

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عمار ثليجي - الأغواط -
كلية العلوم السياسية والحقوق
قسم: الحقوق



مذكرة مقدمة ضمن منطبات نيل شهادة الماستر
تخصص: العقود و المسؤولية
بعنوان:

دور القضاء في حماية المتعاقد في مرحلة إبرام
العقد

تحت إشراف

من إعداد الطالبتين:

أ.د/ بن زوبير عمار

- عديلة أمال
- شنوفي محجوبة

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	د/ مصطفى بوديسة
مشرفا ومقرا	د/ بن زوبير عمار
مناقشا	د/ يخلف عبد القادر

السنة الجامعي 2023-2024

ة

سورة الاحقاف

كلمة شكر و عرفان

بسم الله الرحمان الرحيم

" فَتَبَسَّمْ ضَاحِكًا مِّن قَوْلِهَا وَقَالَ رَبِّ
أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ
وَعَلَى وَالِدَيَّ

وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي

بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ (19) سورة

النمل

صدق الله العظيم

بادئ ذي بدء الشكر لله وحده الذي أمدنا بالصبر والقوة والعزيمة و يسر لنا
الأمور نعم المرشد و المعين،
الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم و المعرفة و أعاننا على اتمام هذا

العمل

نحمدك اللهم و نصلي و نسلم على عبدك ،الحمد لله والصلاة والسلام على

رسول الله

عليه أفضل الصلاة وآله و صحبه أجمعين

من شيم الانسان المخلص العرفان بالجميل، ونحن لا املك في هذا المقام من

الكلمات سوى كلمة شكر لكل من مد لنا يد العون لإنجاز هذه المذكرة

فنتوجه بالشكر و العرفان إلى أستاذنا الفاضل "بن الزويير عمار" حفظه الله الذي

تفضل مشكورا على الاشراف على هذه المذكرة و على ما قدمه لنا من نصائح قيمة

و توجيهات سديدة التي أفادنا بها طوال إعداد و انجاز هذه المذكرة

و توجه شكر خاص و تقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا بقراءة هذا

البحث المتواضع و تقويمه بتوجيهاتهم

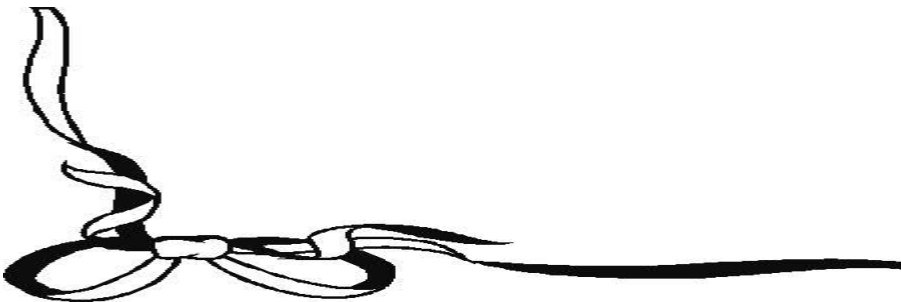
كما لا ننسى تقديم اسمى عبارات الشكر و التقدير إلى أساتذتنا بقسم الحقوق على



إهداء

الحمد لله الذي هدانا إلى هذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
" وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أَنِيبُ " سورة هود الآية 88
إلى من كلفه الله بالهبة والوقار. ... إلى من علمني العطاء بدون انتظار. ...
إلى من أحمل اسمه بكل افتخار. ...
أهدي هذا العمل المتواضع إلى روح أبي الزكية و الطاهرة
إلى ملكتي في الحياة. ... إلى معنى الحب ومعنى الحنان و التفاني. ... إلى بسمه
الحياة
و سر الوجود. ... إلى من كان دعائها سر نجاحي. ... وحنانها بلسم
جراحي. ...
رزقها الله طول العمر و حسن العمل و أمدها بوافر الصحة و العافية
إلى أغلى الحبايب "أمي الحبيبة "
إلى من أرى التفاؤل بعينيه. ... و السعادة بضحكته. ... إلى شعلة الذكاء و النور. ..
إخوتي كما أتمنى لهم النجاح و التوفيق في مسارهم الشخصي و المهني
إلى زوجي الذي كان سنداً لي في طلب العلم و دعم لي في كل الأوقات و فلذة كبدي
أولادي
إلى زملائي الأساتذة في أسرة التوثيق
إلى كل الاس اتذة و الكوادر الذين كان لهم الفضل في توجيهي و إرشادي لإنجاز هذا
العمل
إلى دفعة العقود و المسؤولية لسنة 2023-2024
إليكم أهدي ثمرة جهدي و عملي المتواضع

