري هو العقد الذي يحدد فيه التزامات المتعاقدين بغض النظر عن وقت تنفيذها، بحيث لا يؤثر الزمن على مقدار الالتزامات، التي يرتبها العقد على عاتق المتعاقدين ويتم عادة تنفيذ هذه العقود دفعة واحدة وعلى الفور، مما يبرر تسميتها هذه كبيع جريده مثلا. انظر في ذلك علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ط2010 ص69.

<sup>3</sup> - حيث استند أنصار هذا الإتجاه إلى حجج مفادها: أولا مادام أن المشرع لم يحدد العقود التي تنطبق عليها النظرية فيجب أن يكون العقد محل التطبيق من العقود التي تحتم طبيعتها تأجيل التنفيذ إما لأن الزمن ركن أساسي في تنفيذ العقد أو أن العمل المراد تحقيقه يستغرق إتمامه مدة من الزمن.

ثانيا: إن تطبيق الجزاء المترتب على الظروف الطارئة يقضي بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بالنسبة للحاضر دون المساس بالمستقبل ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان من خصائص العقد التعاقب. انظر في ذلك أحمد الصويعي شليبيك، المرجع السابق، ص175.

<sup>4</sup> - قال الأستاذ أحمد السنهوري في مقال نشره في مجلة للمحاماة " إن نظرية الظروف الطارئة تنطبق حتى ولو لم يكن العقد متراخيا في تنفيذه إذا كان الطرف الطارئ قد وقع بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه لأن النظرية إنما تقوم في مرحلة تنفيذ العقد فلا يحول دون تطبيقها إلا أن يكون العقد قد نفذ قبل وقوع الطرف الطارئ أو يكون الدائن قد أدرع المدين ". أشار إليه أحمد الصويعي شليبيك، المرجع نفسه، ص177.

<sup>5</sup> - حيث أصدرت محكمة إستئناف القاهرة بتاريخ 8 ديسمبر 1957 حكما قضت فيه بفسخ حكم محكمة القاهرة الابتدائية، حيث جاء في حكم محكمة الإستئناف ما يلي " وأما في خصوص تطبيق هذه النظرية فقد كان ثمة رأي يقصر تطبيقها على عقود المدة الذي يتضمن جملة من الأداءات المتعاقبة، ويعتبر كل منها كأنه عقد بداته ولكن الرأي الصواب تطبيق على عقود المدة والعقود الفورية التي يربحاً تنفيذها إلى المستقبل فكافة العقود يسري عليها حكم النظرية مادامت لا يتعاصر وقت انعقادها ووقت تنفيذها". مأخوذ عن أحمد الصويعي شليبيك، المرجع نفسه، ص176.

وذلك لأن نظرية الظروف الطارئة وإن كانت تعد، إستثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فهي تهدف إلى الرحمة لمدين تعيس الحظ، وليس علينا أن نضيق من أبواب الرحمة على التعساء<sup>(1)</sup>.

أما العقود التي يتم تنفيذها فور إنعقادها، فلا مجال فيها لأعمال نظرية الظروف الطارئة بل يصح أن يطبق بشأنها نظرية الإستغلال<sup>(2)</sup>.

وما يجدر الإشارة إليه بهذا الصدد أنه يجب استبعاد العقود الإحتمالية<sup>(3)</sup> وعقود المضاربة في البورصة من نطاق تطبيق النظرية، فمثل هذه العقود يفترض بطبيعتها أن يتعرض أحد المتعاقدين للخسارة أو الربح مهما كانت الخسارة جسيمة أو الربح كبيرا<sup>(4)</sup>.

كما أنه يستثنى من هذه النظرية العقود التي يكون محل التزامها نقوداً، وهذا ما نصت عليه المادة (95) من القانون المدني الجزائري بقولها «إذا كان محل الإلتزام نقوداً، إلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها وقت الوفاء أي تأثير.

وفي جميع الأحوال لا تطبق هذه النظرية إذا تراخى تنفيذ الإلتزام بخطأ من المدين، إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصير تسبب فيه<sup>(5)</sup>.

ولم يفرق الفقه بين العقود الملزمة للجانبين، أو العقود الملزمة لجانب واحد<sup>(6)</sup> في شأن تطبيق النظرية فهي تطبق في كلتا النوعين على السواء، إذ لا وجود لشرط يمنع من تطبيقها على نوع دون الآخر، وأنه ليس من الحكمة أن يزيل المشرع

<sup>1</sup> - انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص234

<sup>2</sup> - استدل أصحاب هذا الرأي بدليل عقلي وقالو: "لاشك في أن الغالب الأعم في تطبيق هذه النظرية أن يمر وقت بين العقد وتنفيذه وهذا ما يقع في عقود المدة والعقود ذات الطبيعة الفورية المؤجلة التنفيذ، ولكن هذا الغالب لا يحول دون النادر القليل، فقد يقع الحادث الإستثنائي بعد صدور العقد الفوري مباشرة فيجب أن لا يمتنع تطبيق هذه النظرية في هذا المجال " أنظر في ذلك أحمد الصويعي شليبيك، المرجع السابق، ص 177

<sup>3</sup> - انظر بولحية جميلة، المرجع السابق ص101

<sup>4</sup> - انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع نفسه، ص234.

<sup>5</sup> - انظر أنور سلطان، المرجع نفسه، ص246

<sup>6</sup> - العقود الملزمة للجانبين أو العقود التبادلية هي العقود التي تنشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين مثل عقد البيع أما العقود الملزمة لجانب واحد فهي التي تنشئ التزاما في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر، كالوصية، الوعد بالجائزة. انظر في ذلك فاضلي ادريس، المرجع السابق ص44.

الإرهاق عن مدين دون آخر لمجرد أن الإلتزام العقدي الذي يتحمله لا يوجد إلتزام آخر يقبله (1).

### ثانياً: من حيث طبيعة الحادث وأوصافه (2).

بغض النظر عن نوع الحادث الإستثنائي سواء كان حرباً أو زلزالاً، حتى ينطبق عليه وصف ظرف طارئ يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية.

#### أ : أن يكون الحادث إستثنائياً.

ومفاده أن يكون الحادث الطارئ غير مألوف ونادر الوقوع، كالفيضانات، الزلازل والحروب، ويعد الزلزال حادثاً إستثنائياً إذا وقع في منطقة لا تتعرض له عادة، بينما لا يعتبر كذلك إذا وقع في منطقة اعتادت على التعرض له، أي وصف الإستثنائية يقتصر على الحادث ذاته (3).

والمعيار الذي تقاس به الإستثنائية هو أثر الظروف وليس الطرف نفسه، فقد يكون الطرف الطارئ عادياً مألوفاً، لكن النتائج المترتبة عنه تؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد، وجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً (4).

فمثلاً إصابة المحصول بالدودة حادث مألوف ولكن قد يبلغ من الجسامة حد غير مألوف وينطبق عليه وصف الحادث الإستثنائي (5).

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة (1/107) من القانون المدني على إستثنائية الحادث.

#### ب : أن يكون الحادث الإستثنائي عاماً.

أي أن لا يكون الحادث الإستثنائي خاصاً بالمدين وحده، بل يجب أن يشمل فئة من الناس لأن إفلاس المدين، أو هلاك بضاعته، لا تكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

<sup>1</sup> - انظر بولحية جميلة، المرجع نفسه، ص101

<sup>2</sup> - انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص32.

<sup>3</sup> - انظر حسبوا الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، مطبعة الجيزة الإسكندرية 1979 ص307

<sup>4</sup> - انظر بولحية جميلة، المرجع السابق ص113.

<sup>5</sup> - انظر محمد حسن منصور، مصادر الإلتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الدار الجامعية بيروت 2000 ص355.

والمعيار المعتمد في تحديد عمومية الظرف الطارئ هو المعيار الشخصي، الذي يتحدد بعدد الأشخاص الذين يتأثرون بهذا الظرف، أو يتحدد بمقدار الإقليمية التي تأثرت بذات الظروف<sup>(1)</sup>.

### ج : أن يكون الحادث الإستثنائي غير متوقع.

يكون الحادث الإستثنائي غير متوقع، إذا لم يكن في وسع المتعاقدين، وعلى وجه الخصوص المتعاقدين المدين، توقعه وقت إبرام العقد، وإلا إحتاط لذلك<sup>(2)</sup>. وقد عرفه الأستاذ حسبوا الفزاري بأن توقع الظرف الطارئ هو «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 الإرهاق»<sup>(3)</sup>، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا، هو هل العبرة بعدم توقع الحادث في ذاته أو أنه بعدم توقع النتائج المترتبة عليه؟.

وفي هذا قد إنقسم الفقه إلى رأيين، فالرأي الأول يرى أن العبرة بنتائج الظروف الطارئة، لأن هذه الآثار هي التي تكون غير متوقعة، وتؤدي إلى الإختلال بين الأداءات المتقابلة.

أما الرأي الثاني فيقول أنه «إذا كان الظرف الطارئ غير المتوقع لا يحدث إلا نتائج غير متوقعة، فإنه قد يحدث إن ينتج عن حادث متوقع نتائج غير متوقعة، وغير منتظرة<sup>(4)</sup>.

وعموماً فإن توقع الحادث الطارئ مسألة نسبية، فما هو متوقع بالنسبة لشخص قد يكون غير متوقع بالنسبة لشخص آخر، وهو الأمر الذي يطرح مشكلة المعيار الذي ينبغي أن يعتمد، لتقدير توقع أو عدم توقع الحادث الطارئ<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - انظر حسبوا لفزاري، المرجع السابق ، ص313.

<sup>2</sup> - انظر علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ط2010 ص347

<sup>3</sup> - انظر حسبوا الفزاري، المرجع نفسه، ص314

<sup>4</sup> - انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص375.

<sup>5</sup> - انظر بولحية جميلة، المرجع السابق ص120.

والمعيار المتفق عليه هنا هو المعيار الموضوعي، الذي يكون أكثر إنسجاماً مع نظرية الظروف الطارئة<sup>(1)</sup> والذي يقوم على أساس النظر للرجل العادي وليس من وجهة نظر المتعاقد الشخصية<sup>(2)</sup>.

وعليه إذا كان المدين أثناء إبرام العقد لم يكن بوسع توقع الحادث الإستثنائي وكان في إمكان الشخص العادي توقعه، فلا مجال لأعمال نظرية الظروف الطارئة. ومثال ذلك، إذا تم إبرام العقد والحالة الدولية تنذر بنشوب حرب، بحيث يستطيع الشخص العادي توقع قيامها، بينما يغفل المدين عن ذلك<sup>(3)</sup>.

كما يشترط في الحادث الغير متوقع، أن لا يستطيع المدين تفاديه أو دفعه عن نفسه أو حتى التقليل من آثاره.

ويرى القضاء الجزائري أن شرط عدم التوقع يغني عن كونه إستثنائياً، لأن الحادث الإستثنائي قد يكون متوقعا، أما في الحادث الغير متوقع لا بد من أن يكون إستثنائياً، وبالتالي لا جدوى من إتخاذ كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة<sup>(4)</sup>.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية في قرارها<sup>(5)</sup> حيث قضت "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 متوقع".

وقد قضت محكمة النقض المصرية<sup>(6)</sup> بأن مفاد نص المادة (2/147) من القانون المدني المصري ويقابله نص المادة (3/107) قانون مدني جزائري " أنه يشترط في الحادث الطارئ أن يكون حادثا إستثنائيا عاما وغير ممكن توقعه، ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث عاما إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس، والمعيار في توافر ما اشترطه النص، في وصف الحوادث المشار إليها من

<sup>1</sup> - انظر علي فيلا لي،، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ط2010، ص375.

<sup>2</sup> - انظر بولحية جميلة، المرجع السابق ص121

<sup>3</sup> - انظر عبد المنعم فرج الصدة، العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المصري، واللبناني والسوري، والعراقي والليبي والكويتي والسوداني، دار النهضة العربية، بيروت ط1974 ص484.

<sup>4</sup> - القرار الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993 ملف رقم 99694 المجلة القضائية العدد الاول 1994 ص 217.

<sup>5</sup> القرار الصادر بتاريخ 2000/01/12 ملف رقم 212782، المجلة القضائية العدد الأول 2007 ص114.

<sup>6</sup> - نقض في الطعن (58-65) سنة 40 ق 1975/03/04، مجموعة الكتب الفنية لسنة 20 ص515.

أنها تلك، التي لم يمكن في الوسع توقعها، هو ألا يكون في مقدرة الشخص العادي أن يتوقع حصولها لو وجد في ظروف ذلك المدين وقت التعاقد، بصرف النظر عنها إذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا، أو لم يتوقعه، وتقرير هذا الأمر هو مما يدخل في نطاق سلطة قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: من حيث أثر الحادث الطارئ.

يشترط في هذا الأخير، أن يؤدي هذا الحادث إلى جعل تنفيذ الإلتزام مرهقا وليس مستحيلا، ومعناه أن الحادث الإستثنائي يهدد المدين بخسارة فادحة مما يؤدي إلى إرهاب في تنفيذ إلتزامه دون إستحالة التنفيذ.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها<sup>(2)</sup> في 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 إلتزام هذا الأخير بأن يدفع للمدعي عليها مبلغ مالي في حدود نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن محل النزاع المحدد باتفاقية البيع المؤرخة في 1990/06/04، «حيث أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد، طبقا لإحكام المادة (5/107) من التقنين المدني، إذا ما طرأت ظروف إستثنائية، دات طابع عام وغير متوقعة من شأنها أن تجعل إلتزامات الطاعة مرهقة، فإنهم يكونو قد أخطأوا في تطبيق المادة (107) من التقنين المدني».

والمعيار المعتمد في تحديد وتقدير الخسارة هو المعيار الموضوعي المرن، والذي لا ينظر فيه إلى الشخص المدين وظروفه الخاصة، وإنما بالنظر إلى الصفة التي أبرمها المدين، فيحقق الإرهاب إذا كان الفرق كبيرا بين قيمة الإلتزام المحددة في العقد، وقيمة العقد الفعلية عند التنفيذ، ولو كان المدين يملك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 306 تهميش رقم 534.

<sup>2</sup> - القرار بتاريخ 1999/10/24 ملف رقم 191705 المجلة القضائية العدد الثاني 1999 ص 95.

<sup>3</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ص 486.

أما بخصوص مقدار الإرهاق فقد إكتفى المشرع بوصفه بالخسارة الفادحة<sup>(1)</sup> أي غير مألوفة، وهو معيار مرن ليس له مقدار ثابت، يتغير بتغير الظروف والأحوال، وقد يختلف بين ظرف لظرف ومن مدين لمدين، فما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لمدين آخر لأن الخسارة تتأثر بتبدل الظروف<sup>(2)</sup> ومنه فإن سكوت المشرع معناه ضمنا أنه خول للقاضي سلطة تعديل العقد أثناء التنفيذ، بسبب الإختلال في التوازن العقدي.

### الفرع الثاني: تدخل القاضي في تعديل العقد تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة.

ويندرج تحت هذا المفهوم عنصرين اثنين هما، سلطة القاضي في رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول (فقرة أولى) والضوابط التي يتقيد بها القاضي في رد الإلتزام إلى الحد المعقول (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: تدخل القاضي في رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

- إن المشرع الجزائري في المادة (3/107) من التقنين المدني «جاز للقاضي» مما يحمل على الشعور والإعتقاد أن القاضي غير ملزم بمراجعة العقد، إلا إذا أراد ذلك، وهذا تأويل غير صحيح، ويتعارض مع غرض المشرع في إستحداث نظرية الظروف الطارئة.

ولأن مراجعة العقد بسبب الحوادث الطارئة من النظام العام، حيث تنص المادة أعلاه ببطلان كل إتفاق يقضي بخلاف أحكامها، فالقاضي إذن ملزم بمراجعة العقد، إذا توافرت الشروط المقررة لذلك<sup>(3)</sup> وتكون مراجعة العقد برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك أما بزيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق (أولا)، وإما بإنقاص إلتزام المدين (ثانيا) وإما بوقف العقد لحين زوال الحادث الطارئ (ثالثا).

<sup>2</sup> - الخسارة الفادحة «هي تلك التي تخرج عن حدود المألوف وتجعل الإلتزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضرب من الظلم.» انظر في ذلك اسعد الكوراني (نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية) مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد الأول، السنة الأربعون ص241.

<sup>2</sup> - انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص 34-35.

<sup>3</sup> - مقتبس عن علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط 2010، ص378.

## أولاً: زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق.

فالقاضي له الحق في زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق، حيث يتحقق التوازن الإقتصادي بينهما<sup>(1)</sup>، ولكن ليس معنى هذا أن يعفي المدين كلياً من الخسارة وإنما فقط الخسارة الفادحة مع بقاء الخسارة المألوفة، أي أنه يوزع الزيادة بين الدائن والمدين<sup>(2)</sup>. ومثال ذلك، إذ تعهد شخص بتوريد قمح بسعر، 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 مرهقاً بالنسبة للمدين.

و القاضي 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 اختار الفسخ كان ذلك محققاً لمصلحة المدين، إذ يزول عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ<sup>(3)</sup>.

هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بتاريخ 9 جوان 1975 للقول «أن القاضي لا يرفع من على عاتق المدين كل الخسارة ولكن يحد من فداحة الخسارة التي تصيب المدين، ويصل بها إلى الحد المعقول، وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة، التي يمكن توقعها عادة وقت التعاقد أو يقسم ما يزيد عن ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين، وذلك مع مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما».

من هنا يجب أن نشير إلى ملاحظة هامة وهي إذا كنا بصدد العقود الملزمة لجانب واحد فإن وسيلة رفع الإرهاق، لا تكون إلا بإنقاص الإلتزام أو تعديل طريقة تنفيذه، دون إمكانية زيادة الإلتزام المقابل لأنه أصلاً لا وجود لإلتزامات متقابلة<sup>(4)</sup>.

## ثانياً: إنقاص إلتزام المدين.

ويكون ذلك بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما التزم به، كتخفيض ثمن الشراء إذا كانت قيمة الشيء مرهقة بالنسبة للمشتري، بسبب إنخفاض ثمن السلع، أو إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة كالتي تتعلق بأجل التنفيذ أو جودة الشيء.

1- انظر دالي بشير، المرجع السابق ص79.

2- انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص36.

3- انظر دالي بشير، المرجع نفسه، ص79.

4- انظر بولحية جميلة، المرجع السابق ص137.

والإنقاص المقصود هنا هو إنقاص مقدار إلتزام المدين، أو درجة جودته، أو بالتقليص من الخسارة الفادحة التي يتحملها دون المساس بالخسارة المألوفة. وقد يجمع القاضي بين إنقاص الإلتزام المدين، وزيادة الإلتزام المقابل، كما أن القاضي لا يرد الإلتزام إلى الحد المعقول، إلا بالنسبة للحاضر، دون المستقبل لأنه غير معروف، وأن سلطته لا تكون إلا حيث توجد الظروف الطارئة، التي أدت إلى استعمال سلطته في تعديل العقد، فإذا إنقضت هذه الظروف قبل إنقضاء مدة العقد تعود إلى العقد قوته الملزمة كاملة كما كانت (1).

وعلى سبيل المثال في إنقاص الإلتزام المرهق أن يتعهد شخص بتوريد كمية من الصلب، ثم يرتفع سعره إرتفاعا باهظا بسبب حرب جعلت إستيراده متعذرا، ومن هنا تنقص الكميات الموجودة منه في السوق، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص الكمية التي يلتزم المدين بتوريدها، وذلك في الحدود التي تجعل الإلتزام ميسورا غير مرهق (2).

وهذا لا يعني أن القاضي يرفع الإرهاق كله عن كاهل المدين ويلقي به على عاتق الدائن، فهذا ليس من العدل أيضا، بل ينبغي عليه أن يراعي الدقة في توزيع العبء بين المتعاقدين و أن يجري موازنة بينهما (3).

### ثالثا: وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ.

وقد يرى القاضي أن الحل لا يكمن في إنقاص الإلتزام المرهق، ولا زيادة الإلتزام المقابل، وإنما يكمن في وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ (4) وعليه إذا ظهر له أن هذا الحادث زمني، مما يقدر له الزوال في وقت قريب، فله أن يوقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الظرف الطارئ، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق المتعاقد الآخر.

فعلى سبيل المثال أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى في وقت محدد، وترتفع أسعار مواد البناء إرتفاعا باهظا، بسبب حادث طارئ، فإذا قدر القاضي أن هذا الإرتفاع

1- انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص37.

2- انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص248.

3- انظر بولحية جميلة، المرجع السابق، ص138.

4- انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع نفسه، ص248.

زائل في وقت قصير، لقرب السماح باستيراد المواد اللازمة مثلا، فهو يقضي بوقف تنفيذ إلتزام المقاول في الموعد المتفق عليه، حتى يتيسر للمقاول تنفيذ إلتزامه دون إرهاق، شريطة ألا يترتب على وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى وأن لا تزيد المدة عن سنة.

ويعتبر من قبيل وقف التنفيذ حتى يزول الحادث الطارئ، ما قضت به المحكمة العليا، الجزائرية من منح المدين أجلا لتنفيذ إلتزامه مراعاة للحادث الطارئ<sup>(1)</sup>. في قرارها رقم 212782 المؤرخ في 12-01-2000 وقد سبق الإشارة إليه.