عديلة امال

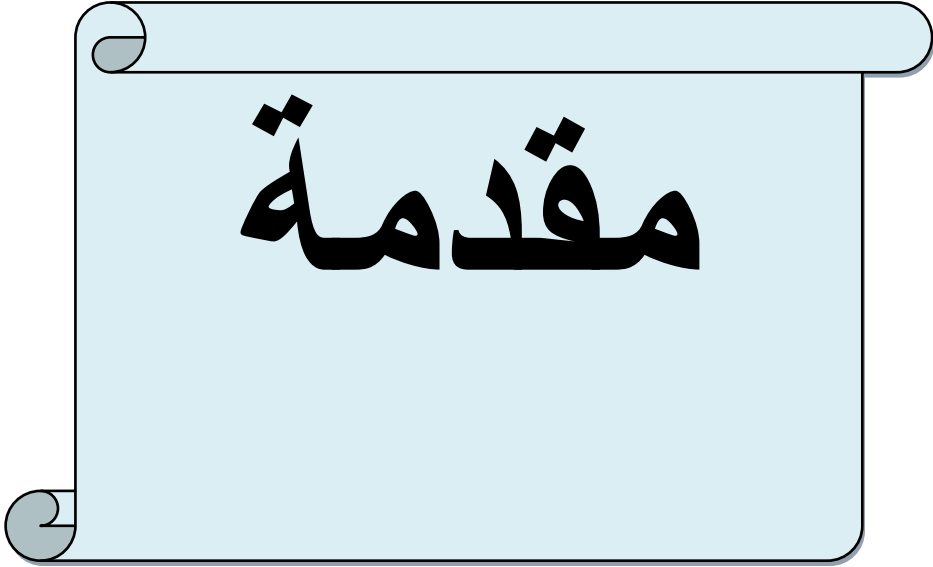
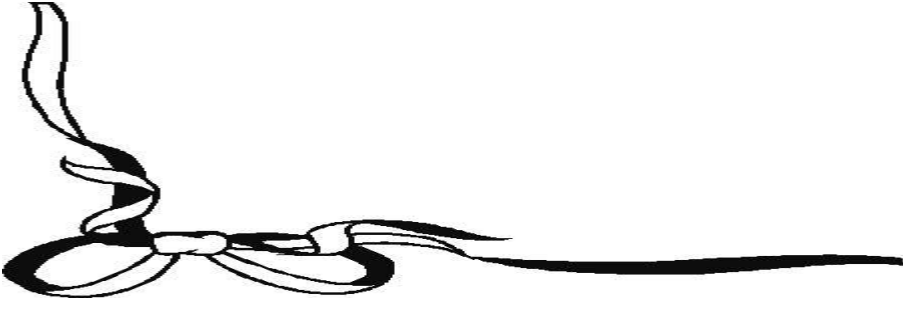




إهداء

الهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك و عظيم سلطانك و لك
الحمد
كما هديتني للإسلام و علمتني الحكمة و
القرآن
أهدي ثمرة جهدي إلى من أحمل له أنبل وأصدق العواطف "
أبي العزيمز"
وإلى روح "أمي" الطاهرة رحمة
الله عليها
و إلى زوجي الحبيب الذي ساندني ودعم
طلبي للعلم
و إلى أولادي و إخوتي
الكرام
وإلى كل عائلة شنوفي و بن الشين و
بلخيري
وإلى كل من جمعنتي بهم الحياة الجامعية خاصة زميلتي "
أمال عديلة"
وإلى الدكتور المحترم " بن
الزوبير عمر"
وإلى كل طلبة و أساتذة قسم الحقوق وأخص بالذكر السنة الثانية تخصص عقود
ومسؤولية
للسنة الجامعية 2023-2024 وخاصة الفوج
الأول
وإلى كل من أحبه قلبي و نسيه
قلمي

شنوفي محجوبة



مقدمة:

يعتبر مبدأ حياد القاضي و مبدأ استقلال القضاء من أهم مقومات القضاء الحديث، فهما وجهان لعملة واحدة فبالرغم من اختلافهما في المعنى إلا أنهما يكملان بعضهما البعض، فلا قيمة لحياد القاضي دون استقلال القضاء و لا قيمة لقضاء لا يتصف بالحياد، و هذا ما جاء في مختلف النظم و التشريعات القانونية، لكن بالرغم من أن القاضي يأتمر بما جاء به المشرع، فإنه ومع مرور الزمن و تطور الفكر الاجتماعي والقانوني نكتشف بأن دور القاضي أخذ صوراً جديدة، فلا بد له من دور ايجابي كما أنه يتدخل في المسائل التي تتعلق بالنظام العام، وله دور حمائي ووقائي يمارسه في بعض الحالات انطلاقاً من النص كما هو مقنن في القوانين المنظمة لمختلف المعاملات بين الافراد، وللقاضي دور في العملية التنموية في البلاد بوجهها العام، الفكري و الاجتماعي و المالي، وله دور اقتصادي بارز يمارسه في بعض الحالات المتعلقة بالمقولة يصل إلى درجة انذار الأطراف و استعمال دوره كمصحح للعملية المقاولاتية .

أما مجال تدخل القاضي في العقد و ابراز دوره في العملية التعاقدية، فقد طرح جدلاً كبيراً نتيجة لسرعة تطور المعاملات التعاقدية التي سمحت من خلالها للعقد أن يخترق الحدود الجغرافية للدولة، وهذا ما يفسر وجود عقد يخضع من حيث للقانون الدولي الخاص إلى قوانين أو نظم أو معايير مختلفة تتنازع فيها تشريعات الاختصاص، أو التكيف القانوني أو نطاق تطبيق القانون المناسب، وقد برز دور القاضي في تدخله في مضمون العقد لحماية المتعاقدين نتيجة انتكاس مبدأ سلطان الارادة و تراجع الحرية التعاقدية لتكوين العقد التي يعبر عنها بالحرية والعدل حسب القوانين و النظم القديمة، لكن التطبيق العملي لهذه العملية التعاقدية بمنظورها الشخصي لقي انتقادات فقهية من الناحية العلمية و العملية مما أكد على قصور مبدأ سلطان الارادة و كانت الانظمة الاشتراكية سبابة الى معارضته، إلى أن ظهرت فكرة النظام العام، التي أدت إلى تجسيد المنظور الموضوعي الذي منح للقاضي دور استثنائي في إعادة التوازن للعقد دون المساس بجوهره.

و الملاحظ أن دراسة أهمية تدخل القاضي في مضمون العقد و حمايته للأطراف المتعاقدة قد أخذ حيزاً واسعاً من الدراسات الفقهية، من خلال دراسة العقد والقانون المدني ومعرفة خصوصيته ومحاولة فهمه وإدراك مختلف الجوانب التي تخصه، وذلك بالاطلاع على النصوص القانونية وتحليلها، حيث أصبحت أغلب

أ

التشريعات القانونية تعترف بدور أو سلطة القاضي في حماية الارادة التعاقدية من تسلط مبدأ سلطان الارادة.

و لأن العقد وسيلة فعالة يتمكن من خلالها الفرد من تحقيق العديد من المصالح الاقتصادية و الاجتماعية متى أنشأ صحيحاً و ترتبت عنه أثارا قانونية التي يكتسب من خلالها القوة الملزمة من منظور المذهب الفردي، فإن تقديم المصلحة الشخصية على المصلحة العامة دفع المشرع الجزائري إلى منح القاضي سلطة توصف بالاستثنائية و يجب فيها تدخله لإعادة التوازن لهذا العقد، وهذا ضماناً منه لتوفير أكثر حماية للطرفين، من خلال تعديل العقد أو تصحيحه و يعد هذا خروجاً عن القاعدة العامة و التي تقضي بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين بموجب المادة 106 من القانون المدني الجزائري، و بذلك على القانون أن يحترم كل مظاهر الحرية التعاقدية و الاعتراف بالأثر الملزم للعقد، كما أراد المتعاقدان و على ضمان تنفيذه، غير أنه وباستقراء مواد القانون المدني يظهر جلياً بأن المشرع بإدراجه نصوصاً أمرة تحد من حرية الإرادة في