حيث جاء في حيثيات هذا الحكم، حيث أنه بالرجوع إلى المادة (106) من القانون المدني فإن العقد شريعة المتعاقدين، وفي الدعوى الراهنة الطاعنة طلبت فسخ عقد البيع لعدم إحترام المطعون ضدها شروط البيع. لكن قضاة المجلس طبقوا نص المادة (2/119) من القانون المدني، متى منحوا أجلا للمطعون ضدها، لتنفيذ إلتزامها، واعتمدوا في قضائهم على الظروف الأمنية السائدة في مدينة الأخضرية سنة 1994، إذ طرأت حوادث إستثنائية عامة ترتب عليها عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، ويضر بمصالح المطعون ضدها.

وعليه حين قضاة الموضوع منحوا أجلا للمطعون ضدها للوفاء باللتزاماتها فإنهم أحسنوا في تطبيق القانون، فالوجه غير مؤسس بتعيين خبير، ورفض هذا الطعن مع تحميل الطاعنة لمصاريف القضايا طبقا للمادة (270) من قانون الإجراءات المدنية.

عموما فإن وقف تنفيذ إلتزام المدين إلى غاية زوال الظرف الطارئ يعتبر من قبيل نظرة الميسرة والتي سوف نتعرض لها بالتفصيل في مطلب قائم بذاته.

**الفقرة الثانية: الضوابط التي يتقيد بها القاضي في رد الإلتزام إلى الحد**

**المعقول.**

إذا كانت نظرية الظروف الطارئة تخرج بالقاضي، عن حدوده وطبيعته وظيفته، فتدفعه إلى تعديل شروط العقد وهو ليس من إختصاصه، بل من إختصاص

<sup>1</sup> - أنظر حمدي محمد اسماعيل سلطع، المرجع السابق، ص 309 .

المتعاقدين لوحدهما، و أنها تفسح مجالاً أمام تحكم القاضي كيفما شاء بالمضامين الشكلية والمادية للإلتزامات العقدية والنظرية، وفوق ما تقدم، فإنها تهدم مبدأ القوة الملزمة للعقد، وتزعزع الإستقرار الإقتصادي للمعاملات، وتساعد المتعاقد السيئ النية على التخلص من إلتزاماته العقدية.

فإن التشريع لم يترك للقاضي حرية مطلقة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإنما أحاط هذا التطبيق بعدد من الضوابط والقيود التي تضمن عدم تحكم القضاة و مغالاتهم في هذا الخصوص، كما تضمن عدم زعزعة الثقة في العقود المبرمة، ولا تهيب للمدينين فرصة التخلص من إلتزاماتهم العقدية.

ومن ثمة وجب على القاضي أن يتبع ضوابط قانونية في حالة ممارسة سلطته بالتدخل في حالة الظروف الطارئة لرد الإلتزام المرهق عن الحد المعقول<sup>(1)</sup> وهذه الضوابط هي:

أولاً- أن سيتوثق القاضي من أن التنفيذ المرهق يصل إلى الحد الذي يهدد بالخسارة الفادحة.

- إذ يعتبر تحديد درجة الإرهاق من الأمور التي تثير خلطاً في تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا أن غالبية الفقه قد أجمعوا على أن معيار الإرهاق هو معيار موضوعي كما سبق بيانه، ويكون بالنظر إلى الصفة ذاتها<sup>(2)</sup> بالنسبة للخسارة الفادحة بالنظر إلى إقتصاديات العقد فقط<sup>(3)</sup>

ونحن إذا أمعنا النظر في كلمة "يهدد" فلا بد أن نخرج منها بانطباع يخالف الإنطباع الذي نخرج منه من كلمة "خسارة" فالخسارة هي مجرد إنقلاب في التوازن المادي في العقد، ولهذا ذهب كلمة الفقه<sup>(4)</sup> إلا أن هذه الخسارة إنما تقاس بالمعيار الحضاري.

<sup>1</sup> - انظر حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق ص244-245.

<sup>2</sup> - انظر حسبوا الفراري، المرجع السابق ص617.

<sup>3</sup> - انظر حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع نفسه، ص245.

<sup>4</sup> - ويقول في ذلك أحمد السنهوري " وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفة التي أبرم في شأنها العقد فلو أن المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة كانت الخسارة فادحة حتى ولو كانت لاتعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى ثروته، نعم إن ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة له أضعاف الخسارة المألوفة " أشار إليه أحمد الصويعي شليبيك، المرجع السابق، ص184

أما التهديد بوقوع هذه الخسارة فلا يمكن أن يقاس إلا بالمعيار الشخصي، والتهديد بهذه الصورة، لا يمكن أن ينصرف إلا إلى مجموع ثروة المدين، ذلك أن التهديد يشكل عنصرا نفسيا بحتا، ولا يمكن فهمه، إلا كشعور يعتمل في سريرة المتعاقد وقيام مثل هذا الشعور لا يتم إذا خشي المتعاقد من أن يكون إختلال الصفقة كبيرا بالنسبة إلى ثروته.

ونخلص من ذلك إلى أن القاضي يجب أن يراعي فيما يصدره من أحكام بشأن الظروف الطارئة أن إرهاب المدين لا يكون إرهابا طارئا، ولا إذا كان يهدد المدين بخسارة فادحة بحدود الصفقة ذاتها (1)

### ثانيا: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية.

فالمادة الخاصة بالظروف الطارئة، في القوانين العربية قد نصت على أنه يجوز للقاضي أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول " تبعا للظروف" وعبارة تبعا للظروف لم تنص عليها أو لم يرد ذكرها عفويا، أو عبثا، بل يقصد بها تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدود ما تكون عليه ظروف التعاقد أو التنفيذ (2).

وله في ذلك إنما أن يختار وسيلة أو أكثر من بين الوسائل المذكورة وهي إما زيادة الإلتزام المقابل أو إنقاص إلتزام المدين، أو وقف تنفيذ العقد حتى زوال الحادث الطارئ، ولكن إذا كان الحادث الطارئ يوحى بالزوال، ولا يقتضي الأمر تعديل العقد، ففي هذه الحالة لا يجد القاضي أمامه سوى وقف تنفيذ العقد لمدة معينة كافية لزوال الحادث الطارئ إذا كانت هذه المدة لا تلحق بالدائن ضرر (3)

### ثالثا: الموازنة بين مصلحة الطرفين.

يعد ضابط الموازنة بين مصلحة المتعاقدين، من الضوابط القانونية التي يجب على القاضي مراعاتها لكي يصل الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول بحيث لا تطغى مصلحة أي طرف من الطرفين على مصلحة الآخر.

<sup>1</sup> - أنظر، حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص246.

<sup>2</sup> - انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع نفسه، ص246.

<sup>3</sup> - انظر أنور سلطان، المرجع السابق ص247.

وبالتالي على القاضي أن يجري الموازنة بين المصلحتين، بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بين المتعاقدين.

رابعاً: رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

في حقيقة الأمر أن إيراد المشرع العربي للفظ "يرد" في سياق النصوص التشريعية التي تقتضي بحكم الظروف الطارئة، يعد ضماناً كبيرة في عدم ذهاب القاضي في قضائه إلى حد مصادرة العقود أو إلغائها.

فعلى الرغم أن حدوث الظرف الطارئ ينشئ للقاضي سلطة خاصة في العقد، وهي سلطة التعديل، إلا أن هذا التدخل محكوم بمفهوم الرد، فضلاً على أن تدخل القاضي لا ينتهي بحد الإلتزام المرهق، وإنما لا بد فوق هذا، أن يكون الرد في الحدود المعقولة، وضابط المعقولة هذا تظهر أهميته في تنفيذ سلطة القاضي في توزيع العبء الطارئ على الطرفين<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: حدود سلطة القاضي في تعديل الإلتزام الطارئ

. وسوف نعرض مسائل القانون الخاصة بالنظرية والتي تستوجب رقابة محكمة النقض على القاضي (فقرة أولى) ومسائل الواقع التي لا تستوجب رقابة محكمة النقض على القاضي بصدها (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: مسائل القانون في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

فأول ما يجب ذكره بهذا الصدد هو أن نظرية الظروف الطارئة من النظام العام حيث يقع باطلاً كل إتفاق، يقضي بخلاف ذلك، وبذلك يكون القانون قد منع الإتفاق المسلف على إستبعاد سلطة القاضي في التعديل<sup>(2)</sup>.

وبمفهوم المخالفة فإن القاضي لا يقوم بتطبيق أحكام النظرية إلا إذا طلب منه ذلك من أحد المتعاقدين إذ لا يفهم من عبارة "جاز للقاضي" الواردة في النص أن

<sup>1</sup> - انظر حسبوا الفزاري، المرجع السابق ص620.

<sup>2</sup> - انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص250.

للقاضي سلطة تقديرية واسعة في إعمال أثر النظرية أو عدم إعماله بالرغم من توافر شروطها، بل يتعين عليه هذا الإعمال<sup>(1)</sup>.

وأنه لا يسوغ للقاضي بطبيعة الحال أن يعمل نظرية الظروف الطارئة من تلقاء نفسه، وإنما يلزم أن يطلب منه ذلك المدين، فإعمال النظرية رخصة للمدين وله أن يفيد منها أو يحجم عنها، فإن طلب الإفادة منها، وتوافرت شروطها تعين على القاضي أن يجيبه إلى إعمالها في حقه، وجاءت المادة (107) من القانون المدني الجزائري صريحة في هذا المنوال إذ نصت في آخرها على «ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك».

ولمحكمة النقض كذلك أن تراقب تطبيق النظرية، بحيث لا يكون للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في استعمال الرخصة الممنوحة له، في تقرير الشروط التي يجب أن تتوفر في النظرية والأثر القانوني الذي يترتب على تطبيقه<sup>(2)</sup>.

ومن مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع إلى رقابة المحكمة العليا مسألة مراعاة الضوابط والقيود القانونية، التي وضعها المشرع للقاضي في حالة تدخله لإعمال أحكام الظروف الطارئة<sup>(3)</sup>.

ويدخل ضمن المسائل القانونية، توزيع الخسارة على المتعاقدين، إذ على القاضي إن لا يرفع على عاتق المدين كل الخسارة، ولكن يصل بها إلى الحد المعقول.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في الحكم الصادر بتاريخ 9 جوان 1975 كما سبق ذكره.

كما أنه تخرج عن سلطة القاضي التقديرية، رخصة فسخ العقد، بناء على طلب المدين وذلك لأن الهدف المقصود من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، هو توزيع تبعه الحادث على الطرفين لأنه في حالة الحكم بالفسخ، بناء على طلب المدين يتحمل الدائن وحده الخسارة كلها، إذ لا محل لأن يفرض على الدائن تعديل العقد، إذا كان

<sup>1</sup> - انظر الأعمال التحضيرية ج2-ص284-285- مأخوذة عن حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص247 تهميش رقم 01.

<sup>2</sup> - انظر بولحية جميلة، المرجع السابق ص138.

<sup>3</sup> - انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع نفسه، ص245-246.

يؤثر التخلي عن الصفقة خاصة وأنه في هذه الحالة لا يصيب المدين أي ضرر بل سيكون هذا في صالحه، إذ يرفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ<sup>(1)</sup>.

وهذه مسائل كلها يخضع فيها القاضي لمحكمة النقض (المحكمة العليا).

### الفقرة الثانية: مسائل الواقع في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

متى توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فإنه يجوز للقاضي أن يوازن تبعاً للظروف بين مصلحة الطرفين وأن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، وبذلك يملك القاضي سلطة واسعة يستطيع بموجبها إختبار الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الإلتزام<sup>(2)</sup>.

وبالتالي فإن القاضي له مطلق الحرية في سعيه لتحقيق الموازنة في العقد أن يأخذ بأحدى الطرق التي منحه القانون إياها فلما أن يزيد من الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق، أو أن ينقص من إلتزام المدين، أو أن يجمع بين زيادة الإلتزام المقابل وإنقاص إلتزام المدين، شرط أن يكون إنقاص الإلتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر وليس المستقبل، أو توقيف تنفيذ الإلتزام إلى غاية زوال الحادث الطارئ إذا كان ذلك لا يضر بالدائن.

كل هذا من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض.

كذلك يعتبر من مسائل الواقع، تقدير مدى الإرهاق الذي يصيب المدين من جراء الحادث الطارئ وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية بتاريخ 12 ديسمبر 1968 بالقول «إن تقدير مدى الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، ومناط هذا الإرهاق، الإعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها، ولا الظروف المتعلقة بشخص المدين»<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - انظر محمد إبراهيم نبيل سعد، النظرية العامة للإلتزام الجزء الأول، المرجع السابق ط 1994 ص 227.

<sup>2</sup> - انظر حمدي محمد اسماعيل، المرجع السابق ص 250.

<sup>3</sup> - مقتبس عن بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر سنة 1983 ، ص 124.

وشرط الإرهاق يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا يتعرض في ذلك لرقابة محكمة النقض لما يخالطه من الواقع، ما دام إستخلاصه سائغا مستمدا مما له أصله الثابت في الأوراق، وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية (1). وفي الأخير يمكن القول أن القاضي له سلطة تقديرية واسعة في تعديل العقد، في حالة حدوث ظروف طارئة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإلتزام مرهق. والمشرع الجزائري قد إعتبر ذلك من النظام العام، والعلة من تقرير هذا الحكم هو أنه لو لم يجعل المشرع تطبيق أحكام النظرية من النظام العام، لاستطاع المتعاقد القوي أن يملئ على المتعاقد الضعيف هذا الشرط، وبذلك تغدوا الحماية المقررة طبقا لهذه النظرية صورية لا قيمة لها.

و فضلا عن ذلك أن في ذلك رفقا لمدين تعسر به الحظ، إذ شاءت ظروف طارئة غير متوقعة أن تهدد بخسارة فادحة بعيدة عن كل حسابان، وهو على هذا المنوال يضمن تخفيفا من شدة القانون وصرامة أحكامه، ويطلع تنفيذ العقد بطابع العدالة والرحمة والإنسانية.

وكذلك ليس هناك ما يمنع من حدوث الحادث الطارئ، حيث تنتفي مظنة الضغط على المدين المرهق، أن يتنازل هذا المدين عن التمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، مما يؤدي ألا يكون للمحكمة تطبيق هذه النظرية بغير طلب من جانبه (2).

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

قبل التصدي لهذا المطلب يجب في بادئ الأمر أن نتعرف عن الشرط الجزائي وشروط إستحقاقه، ولهذا ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع حيث نخصص الفرع الأول، إلى مدلول الشرط الجزائي وخصائصه ونخصص الفرع الثاني إلى سلطة القاضي في تعديل الشرط والفرع الثالث إلى حدود سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي.

<sup>1</sup> - انظر أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق ص587.  
<sup>2</sup> - انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص250.

**الفرع الأول: مدلول الشرط الجزائي.**

وسنخصص لدراسته ثلاث نقاط.

**الفقرة الأولى: تعريف الشرط الجزائي.**

الشرط الجزائي هو الإتفاق مقدما على تقرير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين مستقبلا بالتزامه، سواء كان هذا الإخلال عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فالشرط الجزائي تقدير إتفاقي على التعويض بنوعيه :

وعلى ذلك فلكي يعتبر هذا الإتفاق شرطا جزائيا يشترط أن يبرم قبل الإخلال بالتنفيذ، أما إذا تم الإتفاق بعد الإخلال، فإننا نكون بصدد تصالح وليس شرط جزائي، ونصت عليه المادة ( 183 ) من القانون المدني الجزائري حيث نصت على «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما التعويض بالنص عليه في العقد، أو في إتفاق لاحق وتطبيق في هذه الحالة أحكام المواد (176 إلى 181)<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ أن بعض التقنيات، كالتقنين المصري، والسوري والعراقي وليبي، تعبر عنه بلفظ التعويض الإتفاقي، وهذا الإختلاف في التسمية مرجعه إلى الإختلاف حول وظيفة هذه المؤسسة القانونية، وعلى العموم فإن أغلب الفقه العربي، يتناول هذه التسميات باعتبارها وجوها مختلفة لمؤسسة واحدة<sup>(2)</sup>.

ومشروعية التعويض الإتفاقي ليست موضوع جدل، فهو معترف به بنص صريح في جل التشريعات تقريبا، نظرا لأهميته وكثرة إستعماله في الحياة العملية. خاصة في ميدان الأعمال المتمثلة في عقود القرض والبيع والكراء والشغل، والمقاوله فشروط المقاوله مثلا قد تتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أسبوع أو شهر، يتأخر فيه عن تنفيذ التزامه<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - انظر محمد صبري السعدي، الواضع في شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات، احكام الإلتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين ميله الجزائر ط2010 ص80.

<sup>2</sup> - انظر عبد الرزاق أيوب، المرجع السابق، ص10 تهميش رقم17.

<sup>3</sup> - انظر محمد صبري السعدي، الواضع في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات المرجع السابق، ط2010 ص81.

والشرط الجزائي لا يقتصر على المجال العقدي، بل يشمل المجال التصريحي كذلك ولكن في حدود معينة وهي أن لا تكون هذه المسؤولية ناتجة عن خطأ عمدي أو خطأ جسيم، وان لا يتعلق الأمر بالأضرار اللاحقة بالإنسان شخصياً<sup>(1)</sup>.

والشرط الجزائي يمكن أن يكون محله قدر من النقود وقد يكون شيء آخر كالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل كما لو إشتراط صاحب البناء على المقاول الذي عهد إليه بناء منزله، أن يضع تحت تصرفه شقة للإقامة فيها في حالة تأخر المقاول في إنجاز المنزل عند الموعد المتفق عليه<sup>(2)</sup>.

ويختلط الشرط الجزائي بالعربون في حالة ما إذا كانت دلالاته هي جواز العدول عن العقد، فقد يفهم أن العربون في هذه الحالة هو الشرط الجزائي إتفق المتعاقدون عليه عند العدول عن الفقه غير أنهما يختلفان في كون أن العربون، هو مقابل حق العدول، فيستحق عند استعمال أحد المتعاقدين لخيار العدول، حتى ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر أو كان هذا الضرر أقل من قيمة العربون.

كما أن العدول لا يستحق منه إلا مبلغ العربون المتفق عليه، ولو ترتب عليه ضرر أكبر من قيمة العربون، أما الشرط الجزائي فلا يستحقه الدائن إلا إذا ترتب ضرر عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه، والقاضي لا يملك سلطة تخفيض العربون، بينما يملك ذلك في تخفيض الشرط الجزائي كما سنرى فيما بعد .

كما لا يعتبر الشرط الجزائي إلتزاماً تخييراً أو بديلاً لذا لا يستطيع المدين العدول عن تنفيذ الإلتزام الأصلي وتقديم الشرط الجزائي، بينما يستطيع أن لا ينفذ الإلتزام الأصلي حتى ولو كان ممكناً ويدفع العربون بدلاً منه<sup>(3)</sup>.

كما أن الشرط الجزائي يختلط بالغرامة التهديدية<sup>(1)</sup> كون هذه الأخيرة تتم بالطابع القهري الأمر الذي يجعلها قريبة كل القرب من الشرط الجزائي، خاصة في الحالة التي يرتبط فيها الشرط الجزائي بالتأخير في تنفيذ الإلتزام.

<sup>1</sup> - انظر عبد الرازق أيوب، المرجع السابق، ص10 تهميش رقم 18.

<sup>2</sup> - انظر عبد الرازق أيوب، المرجع نفسه، ص11.

<sup>3</sup> - انظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ط2010، ص82.

ولكن الإختلاف الجوهرى بينهما يكمن فى أن التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي يستمد أساسه من إخلال المدين بالتزامه العقدي، أما الغرامة التهديدية تستمد أساسها من إمتناع المحكوم عليه فى تنفيذ الحكم الصادر ضده .

والغرامة التهديدية هي وليدة قرار قضائي، بينما الشرط الجزائي يتولد عن إتفاق بين المتعاقدين، ويختفى سبب أو موضوع الغرامة التهديدية عندما يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا، بينما الشرط الجزائي يظل قائما ما دامت الإستحالة راجعة إلى خطأ المدين نفسه، أو أن الإستحالة لم تطرأ إلا بعد توجيئه إنذار للمدين، أو كان هذا الأخير متحملا لنتائج القوة القاهرة بنص القانون.

والغرامة التهديدية لا تقاس بمقدار الضرر نظرا لطابعها القهري، ولكنها تصفى فى شكل تعويض يستغرق الضرر الحاصل لطالب التنفيذ، أما الشرط الجزائي فوظيفته الأصلية والمتمثلة فى جبر الضرر تجعل إستحقاقه متوقفا على تحقق شروط المسؤولية العقدية كما تتميز الغرامة التهديدية بطابعها المؤقت، إذ يتوقف مصيرها على مسار المحكوم عليه، أما الشرط الجزائي فهو إتفاق قابل من حيث المبدأ للتنفيذ على حاله متى تحققت شروط ذلك التنفيذ<sup>(2)</sup>.

#### الفقرة الثانية/- خصائص الشرط الجزائي.

يتميز الشرط الجزائي بخصائص ثلاث وهي:

أولا- أنه إتفاق مسبق على تقرير التعويض.

ثانيا- أنه تابع للإلتزام الأصلي.

ثالثا- أنه إلتزام إحتياطي.

رابعا- إن الشرط الجزائي ليس إلا تقرير جزائيا للتعويض

<sup>1</sup> - الغرامة التهديدية هي وسيلة يتم اللجوء إليها لإجبار المطلوب أو المدين فى التنفيذ على تنفيذ التزامه متى تعلق محل الإلتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

- انظر فى ذلك عبد الرازق أيوب، المرجع السابق ص32.

<sup>2</sup> - انظر عبد الرازق أيوب، المرجع نفسه ص 34.

أولاً: التعويض الإتفاقي إتفاق مسبق على تقدير التعويض.

- الخاصية الأساسية المميزة للتعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي، هي أنه ينشأ بمقتضى إتفاق الأطراف، أي الإتفاق الإرادي للمتعاقدين هو المصدر الوحيد لهذا الشرط.

وفي هذا فإنه 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 بالإلتزام الأصلي.

وبما أن إتفاق الأطراف هو مصدر الشرط الجزائي فإن هذا الأخير، باعتباره أحد الشروط المكونة للعقد، يجب لكي ينشأ صحيحاً، أن يستوفي كافة أركان العقد الأصلي وشروطه، فتسري عليه كافة أحكام العقد، بحيث إذا لم يرد هذا الشرط في العقد الأصلي المنشئ للإلتزام، فإنه ينشأ في إتفاق لاحق على العقد، ولكن يشترط النص عليه قبل الإخلال، لأنه إذا وقع بعد الإخلال نتيجة لخطأ وقع فعلاً فإننا لا نكون بصدد شرط جزائي وإنما يعتبر بمثابة صلح أو إقرار بين الطرفين بارتضاء هذا التقدير<sup>(1)</sup>.

ثانياً- التعويض الإتفاقي تعويض تابع للإلتزام الأصلي.

- إن التعويض الإتفاقي إلتزام تابع (accessoire)، فلا يجوز الإتفاق على التعويض الإتفاقي مستقلاً عن الإلتزام الأصلي، فهو يقوم إلى جانب إلتزام آخر وهو الإلتزام الأصلي<sup>(2)</sup>.

وبالنظر إلى طبيعة هذه النتيجة، فإن الشرط الجزائي يدور مع الإلتزام الأصلي وجوداً أو عدماً إذ العبرة دائماً بالإلتزام الأصلي<sup>(3)</sup>، بحيث أن بطلان الإلتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي، فإذا كان محل الإلتزام الأصلي غير مشروع بطل الإلتزام وبالتالي يبطل الشرط الجزائي، وكذلك إذا كان العقد قابلاً للإبطال، وتمسك به من له الحق في ذلك، سقط الإلتزام الأصلي، وبالتالي يتبعه

<sup>1</sup> - انظر عبد الرازق أيوب، المرجع السابق ص23،24.

<sup>2</sup> - انظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام. المرجع السابق ط2010 ص83.

<sup>3</sup> - انظر عبد الرازق أيوب، المرجع السابق ص24.

سقوط الشرط الجزائي، كما لو كان المتعاقد ناقص الأهلية، أو شاب إرادته عيب من عيوب الإدارة.

والعكس ليس صحيحاً فإذا كان الإلتزام الأصلي صحيحاً، والشرط الجزائي باطلاً، فإن البطلان يقتصر على الشرط الجزائي فقط دون أن يمتد إلى الإلتزام الأصلي، كما أنه إذا سقط الإلتزام الأصلي لاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة سقط معه الشرط الجزائي، إضافة إلى أن فسخ العقد الذي أنشأ الإلتزام الأصلي، يؤدي إلى سقوط الإلتزام بالشرط الجزائي.

وإذا كان الإلتزام الأصلي موصوفاً - أي إذا كان معلقاً على شرط أو مضافاً لأجل أو غير ذلك من الأوصاف - فإن هذه الأوصاف تلحق بالشرط الجزائي بالتبعية<sup>(1)</sup>.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن الشرط الجزائي إلتزام تابع للإلتزام الأصلي، وهو إتفاق على جزاء الإخلال بهذا الإلتزام، فإذا سقط الإلتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي، ولا يعتد بالتعويض المقرر بمقتضاه، فإن أستحق تعويض للدائن، تولى القاضي تقديره، وفقاً للقواعد العامة، التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه، ومقداره على عاتق الدائن<sup>(2)</sup>.

**ثالثاً: - الشرط الجزائي التزم إحتياطي.**

- فالشرط الجزائي يقوم بدور التعويض، فهو وسيلة إحتياطية، لا يمكن اللجوء إليها إلا بعد التأكد من عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي عيناً، وليس في حق الدائن إلا المطالبة بالتنفيذ العيني للإلتزام الأصلي إذا كان ممكناً، وإذا إستحال على المدين تنفيذ الإلتزام بخطأ منه، فللدائن عندئذ حق المطالبة بقيمة الشرط الجزائي.

<sup>1</sup> - انظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، ط2010 المرجع السابق ص84.

<sup>2</sup> - نقض مدني مصري في 18 أبريل 1978 مجموعة المكتسب الفني، لسنة29، رقم 2010 ص 1030 .

وما يجب الإشارة إليه هو أن الشرط الجزائي ليس إلتزام بدلي (Obligation Facultative) <sup>(1)</sup> لأن الإلتزام الأصلي إذا كان ممكنا تنفيذه، فلا يستطيع المدين العدول عنه بتنفيذ الشرط الجزائي كبديل له.

وهو ليس إلتزاما تخييريا (Obligation alternative) <sup>(2)</sup> لأن الدائن لا يحق له الإختيار بين الإلتزام الأصلي، والشرط الجزائي <sup>(3)</sup>.

وغنى عن البيان أن الشرط الجزائي لا يمكن أن يجتمع مع التعويض، لأنه بمثابة التعويض، إلا إذا كان قد قصد به التعويض عن التأخر في التنفيذ فيمكن أن يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ، كما أنه لا يجتمع مع التنفيذ العيني، إلا إذا كان مشروطا كتعويض عن التأخير في التنفيذ <sup>(4)</sup>.

رابعا: الشرط الجزائي هو تقدير جزئي للتعويض.

وهذه هي أهم خاصية للشرط الجزائي، باعتباره إتفاق مسبق على التعويض، وعليه فإنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي، كل شروط التعويض وهي الخطأ والضرر والعلاقة لسببيه ثم الأعدار وهذا ما نصت عليه المادة (183) من القانون المدني الجزائري بقولها «وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد (176 إلى 181).

### الفقرة الثالثة: شروط إستحقاق الشرط الجزائي.

يشترط لاستحقاق الدائن مقدار التعويض الإتفاقي توافر مجموعة من الشروط وهي: أولا- الخطأ، ثانيا- الضرر، ثالثا- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، رابعا- الأعدار.

<sup>1</sup> - عرفت المادة 216 ق.م.ج - الإلتزام البدلي «يكون الإلتزام، اختياريا إذا لم يشتمل محله إلا شيئا واحدا، ولكن تبرا ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر...»

- وما يؤخذ عن هذه المادة أنها جاءت بلفظة (اختياريا) وهي غير دقيقة والصحيح استخدام لفظة (بدليا) انظر في ذلك محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص224

<sup>2</sup> - عرفت المادة 213 ق.م.ج الإلتزام التخييري بقولها «يكون الإلتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة وتبرا ذمة المدين براءة تامة، إذا أدى واحدا منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك»

<sup>3</sup> - انظر عبد الرزاق أيوب، المرجع السابق ص25.

<sup>4</sup> - مقتبس محمد صبري السعدي، لوضع في شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين ميلة الجزائر ط2010، ص84.

أولاً: الخطأ:

نكون أمام خطأ المدين في حالة إمتناعه عن تنفيذ إلتزامه العقدي أو تأخره، ويعتبر الخطأ أساس الشرط الجزائي، ويكون مبنياً على أساس موضوعي قوامه الإعتداد، بواقعة مادية بحته هي عدم التنفيذ<sup>(1)</sup>.

ويشترط في عدم التنفيذ بعض الخصائص وهي.

أ - أن يكون عدم التنفيذ نهائياً:

يجب أن يكون عدم التنفيذ نهائياً حتى يستوجب إستحقاق التعويض الإتفاقي، فإذا كان مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ولا يستحق الشرط الجزائي<sup>(2)</sup>.

ب - أن يكون عدم التنفيذ كلياً.

يجب أن يكون عدم التنفيذ كلياً حتى يتسنى للدائن الإستفادة من الشرط الجزائي كاملاً لأنه إذا كان التنفيذ جزئياً، يمكن للدائن الإستفادة من الشرط الجزائي تحت تحفظ تخفيظه من قبل القاضي طبقاً لإحكام المادة (2/184) من القانون المدني الجزائري ويترتب عن ذلك أن عبء الإثبات ينتقل من الدائن إلى المدين، وبالتالي يستطيع المدين التخلص من المسؤولية وذلك بإثبات السبب الأجنبي، لنفي العلاقة السببية بين خطئه والضرر الذي أصاب الدائن<sup>(3)</sup>.

فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين فلا يلتزم بالتعويض، ولا مجال لإعمال الشرط الجزائي لأنه تقدير للتعويض الذي لم يستحق<sup>(4)</sup>.

وقضت محكمة النقض المصرية «إن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدى، يعتبر في ذاته خطأ يرتب المسؤولية»<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>- انظر عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص115.

<sup>2</sup>- انظر عبد الله نجاري، المرجع نفسه، ص 115

<sup>3</sup>- انظر عبد الحميد بن شينيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون معهد الحقوق جامعة الجزائر، 1996، ص76

<sup>4</sup>- انظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام المرجع السابق ط2010، ص86.

<sup>5</sup>- نقض مدني مصري في 05-12-1968 مجموعة الأحكام النقض السنة 227/19 ص1490- مأخوذ عن محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ط 2010 ص87.

كما قضت بأنه «يشترط لاستحقاق التعويض عن عدم تنفيذ الإلتزام، أو التأخر في تنفيذه، وجود خطأ من المدين ولا يغني عن توافر هذا الشرط، أن يكون التعويض مقدرا في العقد، لأن هذا التقدير ليس هو السبب في إستحقاق التعويض، وإنما ينشأ الحق في التعويض عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذه.»

### ثانيا: الضرر.

يعتبر الضرر شرط أساسي وجوهري لاستحقاق التعويض الإلتفافي، في حالة إخلال المدين بالتزامه سواء بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فإن لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن فإنه يترتب عليه عدم إستحقاق التعويض الإلتفافي<sup>(1)</sup>.

وهذا ما نصت عليه المادة (1/184) من القانون المدني الجزائري «لا يكون التعويض المحدد في الإلتفافي مستحقا، إذا أثبت المدين إن الدائن لم يلحقه أي ضرر» أي أنه لا يكفي خطأ المدين وحده لاستحقاق التعويض الإلتفافي، بل يجب وقوع الضرر فعلا بالدائن حتى يمكنه المطالبة بالتعويض<sup>(2)</sup>.

وهذا الشرط من النظام العام، إذ لا يمكن للأطراف الإلتفافي على إستبعاده، وجعل الشرط الجزائي مستحق حتى في غياب الضرر طبقا لأحكام المادة (3/184) من القانون المدني الجزائري ويشترط في الضرر أن يكون محققا ومباشرا ومتوقعا.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها<sup>(3)</sup> حيث إعتبرت أن التعويض كما يكون عن ضرر حال، فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متي كان محقق الوقوع.

1- نقض مدني مصري في 25-01-1979، مجموعة المكتب الفني السنة 30 رقم 75 ص 385 - مأخوذ عن محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ط 2010 ص 87 تهميش رقم 01  
2- انظر نجاري عبد الله، المرجع السابق ص 124 .

3- نقض مدني مصري في 13-05-1965، مجموعة المكتب الفني السنة 16، ص 57. - مأخوذ عن معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف الإسكندرية 1987 ص 448.

وخروجا عن القواعد العامة، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين أي أنه على المدين أن يثبت بأن الدائن، لم يلحقه أي ضرر، وذلك طبقا للمادة (1/184) من القانون المدني الجزائري.

ولا نجد مثل هذا الحكم في القانون المدني الفرنسي، حيث نصت المادة ( 1152 ) منه على أنه «إذا وجب الإتفاق على من لم يحم بتنفيذه دفع مبلغ معين، على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطي الطرف الآخر مبلغا أكثر أو اقل»<sup>(1)</sup>. أما القانون المصري فعلى غرار نظيره الجزائري فإنه يشترط لإستحقاق الشرط الجزائي إثبات الضرر .

وهذا ما نصت عليه المادة ( 1/224 ) من القانون المدني الفرنسي على أنه «لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر».

و قد حكمت محكمة النقض المصرية بأنه «لا يكفي لاستحقاق التعويض الإتفاقي مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالالتزام، وإنما يشترط أيضا توافر ركن الضرر في جانب الدائن، فإذا أثبت المدين إنتقاء الضرر سقط الجزاء المشروط»<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> -ART 1152 c.c.f «Lorsque la convention perte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme a titre de damage- intérêts il ne peut être a l'autre partie une somme plus forte in moindre».

<sup>2</sup> - نقض مدني مصري في 1967/11/14 مجموعة المكتب الفنية السنة 18 رقم 252 ص 1668 مأخوذ عن محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق ط 2010 ص 87 تهميش رقم (1)

### ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

مفاد العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، هي أن إمتناع المدين عن تنفيذ التزامه، أو التأخر في تنفيذه، هو الذي ألحق بالدائن ضرر، أي أن النتيجة الحتمية لإخلال المدين بالتزامه، والذي بسببه تضرر الدائن (1).

فإذا إنتقت هذه العلاقة السببية بإثبات المدين للسبب الأجنبي، أو إنتقت بأن الضرر كان غير مباشراً أو كان غير متوقع في المسؤولية العقدية، فلا تتحقق المسؤولية، ومن ثمة فلا يستحق التعويض ولا مجال لإعمال الشرط الجزائي (2).

رابعاً: الإعدار.

الأصل أن عدم الوفاء بالإلتزام لا يعني بالضرورة إهمال المدين أمر الوفاء، أو إتجاه إرادته إلى الإمتناع عن القيام به، ومن ثمة كان على الدائن إثبات أن عدم الوفاء ينطوي على إخلال المدين بالتزامه ولدى تطلب المشرع كقاعدة عامة، دليلاً على هذا الإخلال والمتمثل في قيام الدائن بإصدار المدين، مطالباً إياه بالوفاء (3).

والإعدار هو دعوة المدين من قبل الدائن بالقيام بتنفيذ إلتزامه وتنبهه إلى أن تأخره في هذا التنفيذ ينجر عنه مسؤولية عن تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة هذا التأخر (4).

والإعدار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي، وهذا ما نصت عليه المادة (179) من القانون المدني الجزائري بقولها «لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين، ما لم يوجد نص مخالف لذلك.» إلا فيما يخص الحالات التي يعفي فيها الدائن من إعدار المدين طبقاً للمادة (181) من نفس القانون. (5).

1- انظر أنور سلطان، أحكام الإلتزام الموجز في النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت 1980 ص75.

2- انظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، المرجع السابق ط2010، ص87.

3- انظر عبد الرزاق أيوب، المرجع السابق ص47، 48.

4- انظر عبد المجيد حكيم، الموجز في شرح القانون المدني أحكام الإلتزام، الجزء الثاني الطبعة الثالثة دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977 ص29.

5- م181 (ق.م.ج) لا ضرورة لإعداد المدين في الحالات الآتية.

- إذا تعذر تنفيذ الإلتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين.

- إذا كان محل الإلتزام تعويض ترتب عنه عمل مضر.

- إذا كان محل الإلتزام رد الشيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

ويكون إعدار المدين إما بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، أو عن طريق البريد، أو على وجه يتفق عليه الأطراف وهذا ما نصت عليه المادة (181) السالفة الذكر<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي.

طبقاً لأحكام المادة (2/184) من القانون المدني الجزائري، واستثناءً فإن المشرع منح للقاضي سلطة التعديل عن طريق الزيادة في التعويض المتفق عليه، إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، طبقاً للمادة (185) من القانون المدني الجزائري.

كما منح له سلطة تخفيضه في حالة ما إذا كان التعويض المتفق عليه مفرطاً أو مبالغاً فيه، وهذا ما سوف نتعرض له في نقطتين أساسيتين حيث نتعرض في الأولى إلى سلطة القاضي إزاء تخفيض الشرط الجزائي و الثانية إلى سلطة القاضي إزاء زيادة الشرط الجزائي.

### الفقرة الأولى: سلطة القاضي إزاء تخفيض الشرط الجزائي .

تنص المادة (184) من القانون المدني الجزائري على "لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الإلتزام الأصلي قد نقد في جزء منه.

ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

وانطلاقاً من هذه المادة تستشف أنه يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض الإتفاقي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً، أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> -م 180 (ف.م.ج) «يكون اعنرا المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الأعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين مصدراً بمجرد حلول أجل دون حاجة إلى إجراء آخر».

<sup>2</sup> - انظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الإلتزام المرجع السابق ط 2010 ص 88.

أولاً: تخفيض الشرط الجزائي بسبب التعويض المفرط فيه.

فالإفراط معناه عدم التناسب الكبير بين قيمة التعويض المتفق عليه، والضرر اللاحق بالدائن مما يؤدي إلى تعسفات (1).

ولقد اختلفت نظرة التشريعات حول درجة هذه المبالغة، فالمشرع الفرنسي نص على عدم جواز الحكم بأكثر من الشرط الجزائي أو بأقل منه طبقاً للمادة (1152) من القانون المدني (2).

أما المشرع المصري فلم يحدد درجة هذه المبالغة في مقدار التعويض الإتفاقي لضرورة التعديل، حيث أنه بموجب المادة (2/224) من القانون المدني أجاز للقاضي أن يخفف التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (3).

أما المشرع المغربي قد رفع الحرج عن القضاة، فما يعتبره البعض مبالغاً فيه. بشكل ظاهر، قد يعتبره البعض الآخر مبالغاً فيه بشكل عادي، مما يجعل سلطة تقدير هذه المبالغة محل تحكم القضاة، حيث أن المشرع لم يحدد ضابطاً محدداً لهذه الدرجة فلم يشرط حداً أدنى ولم يحدد حداً أقصى وهذا ما جاء في نص المادة (3/264) من قانون الموجبات والعقود (4).

أما المشرع الجزائري فقد إستعمل مصطلح «الإفراط» دون أن يحدد مقدار هذا الإفراط وإنما تركها للسلطة التقديرية للقاضي وهذا بموجب المادة (2/184) من القانون المدني، وسلطة القاضي في هذا الصدد تتمثل في أمرين اثنين هما:

(أ) تقدير القاضي للإفراط، (ب) تخفيض القاضي للإفراط.

<sup>1</sup> -Jean charbonnier, Droit- CIVIL- Les obligation, Tome, 21<sup>eme</sup> édition, presses universitaires -p292 1998 France paris

<sup>2</sup> - انظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام المرجع السابق ط2010، ص89.

<sup>3</sup> - نصت المادة 2/224 ق.م.م «ويجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير مبالغاً فيه.

<sup>4</sup> - حيث نصت المادة 3/264 (ق.ل.ع مغربي) «حتى وان كان المتعاقدان قد حددا قيمته سابقاً في العقد فان ذلك لا يمنع القاضي إعمالاً لتلك السلطة من النظر فيما إذا كان ذلك التقدير متناسباً مع قيمة الضرر أم لا.»

أ - تقدير القاضي للإفراط :

فالمادة (184) من القانون المدني الجزائري. لم تنص صراحة على كيفية التقدير، ولا على العناصر التي يمكن للقاضي أن يستند عليها في تقديره، إلا أن العرف جرى باللجوء إلى المعيار الموضوعي والذي يهدف إلى مقارنة مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر الذي لحق بالدائن، أي عدم التناسب الفاحش. وكذلك اللجوء إلى المعيار الذاتي، والذي يهدف إلى تقرير المسؤولية التعاقدية للمتعاقدين، مثل الظروف الشخصية للمدين من حسن نية وسونها (1). ويضيف القانون الفرنسي إلى هذا ضرورة مراعاة التغيرات الإقتصادية والإجتماعية وتأثيرها على العلاقات التعاقدية (2).

وعلى العموم أن القاضي أثناء تقديره للإفراط عليه أن يأخذ بعين الاعتبار فيما إذا كان عدم التناسب فاحشا أو معقولا، وأن يراعي مصالح الأطراف بهدف إيجاد التناسب بين الضرر وقيمة التعويض، والتخلص من كل التجاوزات التي تلحق ظلما بأحد المتعاقدين تحقيقا للعدالة. وإذا كان عدم التناسب معقولا فلا جدوى من إجراء عملية التخفيض.

ب - تخفيض القاضي للإفراط :

إن سكوت المشرع في المادة (2/184) السابقة الذكر عن الطريقة أو تحديد العناصر التي يستند إليها القاضي في تقديره للإفراط، إنما ينم على تعبير ضمني بأن للقاضي سلطة تقديرية واسعة مستمدة من مبدأ العدالة، تمكنه من التدخل في التعديل (3).

وعليه فإذا ما تبين له أن المبالغة في الشرط الجزائي فاحشة، وترتب عنها إجحاف للمدين (4)، ففي هذه الحالة تكون أعمال سلطة القاضي ضرورية لإيجاد التوازن بين قيمة التعويض والضرر اللاحق بالدائن، والبحث عن نية المدين إذا

<sup>1</sup> - Jean- charbonnier, OP, CIT-P 294.

<sup>2</sup> - انظر عبد الرزاق أيوب، المرجع السابق ص146.

<sup>3</sup> - Jean thilmany, fonction et rémissibilité des clauses pénale en droit comparé, revue internationale de droit comparé n°= 1 1980,P.90.

<sup>4</sup> - انظر عبد الحميد بن شينيني، المرجع السابق ص82.