مقدمة

مرحلة تكوين العقد ، كما تحد منها أثناء تنفيذ العقد، و من هنا تتوضح وظيفة القاضي في حماية الحقوق و ليس إنشاءها و هذا ما قد يعيد للعقد توازنه و يتحقق بذلك مبدأ " الامن التعاقدى" ومن خلال ما سبق وجب طرح الإشكالية التالية :

ما مدى تدخل سلطة القاضي في مضمون العقد و حماية المتعاقدين ؟

و للإجابة على ذلك، قمنا بالاعتماد على المنهج الوصفي و الاستدلالي ، من خلال التعريف بالعقد و المبدأ الشخصي و الموضوعي في العلاقة التعاقدية ، و سلطة القاضي و كذا دوره في حماية المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد .

حيث قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، تطرقنا في الفصل الأول إلى الإطار المفاهيمي للعقد و ذلك تحت عنوان الاطار المفاهيمي لمضمون العقد ، أما الفصل الثاني فتطرقنا إلى الحماية القضائية للمتعاقدين في مرحلة ابرام العقد، من خلال تأصيل فكرة الحماية القضائية و دور وسلطة القاضي لضمان هذه الحماية

و قد ختمنا بحثنا بخاتمة تضمنت أهم النتائج و المقترحات التي توصلنا إليها في نهاية هذه الدراسة

الفصل الأول:

الاطار المفاهيمي لمضمون العقد

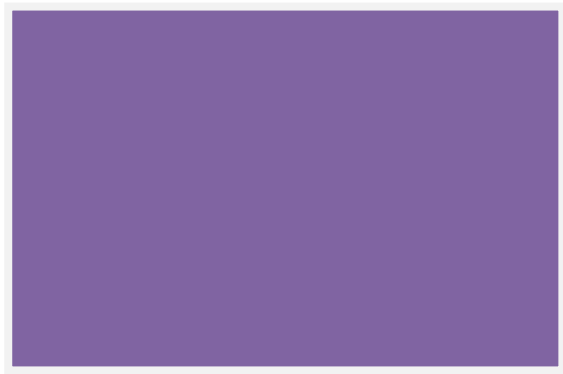
تمهيد الفصل الأول:

اهتمت الشريعة الاسلامية و مختلف التشريعات الوضعية بموضوع العقود وقد أولت له أهمية بالغة لما تنشأه من آثار دينية و قانونية و اجتماعية على حياة الأفراد، وقد ذكرها الله عز و جلّ في كتابه العزيز في سورة البقرة الآية [282]، كما استفاضت البحوث العلمية عند القانونيين في دراسة نظرية الالتزام و الحق و التي تعتبر عمود القانون المدني، و يعد العقد من أهم مصادر الالتزام، و التي تحكمه مجموعة من القواعد القانونية المقننة في مختلف القوانين و النظم في التشريع الجزائري.

ونظرا لمميزات القانون الحديث وللطبيعة الخاصة لمضمون للعقد، التي منحها المشرع الجزائري للأطراف المتعاقدة تعبيراً عن اتفاقهم و ارادتهم السلمية المنتجة لأساس القوة الملزمة للعقد فقد قمنا من خلال هذا الفصل بالتطرق الى الاطار المفاهيمي لمضمون العقد

في المباحث التالية:

أولاً: مفهوم العقود و أساس القوة الملزمة لها، ثانياً النظرية الشخصية في العلاقة التعاقدية و ثالثاً: النظرية الموضوعية في العلاقة التعاقدية.



المبحث الأول: مفهوم العقود وأساس القوة الملزمة لها

ينفرد العقد بخصوصية دقيقة تجسد ارادة الاطراف لذلك سنتناول في هذا المبحث ومن خلال المطلب الأول إلى تعريف العقد، لغة و اصطلاحا وعند جمهور الفقهاء، و تعريفه في القانون الجزائري، وطبيعته القانونية وخصائصه.

المطلب الأول: تعريف العقد وطبيعته القانونية، الخصائص و الاركان

الفرع الأول: تعريف العقد

للعقد عدة تعريفات في الفقه الاسلامي و في القانون الوضعي و يمكن التطرق إلى بعضها

اولا: تعريف العقد لغة العقد في اللغة هو الربط و الشد بمعنى الجمع بين أطراف الشيء

و ربطها، و يطلق العقد على العهد و هو اتفاق بين طرفين يلتزم كلاهما بما يقتضيه و ينفذان بما جاء فيه .