كانت حسنة أو سيئة من خلال الظروف الملائمة للعقد<sup>(1)</sup> لأن قصد المتعاقدين هو تحديد تعويض عن ضرر يصيب الدائن لدى فإن الشرط الجزائي يخرج عن مفهومه المقصود إذا ما تبين أن الضرر الذي أصابه لا يتناسب مع التقدير المرتفع، والمحدد في الإتفاق، وينقلب وضعه بالتالي إلى تهديد مالي لا يقصده المتعاقدان، وسلطة القاضي في ذلك هي تخفيض قيمة التعويض، ليس إلى الحد الذي يجعله متساويا مع الضرر، ولكن بالقدر الذي يتناسب معه<sup>(2)</sup>، ويقع عبء الإثبات على المدين إذا كان مقدار الشرط الجزائي مبالغا فيه .

وهذا ما تبنته محكمة النقض المصرية<sup>(3)</sup> في حكمها حيث جاء فيه «إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة فيجوز للقاضي في هذه الحالة تخفيض التعويض المتفق عليه» .

وفيما يخص سلطة القاضي في تخفيضه للإفراط، فقد قضت محكمة النقض المصرية<sup>(4)</sup> بأن «وجود الشرط الجزائي، يفترض معه أن تقدير التعويض فيه مناسب مع الضرر الذي لحق الدائن، وعلى القاضي أن يعمل هذا الشرط، إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ما، فعندئذ لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا، أو إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه .

وبهذا لقد قيد القانون المدني مبدأ سلطان الإرادة في حالة جواز تخفيض التعويض من الشرط الجزائي، إذا أثبت المدين عند تنفيذ العقد أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، وزيد كثيرا عن الضرر الذي وقع فعلا<sup>(5)</sup> .

<sup>1</sup> - انظر عبد الله نجاري، المرجع السابق ص192.

<sup>2</sup> - انظر فتحي عبد الرحيم عبد الله أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، شرح النظرية العامة للالتزام منشأة المعارف بالإسكندرية ط2001، ص39.

<sup>3</sup> - نقض مدني مصري بتاريخ 14/11/1967 مجموعة المكتب الفني ص1977، انظر في ذلك معرض عبد التواب، المرجع السابق ص455

<sup>4</sup> - نقض مدني مصري في 25-11-1968، مجموعة المكتب الفني السنة 19 رقم 237 ص1490.  
- مأخوذة عن محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدنين النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام - المرجع السابق ط2010 ص89 تهميش رقم1.

<sup>5</sup> - انظر احمد عيسى، مقال حول الدولة بين الفرد والجماعات في المجال التعاقدى، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 04.2007، ص57.

ثانيا: تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي.

نصت المادة (2/184) من القانون المدني الجزائري على «ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نقد في جزء منه».

فهذه المادة تنص على الحالة التي يقوم المدين فيها فعلا بتنفيذ إلتزامه، إلا أنه توقف في جزء منه، وأن الجزء المتبقي الذي لم ينفذه المدين قد ألحق ضررا بالدائن، وليس من العدل أن يلزم المدين بالوفاء بالمبلغ المتفق عليه كليا<sup>(1)</sup>.

وغنى عن البيان أن تطبيق مقتضيات هذه المادة تستلزم أن لا يكون المتعاقدان قد قررا تعويضا إتفاقيا لعدم التنفيذ الجزئي، وهذا يعني أن أعمال هذه المقتضيات تقتضي إتفاق المتعاقدين، على تقدير التعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالإلتزام الأصلي كله سواء بالإمتناع عن تنفيذ كل الإلتزام أو التأخر في تنفيذه كله.

وعليه ففي حالة تحقق شروط إستحقاق التعويض الإتفاقي، وجب تجزئة هذا التعويض تبعا لتجزئة الضرر، لأن ما قدر لكل لا يقدر به الجزء، بالإضافة إلى هذا الشرط يجب أن يكون الإلتزام الأصلي قابلا للإنقسام، أما إذا كان غير قابل لذلك، إما بحسب طبيعته أو بمقتضى الإتفاق فإن مقتضى الفقرة أعلاه لا تطبق على هذه الحالة<sup>(2)</sup>.

وأن مسألة قابلية أو عدم قابلية الإلتزام الأصلي للإنقسام، هي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع<sup>(3)</sup> فالمادة (2/184) كما سبق ذكرها. منحت للقاضي سلطة تقديرية واسعة بهذا الصدد.

ولكن ما يؤخذ عن هذه السلطة أنها خاضعة، من جهة أنها لم تحدد للقاضي العناصر التي يعتد بها سواء في التقدير أو التخفيض، ومن جهة أخرى أن القاضي ملزم بالتخفيض في حالة ما إذا طلب المدين منه ذلك وتحقق الضرر فعلا للدائن، وأثبت المدين فعلا أنه قام بتنفيذ جزئي للإلتزام الأصلي.

1- Philippe Del becque (Régime de la réparation) jurais classeur civil art 1382-1386 FASC 212,P.18-

2- انظر عبد الرازق أيوب، المرجع السابق ص150،151.

3-Philippe Del béqué. OP.CIT. P18 -

ويقارن القاضي الضرر اللاحق بالدائن مع الفائدة التي عادت عليه<sup>(1)</sup> أما إذا لم يتحقق الضرر فلا مجال لاستحقاق الشرط الجزائي، والقاضي لا يسعى إلى البحث عن مساواة حقيقية بين الضرر اللاحق بالدائن، ومقدار التعويض بل بكيفية التخلص من التجاوزات الفاحشة من جهة وأن يراعي مصلحة الدائن وحقه في ضمان التنفيذ من جهة أخرى<sup>(2)</sup>.

فمع عدم وجود معيار يقضي به القاضي في التخفيض يؤدي إلى إنكار العدالة، إذ أن التنفيذ الجزئي للإلتزام قد يحقق أولاً يحقق للدائن أي فائدة، تذكر وقد يتم التنفيذ الجزئي بنسبة معينة، ولكن لا يحقق للدائن الفائدة بنفس النسبة، فهنا السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يقف القاضي عند التنفيذ الجزئي أم عند النفع الناتج عن ذلك التنفيذ؟

ومن هنا نرى أنه ما أخذ به المشرع المغربي هو عين الصواب<sup>(3)</sup> إذ أنه يأخذ بعين الاعتبار ظروف كل قضية على حدى، وأهمية التنفيذ الكلي بالنسبة للدائن، ومقدار الضرر منظور إليه من وجهة الدائن بحيث أن المنفعة يجب أن تقدر على ضوء، الإضطراب الإقتصادي والنفسي والمعنوي، الذي من شأن عدم التنفيذ أن يخلفه للدائن.

وهذا يعني أن القاضي لا يبحث عن مقدار التنفيذي الجزئي، بل عن النفع الناتج عن ذلك التنفيذ، ذلك أن تنفيذ الإلتزام بمقدار النصف مثلاً قد لا يحقق للدائن إلا نسبة 30% من الفائدة أو لا يعود عليه بالفائدة مطلقاً.

وبعد تحديد مقدار النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي يلجأ القاضي إلى تخفيض التعويض المتفق عليه، بنفس نسبة النفع الذي عاد على الدائن<sup>(4)</sup>.

1- انظر عبد الله نجاري، المرجع السابق ص195.

2- انظر عبد الحميد بن شينيتي، المرجع السابق ص90.

3- م 264/3 (ق.ل.ع م) «ولها أيضا (المحكمة) أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ لجزئي.»

4- انظر عبد الرازق أيوب، المرجع السابق، ص152.

وعموما فإن القاضي له سلطة واسعة في تخفيض الشرط الجزائي، وما على المدين إلا إثبات أن تقدير التعويض الاتفاقي غير متناسب مع الضرر، بل ينطوي على مبالغة كبيرة، وهنا يكتفي القاضي بتخفيض التعويض إلى الحد المعقول، لا إلى الحد المساوي تماما للضرر الواقع.

هذا وإن ضرورة وقوع الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي، وجواز تخفيضه يعد من النظام العام، فلا يجوز الإتفاق على ما يخالفها بحيث يقع باطلا كل إتفاق مخالف لذلك<sup>(1)</sup>.

### الفقرة الثانية : زيادة الشرط الجزائي.

تنص المادة ( 185 ) من القانون المدني الجزائري على أنه «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.»

- إذا كان المشرع الجزائري قد منع الدائن من طلب الزيادة إلا في حالتي الغش و الخطأ الجسيم فإن المشرع المغربي يسمح بزيادة قيمة التعويض الاتفاقي إذا كانت زهيدة، أما في حالة التدليس والخطأ الجسيم، فهي من باب القواعد العامة التي يمكن إعمالها ولو بدون نص<sup>(2)</sup>.

ومنه فزيادة قيمة التعويض الاتفاقي تكون في حالتين.

- حالة ما إذا كانت قيمة التعويض الاتفاقي زهيدة (أولا).

- حالة ما إذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما (ثانيا).

### أولا: زيادة الشرط الجزائي في حالة القيمة الزهيدة.

إن القول بأن الدائن يقدر مسبقا مقدار الضرر الذي يمكنه أن يلحق من جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته، وإذا حدده بصورة نهائية فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك. ولا يمكن قبوله، لأنه كما يكون ضد الدائن، يكون ضد المدين، فالمدين كذلك يعرف مسبقا مدى الضرر الذي يمكن أن يلحقه نتيجة دفعه مبلغ التعويض الاتفاقي، في حالة ما إذا أنكل عن التنفيذ، فليس له إذن أن يطلب تخفيض التعويض الاتفاقي،

<sup>1</sup> - انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص42.

<sup>2</sup> - انظر عبد الرازق أيوب، المرجع السابق، ص156

غير أن التبرير المنطقي هو الذي يذهب إلى رفض هذه الزيادة و ينسق مع ما تقضي به النصوص التي تجيز الإتفاق على إعفاء المدين أو تحديد مسؤوليته المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية.

حيث بالنظر إلى تحديد تعويض إتفاقي تافه أمر يقل عن مقدار الضرر على أنه إعفاء كلي أو جزئي من المسؤولية<sup>(1)</sup> وهو أمر جائر في أحوال وغير جائر في أحوال أخرى، إذ علينا في هذه الحالة أن نفرق بين المسؤولية العقدية<sup>(2)</sup>. والمسؤولية التقصيرية<sup>(3)</sup>.

ففي القانون الجزائري رأينا أنه يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التعاقدية وفقا للمادة (178) من القانون المدني إلا في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم أما الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري فهو باطل، إذ تنص المادة (3/178) من نفس القانون على أنه «يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي».

وعندئذ يمكن القول، أنه إذا تم الإتفاق على شرط جزائي تافه، في المسؤولية التقصيرية فيكون باطلا إذ أنه يكون تحايلا للإعفاء من المسؤولية، وللقاضي أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه، الوارد في الشرط الجزائي، مراعيًا في ذلك تطبيق القواعد العامة في التقدير القضائي للتعويض<sup>(4)</sup>، ويبقى إعتبار الشرط الجزائي التافه تحايلا للإعفاء من المسؤولية قابل لإثبات العكس إذ أن الأمر لا يعدوا أن يكون قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

وحدود الزيادة لا يمكن في حالة تافهة مبلغ التعويض الإتفاقي أن تزيد أو تقل عن مقدار الضرر المحقق فعلا على خلاف حالة التخفيض، إذ لا يمكن تصور الصفة التهديدية لهذه القيمة، وتملك المحكمة سلطة واسعة في تقدير تافهة مبلغ

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرازق أيوب، المرجع السابق، ص156، 157.

<sup>2</sup> - المسؤولية العقدية هي التي تترتب عن الإخلال بالتزام عقدي مترتب عن عقد صحيح.

- انظر في ذلك علي سليمان، المرجع السابق ص113.

<sup>3</sup> - المسؤولية التقصيرية هي التي تترتب عن الإخلال بالتزام قانوني نتيجة خطأ أو إهمال أو تقصير، غير أنه في الوقت الحالي لم تبق هذه المسؤولية مرتبطة بفكرة الخطأ بل أصبحت تستند إلى فكرة تحمل التبعة.

- انظر في ذلك علي فيلا لي، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق ط2007 ص5.

<sup>4</sup> - مقتبس عن محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام الالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين ميله الجزائر ط2010، ص91.

التعويض الإتفاقي ، فإن كان يقل قليلا عن مقدار الضرر ، فلا يمكن للمحكمة أن تزيد فيه على حدود مقدار الضرر، واحتراما للطابع الجزائي الذي يميز التعويض الإتفاقي (1)

### ثانيا: زيادة مقدار التعويض بسبب غش المدين أو خطئه الجسيم (2)

- من خلال إستقراء المادة ( 185 ) من القانون المدني الجزائري، فإنه يستوجب لزيادة مقدار التعويض الإتفاقي على الدائن أن يثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، وأن الضرر اللاحق بالدائن أكبر بكثير من قيمة مقدار التعويض المتفق عليه ويقع عليه عبء إثبات ذلك.

ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يزيد في قدر التعويض ليتساوى مع الضرر الواقع، ذلك أن الشرط الجزائي الذي يجيز أن يخفف من مسؤولية المدين في حالة الخطأ اليسير، لا يمكن أن يخفف منها في حالة الغش والخطأ الجسيم (3).

والقاضي في هذه الحالة يبحث عن النية الحسنة أو سوءها، وبالتالي فالحكم للدائن بالتعويض هنا أساسه الغش والخطأ الجسيم، لأن الطرفين لم يتوقعا ذلك في الإتفاق، ولهذا فالدائن يطالب بالتعويض الغير متوقع ومصدره الضرر الناجم عن غش المدين وخطئه الجسيم، وكذا التعويض المتوقع ومصدره الشرط الجزائي (4).

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى إعتبار «أن المدين الذي يرتكب غش أو خطأ جسيم عن قصد، وذلك بأن يرفض تنفيذ إلتزاماته العقدية، حتى وإن كان هذا الرفض لا يتعلق بقصد الإضرار بالمتعاقدين الآخر وعليه يحكم بزيادة مقدار التعويض عن التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي (5) ولا يجوز للمدين إشتراط الإعفاء أو التحفيف من مسؤوليته، في التعويض في حالتي إرتكاب الغش والخطأ الجسيم،

<sup>1</sup> - انظر عبد الرازق أيوب، المرجع السابق ص158.

<sup>2</sup> - الخطأ الجسيم هو من الأخطاء الغير عمدية يتميز عن الخطأ العمد بعدم توافر نية الإضرار لدى الفاعل، وعن الخطأ الذي لا يعترف بعدم اشتراط العنصر الإرادي للفعل أو الترك الغير المشرع وعن الخطأ اليسير بجسامة الانحراف عن مسلك الرجل المعتاد، انظر في ذلك عبد الرازق أيوب، المرجع نفسه ص159.

<sup>3</sup> - انظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص42.

<sup>4</sup> - François Chabas, ( La réforme de la clause pénale, loi n°= 75-597 du 09 juillet 1975), Recueil Dalloz, chronique XXXIX, 1976,p230

<sup>5</sup> - Cassini 1<sup>ere</sup> ch.,04 fevrier 1969, Recueil Dalloz –jujitsu denrée,1969 o-77-.

لأن هذا الإشرط لو وضع لكان مشجعاً على إرتكاب الغش ودون خشية من الجزاء، وهذا مخالف للنظام العام<sup>(1)</sup>.

- أما إذا كان الشرط الجزائي أقل من الضرر الواقع ففي هذه الحالة لا يقوم القاضي بزيادة مقدار التعويض لمساواته مع الضرر اللاحق بل عليه أن يحكم به كما هو، ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف أو إعفاء من المسؤولية. والإعفاء جائز في المسؤولية العقدية طبقاً لأحكام المادة (2/178) من القانون المدني الجزائري<sup>(2)</sup>.

والمشرع الجزائري قد قصر سلطة زيادة الشرط الجزائي على حالة غش المدين وخطئه الجسيم، فيكون بذلك قد قصر الحماية على المدين دون الدائن، ففي حالة إرتكاب المدين مثلاً لخطأ يسير ونجم عنه ضرر فادح فلا تعويض للدائن عن هذا الضرر<sup>(3)</sup>.

#### الفرع الثالث: القيود الواردة على سلطة القاضي بمناسبة الشرط الجزائي.

إن 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، وقد يرسم القانون أو ما استقر عليه الفقه القضائي حدوداً لهذا الإطار<sup>(4)</sup>.

ومن بين هذه الحدود أن سلطة التعديل جاءت لحماية الطرف الضعيف، ولهذا يكون تدخل القاضي مقيداً في جميع مظاهر تدخله، إذ لا يجوز للقاضي ممارسة سلطة التعديل إلا إذا بلغ الشرط الجزائي درجة كبيرة من الإرتفاع، أو الإنخفاض، مما يؤدي إلى إلحاق ضرر كبير بالطرف الضعيف وبالتالي خرق مقتضيات العدالة<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - انظر مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام، أحكام الالتزام في دانه الطبعة الأولى مطابع دار الحياة دمشق، 1964، ص73.

<sup>2</sup> - م178/2 ل.ق.م.ج «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تقترب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم».

<sup>3</sup> - انظر عبد الله نجاري، المرجع السابق ص215.

<sup>4</sup> - انظر عبد الرزاق أيوب، المرجع السابق ص138.

<sup>5</sup> - انظر عبد الحميد بن شني، المرجع السابق ص81.

كما أن درجة الإفراط تشكل قيد على تدخل القاضي لأن الإرتفاع أو الإنخفاض البسيط لا يؤخذ به في تدخل القاضي.

كما يتقيد القاضي بمبلغ الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي، ويتفق هذا الحل مع روح القانون وإرادة الأطراف<sup>(1)</sup>، أي تكوين إرادة الأطراف في حالة إتفاقهم المسبق على التنفيذ الجزئي، وبالتالي حماية مصالح الأطراف ودون إحفاف بأحدهم، فيقوم القاضي بالتخفيض إلى الحد المناسب، مراعيًا مصلحة المدين والدائن، فلا يتحمل المدين مضاعفة لإلتزاماته ولا يخسر الدائن حقه في ضمان تنفيذ الإلتزام<sup>(2)</sup>.

وبالتالي فالقاضي مقيد بالوصول إلى حد يتناسب فيه الضرر مع قيمة الشرط الجزائي دون تحقيق المساواة وفي كل الأحوال فالقاضي ملزم بتسبيب حكمه سواء في تخفيض الشرط الجزائي أو التنفيذ الجزئي، أو زيادة مقدار التعويض، فهي مسائل قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض.

والقاضي بمناسبة مداولة سلطته في التعديل له إن يختار بين الطريقتين فإما أن يخفض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الجزء المتبقي من تنفيذ الإلتزام، وإما أن يعتمد في تخفيضه لشرط الإتفاق على الضرر الحقيقي اللاحق بالدائن، والذي يمكن أن يجاوز أو يقل عن نسبة التنفيذ، فهو يخفض التعويض المتفق عليه، إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية<sup>(3)</sup>.

إلا أنه لا يمكن الجمع بين الطريقتين، فالأولى أوتوماتيكية، وأقل عدالة أما الطريقة الثانية فتطبق بصدها القواعد العامة للتعويض دون النظر إلى طبيعة الشرط الجزائي، ولا يمكن في كل الأحوال الإعتداد بهذين العنصرين أثناء عملية تعديل الشرط الجزائي بالنسبة لما تقدم من الإلتزام لأن النصف الذي تم تنفيذه، ليس

1- انظر عبد الحميد بن شنيدي، المرجع السابق ص 91.

2- انظر عبد الحميد بن شنيدي، المرجع نفسه ص 93.

3- نقض مدني مصري بتاريخ 1962/12/27 السنة 13 الرقم 1238 ص 228.

بالضرورة أنه شكل فائدة للدائن<sup>(1)</sup> لان نسبة التنفيذ لا تعني تحقيق العدالة، فالدائن قد لا يتضرر والقاضي لا يسعى إلى البحث عن مساواة حقيقية، بل التخلص من التجاوزات الفاحشة لأن القاضي لا يتوقف على الفائدة والضرر بل يلجأ إلى عناصر أخرى تتماشى مع العدالة العقدية ومع حسن النية وسونها، لأن المدين إذا كان سيء النية فإنه لا يستحق مقدار التعويض المتفق عليه في التنفيذ الجزئي، ويكون التخفيض في حدود التناسب مع الضرر الناجم.

ويتقيد القاضي بحسن النية الذي يفترضه، لأن تنفيذ العقد طبقاً للأحكام المادة (1/107) من القانون المدني الجزائري واجب التنفيذ وفقاً لمضمونه وبحسن نية، أي أن المدين ملزم بتنفيذ التزامه الأصلي.

أما في حالة زيادة مقدار التعويض بسبب غش المدين أو خطئه، فسوء النية هنا واجب الإثبات، ويقع عبء ذلك على الدائن، لأن هذا الأخير ملزم بإثبات أن المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه، ففي هذه الحالة جاز للقاضي زيادة مقدار التعويض حتى يتساوى مع الضرر اللاحق بالدائن من جهة، وتطبيق القواعد العامة المتعلقة بالتعويض من جهة أخرى.

- كما يتقيد القاضي في ممارسة لسلطته بطلب أحد المتعاقدين<sup>(2)</sup> الذي يكون قد تضرر من عدم التناسب بين الضرر اللاحق به، ومقدار التعويض لان القاضي مقيد بمبدأ «لا يحكم القاضي إلا بما يطلبه الخصوم» وإلا كان متعسفا في استعمال سلطته.

**المبحث الثاني : سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقد و إزاء الآثار العرضية**

**للعقد الباطل .**

**المطلب الأول : سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقد .**

إن الأصل العام في العقد الصحيح أنه يعتبر بمثابة القانون أو الشريعة التي تحكم العلاقة العقدية فيما بين أطرافه ، إذ لا يجوز لإحدهما التحلل منه ، ولا يجوز تعديله أو وقفه ، بل يجب تنفيذه واحترامه ، فلا يملك القانون أو القاضي سلطة التدخل في الحياة العقدية .

<sup>1</sup> - انظر عبد الحميد بن شنيبي، المرجع السابق ص 90.

<sup>2</sup> -François Chahbas, op-cit, p 234.

إلا أن مبدأ سلطان الإرادة بهذه الصورة يقوم على مبالغة غير مقبولة لقوة ودور الإرادة، وينطوي في نفس الوقت على إنكار أهمية العدالة كضرورة من الضرورات التي تقوم عليها الحياة الإجتماعية .

ومن أجل المحافظة على العقد وتحقيقا للعدالة الإجتماعية أجاز المشرع للقاضي ، أن يتدخل لوقف العقد في حالات معينة، ويعد هذا قيودا من القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة (1).

فكما جرت العادة نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع رئيسية ، فالفرع الأول نخصه للتعرف على معنى وقف تنفيذ العقد وأهميته، والفرع الثاني نخصه إلى دور القاضي في وقف تنفيذ العقد ، والفرع الثالث نخصه إلى حدود تدخل القاضي في وقف تنفيذ العقد .

### الفرع الأول: المقصود بوقف تنفيذ العقد وأهميته .

تنص المادة ( 281 ) من القانون المدني الجزائري على "يجب أن يتم الوفاء قدر ترتيب الإلتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين و مراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف ، دون أن تتجاوز هذه الأجال مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها وفي حالة الإستعجال يكون منح الأجال من إختصاص قاضي الأمور المستعجلة .

وفي حالة إيقاف التنفيذ ، فإن الأجال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى إنقضاء الأجل الذي منحه القاضي "

في الواقع لم يتعرض القانون إلى تعريف وقف العقود ، إنما ترك المجال في ذلك للفقهاء ، علما بأن التعاريف كلها تختلف عن بعضها البعض وذلك بسبب إختلاف وجهة نظر كل جانب من الفقهاء إليها .

<sup>1</sup> - انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص 264

إذ يذهب جانب من الفقه إلى إعتبار أن وقف العقد ما هو إلا مرحلة وسطى بين تنفيذ العقد و انتهائه ، أي أن العقد في هذه الحالة يكون له وجود ولكنه موقوف التنفيذ مؤقتا لوجود سبب معين قانوني أو واقعي، ثم يستأنف العقد سيره بعد زوال السبب .

ويذهب الدكتور حسام الدين كامل الأهواني إلى تعريف وقف العقد بأنه إنقضاء مؤقت لا رجعة لالتزامات رئيسية ، بسبب إستحالة تنفيذ مؤقتة ، أو سبب ممارسة المتعاقد لحق يحول بينه وبين تنفيذ العقد ، أو بسبب عدم التنفيذ الراجع لخطا المتعاقد ، وذلك كله دون أن يمس وجود و إستمرار الرابطة العقدية .

بعد هذه التعاريف يستقر الفقه على أن الوقف يتمثل في كونه حالة تجعل العقد قائما مع وقف تنفيذه بصفة مؤقتة (1) .

وتشمل نظرية الوقف كل العقود ، طالما كان زمان تنفيذ الإلتزام في إعتبار المتعاقدين ثانويا ، أما إذا كان ميعاد تنفيذه أساسيا ، تعين على القاضي إذا رفع الأمر إليه الحكم بالإنفساخ ، أما العقود التي يكون تنفيذها فوريا فلا مجال لإعمال نظرية وقف تنفيذ العقد .

- أما بالنسبة للعقود المستمرة ، ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب امتداده بقدر الفترة التي وقف فيها العقد ، و البعض الآخر يرى عكس ذلك بعدم المساس بها فينقضي العقد لحلول الأجل الذي حدده الطرفان وقت إبرامه إذ يعتبر ذلك تعديل جوهري في مضمون العقد و لا يجوز للقاضي أن يحكم به إلا بناء على نص في القانون (2) .

وتعود الأهمية في وقف العقد إلى المحافظة على العقد ، وبالتالي الحرص التام على إستمرار العلاقة العقدية بين طرفيه بغية تفادي نظام الفسخ الذي يؤدي إلى إفساد النظام الإجتماعي.

<sup>1</sup> - انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص 265- 266  
<sup>2</sup> - انظر بلحاج العربي، المرجع السابق ص 231

وكذلك تجنب نظام الإنفساخ<sup>(1)</sup> الذي يقضي على الرابطة العقدية .  
لهذا فقد يتدخل القانون فيما يمنحه للقاضي من سلطة تقديرية في منح المدين نظرة الميسرة طبقاً للمادة(2/119) من القانون المدني الجزائري والتي تعتبر في حقيقتها وقفا للعقد .

أو يتدخل القانون في صورة أخرى، الهدف منها أيضا المحافظة على العقد من خلال وقفه حتى تنقش الغمة ويزول الضباب الكثيف عن تنفيذ العقد ، فيقرر لكل من طرفي العقد استعمال حق الدفع بعدم التنفيذ وفقا للمادة(123) من القانون المدني الجزائري حيث يترتب على التمسك بهذا الدفع وقف تنفيذ العقد إلى أن يعرض المتعاقد الآخر تنفيذ الإلتزام المقابل (وهذا خارج عن دراستنا لأنه من بين تدخل القانون في العقد ) و ليس للقاضي سلطة فيه .

ويذهب الدكتور، محمد نصر الدين منصور ، إلى أن من مزايا هذا النظام أنه نظام وسط يستجيب للحاجات و الضرورات العملية ، وهي فسخ العلاقة العقدية ، إذا طال أمد عدم التنفيذ واستمرارها إذا كان المانع مؤقتا لا يلبث أن يزول ويذهب البعض من الفقه إلى أن الغرض من وقف العقود هو إستقرار الروابط العقدية و ثبات العمالة و استقرارها ، لاسيما إذا كان العقد عقد عمل.

و العمالة عند معظم الفقه هي الحرص على الإبقاء على الرابطة العقدية ، أي عدم تعطل العامل قدر الإمكان ، فالعمل و ما يدره من دخل هو مصدر رزقه الوحيد فحماية للعامل لا يلجا إلى الفسخ أو الإنفساخ عند مجرد تحقق القوة القاهرة إذا كانت مؤقتة و حماية إستقرار العامل و محافظة على مورد رزقه تطبق فكرة الوقف التي تكفل للعامل استقراره و مورد رزقه ويتم تفادي إنفصام الرابطة العقدية بين المتعاقدين<sup>(2)</sup> .

<sup>1</sup> - يتميز الانفساخ عن الفسخ من حيث طبيعته و خاصة من حيث سبب انحلال العقد ، إذ يترتب الفسخ على عدم تنفيذ الإلتزام بسبب المتعاقد ، بينما يترتب الإنفساخ على انقضاء الإلتزام بسبب أجنبي و يترتب على هذا الفرق الجوهرى آثار متباينة خاصة بكل منهما ، فالفسخ يخضع لرقابة القاضي و يقتضى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد و يتحمل المتعاقد الذي يتسبب في فسخ العقد جبر الضرر الناتج عن ذلك أما الإنفساخ فلا يخضع لتقدير القاضي بل لا حاجة للجوء إليه إطلاقا إذ يكفى الدفع به إذ اقتضى الأمر و لا حاجة كذلك لأعدار المتعاقد الأخرى

انظر في ذلك ، على فيلاي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ط 2010 ص 440  
<sup>2</sup> - مقتبس عن حمدي محمد إسماعيل سلط ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، دار الفكر الجامعي الازارطة الإسكندرية ط 2007 ص 267

## الفرع الثاني : دور القاضي في وقف تنفيذ العقد .

ومن خلال التمعن في المادة ( 182 / 3/2 ) من القانون المدني الجزائري يتضح لنا أن القانون يضع بين يدي القاضي رخصة وقف العقد إذا ما تبين من ظروف الحال توافر ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا مؤقتا .  
وأهم هذه الرخص و أبرزها في القانون المدني رخصة منح مدة للمدين المعسر للوفاء بدينه أو ما يصطلح عليه بنظرة الميسرة ، إضافة إلى وقف تنفيذ العقد لتوفر القوة القاهرة

فنظرة الميسرة نصت عليها المادة ( 119 / 2 ) من التقنين المدني الجزائري حيث نصت على "يجوز للقاضي أن يمنح للمدين آجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ . إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية " .

وهذه صورة كاملة للسلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال ، حيث يمكن للقاضي بمقتضاها أن يتدخل لمنح آجلا للمدين المعسر إذا ما تبين له أن المدين قادر فيما بعد على تنفيذ العقد، وإذا كان الذي لم يوف به قليل الأهمية (1) .  
وقضت محكمة النقض الفرنسية إلى حد السماح للمدين بعرض التنفيذ العيني حتى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (2) .

ولقد اختلف الفقهاء حول نظرة الميسرة فمنهم من يرى أن سلطة القاضي في منح المدين آجلا ما هي إلا حالة تطبيقية للقاعدة العامة التي تضمنتها المادة ( 281 ) من القانون المدني الجزائري بينما يرى آخرون أن الآجال الممنوحة هي طبقا للمادة ( 119 ) من نفس القانون وليس لها علاقة بتلك التي أشارت إليها المادة ( 281 ) (3) ولا يزال الإختلاف قائما إلى حد اليوم .

<sup>1</sup> - انظر في المعنى علي علي سليمان المرجع السابق ص 140

<sup>2</sup> - نقض مدني فرنسي 30 نوفمبر 1949 جازيت دي جاليه 1950-1-38  
ماخوذ عن محمد صبري السعدي الواضع في شرح القانون المدني النظرية لعامة الإلتزامات المرجع السابق ط 2009 ص 354 تهميش رقم 640

<sup>3</sup> - انظر على فيلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ط 2010 ص 434 تهميش رقم 20

ونحن من جهتنا نؤيد الرأي الأول لأن المادة ( 281 ) كما سبق ذكرها جاءت فضفاضة ولا تخص أي حالة بالذكر حيث إعتبرت وقف العقد إنما يكون مراعاة لمركز المدين و الظروف الإقتصادية .

فالمشرع الجزائري بذلك نص على الحالة العامة في هذه المادة ثم قام بتفسيرها في المادة (119) من القانون المدني وكان الأجدر به أن يحيلنا إلى هذه المادة .

وكمثال على نظرة الميسرة أن يكون المشتري قد قصر في الوفاء بجزء قليل من الثمن بعد دفع معظمه فالقاضي يمنحه أجلا للوفاء بالباقي و لا يستجيب للفسخ. أما عن القوة القاهرة فالأصل العام هو أنه عند توافرها و يصبح معها تنفيذ العقد أمرا مستحيلا فإنه يفسخ ، ولكن لا يترتب هذا الجزاء إلا إذا كانت هذه الإستحالة نهائية ، أما إذا كانت مؤقتة فالأحرى أن يوقف تنفيذه وتظل الرابطة التعاقدية ملزمة بالرغم من عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، لتستأنف سيرها بعد انتهاء المانع (1) .

و القوة القاهرة هي حادث أجنبي خارج عن إرادة المدين يكون من شأنه أن يرجع تنفيذ هذا الإلتزام مستحيلا طبقا لما تقرره المادة(1302 ) من القانون المدني الفرنسي(2) .

ولقد نصت المادة( 127 ) من القانون المدني الجزائري على ما يلي "إذا أثبت الشخص إن الضرر قد نشأ عن سبب لايد له فيه ، كحادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر عن المضرور أو خطأ من الغير " .

فمحتوى هذه المادة لا يفرق بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي فهما اصطلاحان مترادفان في أغلب الضن وذلك لأنهما يشتركان في حكم واحد في أغلب الأحيان (3) .

<sup>1</sup> - انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص 272

<sup>2</sup> - La force majeure et un événement étrange a l'activité du débiteur et qui constitue la cause de l'inexécution de son obligation ou plus ,exactement ,qui rend ,l'exécution de cette obligation , impossible (ART.1302C.C.F)  
Christian larroument ,OP-cit.p.838.

<sup>3</sup> - انظر في المعنى علي علي سليمان المرجع السابق ص195

وإذا كانت القوة القاهرة تنسم بطابع التأقبت وليس الدوام فإنها تؤدي إلى وقف العقد لا إلى إنقضائه (1).

ولقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 15 نوفمبر 1921 " بأن القوة القاهرة لا تمنع تنفيذ الإلتزام إلا إذا حالت بين المدين وبين إعطاء أو عمل ماهو ملزم بإعطائه أو عمله ، ومن ثم لا يبرأ المدين إذا كان المانع مؤقتا بل يكون تنفيذ الإلتزام موقوفا إلى حين زوال القوة القاهرة " (2).

ولقد أعطيت للقاضي في ذلك سلطة تقديرية واسعة تمكنه من أن يعيد التوازن للعقد من خلال سلطته في وقف العقد ، و الواقع أن المدين الذي إستحال تنفيذ التزامه بسبب القوة القاهرة لا يعفى من التنفيذ بصفة نهائية ولكن يوقف تنفيذ التزامه أثناء مدة قيام المانع وذلك بشرطين أساسيين وهما :

**أولا :** أن يكون الطرفان قد إستبعدا فكرة التنفيذ المتأخر .

**ثانيا :** أن لا يترتب عن التأخر في التنفيذ زوال المنفعة المرجوة من العقد ويمكن رد نظرية الوقف كذلك إلى مبدأ حسن النية و الإخلاص في تنفيذ العقد فإذا رفع الدائن دعوى فسخ العقد لتخلف المدين عن تنفيذ التزامه تنفيذا كليا أو جزئيا ، فإن للقاضي أن يمنح المدين العاثر الحظ الحسن النية أجلا لتنفيذ التزامه خلال هذه المدة ، وذلك بغية اتقاء الفسخ وهذه المهلة أو الأجل يعرف بالأجل القضائي أو نظرة الميسرة (3).

### الفرع الثالث : حدود تدخل القاضي لوقف تنفيذ العقد.

إن السلطة التقديرية المخولة للقاضي بمناسبة وقف العقد ليست سلطة مطلقة وفي سبيل ذلك سوف نعرض مسائل الواقع و مسائل القانون بهذا الصدد

<sup>1</sup> - انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق ص195

<sup>2</sup> - انظر بلحاج العربي ، المرجع السابق ص321

<sup>3</sup> - انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع نفسه ، ص274

## الفقرة الأولى: مسائل الواقع .

من خلال نص المادة (2 / 119) من القانون المدني الجزائري و التي تنص على "يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل التزاماته ..". يتضح أن للقاضي عندما ترفع أمامه دعوى فسخ العقد لعدم تنفيذ المدين لإلتزاماته أن يراعي ظروف المدين .

ومصطلح "حسب الظروف" الذي جاء في المادة المذكورة فضفاض و يحتمل التأويل و المشرع في ذلك فتح الباب أمام القاضي للبحث في هذه الظروف ومعاينتها ومدى تأثيرها في التزام المدين ، فقد يأخذ القاضي على محمل الجد الظروف الإقتصادية للبلد، أو الظروف الوقتية ، أو الظروف المالية للمدين ، أو قد يأخذ بها كلها أو بعضها ، أو لا يأخذ بها إذا تبين له أنها تافهة لا تمس بالتزامات المدين . إضافة إلى ذلك أنه يقوم بالموازنة بين الإلتزامات التي قام المدين بتنفيذها مع تلك التي لم تنفذ بعد ، وفي المقابل يوازي بين الضرر الذي يصيب المدين من جراء الإستجابة لفسخ العقد ، وفي هل تكمن الأهمية في الإلتزامات المنفذة أم التي لم تنفذ بعد وذلك بالرجوع إلى موضوع العقد .

وكل هذا من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها القاضي مسببا حكمه بأدلة لا تجافي المنطق و العقل ، ومن مسائل الواقع تقدير مدى تأثير القوة القاهرة على إلتزام المدين ، معتمدا في ذلك على المعيار الشخصي ، أي بالنظر إلى الشخص المدين ، فقد تكون القوة القاهرة ضارة به وحده دون غيره كندرة المادة التي يزود بها متعامله ، كذلك من مسائل الواقع تقدير المدة الممنوحة للمدين للوفاء بالتزامه على أن لا تتجاوز سنة كما جاء في المادة (2/281) من القانون المدني الجزائري ومالم تكن ضارة بالدائن.

الفقرة الثانية: مسائل القانون.

من مسائل القانون في هذا الصدد ما نصت عليه المادة (121) من التقنين المدني الجزائري حيث نصت على "في العقود الملزمة للجانبين ، إذا انقضى إلتزام بسبب إستحالة تنفيذه إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون." يتبين من نص المادة أن العقد يفسخ بقوة القانون ، دون حاجة إلى حكم قضائي إذا انقضى الإلتزام ، بسبب إستحالة التنفيذ ، إذ ينقضي معه الإلتزام المقابل و هذا هو إنفساخ العقد ، أو الفسخ بقوة القانون ، فهو لا يخضع لرقابة القضاء فلا يملك القضاء أن يمنح أجلا .

ومن مسائل القانون الإتفاق الذي يدرجه المتعاقدان على إعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه إذا لم يوف أحد المتعاقدين التزامه ، ففي هذه الحالة هذا الشرط يسلب القاضي سلطته التقديرية ، فلا يكون له سوى الحكم بالفسخ تطبيقا للمادة (120) من القانون المدني الجزائري<sup>(1)</sup> .

ومن مسائل القانون أيضا إمتناع القاضي عن منح الأجل للمدين في بعض المواد التجارية فيما يخص مهلة الإهمال فقد تدخل المشرع بأحكام صريحة ، لاستبعادها ، في حالة الدين الناجم عن السفتجة<sup>(2)</sup> أو السند لأمر<sup>(3)</sup> أو الشيك<sup>(4)</sup> وذلك لما يتميز به القانون التجاري عن غيره من القوانين إذ يقوم على خاصيتي السرعة و الإئتمان ، و أن إعطاء المهلة في هذه المواد يكون ضارا بالدائن<sup>(5)</sup> .

كما أن الحد الأقصى للمدة الممنوحة في الحالات العامة للمدين من مسائل القانون إذ لا يجب أن تزيد عن سنة واحدة و هذا ما أقرته المادة (281 / 2) من القانون المدني الجزائري.

<sup>1</sup> - انظر في المعنى ، فاضلي إدريس ، المرجع السابق ص 156 ، 158 .  
<sup>2</sup> - المادة 2/464(ق ت ج) " لا يجوز منح أجال قانونية كانت أو شرعية إلا في حالة الأحوال المنصوص عليها في المادتين ، 438 و 426 من هذا القانون ."  
<sup>3</sup> - المادة 467(ق ت ج) " تطبق على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالسفتجة .... في الأحوال التالية .... و منح أجال الإهمال طبعا لأحكام المواد 462 ، 664 ."  
<sup>4</sup> - المادة 467 (ق ت ج) " لا يجوز منح أي يوم إهمال إداري أو قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل ."  
<sup>5</sup> - انظر فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية ، التاجر ، الحرفي ، الأنشطة التجارية المنظمة ، السجل التجاري ، النشر الثاني معدل ومتمم ، نشر وتوزيع ابن خلدون الجزائر نشر 2003 - ص 11

## المطلب الثاني : سلطة القاضي إزاء الآثار العرضية للعقد.

إن الأصل العام في العقود أن العقد الباطل ليس له وجود قانوني ولا يترتب عليه كقاعدة عامة أي أثر<sup>(1)</sup> ولكن باعتباره عمل مادي ، لا ينفك في بعض الأحيان من أن ينتج بعض الآثار باعتباره عملاً مادياً لا عقداً<sup>(2)</sup>.

فلو إتمدنا على النظرية التقليدية للبطلان أو مبدأ سلطان الإرادة و الدور التقليدي للقاضي ، الذي لا يتعدى دور الكاشف الأمين عن إرادة المتعاقدين لما انسجم ذلك مع مقتضيات ومتطلبات العصر ، خاصة في ظل القوانين الحديثة التي تعطي الأولوية لمصلحة المجتمع على مصلحة الأفراد ، في تفسير العلاقات القانونية ، وتغلب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية وتعطي للقضاء دوراً جديداً يحتم على القاضي البحث عن أهداف العقد ودوره في تحقيق التوازن الإقتصادي بين أطرافه ، من خلال منحه السلطة التقديرية اللازمة في مجال تفسير العقد ، تمكنه من أن يكشف عن المعنى الذي يكفل تحقيق الأغراض والأهداف الإجتماعية<sup>(3)</sup>.

ولذلك نرى أنه من غير المنصف و العادل أن نتجاهل هذه الآثار بل يستحيل إزالتها ولانجد الحل الأمثل للنظر فيها سوى إدخالها ضمن السلطة التقديرية للقاضي<sup>(4)</sup>.

ولقد ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع . حيث نخصص الفرع الأول إلى مدلول الآثار العرضية للعقد الباطل و الحكمة من الأخذ بهذه النظرية و الفرع الثاني نخصصه إلى تدخل القاضي إزاء الآثار العرضية للعقد الباطل و الفرع الثالث نخصصه إلى حدود سلطة القاضي في هذا المجال

<sup>1</sup> - انظر صاحب عبيد الفتلاوي ، المرجع السابق ص 1

<sup>2</sup> - انظر علي علي سليمان المرجع السابق ص79

<sup>3</sup> - انظر صاحب عبيد الفتلاوي ، المرجع نفسه ص 08

<sup>4</sup> - انظر علي فيلا لي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ط 2010 ص351

**الفرع الأول : المقصود بالآثار العرضية للعقد الباطل و الحكمة من الأخذ به.**  
تنص المادة (104) من القانون المدني الجزائري على "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ، وتوفرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً ، باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين ، كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

من خلال استقراء المادة يتبين أن الآثار العرضية للعقد الباطل تتمثل في نظريتين وهما : نظرية إنقاص العقد ، ونظرية تحول العقد ، وسوف نتطرق إلى كل نظرية على حدى ، في فقرتين كالتالي .