ثانيا: تعريف العقد اصطلاحا وله عدة تعريفات منها أن العقد ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع

يثبت أثره في محله، بمعنى توافق ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني ، وهذا الارتباط يكون على

وجه يثبت أثره في المعقود عليه بينهما (قانونية) ¹

ثالثا: تعريف العقد في جمهور الفقهاء يميز بعض الفقهاء بين العقد و الاتفاق ، فالاتفاق هو توافق

ارادتين أو أكثر على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه .و يعد العقد أخص من الاتفاق فهو توافق

ارادتين على انشاء التزام أو على نقله ، ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاق أما الاتفاق فلا يكون عقدا

الا إذا كان منشئا للالتزام او ناقلا له ، فإذا كان يعدل الالتزام او ينهيه فهو ليس بعقد ²

و يرتبط المفهوم اللغوي للعقد بمفهومه الاصطلاحي حسب الفقهاء فهناك تعريفان مشهوران هما:

1- تعريف خاص: وهو ارتباط ايجاب و قبول بوجه مشروع يثبت أثره في محله، فيقصد بالإيجاب و

القبول هنا كل ما يدل على ارادة المتعاقدين و ما يرضهما بعقد سواء كان بالقول أو الفعل على وجه

مشروع، بمعنى توافق الارادتين لا يكون إلا بعنصري الايجاب و القبول.

2- تعريف عام: وهو كل ما يلزم به المرء نفسه بحيث يصدق على ما التزم به على وجه منفرد دون اشتراط توافق ارادتين.

1- معجم المعاني الجامع للغة العربية ، عربي ، عربي

2- د/ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني -مصادر الالتزام- ج 1 ، دار النهضة العربية ،

القاهرة 2004 ص: 117

1 - حسام الدين كامل الأهواني : النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، المجلد الأول ، المصادر الإرادية ، ط3، 2000. 5 حسين

عامر ، القوة الملزمة للعقد، ط1، 1949.ص45.

2 - القانون المدني ، قانون رقم: 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 ، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2020،

ص.18.

و عموما عرف فقهاء القانون العقد بأنه" توافق ارادتان أو أكثر و تطابقهما تطابقا تاما في لحظة زمنية معينة قصد إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الاثر القانوني انشاء التزام ، أو نقله ، أو تعديله ، أو إنهائه و باختصار توافق ارادتان أو أكثر على انشاء أو تعديل أو إنهاء رابطة قانونية¹

رابعا: تعريف العقد في التشريع الجزائري :

عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من القانون المدني بأنه" اتفاق يلتزم بموجبه شخص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح ، أو فعل أو عدم فعل شيء ما" والملاحظ على هذا التعريف أنه لا يميز بين العقد و الاتفاق و يجعل العقد مقصورا على إنشاء الحق 2 بينما يعتبر العقد اتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية ، في حين أن الاتفاق يكون عقدا متى استوفى شرطين أساسيين:

1- أن يكون خاضعا لأحكام القانون المدني

2- و أن يتعلق بمصالح مالية

لذلك فجميع الاتفاقات التي تبرم في نطاق القانون العام لا يمكن ادراجها ضمن العقود، كما لا يمكن اعتبار الاتفاقات التي تتناول مصالح مالية على انها عقود ، ذلك أنها لا تحدث وضعاً جديداً بالنسبة للأطراف كما أنها لا ترتب حقوقاً أو واجبات بالنسبة لهم، و مثال ذلك: لا يعتبر اتفاق شخصين لحضور لمناسبة عائلية عقداً لان الطرفين لا يريدان تحمل التزامات قانونية.

وقد حذا النظام القانوني في الجزائر حذوا القانون الفرنسي في التمييز بين العقد وبعض المصطلحات المشابهة له ، وهذا ما جاء في المادة 54 من القانون المدني الجزائري .