### **الفقرة الأولى : نظرية إنقاص العقد وشروط الأخذ بها.**

وفي هذا المعنى سنتطرق إلى المقصود بنظرية إنقاص العقد أولاً ثم إلى شروط الأخذ بها ثانياً

#### **أولاً : المقصود بإنقاص العقد :**

يقصد بإنقاص العقد ، تخليصه من الجزء المعيب ، للإبقاء على الجزء الصحيح حتى يرتب أثره القانوني المقصود .

فالإنقاص يفترض بقاء العقد مع بتر الجزء الباطل أو القابل للإبطال ، بتخليص العقد من الداء الكامن فيه ليصح فيه التصرف ، متى كان العقد قابلاً للإنقسام ، فلا يلزم أن يكون البطلان كلياً ، بل يجوز أن يكون جزئياً ، فإذا كان جزئياً أمكن بتره ابقاء على الصالح "فالصالح لا يفسده ، غير الصالح ، utile nest pas vicié par l'instile"<sup>(1)</sup>.

وإعمالاً لمبدأ إعمال الكلام خير من إهماله ، ومبدأ مالا يدرك كله لا يصح أن يترك جله ، فإنه يتعين إنقاذ ما يمكن إنقاذه من العقد الباطل جزئياً ، طالما أن البطلان لحق بشق من العقد ، سواء بجانب من شروطه أو التزاماته ، وكان العقد قابلاً للقسمة<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - انظر عبد الحكم فوده ، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة ، الطبعة الثانية ، دار الفكر و القانون ، المنصورة مصر ، ط 1999 ص 632  
<sup>2</sup> - انظر عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة المرجع السابق ط 2010 ص 355

ويحدث هذا الوضع غالبا إذا تضمن العقد شرطا أو بعض الشروط المخالفة للقانون ، كالشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في التصريح بالحادث المؤمن عليه وفقا لما تقررته المادة(556 ) من القانون المدني الجزائري<sup>(1)</sup> . كما لو وهب شخص مالا للزوجة التي طلقها ، ودون أن يكون بينهما ولد ، واشترط عليها أن لا تتزوج ، وتبين أن هذه الهبة هي متعة لتعويضها عن طلاقها ، فيكون الشرط باطلا و الهبة صحيحة... الخ .

ويبقى موضوع إثبات الشق الباطل أو القابل للإبطال إذا كان هو الدافع إلى التعاقد على عاتق المدعي ، وحينها يكون العقد كله باطلا ، وإذا أخفق في ذلك يبقى العقد صحيحا و الشرط باطل<sup>(2)</sup>.

وتعود الجذور الأولى لهذه النظرية إلى التقنيات الجرمانية من بينها التقنين الألماني ، وتقنين الإلتزامات السويسري ، و التقنين المدني البولوني بوجه خاص ، في حين لم يعرف لا التقنين المدني المصري ولا الفرنسي هذه النظرية إلا مؤخرا ونقلنا عن القانون المدني الألماني قد سلك المشرع الجزائري نفس المسلك بالأخذ بالنظرية من خلال المادة( 104 ) من القانون المدني.

### ثانيا : شروط الأخذ بنظرية إنقاص العقد .

- من خلال نص المادة (194 ) من القانون المدني الجزائري يتضح أنه يشترط لتطبيق نظرية إنقاص العقد ثلاثة شروط أساسية وهي :

- أ- أن يكون العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال.
- ب - أن لا يكون الشق الباطل في العقد أو الشرط الباطل هو الباعث على التعاقد
- ج - أن يكون العقد قابلا للإنقسام .

وسوف نعرض كل شرط على حدى على النحو التالي:

<sup>1</sup> - انظر على فيلا لي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ط 2010 ص355  
<sup>2</sup> - انظر فاضلي إدريس ، المرجع السابق ص127

أ - أن يكون العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال .<sup>(1)</sup>

إذا كان العقد صحيحاً في كل بنوده ، أو باطلاً بأكمله فلا حاجة للإنقاص ، حيث يكون العقد في الحالة الأولى صحيحاً وبالتالي يجب تنفيذه وفقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية ، ويكون باطلاً في الحالة الثانية ، وبالتالي يتعين الحكم ببطلانه و البطلان من النظام العام . بل يعتد بالإنقاص ، إذا كان العقد باطلاً في بند من بنوده ، أو في جزء منه فقط<sup>(2)</sup> ، أما إذا كان هذا الشق قابلاً للإبطال فيجب أن يتمسك به صاحب المصلحة بإبطال هذا الشق فيبطل<sup>(3)</sup> .

ب - أن لا يكون الشق الباطل في العقد هو الباعث و الدافع على التعاقد:

و بمعنى آخر أنه لولا هذا الشق أو الشرط لما أبرم المتعاقدان العقد ، لأن الإبقاء على العقد ، بعد إبطال هذا الشق أو ذلك الشرط يتعارض مع إرادة المتعاقدين التي يجب احترامها<sup>(4)</sup> .

وتقدير مدى تأثير الشق الباطل من عدمه يكون بالرجوع إلى سلوك الشخص العادي ، لأن الغرض من نظرية إنقاص العقد هو ضمان إستقرار المعاملات ، على حساب أنانية المتعاقدين ، وفي هذا السياق يقضي المشرع في بعض الأحيان بإنقاص العقد بقوة القانون دون مراعاة للشروط السالفة الذكر ، كما يحدث في عقود الإذعان طبقاً للمادة (110) من القانون المدني الجزائري<sup>(5)</sup>

ج - قابلية العقد للإنقسام .

تقتضي عملية إنقاص العقد أن يكون العقد قابلاً للتجزئة أو الإنقسام ، فإذا كان العقد كلاً لا يتجزأ ، فإنه يترتب على البطلان أو إبطال شق منه بطلان العقد كله .

<sup>1</sup> - هناك فرق بين البطلان و القابلية للإبطال ، بل أن هناك جانب من الفقه يطلق على البطلان المطلق (Nullité Absolue) و القابلية للإبطال البطلان النسبي (Nullité relative) وعموماً هناك فرق بين المصطلحين فالبطلان المطلق يسري على عقد تخلف أحد أركانه أو أحد الشروط القانونية للمحل و السبب ، ويتمسك به كل ذي مصلحة وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا يترتب عليه أي أثر ولا يصححه التقادم ولا تلحقه الإجازة في حين أن البطلان النسبي يسري على عقد لا تتوفر فيه شروط الرضا أو كان أحد طرفي العقد ناقص الأهلية ويجب أن يتمسك به صاحب المصلحة ويرفع دعوى الإبطال حتى يتقرر إبطاله ، كما أنه يصححه التقادم و تلحقه الإجازة

انظر في ذلك ، محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، العقد و الإدارة المنفردة ، المرجع السابق ط 2009 ص 240

<sup>2</sup> - انظر على فيلا لي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ط 2010 ص 355

<sup>3</sup> - انظر محمد صبري السعدي ، المرجع نفسه ص 266

<sup>4</sup> - انظر محمد صبري السعدي ، المرجع نفسه ص 267

<sup>5</sup> - انظر على فيلا لي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ط 2010 ، ص 256

ذلك أن العبرة من الإنقاص هو تطهير العقد من شائبة البطلان إذا أمكن ذلك ، لكن إذا تبين أن العقد وحدة واحدة لا تتجزأ في مفهوم الطرفين ، عندئذ يبطل العقد كله (1) .

وهذا ما نصت عليه المادة (236) من التقنين المدني الجزائري بقولها "لا يقبل الإلتزام الإنقسام إذا ورد على محل لا يقبل الإنقسام بطبيعته .... إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الإلتزام لا ينقسم أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك" . ويقول الأستاذ علي فيلالي إن العقد يكون قابلاً للإنقسام إذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا ينال من تكييف العقد ، فلا يغير من طبيعته القانونية (2) .

### الفترة الثانية : نظرية تحول العقد وشروط الأخذ بها

سنعرض في ذلك إلى المقصود بنظرية تحول العقد أولاً ، ثم إلى شروط الأخذ بالنظرية.

#### أولاً : المقصود بتحول العقد

يقصد بتحول العقد أنه إذا كان التصرف باطلا لعدم توافر أحد أركانه أو قابل للإبطال لانقضاء شروط صحته ، ولكنه يحتوي رغم ذلك على العناصر الكافية لتكوين تصرف آخر صحيح ، يحقق نفس الغاية التي يرمي إلى تحقيقها التصرف الأصلي ، فإنه يمكن أن يتحول التصرف المعيب إلى تصرف آخر صحيح متولد عن التصرف الأول ، في صورة كيان مستقل، وصورة مغايرة للتصرف الأول (3) .

فهذا التحول ليس ترتيباً لآثار مباشرة من التصرف المعيب الأول ، ولكنها آثار ثانوية عرضية ، لم تكن مقصودة أصلاً من التصرف الباطل فعناصر التصرف الجديدة مغايرة للتصرف المعيب .

ويعود الفضل في اكتشاف النظرية إلى القانون الألماني بعد أن تمخضت عن أبحاث فقهية ألمانية عديدة خلال القرن التاسع عشر حيث إستند الفقهاء الألمان إلى نصوص القانون الروماني .

<sup>1</sup> - انظر عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، المرجع السابق ص 641

<sup>2</sup> - انظر علي فيلالي ، الإلتزامات النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ط2010، ص355

<sup>3</sup> - انظر عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، المرجع السابق ، ص644

حيث أنه كان عند الرومان أن القيد في السجل الباطل يعتبر صحيحا كاتفاق غير مسجل وهذه هي الجذور الأولى لنظرية تحول العقد .  
ولم تظهر النظرية في القانون الفرنسي إلا في أوائل القرن العشرين (20) حيث تناولها سالي في كتابة إعلان الإرادة (Declaration de volonté) سنة 1901 وايمار (hémard) عند تعليقه على كتاب (satta) في تحول التصرفات ، ثم جايبو في كتابه البطلان في مادة التصرفات القانونية ورسالة ديجون سنة 1909... الخ<sup>(1)</sup>، كما أن معظم القوانين العربية قد أخذت الفكرة عن القانون الألماني ومنها القانون الجزائري وذلك بموجب المادة (105) من القانون المدني.

### ثانيا : شروط الأخذ بنظرية تحول العقد :

من خلال نص المادة (105) من القانون المدني الجزائري يتضح أنه يلزم توافر ثلاثة شروط لتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح وهي :

أ - بطلان العقد الأصلي .

ب - أن يتضمن أركان عقد آخر

ج - انصراف نية المتعاقدين إلى العقد الآخر<sup>(2)</sup>

أ - بطلان العقد الأصلي :

يشترط للقول بتحول العقد أن يكون هناك بطلان كلي للتصرف ، أو يكون قابلا للإبطال ،بمعنى أنه لا يجوز القول بالبطلان الجزئي أو القابلية للإبطال في شق من العقد إذ أن ذلك مجاله إنقاص العقد لا تحوله ، كما أن التصرف الصحيح لا يمكن القول بتحوله ، ولو كان ذلك يتفق مع إرادة الطرفين المحتملة<sup>(3)</sup> .

ونذكر على سبيل المثال لتحول العقد ما جاء في المادة (390) من القانون التجاري الجزائري التي تشترط في السفحة أن تشتمل على بيانات معينة منها "تسمية سفحة في متن السند نفسه باللغة المستعملة في تحريره ، أمر غير معلق على شرط أو قيد بدفع مبلغ معين ، إسم من يجب عليه الدفع..... الخ" وبمقتضى المادة لا

<sup>1</sup> - انظر في المعنى عبد الحكم فودة ، المرجع نفسه ، ص 646/645

<sup>2</sup> - انظر محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية ، المرجع السابق ط 2009 ص 265.

<sup>3</sup> - انظر عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، المرجع السابق ص 650

يعتد بالسند باعتباره سفتجة عند إغفال هذه البيانات ، وبعبارة أخرى يكون هذا السند باطلا ولا يعد سفتجة لأنه إخلال بركن الشكالية (1)

ب - أن يتضمن أركان عقد آخر :

- يشترط لتحول العقد أن يتوافر فيه كعقد باطل عناصر العقد الذي يتحول إليه كلها ، دون إدخال عناصر جديدة (2).

فالقاضي لا يملك إضافة أي عنصر جديد (3) فإذا تطلب التصرف الجديد ركن إضافي لكي ينعقد وثبت أنه غير متوافر في التصرف الباطل ، فإنه لا يحدث التحول حتى ولو كانت نية الطرفين المحتملة تتجه إلى هذا التصرف المبتور .

وأبرز مثال على هذا السفتجة المعيبة شكلا تتحول إلى سند دين صحيح ولكن دون إضافة أي عنصر تخلف إلى هذا السند .

وفي هذا يتداخل تحول العقد مع التصحيح والإجازة ، ولكن الإختلاف يكمن في أن التصحيح يتم بعمل إيجابي وذلك بإضافة عنصر جديد للعقد ، حتى يقع صحيحا ، أو بتغيير عنصر من عناصر العقد ، أو إجراء الزيادة فيه ، ويكون من الطرف الذي تقرر بطلان العقد لصالحه ، فيصحح العقد بأثر رجعي ، ويصبح العقد صحيحا من تاريخ نشأته .

و التصحيح تصرف إرادي مصحوب بعمل مادي لإحداث آثار قانونية معينة يحتاجها العقد ليصبح صحيحا ، أما التحول كما رأينا أنه تحول عقد قديم إلى عقد جديد دون إضافة أو استبدال أو زيادة لأحد العناصر .

أما الإجازة فهي تصرف قانوني يهدف إلى الإبقاء على العقد القابل للإبطال بالتنازل عن الحق في إبطاله .

فهي تتفق مع التصحيح في أنهما يبقيان على التكييف القانوني للعقد القائم بهدف الإبقاء على استمراره منتجا لآثاره ، بخلاف التحول فهو استبدال عقد ذو طبيعة مغايرة بعقد قائم باطل أو قابل للإبطال

<sup>1</sup> - أنظر علي فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ط2010 ، ص352

<sup>2</sup> - انظر علي علي سليمان المرجع السابق ص80

<sup>3</sup> - انظر محمد صبري السعدي ، المرجع نفسه ، ص265

ج - انصراف نية المتعاقدين المحتملة إلى العقد الذي تحول إليه العقد الباطل .  
أي أن تكون إرادتهما الظاهرة تنصرف إلى العقد الباطل وإرادتهما المحتملة تنصرف إلى إبرام العقد الصحيح ، الذي يتحول إليه العقد الباطل بحيث لو كانا يعلمان ببطلان العقد الباطل لكانا أرادا إبرام العقد الصحيح (1)

- وتجدر بنا الإشارة إلى أن التمييز بين المفهومين - تحول وإنقاص العقد- أمر عسير للغاية إلى درجة أنهما يكادا أن يختلطان ببعضهما البعض وذلك من ناحية أن بطلان العقد يعتبر شرطا أساسيا لتحول وإنقاص العقد على السواء ، كما أن المبدئين يقومان على نفس الفكرة الأساسية وهي.

الإستنباط على العقد إلى أكبر قدر ممكن طالما أنه لازال متفقا مع غرض المتعاقدان و القانون، كما أن نقاط التداخل و التشابه بين الفكرتين تكمن في قيامهما وفقا للنظريات التقليدية على معيار ذاتي أساسه مبدأ سلطان الإرادة - وتجسيد الفلسفة الفردية- بل حتى التوجهات الحديثة ترى بضرورة إحلال المعيار الموضوعي ، محل المعيار الذاتي في ميدان تحول العقد و إنقاصه على حد السواء .

هذا ما جعل الهوة بينهما ضيقة جدا - وهذا لا يعني عدم وجود فوارق بينهما ، إذ يختلفان في كون ، تحول العقد هو عبارة عن إستبدال عقد جديد مع بتر الجزء الباطل منه ، كما يفترض إنقاص العقد أن يكون العقد باطلا في جزء منه فقط ، فإذا كان باطلا بأكمله فلا ينتقص بل يتحول إلى عقد آخر كما يفترض أن يكون قابلا للإنقسام . لأنه إذا لم يكن قابلا للإنقسام ، فبطلان جزء منه يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله وهنا لا مجال لإنقاصه بل يتحول إلى عقد آخر (2).

و الحكمة التي توخاها الفقه و القانون من الأخذ بهذه النظرية يمكن تلمسها في رغبة المشرع في التقليل من حالات البطلان ، لأن البطلان لا يعتبر هدفا يسعى إليه المشرع ، وإنما وسيلة يستعملها للتخلص من عقد غير موجود بسبب عدم توافر

<sup>1</sup> - انظر علي سليمان المرجع السابق ص80

<sup>2</sup> - انظر صاحب عبيد القتلاوي ، المرجع السابق ص 110 ، 111

أركانه ، أو لحماية بعض الأشخاص، خاصة ناقصي الأهلية، أو من أن تشوب إرادتهم عيب من عيوب الرضا، في حالة تمسكهم بحقهم في إبطال العقد<sup>(1)</sup>.

ومن الحكمة كذلك نجد أن المشرع حاول جعل الاستفادة من العقد واستثماره وعدم إهماله واعتباره في حكم العدم من حيث الإلتزامات المترتبة عليه لأن العقد الباطل إذا لم يكن له وجود شرعي ، فإن له وجود فعلي وإذا لم ينتج أثرا كتصرف شرعي ، فمن الجائز أن ينتج أثرا كواقعة مادية<sup>(2)</sup>

كما نلتمس مبررات الأخذ بهذه النظرية في تفسير إرادة المتعاقدين وخاصة إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت ستصرف إلى هذا العقد ، إضافة إلى التطور الحاصل في المجال الإقتصادي و الإجتماعي ، ووعي التشريعات الحديثة بمدى خدمة الصالح العام من خلال الحفاظ على المؤسسات الإقتصادية و الإجتماعية و بالتالي الحفاظ على العقود المبرمة و الاستفادة منها قدر المستطاع<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني : تدخل القاضي إزاء الآثار العرضية للعقد الباطل.

مما يستوجب الإشارة إليه في هذا المقام أن القاضي في تدخله إزاء الآثار العرضية للعقد ، إنما يستند إلى سلطته التقديرية في تفسير العقد، سواء تعلق الأمر بإنقاص العقد أو تحوله .

وهذا ما سنراه في تحليل سلطته في كلتا المجالين

### الفقرة الأولى : تدخل القاضي إزاء إنقاص العقد .

فكما ذكرنا إن الإنقاص يكون في عقد يكون في جزء منه باطلا أو قابلا للإبطال وفي هذا يقتصر دور القاضي هنا في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين هل انصرفت إلى الجزء الباطل أم إلى الجزء الصحيح.

فإذا ما انصرفت إرادتهم إلى الجزء الباطل ففي هذه الحالة يكون العقد كله

باطلا ويكون على القاضي الحكم ببطلان العقد .

<sup>1</sup> - انظر خليل احمد حسن قعادة ، المرجع السابق ص 95

<sup>2</sup> - انظر صاحب عبيد القلاوي ، المرجع السابق ص8

<sup>3</sup> - انظر في المعنى يوسف فتيحة ، مقال بعنوان ، التوجه التشريعي الحديث نحو : إنقاص المؤسسات المتعثرة ماليا ، مجلة الحجة ، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان رقم 112-6582

أما إذا كانت نية المتعاقدين تنصرف إلى الجزء الصحيح من العقد فيقوم بإنقاص العقد وتطهيره من الجزء المعيب فيه<sup>(1)</sup>.

وله في سبيل الكشف عن النية أو الإرادة المشتركة للمتعاقدين أن يستهدي بنفس المعايير التي يستهدي بها في تفسير العقد و التي ذكرناها من قبل ولا داعي لتكرارها<sup>(2)</sup>.

على أن يجب أن نشير بأن الحكم الوارد في المادة 104 من القانون المدني الجزائري حكم غير أمر ، فهو نص تفسيري أو تكميلي بمعنى أنه يفسر أو يكمل إرادة الأطراف ، فإذا ما نص الطرفان صراحة ، على عدم جواز إنقاص العقد إذا وقع بطلان أحد شروطه أو الإلتزامات المترتبة عليه ، تعين إتباع النص التعاقدية و تجاهل النص القانوني ، أما إذا سكتا عن النص عن هذه الحالة ، فإنه يفترض ضمنا أن إرادتهما قد اتجهت إلى أعمال حكم المادة .

#### الفقرة الثانية : تدخل القاضي إزاء تحول العقد .

من البديهي الإشارة إلى أن الشرط الرئيسي لتحول العقد الباطل يكمن في ضرورة إنصراف نية الطرفين المتعاقدين إلى العقد الجديد ، فسلطة القاضي في نطاق التحول ليست تحكمية فإذا كان يتولى عن العاقدين إعادة إنشاء التصرف إلا أنه يسترشد في ذلك بإرادتهما بالذات .