وقد اعتبر ان الاتفاق أشمل من العقد ، أما بالنسبة للتصرف القانوني فيكون صادرا بإرادة منفردة و العقد هو تصرف قانوني صادر عن ارادتين و بالتالي فالتصرف القانوني هو أشمل من العق

خامسا: الطبيعة القانونية للعقد :

تعتبر العقود نموذجا قانوني للتفاهم بين الافراد كونها شكل يفهم منه ترتيب التزامات و اكتساب حقوق فطبيعتها القانونية تتطلب تحويل مختلف الاتفاقات الى عقود تتضمن ايجابا و قبولا لإنشاء العلاقة القانونية، و تشير طبيعة العقد الى فرع من القانون التي تستوجب توفر شروط أساسية لصحة هذه العلاقة القانونية و صبها في اطار رسمي ، لذلك يعد حضور الطرفين أمر ضروري و تصريحا بالاتفاق هو اعتراف قانوني على صيغة "عقد" ،الذي ينتج آثاره القانونية فيما بعد متى كان صحيحا ، وقد تدخل المشرع لتنظيم هذه العقود بقواعد القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة التي تتحدد بموجبه الالتزامات و الحقوق ، الى جانب قوانين أخرى يتم الأخذ بها حسب ضرورة و طبيعة بعض العلاقات التي تنظمها أحكام مستقلة.

فاذا كان الانسان يلجأ إلى وسيلة التعاقد لقضاء متطلبات مناحي حياته المختلفة فإنه لا بد لكي ينشأ الالتزام من سبب أو مصدر يقره القانون³ لذلك فيعرف الالتزام بأنه" حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"⁴

الفرع الثاني: خصائص العقد و أركانه

أولا : خصائص العقد

للعقد مجموعة من العناصر التي يجب ان تتوفر لكي ينشأ الالتزام صحيحا و يحدث أثره القانوني و هي:

3

1-السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري ،النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الاول، العقد والارادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص15

2-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الاول، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بنان، 2000، ص225

- 1- توافر ارادتين او أكثر، بمعنى أن كل طرف تتعقد إرادته على أمر معين و لانعقاد العقد ضروري أن تتقابل ارادة الطرفين فمثلا: في عقد البيع يجب ان يقترن الايجاب من البائع مع القبول من المشتري، وليس بالضرورة أن يتم التوافق على جميع شروط العقد بل فقط الاركان الاساسية لإبرام العقد
- 2- اتجاه ارادتين إلى احداث أثر قانوني بحيث يجب أن تتجه ارادة الطرفين إلى إحداث أثر قانوني ، فلا يمكن أن يكون هناك عقد بالمعنى القانوني ، دون ذلك ، وهذا ما يميزه على عقود المجاملة، و يمكن أن يتبين ذلك من الظروف و الملابس التي تبين نية الالتزام.
- 3- أن يكون الاتفاق ضمن المعاملات المالية، و يفهم من ذلك جميع العقود التي ترمي إلى تحصيل نفع مالي فمثلا عقد الزواج، لا يخضع نظرية الالتزامات بل هو منظم في أحكام قانون الاسرة الجزائري.
- 4- أن يقع الاتفاق ضمن القانون الخاص بمعنى جميع العقود التي تندرج ضمن نطاق القانون العام كالاتفاقيات فهي مستثناة من عقود القانون الخاص.

ثانيا : أركان العقد

يكون العقد صحيحا و منشئا لأثاره القانونية اذا اجتمعت فيه الأركان و شروط صحته معا، فإذا اختل أحد اركانه فيكون باطلا بطلانا مطلقا ولا يترتب عنه أي أثر قانوني، أما اذا تخلف أحد الشروط فيكون الجزاء هو قابلية العقود للإبطال متى تمسك به صاحب المصلحة ، و يعتبر العقد كما جاء في المادة 106 من القانون المدني الجزائري شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون¹ و يمكن تحديد أركان العقد كما يلي:

1- الرضا:

الرضا أو التراضي يعني تطابق الإرادتين في العقد و هو الايجاب و القبول الذي يشمل أصل العقد في الامور الجوهرية التي يوليها المتعاقدان أهمية خاصة² و تتخذ الارادة مظهرا خارجيا للتعبير عليها قد يكون صريحا أو ضمنيا و الاصل أن التعبير الصحيح على الارادة يكون محددًا للالتزام المتعاقد الذي تتجه ارادته لإحداث أثر قانوني متى اقترن بالقبول و قد نص المشرع الجزائري في نصوص و قوانين مختلفة على أشكال التعبير عن الإرادة التعاقدية و الحالات الواردة عليها ، مثل السكوت في العقود التي تمخض الايجاب فيها عن منفعة لمن وجه اليه، فاذا عرضت الهبة على الموهوب له و سكت فان سكوته يعتبر قبولا³ أو القبول في عقود المزاو و عقود الإذعان.