وليست شروط التحول قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضي ، فالقاضي عندما يحكم بتحول عقد باطل إلى عقد صحيح ، إنما يفسر في ذلك نية المتعاقدين ، إذ أن العقد الصحيح الذي تحول إليه العقد الباطل إنما هو عقد إنصرفت إليه إرادة المتعاقدين و القاضي في ذلك إنما يستعين بسلطته في تفسير العقد ففي هذه الأخيرة يقوم القاضي بالكشف عن إرادة غير موجودة أو إرادة تصورية وبالتالي فإن دوره لا يتعدى دور الكاشف الأمين عن إرادة المتعاقدين ومن ثمة فإنه لا يبعث في التصرف الحياة وإنما يكشف عن هذه الحياة<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - انظر علي علي سليمان المرجع السابق ص79

<sup>2</sup> - راجع المطلب الخاص بتفسير العقد من المذكرة

<sup>3</sup> - انظر في المعنى صاحب عبيد القتلاوي ، المرجع السابق ص73-74

ومن هنا يظهر بوضوح طابع الوظيفة التي يقوم بها القاضي المدني في المجتمع إذ أنه من غير المستساغ الإبقاء على الطابع الفردي القديم الذي يقصر دور القاضي في مجرد تحقيق العدالة بين الطرفين المتعاقدين ، في حدود ما يقدمه من أدلة وفقا للشروط و الأوضاع القانونية لذلك يتعين العمل على هدم هذه القيود ، التي تفصل بين وظيفة القضاء وحاجات المجتمع .

فالقضاء يمثل السلطة التي أسند إليها المجتمع مهمة حماية مبادئه ، وتحقيق أهدافه ومصالحه ، وإذا كان من واجب القضاء المدني ، متابعة المعاملات المالية ، بين الأفراد و الفصل فيما يثور بشأنها من منازعات ، فمن البديهي أن يراعي في أداء هذا الواجب ، ما يعلقه المجتمع الإشتراكي على النشاط المالي الخاص من أهمية ترتبط بخطة التنمية ووفرة الإنتاج وغير ذلك من الأهداف و المصالح الإجتماعية (1)

**الفرع الثالث : حدود تدخل القاضي إزاء الآثار العرضية للعقد الباطل.**

لقد قلنا فيما سبق أن سلطة القاضي أو دوره إزاء الآثار العرضية للعقد الباطل هو دور محدود وضيق ، مقارنة مع السلطة المخولة له اتجاه الحالات السابقة في العقد سواء عند انعقاده أو عند تنفيذه ومن ثمة كان لزاما علينا أن نبرز حدود سلطة القاضي إزاء الآثار العرضية للعقد الباطل بتسليط الضوء على مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض ومسائل الواقع التي لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض كما يلي .

#### **الفقرة الأولى : مسائل القانون في الآثار العرضية للعقد الباطل .**

إن من مسائل القانون التي لا يملك القاضي فيها سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال هي مراعاة شروط التحول و الإنقاص خاصة فيما يتعلق ببطلان العقد وعليه إذا كان العقد صحيحا فلا يمكن للقاضي ، تحويله أو إنقاصه وهو في ذلك لا يملك سلطة تقدير تخوله هذا الحق هذا من جهة .

ومن جهة أخرى إذا كان العقد باطلا في جميع جوانبه ولا يتوفر على عناصر عقد آخر ، ففي هذه الحالة يقضي القاضي ببطلان العقد ولا يملك حق تحويله أو

<sup>1</sup> - مقتبس عن صاحب عبيد الفتاوي ، تحول العقد ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، مكتبة ، الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ط 1997ص 76

إنقاصه لأنه بذلك يفتح نافذة لتكييف العقد وهي مسألة قانونية تخضعه لنص القانون و لرقابة المحكمة العليا<sup>(1)</sup>.

كما أن ليس له سلطة التخيير بين إنقاص العقد أو تحويله ، إذ يحتكم في ذلك إلى المعيار الموضوعي ، أي بما يتوفر له من عناصر الموضوع التي تقتضي التحويل أو الإنقاص وفي كل ذلك يجب أن يكون حكمه مسبب فيما قضى به<sup>(2)</sup> . علاوة على ذلك فإن التحول أو الإنقاص ، لا يقوم به القاضي من تلقاء نفسه لأن ذلك يتم بقوة القانون ويقتصر دور القاضي في أن يحكم بإحدهما إذا توافرت الشروط المطلوبة لذلك ، لهذا يكون من الخطأ الكلام عن تحول قضائي ، لأن صحة التصرف الجديد يستند إلى القانون مباشرة .

أما الفصل في توافر الشروط فيتعلق بتقدير القاضي القائم على واجبه القانوني<sup>(3)</sup> وبالإعتماد على ما يقدمه الطرفان للقاضي من مادة لحكمه ، ويضعا أمامه الوقائع التي ينتج عنها التصرف الجديد .

و نجد أنه من مسائل القانون الحالة التي يكون فيها العقد قابلا للإبطال أو في شق منه ففي هذه الحالة تتوقف أعمال سلطة القاضي في التحويل أو الإنقاص على تمسك صاحب المصلحة بهذا البطلان ، إذ لا يمكن للقاضي أن يقرر إبطال العقد أو الشق الباطل من تلقاء نفسه ، وكل هذه من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي إلى رقابة كاملة من محكمة النقض .

### الفقرة الثانية:مسائل الواقع في الآثار العرضية للعقد الباطل .

مسائل الواقع ماهي إلا تجسيدا للسلطة التقديرية التي يمنحها القانون للقاضي لتجسيد أحكام العدالة العقدية بين أطراف العقد ، ومادام أن سلطة القاضي في إنقاص وتحويل العقد ماهي في حقيقة الأمر إلا من قبيل سلطته في تفسير العقد ، فإنه تنطبق عليه نفس الأحكام في هذا الصدد.

<sup>1</sup> - انظر في المعنى عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، المرجع السابق ص653

<sup>2</sup> - انظر في المعنى عبد الحكم فودة المرجع نفسه ص 650

<sup>3</sup> - انظر صاحب عبيد القتلاوي ، المرجع السابق ص237

إذ أنه بمناسبة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين له سلطة تقديرية واسعة وله أن يستخلصها من وقائع الدعوى و الأدلة المقدمة من طرف المتعاقدين على أن لا يجافي ذلك المنطق السليم وتسبب حكمه على أسباب قانونية مقنعة<sup>(1)</sup>.

---

<sup>1</sup> - راجع في ذلك ص 66 و 67 من المذكرة

<b>فهرس المحتويات</b>	
<b>دعاء</b>	
<b>الإهداء</b>	
<b>قائمة المختصرات</b>	
<b>01</b>	<b>المقدمة</b>
<b>07</b>	<b>الفصل التمهيدي: مبدأ سلطان الإرادة بين الحرية و التقييد</b>
<b>07</b>	<b>المبحث الأول: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة</b>
<b>07</b>	<b>المطلب الأول: الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإدارة.</b>
<b>07</b>	الفرع الأول: معنى مبدأ سلطان الإدارة.
<b>08</b>	أولاً: الأفكار الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة
<b>09</b>	ثانياً: الأفكار الإقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة
<b>11</b>	الفرع الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإدارة.
<b>14</b>	<b>المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإدارة.</b>
<b>15</b>	الفرع الأول: الإلتزامات الإرادية هي الأصل.
<b>17</b>	الفرع الثاني: حرية التعاقد.
<b>18</b>	الفرع الثالث: الحرية في تحديد آثار العقد.
<b>19</b>	الفرع الرابع: العقد شريعة المتعاقدين.
<b>20</b>	<b>المطلب الثالث: انتقاد الأساس الذي يقوم عليه مبدأ سلطان الإرادة.</b>
<b>20</b>	الفرع الأول: نقد الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة.
<b>20</b>	أولاً: نقد الفردية المطلقة.
<b>22</b>	ثانياً: استبدال القانون كأساس للمبدأ.
<b>24</b>	الفرع الثاني: نقد الأساس الإقتصادي و فكرة عدالة العقد.
<b>27</b>	<b>المبحث الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة و تقييده.</b>
<b>28</b>	<b>المطلب الأول: أهم المبررات التي ساعدت على انتكاس مبدأ سلطان الإرادة.</b>
<b>28</b>	الفرع الأول: ظهور المذهب الإجتماعي.
<b>29</b>	أولاً: سيادة المذهب الإجتماعي.
<b>30</b>	ثانياً: محدودية الإرادة و خضوعها للنظام العام.
<b>31</b>	ثالثاً: تطور وظيفة الدولة.
<b>32</b>	الفرع الثاني: تطور الفقه و القانون المقارن للعقود.
<b>33</b>	أولاً: نظرية النفع و العدل في الفقه اللاتيني.
<b>34</b>	ثانياً: نظرية التوقع المعقول في الفقه الأنجلو أمريكي.
<b>36</b>	<b>المطلب الثاني: تقييد مبدأ سلطان الإرادة.</b>
<b>36</b>	الفرع الأول: القيود على حرية التعاقد و عدم التعاقد.
<b>38</b>	الفرع الثاني: تقييد حرية تحديد آثار العقد.
<b>40</b>	الفرع الثالث: اتساع نطاق الإلتزامات للإرادية.

44	<b>الفصل الأول: سلطة القاضي في إنعقاد العقد</b>
45	<b>المبحث الأول: سلطة القاضي في تفسير العقد و تكييفه</b>
45	<b>المطلب الأول: سلطة القاضي في تفسير العقد.</b>
45	الفرع الأول: المقصود بتفسير العقد(تحديد موضوعه).
45	الفقرة الأولى:تعريف تفسير العقد.
48	الفقرة الثانية بيان حالات التفسير.
48	أولاً: حالة وضوح العبارة.
49	ثانياً: حالة عدم وضوح العبارة(غموض العبارة)
51	ثالثاً: حالة قيام الشك في العبارات الغامضة.
51	الفرع الثاني: أحكام تأويل العقد.
52	الفقرة الأولى: تدخل القاضي في تفسير العقد في حالة وضوح عبارات العقد.
55	الفقرة الثانية: تدخل القاضي في تفسير العقد في حالة غموض العبارة.
57	أولاً: العوامل الداخلية في تفسير العقد.
59	ثانياً: العوامل الخارجية في تفسير العقد.
61	الفقرة الثالثة:تدخل القاضي في تفسير العقد عند قيام الشك.
64	الفرع الثالث: الرقابة على القاضي في تفسير العقد.
65	الفقرة الأولى: المسائل القانونية في تفسير العقد.
66	الفقرة الثانية: المسائل الواقعية في تفسير العقد.
67	<b>المطلب الثاني: سلطة القاضي في تكييف العقد.</b>
68	الفرع الأول: المقصود بتكييف العقد.
68	الفقرة الأولى: تعريف مسألة تكييف العقد
69	الفقرة الثانية: أهمية تكييف العقد.
70	الفرع الثاني: أحكام تكييف العقد.
70	الفقرة الأولى: تكييف العقد من المهام المخولة للقاضي.
72	الفقرة الثانية: عدم تقيد القاضي بتكييف المتعاقدين.
73	الفرع الثالث: الرقابة على القاضي في تكييف العقد.
74	الفقرة الأولى: التكييف مسألة قانونية.
74	الفقرة الثانية: تطبيقات لرقابة محكمة النقض على التكييف.
76	<b>المبحث الثاني: سلطة القاضي في تطويع العقد و تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان.</b>
76	<b>المطلب الأول: سلطة القاضي في تطويع العقد.</b>
76	الفرع الأول: المقصود بتطويع العقد.
76	الفقرة الأولى: تعريف عملية تطويع العقد.
79	الفقرة الثانية: نشأة تطويع العقد.
80	الفرع الثاني: أحكام تطويع العقد.
82	الفقرة الأولى:تطويع القاضي للعقد وفقاً لأحكام القانون و العرف.

86	الفقرة الثانية: تطويع القاضي للعقد وفقا لمقتضيات العدالة و طبيعة العقد
95	الفرع الثالث: حدود سلطة القاضي في تطويع العقد.
95	الفقرة الأولى: القاضي لا يلجأ إلى إكمال العقد إلا في حالة قصور الإرادة
96	الفقرة الثانية: تطويع العقد من مسائل القانون.
97	<b>المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان.</b>
98	الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي.
98	الفقرة الأولى: مدلول الشرط التعسفي.
101	الفقرة الثانية: معايير تقدير الشرط التعسفي.
101	أولا: معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية.
102	ثانيا: معيار الميزة المفرطة.
103	ثالثا: معيار الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد.
104	الفقرة الثالثة: نطاق الحماية من الشروط التعسفية.
104	أولا: من حيث الأشخاص.
105	ثانيا: من حيث طبيعة العقد.
106	ثالثا: من حيث محل العقد.
107	الفرع الثاني: أحكام تعديل القاضي للشرط التعسفي.
108	الفقرة الأولى: تدخل القاضي لتقدير الطابع التعسفي للشرط
108	أولا: مدى تقدير القاضي للطابع التعسفي للشرط.
111	ثانيا: طريقة تقدير الطابع التعسفي للشرط.
112	الفقرة الثانية: توقيع الجزاء المرتب على إدراج الشرط التعسفي
112	أولا: الجزاء المباشر.
116	ثانيا: الجزاء الغير مباشر.
118	الفرع الثالث: الرقابة على القاضي في تفسير عقد الإذعان
121	<b>الفصل الثاني: سلطة القاضي في تنفيذ العقد.</b>
122	<b>المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي و تعديل الشرط الجزائي.</b>
122	المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي.(نظرية الظروف الطارئة).
123	الفرع الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة و شروط الأخذ بها.
123	الفقرة الأولى: مضمون نظرية الظروف الطارئة.
129	الفقرة الثانية: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.
129	أولا: من حيث طبيعة العقد.
132	ثانيا: من حيث طبيعة الحادث و أوصافه.
135	ثالثا: من حيث أثر الحادث الطارئ.
136	الفرع الثاني: تدخل القاضي في تعديل العقد تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة.
136	الفقرة الأولى: تدخل القاضي في رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

137	أولاً: زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق.
137	ثانياً: إنقاص إلتزام المدين.
138	ثالثاً: وقف تنفيذ العقد حتى زوال الحادث الطارئ.
139	الفقرة الثانية: الضوابط التي يتقيد بها القاضي في رد الإلتزام إلى الحد المعقول
140	أولاً: أن يستوثق القاضي من أن التنفيذ المرهق يهدد بخسارة فادحة.
141	ثانياً: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية.
141	ثالثاً: الموازنة بين مصلحة الطرفين.
142	رابعاً: رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.
142	الفرع الثالث: حدود سلطة القاضي في تعديل الإلتزام للحادث الطارئ.
142	الفقرة الأولى: مسائل القانون في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.
144	الفقرة الثانية: مسائل الواقع في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.
145	<b>المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي)</b>
146	الفرع الأول: مدلول الشرط الجزائي.
146	الفقرة الأولى: تعريف الشرط الجزائي.
148	الفقرة الثانية: خصائص الشرط الجزائي.
149	أولاً: التعويض الإتفاقي إتفاق مسبق على تقدير التعويض.
149	ثانياً: التعويض الإتفاقي تعويض تابع للإلتزام الأصلي.
150	ثالثاً: التعويض الإتفاقي إلتزام إحتياطي.
151	رابعاً: التعويض الإتفاقي تقدير جزئي للتعويض.
151	الفقرة الثالثة: شروط إستحقاق الشرط الجزائي.
152	أولاً: الخطأ.
153	ثانياً: الضرر.
155	ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر.
155	رابعاً: الإعدار.
156	الفرع الثاني: تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي.
156	الفقرة الأولى: سلطة القاضي إزاء تخفيض الشرط الجزائي.
157	أولاً: تخفيض الشرط الجزائي بسبب التعويض المفرط فيه.
160	ثانياً: تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي.
162	الفقرة الثانية: زيادة الشرط الجزائي .
162	أولاً: زيادة الشرط الجزائي في حالة القيمة الزهيدة.
164	ثانياً: زيادة مقدار التعويض الإتفاقي بسبب غش المدين أو خطئه الجسيم.
165	الفرع الثالث: القيود الواردة على سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي.
167	<b>المبحث الثاني: سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقد وإزاء الآثار العرضية للعقد الباطل.</b>
167	<b>المطلب الأول : سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقد.</b>
168	الفرع الأول: المقصود بوقف تنفيذ العقد وأهميته.

171	الفرع الثاني: دور القاضي في وقف تنفيذ العقد.
173	الفرع الثالث: حدود تدخل القاضي لوقف تنفيذ العقد.
174	الفقرة الأولى: مسائل الواقع في وقف تنفيذ العقد.
175	الفقرة الثانية: مسائل القانون في وقف تنفيذ العقد.
176	<b>المطلب الثاني: سلطة القاضي إزاء الآثار العرضية للعقد الباطل.</b>
177	الفرع الأول: المقصود بالآثار العرضية للعقد الباطل والحكمة من الأخذ به.
177	الفقرة الأولى: نظرية إنقاص العقد وشروط الأخذ بها
177	أولاً: المقصود بإنقاص العقد.
178	ثانياً: شروط الأخذ بنظرية إنقاص العقد.
180	الفقرة الثانية: نظرية تحول العقد وشروط الأخذ بها.
180	أولاً: المقصود بتحول العقد.
181	ثانياً: شروط الأخذ بنظرية تحول العقد.
184	الفرع الثاني: تدخل القاضي إزاء الآثار العرضية للعقد الباطل.
184	الفقرة الأولى: تدخل القاضي إزاء إنقاص العقد.
185	الفقرة الثانية: تدخل القاضي إزاء تحول العقد.
186	الفرع الثالث: حدود تدخل القاضي إزاء الآثار العرضية للعقد الباطل.
186	الفقرة الأولى: مسائل القانون في الآثار العرضية للعقد الباطل.
187	الفقرة الثانية: مسائل الواقع في الآثار العرضية للعقد الباطل.
189	الخاتمة.
192	<b>قائمة المراجع.</b>
208	<b>الفهرس.</b>

قائمة المراجع :

1- باللغة العربية :

القران الكريم .

الحديث النبوي الشريف

أ- المراجع العامة :

أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، النظرية العامة للإلتزام ، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف الإسكندرية ، ط 2004

- الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية و التجارية (البحث الأول ) إحكام العقد (الجزء الأول )، أركان العقد ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية القاهرة مصر ط 1997

- الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية و التجارية، مفاعل العقد ، الجزء الثاني ، بدون دار نشر ط 1998

- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام ، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري و اللبناني ، دار النهضة العربية بيروت لبنان ط 1980

- أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، النظرية العامة للإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأزاريطة ، الإسكندرية ط 2005

- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة طبعة.

- بلحاج العربي ،أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي ،الجزء الأول ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط 1996 .

- بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني ، الجزء الأول ،  
التصرف القانوني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ط 1999
- بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء  
الأول ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، الطبعة الثالثة ، ديوان  
المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ط 2004.
- جاك غيستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، الطبعة الأولى ،  
المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ط 2000.
- جاك غيستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، الطبعة الثانية ،  
المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ط 2008
- جلال علي العدوي ، مصادر الإلتزام ، دراسة مقارنة في القانون المصري و  
اللبناني الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ط 1994.
- حسام الدين كامل الأهواني ، مصادر الإلتزام ، المصادر الإرادية ، دار النهضة  
العربية ، القاهرة ، مصر ط 1991 – 1992.
- حسن علي الدنون ، أصول الإلتزام ، مطبعة المعارف بغداد ، ط 1970 .
- خليل أحمد حسن قدامة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر  
الإلتزام الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ط  
2005
- خليل أحمد حسن قدامة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر  
الإلتزام الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر  
ط 2010.

- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الإلتزامات ، المجلد الأول نظرية الإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ط 1987.

- سمير عبد السيد تناغوا ، المبادئ الأساسية في نظرية الإلتزام ، منشأة المعارف الإسكندرية ، من دون سنة طبعة .

- عبد الحكم فودة ، موسوعة التعليق على القانون المدني ، في ضوء قضاء النقض مصادر الإلتزام ، المجلد الأول ، المكتب الفني للموسوعات القانونية الإسكندرية بدون سنة طبعة .

- عبد الحي حجازي ، نظرية الإلتزامات ، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، مطبوعات جامعة الكويت ، ط 1982 .

- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، النظرية العامة للإلتزامات ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ط 1998

- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، العقد ، العمل الغير مشروع ، الإثراء بلا سبب، القانون ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ط 2004.

- عبد المنعم فرج الصدة ، العقد في قوانين البلاد العربية ، القانون المصري ، و اللبناني و السوري و العراقي ، والليبي ، والكويتي و السوداني ، دار النهضة العربية ، بيروت لبنان ، ط 1974 .

- علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري – الطبعة الثامنة ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر ط 2008

- علي فيلاي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ط 2001
- علي فيلاي ، الإلتزامات ، الفعل المستحق للتعويض ، الطبعة الثانية ، موفم للنشر ، الجزائر ، ط 2007
- علي فيلاي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد، طبعة منفتحة ومعدلة ، موفم للنشر ، الجزائر ، ط 2010.
- عبد المجيد ، حكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، أحكام الإلتزام الجزء الأول الطبعة الثالثة ، دار الحرية للطباعة بغداد ط 1977.
- فاضلي إدريس الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، العقد الإرادة المنفردة ، الفعل المستحق للتعويض ، الإثراء بلا سبب ، القانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائرية ، ط 2009.
- فتحي عبد الرحيم ، عبد الله أحمد شوقي ، محمد عبد الرحمان ، شرح النظرية العامة للإلتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ط 2001
- فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية، التاجر الحرفي ، الأنشطة التجارية المنظمة السجل التجاري ، النشر الثاني معدل ومتمم ، نشر وتوزيع ابن خلدون نشر 2003.
- لعشب محفوظ ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 1992 .
- محمد حسن منصور ، مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة الدار الجامعية بيروت ، لبنان ، ط 2000
- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر ، ط 2006 .

- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية ، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة السابعة ، هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ط 2009
- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، طبعة جديدة مزيده ومنقحة ، الطبعة الرابعة . دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، ط 2009 .
- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة الجزائر ط 2010
- محمد علي البدوي ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام الجزء الأول الطبعة الثانية ، منشورات الجامعة المفتوحة طرابلس ط 1993 .
- محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني ، الجزء الأول مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ط 1976
- محي الدين إسماعيل علم الدين ، نظرية العقد ، مقارنة بين القوانين العربية و الشريعة ، الإسلامية ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية القاهرة مصر ، من دون سنة طبعة .
- مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني السوري ،نظرية الإلتزام العام ، الطبعة الثانية ، مطبعة جامعة دمشق ،سوريا ، ط 1960 .
- مصطفى أحمد الزرقا ، شرح القانون المدني السوري ، نظرية الإلتزام ، أحكام الإلتزام في ذاته ، الطبعة الأولى ، مطابع دار الحياة دمشق سوريا ط 1964

- مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في ثوبه الإسلامي ، مصادر الإلتزام ، شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي ، والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية ، الطبعة الأولى ، دار الفتح الإسكندرية ، ط 1996 .
- مصطفى محمد الجمال ، رمضان ، محمد أبو السعود ، نبيل إبراهيم سعد ، مصادر وأحكام الإلتزام ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ط 2003
- معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، الجزء الأول ، منشأة المعارف الإسكندرية ط 1987
- منصور مصطفى منصور ، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني ، دار النهضة العربية القاهرة ، مصر ، بدون سنة طبعة .
- نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول ، المصادر الإرادية ، للعقد ، الإرادة المتفردة ، دار المعرفة الجامعية ط 1994 .
- نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ، الإسكندرية ط 2004 .
- هلال شعوة ، الوجيز في عقد الإيجار في القانون المدني الطبعة الأولى ، جسور للنشر و التوزيع الجزائر ط 2010 .

ب ( المراجع المتخصصة ) :

- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، تفسير العقد ومضمون الإلتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات ، دراسة فقهية وقضائية ، منشأة المعارف الإسكندرية مصر ط 2003

- بودالي محمد ، حماية المستهلك في القانون المقارن الطبعة الأولى ، دار الفجر للنشر و التوزيع الجزائر ط 2006 .

- بودالي محمد ، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي دار الكتاب الحديث ، سيدي بلعباس ، الجزائر ط 2006 .

- بودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية ، في العقود ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى دار الفجر للنشر و التوزيع ، سيدي بلعباس الجزائر ط 2007.

- بودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية ، في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ط 2007.

- توفيق فرج حسن ، الإثراء بلا سبب ،الدار الجامعية ،الإسكندرية ، ط 1992 .

- حسن عبد الرحمان قدوس ، مدى إلتزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي ، دار النهضة العربية بيروت لبنان ، بدون سنة طبعة .

- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ،دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ط 2010 .

- صاحب عبيد الفتلاوي ، تحول العقد ، مكتبة الثقافة و التوزيع ، عمان الأردن ط 1997

- عابد فايد عبد الفتاح فايد ، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الإلتزامات المقارن ، دراسة تطبيقية في عقود السفر و السياحة دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ط 2005
- عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية مصر ط 2002
- عبد الرزاق أيوب ، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة الطبعة الأولى ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، المغرب ط 2003 .
- عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان ط 2006
- لعشب محفوظ ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ط 1990.
- محمد حسن قاسم ، إثبات الخطأ في المجال الطبي ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر ط 2006.
- مختار رحماني محمد، المسؤولية المدنية عن حوادث نقل الأشخاص بالسكك الحديدية ، دراسة مقارنة من ضوء الفقه و القضاء دار هومه للنشر و التوزيع الجزائر ط 2003 .

ج - الرسائل :

1 - رسائل الدكتوراه :

- حسبوا الفزاري ، أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدي في القانون المقارن ، دراسة تاصيلية و تحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن و في الشريعة الإسلامية ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، مطبعة الجيزة ، الإسكندرية مصر ط 1997 .

- شهيدة قادة ، المسؤولية المدنية للمنتج ، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2005

- عبد الحميد بن شنياتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون معهد الحقوق ، جامعة الجزائر 1996 ، .

2 - رسائل الماجستير :

- المر سهام ، إلتزام المنتج بالسلامة ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2008 / 2009 .

- بن حديد إبراهيم ، السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دراسة تحليلية نقدية مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1994 ، 1995.

- بن مغنية محمد ، حق المستهلك في الإعلام ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2005 - 2006 .

- بولحية جميلة ، نظرية الظروف الطارئة ، في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العقود و المسؤولية ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية جامعة الجزائر 1983 .

- حمدي محمد إسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مذكر تخرج لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الازابطة الإسكندرية ط 2007
- خليفي مريم ، مسؤولية الناقل البري للأشخاص ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون النقل ، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2003 – 2004 .
- دالي بشير ، مبدأ تأويل العقد ، ( دراسة مقارنة) مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2007 ، 2008 .
- زيتوني فاطمة الزهراء ، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2008 – 2009
- نجاري عبد الله الشرط الجزائي في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية جامعة الجزائر 1983 .

### 3 – مداخلات ، مقالات ، بحوث.

- أحمد الصويحي شليبيك ، نظرية الظروف الطارئة ، أركانها وشروطها ، بحث بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة الشارقة ، 2006 .
- أحمد عيسى ، الدولة بين الفرد و الجماعة في المجال التعاقدية مجلة الدراسات القانونية ، مخبر الدراسات و القانون الخاص الأساسي ، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر ، العدد 4 سنة 2007
- ادم أبكر صافي النور . إنتقاد الأساس الذي يقوم عليه مبدأ العقد شرعية المتعاقدين ، مجلة العدل رقم 19 السنة الثامنة كلية القانون ، جامعة الرباط الوطني المغرب .

- أسعد الكوراني ، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية ،  
مجلة المحاماة العدد 1 السنة 40
- بودالي محمد ، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية ، مجلة العلوم القانونية  
والإدارية ، جامعة سيدي بلعباس ، الجزائر ، العدد 3 سنة 2007
- بوعزة ديدن ، الإلتزام بالإعلام في عقد البيع ، الملتقى الوطني حول الاستهلاك  
و المنافسة في القانون الجزائري ، مخبر الدراسات و القانون الخاص الأساسي كلية  
الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2001.
- جابر محجوب علي ، سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات  
الصناعية المعيبة ، دراسة في القانون الكويتي و القانونين المصري و الفرنسي  
(القسم الثاني) المجلة العربية للعلوم الإنسانية الكويت 1996.
- رباحي أحمد ، أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في  
القانون الجزائري والقانون المقارن ، مجلة إقتصاديات إفريقيا ، كلية الحقوق ، جامعة  
الشلف ، الجزائر ، العدد 5 ، من دون سنة نشر .
- شهيدة قادة ، الرقابة عن الشروط التعسفية كآلية فعالة لحماية رضا المستهلك مجلة  
المحامي ، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين سيدي بلعباس ، الجزائر العدد 4  
دون سنة نشر.
- محمد رشيد قباني ، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون  
الوضعي ، بحث مقارن ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، لبنان ، العدد الثاني ، السنة  
الثانية.
- يوسف فتيحة ، حماية المستهلك في مجال الصيدلة ، مجلة الجزائرية للعلوم  
القانونية و السياسية لكلية الحقوق ، جامعة بن عكنون الجزائر 2002 .

- يوسف فتيحة ، التوجه التشريعي الحديث ، نحو إنقاذ المؤسسات المتعثرة ماليا ،  
مجلة الحجة ، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان الجزائر ،  
رقم 112-6582 العدد 2 ، ط 2006 .

2 – المراجع بالفرنسية :

**A (ouvrages généraux)**

\* Christian l'arroumet droit civil ,les obligation le contrat ton  
3-4ème edition France.

\* Jean. Charbonnier- droit civil- les obligation tome 4 , 21ème  
édition , paris 1998

\* J.Flour, J.luc, Aubert e .savaus ,Droit civil les obligations .D.  
paris, 2000.

\* Gerard legier ,droit civil ,les obligations ,17edi,dalloz ,paris,  
2001

\* ph. Dauchy , une conception objective du bien d'obligation ,  
les apports du structuralism a la theory du contrat , archives de  
philosophie du droit tome 26 France 1981.

\* ph . malleurie, L . aynes ,ph stoffel munch droit civil. Les  
obligation, 2ème edition Paris 2005 .

**B(les ouvrages spéciaux),**

D,mazeaud ,le juge face aux clauses abusive,paris,1993

**c(l'articles et communication)**

H- chabas , la réforme de la chause penal loi n 75-597 du 09  
juillet 1975 recueil Dalloz chronique xxxix 1976

J-Thélmány ,fonctions et revisibilité des chauses penales en  
droit comparé revue international de droit comparé n 1-1980 .

- Laurent leveneur , le forçage du contra droit et patimoine n  
58 – mars 1998 France

-PH- Delebecque , régème De la reparation , Juris classeur civil  
art 1382, 1386-Fax 212.

**3- النصوص التشريعية و التنظيمية :**

**أ - في الجزائر**

- الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني  
المعدل والمتمم

- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري  
المعدل والمتمم

- قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل.

- المرسوم التنفيذي رقم 88-230 المؤرخ في 15 نوفمبر 1988 المتعلق بسجل  
الصناعات اليدوية أو الحرفية .

- القانون رقم 89 - 02 الصادر بتاريخ 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك .
- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 الصادر في 23 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش .
- المرسوم التنفيذي رقم 90 - 266 الصادر في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المتوجات و الخدمات .
- المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري
- المرسوم التنفيذي رقم 94-96 المؤرخ في 19 مارس 1994 المتعلق بالنموذج الذي يجب أن يكتب وفقه عقد الإيجار .
- الأمر رقم 95-06 الصادر في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة و إعلام المستهلك حول أسعار المتوجات و الخدمات .
- القانون رقم 03-03 الصادر في 19 جوان 2003 المتعلق بالمنافسة.
- القانون رقم 04-02 الصادر في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .
- القانون رقم 06-306 الصادر في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية .
- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش .

**ب ( في فرنسا :**

De code çivil français

- la loi n 78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services
- la loi n 95-65 du 01ere fevrier 1995 qui amender de droit de consommation.
- la loi n 98-389 du 19 may 1998 qui conerne la responsabilité du fait des produit défecteur

**ج ( في مصر**

القانون المدني المصري .

القانون رقم 06 – 67 الصادر في 19 ماي 2006 ، بشأن حماية المستهلك

**د) في دول أخرى**

- القانون المدني الألماني

- قانون الموجبات و العقود اللبناني

- قانون الموجبات و العقود المغربي

**3) المواثيق الدولية:**

- le conseil européen n 93-13 du 15 avril 1993 relatif des conditions Abusives dans les contrats accorde avec les consommateurs

4- المراجع الثانوية

أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف بن مري النووي، صحيح رياض الصالحين ،  
الطبعة الأولى ،مؤسسة غراس للنشر والتوزيع،الكويت ط2002 .

## الخاتمة

في آخر هذا البحث يمكن القول أنه لا يجب أن نتنكر لمبدأ سلطان الإرادة على أنه القاعدة الأساسية لإنشاء العلاقات التعاقدية، والذي لا يمكن الإستغناء عنه في ظل العلاقات الإجتماعية .

ولقد لاحظنا أنه في فترة من الزمن قد أرخى سدوله وأرسى قواعده على أرضية المعاملات وأصبح كقاعدة عامة تبنى عليها هذه المعاملات، ولكن نتيجة للتطورات التي شهدها المجتمع أظهرت هشاشة هذه القاعدة ولذلك لم يكتب له النجاح في مواصلة مسيرته وبدأ يشهد نوع التحول ذلك لأنه فشل نوعا ما في تحقيق غايات المجتمع.

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

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

ويمكننا القول أن فعالية القاعدة القانونية يتم وجودها في المجتمع، إما بصفة أصلية وعادية عن طريق الإحترام التلقائي للأفراد لهذه القاعدة، وإما عن طريق سلطة القضاء التي تعيد الفعالية للقانون عند قعود الأفراد عن التوصل إلى هذه الفعالية، والمشرع يدرك ذلك لأن صفة الإلتزام في القاعدة القانونية مقترنة بالجزاء المادي الذي توقعه السلطة العامة عند مخالفة الأفراد لهذا الإلتزام، ولن يتم تقرير هذه المخالفة إلا بإعمال السلطة القضائية لسلطانها.

ومن بين مظاهر تجسد السلطة التقديرية القضائية في مجال العقود هو تدخل القاضي في العقد بقدر ما يسمح له به القانون كما رأينا طيلة هذا البحث.

هذا ما يقودنا إلى التساؤل حول مدى نجاعة هذه السلطة في هذا الإطار، وكل ما في الأمر أنه لو سلمنا بترك المجال التعاقدى لمشئئة الأفراد لسعى كل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية نحو تحقيق مصلحته الخاصة، مما يؤدي إلى كثرة النزاعات ويصبح المجتمع يتخبط في فوضى عارمة باسم التعاقد، وينهار أهم عنصر يقوم عليه النظام التعاقدى وهو الثقة المتبادلة في إبرام التصرف .

وهو الأمر الذي من شأنه أن يعكس صفو الحياة العقدية إذ يكون لزاما على كل متعاقد أن يحتاط ويتسلح بالحذر اتجاه الآخر، وهذا ما يحول دون السير الحسن في إجراء التعاملات، ويشكل سببا كافيا لطول أمد مرحلة انعقاد العقد بحيث لا يتم ذلك إلا بعد ترو وتخطيط معمق هذا من جهة، ومن جهة أخرى يكون سببا لإهمال مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ .

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

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

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

ولكن لا يعني هذا أن إعمال السلطة التقديرية للقاضي في المجال التعاقدى لا تتطوي على المساوى، حيث يؤخذ عليها أنها تفتح أمام القاضي نافذة ينفذ من خلالها إلى العقد ليشارك أطرافه في انعقاده أوفي تنفيذه، مع العلم أن هذه المشاركة وإن كانت في ظاهرها تبدو توجيهية إلا أنه لا يمكن إخفاء ما تحمله في طياتها من قهر

وإجبار في عقد يعتبر من الدرجة الأولى من نتاج طرفيه، ولكن يعمل فيه بإرادة القاضي خاصة وقد رأينا أن هذا الأخير لا يتقيد بتصورات المتعاقدين في كثير من الأحوال.

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

ثم إن هذه السلطة الممنوحة للقاضي هي معظم الأحيان غير مقيدة وغير مراقبة من طرف المحكمة العليا ، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى تعسف القضاة على الأقل في تلك المرحلة التي يكون النزاع مطروحا أمامه .

وإن اتخاذ المصلحة العامة كدريعة لإعمال سلطة القاضي في العقود فإن هناك مبدأ يقر وبحق أن المصلحة العامة لا يمكن تحقيقها بعيدا عن تحقيق المصلحة الخاصة ، وإن كان لابد من التسليم بالفكرة فالسؤال الذي يطرح نفسه ما هو المفهوم الدقيق لمصطلح المصلحة العامة التي يسعى المشرع لتحقيقها من خلال ذلك.

وفي ذات الوقت لا يثبنا التكلم في مساوئ هذا النظام عن الإيجابيات التي حققها في المجال العقدي ، وأسمى دور يحسب له هو حماية الطرف الضعيف في ظل العلاقات التي تختلف فيها المراكز القانونية من حيث القوة ، وعليه فإننا لا نعتبر أنه في احترام السلطة التقديرية للقاضي في المجال التعاقدي ، هو مصادرة لسلطة الأفراد أو حدا منها ، ولكن كان يمكن أن تكون أفضل لو خفف من وطأتها وذلك بترك المجال لوجهات نظر المتعاقدين للتفاوض حول حسم الخلاف بينهم ويكون دور القضاء ثانويا بحيث لا يتدخل إلا بعد عدم التفاهم ، إضافة إلى ذلك التضييق من مسائل الواقع وإحاطتها بالرقابة من المحكمة العليا وبذلك يكون لهذه السلطة لمسة فجة في نظر المتعاقدين ، فبدل أن يوجههم القاضي يقوم بمرافقتهم.

وفي الأخير كلمتي في هذا البحث المتواضع هي وإن كنت قد بلغت فيه الجهد ألا أنني أو من بآني لم أوافيه حقه كاملا ولكن أمني أن أكون قد أحطت على الأقل بجوانبه العريضة ، فإن أصبت فمن الله وأن أخطأت فمن نفسي، والحمد لله على التمام.

## ملخص

لقد كان مبدأ سلطان الإرادة هو الركيزة الأساسية التي تبنى عليها التعاملات بين الأفراد في ظل المذهب الفردي، هذا الأخير الذي أفرز مجموعة من النتائج كلها تتمحور حول تمجيد الإرادة الفردية، وتكريس حرية الفرد واعتباره أساس لكل علاقة تعاقدية، إذ له حرية التعاقد وعدم التعاقد وفق الشروط التي يرضيها وحرية اختيار الشريك الذي يتعاقد معه.

فحسب هذا المذهب فإن ما ينتج عن هذه العلاقة من آثار تعد بمثابة القانون فيما بين المتعاقدين ويجب تنفيذها كما هي، ولا يمكن لأي طرف أن يمتنع عن ذلك أو أن يعدل من محتواها بإرادته الفردية، إضافة إلى ذلك فإن هذه الآثار لا تنصرف إلى غير المتعاقدين.

ولكن بعد مدة من الزمن وبظهور المذهب الاجتماعي والتطور الاقتصادي الذي مس مختلف الميادين، أظهر هشاشة مبدأ سلطان الإرادة بسبب غلوه في تقديس الإرادة الفردية، ويعود الفضل في ذلك إلى الانتقادات التي وجهت له من طرف أنصار المذهب الاجتماعي، وبدلك بدأ يشهد نوعا من الأفول ولم تعد فائدة من تطبيقه على إطلاقه.

وأصبحت العقود تخضع في مجملها إلى عدة عوامل خارجة عن إرادة أطرافها كاعتبارات النظام العام وتدخل الدولة، وتدخل القانون إما بقواعد آمرة أو ما يمنحه للقاضي من سلطة تقديرية في هذا المجال بدءا بانعقاد العقد إلى تنفيذه، حيث منح له سلطة تفسير العقد وتكييفه وتكملة الالتزامات الناشئة عنه وتعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان في مرحلة الانعقاد، و سلطة تعديل العقد للظرف الطارئ، وتخفيض الشرط الجزائي والنظر في الآثار العرضية للعقد الباطل.

الكلمات المفتاحية : مبدأ سلطان الإرادة، إنتكاس مبدأ سلطان الإرادة، تدخل القاضي في مرحلة إنعقاد العقد، تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد.

## RESUME

C'est le principe de l'autonomie de volonté est le fondement essentiel sur lequel bâtir les transactions entre les particuliers au regard de la doctrine de l'individu, ce dernier qui a produit un ensemble de résultats est tout au sujet de glorification individuelle, en consacrant la liberté individuelle et comme une base pour chaque relation contractuelle, avec sa liberté de contrat et hors contrat dans les conditions qui satisfait à la liberté de choisir un partenaire qui l'embaucher.

Seulement cette doctrine, les effets qui en résultent de cette relation est une loi parmi les entrepreneurs et doit en œuvre autant, et aucun parti ne peut s'abstenir de telle ou telle modifie le contenu de sa propre personne sera, en outre, ces effets ne s'éteint pas et les entrepreneurs.

Mais après une période de temps et l'émergence de la doctrine du développement social et économique qui a touché divers domaines, a montré la fragilité du principe de l'autonomie parce dans la vénération volonté individuelle, et grâce aux critiques dirigées contre lui par les partisans de voies du social et pour ça commencé à ressentir une sorte de recul et l'utilité n'est plus de l'application à lancer.

Et il est devenu contrats soumis dans son intégralité à un certain nombre de facteurs qui échappent au contrôle de l'ordre public et les parties considérables intervention de l'État, et l'intervention de la loi soit normes impératives ou ce que lui donne le juge du pouvoir discrétionnaire dans ce domaine à partir titulaire du contrat de mettre en œuvre, où il a obtenu le pouvoir d'interpréter le contrat et adaptées pour compléter les obligations résultant et modifier l'état arbitraire dans le stade de respect des contrats en session, et le pouvoir de modifier le contrat de circonstance d'urgence et réduit la clause de pénalité et l'examen des effets des retombées d'un mensonge.

## SUMMARY

It was the principle of *volente l'autonomie* will is the essential foundation upon which to build transactions between individuals in the light of the doctrine of individual, the latter that produced a set of results is all about glorification will individual, devoting individual freedom and as a basis for each contractual relationship, with his freedom of contract and non-contract under the conditions which satisfies the freedom to choose a partner who hire him.

Only this doctrine, the resultant effects of this relationship is a law among contractors and must implemented him, and no party can refrain from this or that modifies the content of his own individual will, in addition, these effects do not go off and contractors.

But after a period of time and the emergence of the doctrine of social and economic development which touched various fields, showed the fragility of the principle of Sultan will because excessive in *révérence* Will individuel, and thanks to the criticism directed at him by supporters of the doctrine of social and was him Begin experiencing some sort of decline and no longer usefulness of the application to launch.

And became contracts subject in its entirety to a number of factors beyond the control of the parties *considération* public ordre and state intervention, and the intervention of the law either peremptory norms or what gives him the judge of discretion in this area starting holding the contract to implement, where he was granted the authority to interpret the contract and adapted to complement the obligations arising him and modify arbitrary condition in the contract compliance stage in session, and the power to amend the contract for emergency circumstance and reduced the penalty clause and consideration of spin-off effects of a falsehood.