و لكي يكون التراضي سليما يجب أن يكون صحيحا و تتحقق صحته عندما تكون كل من ارادة الطرفين سليمة و غير مشوبة بعيب من عيوب الارادة التي تؤدي إلى قابلية إبطال العقد.

2- المحل:

يمكن الإشارة الى المحل بأنه مجموع العمليات القانونية التي يسعى الاطراف إلى تحقيقها بواسطة الالتزام وهنا يجب التفرقة بين محل العقد، الذي يمثل عملية قانونية رضائية مثل: شراء مواد غذائية أو شراء سيارة و بين محل الالتزام الذي يمثل اعطاء الشيء و الالتزام بتسليمه .

3- السبب:

ومفاده هو الغرض الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه من خلال ابرام العقد بمعنى الغاية التي يهدف الى تحقيقها باعتباره عنصر من عناصر الارادة، والتي يقصد به العنصر الشخصي الذي يختلف من شخص لآخر، كأن يشتري شخص منزلا بغرض السكن و الاخر يشتريه بغرض الايجار اما سبب الالتزام فهو غرض المباشر الذي يهدف اليه المتعاقد و هو ثابت لا يتغير فمثلا في عقد البيع سبب الالتزام البائع هو نقل ملكية العقار و سبب التزام المشتري هو دفع ثمنه.

3- الشكلية:

1- عمار بوضياف، القانون المدني في ضوء اجتهاد المحكمة العليا، جسور للنشر و التوزيع، الطبعة الاولى، 2015، ص33.

2- عصام هزيمة ،، العقد كمصدر من مصادر الالتزام ،، البنية القانونية للأعمال ، المحاضرة 03، 2015، ص05

3- مجيدي فتحي ، محاضرات بعنوان مقاييس الالتزامات ، موجهة للسنة الثانية، جامعة زيان عاشور ، دون تاريخ ، ص351

وهناك بعض العقود التي اشترط القانون الجزائري أن تكون الشكلية ركنا فيها لإعطائها الصبغة الرسمية وهذا تحت طائلة البطلان، مثل العقود الواردة على العقار (المادة 324) من القانون المدني الجزائري أو تلك التي نص عليها المشرع الجزائري صراحة، مثل عقد الرهن (المادة 883) من القانون المدني الجزائري أو عقود الشركات (المادة 793) من القانون المدني الجزائري والتي يتولى تحريرها ضابط عمومي (الموثق).¹

و يترتب على كون الشكل ركنا جوهريا لا بد منه لقيام التصرف نتائج هامة حيث يؤدي عدم مراعاة الشكل المقرر الى عدم قيام التصرف ذاته، لأن الشكل هنا ركن من أركان التصرف لا يمكن الاستغناء عنه، و سمي البعض هذا النوع من الشكلية بالشكلية المباشرة²

-و يعتبر التسليم ركنا في العقد عند بعض الفقهاء إذ لا أثر قانوني للعقد دون تسليم الشيء.

المطلب الثاني: تقسيمات العقود و تصنيفاتها

تكتسي العقود أهمية كبيرة في حياتنا لما تعطيه من ضمانات لحفظ الحقوق و أداء الالتزامات، بين الأشخاص من خلال القانون و الطابع الرسمي الذي تتميز به في تنظيم مختلف المعاملات، و نظرا لكثرتها ذكر المشرع الجزائري بعض تقسيمات العقود في القانون المدني و قد قسمها في المواد من 55 إلى 58 و يمكن ذكرها كما يلي:

الفرع الاول: العقود من حيث التكوين

و يمكن تقسيم العقد بالنظر إلى شروط تكوينه و يكون هذا التقسيم إما عقودا رضائية أو عقودا شكلية أو عقودا عينية .

أولا-العقد الرضائي:

هو العقد الذي ينعقد باتفاق ادارة كل من المتعاقدين بغض النظر عن شطر و طريقة العقد ، و دون حاجة إلى إفراغ هذا التراضي في شكل خاص أي يتم العقد بمجرد ارتباط الإرادتين ، و الملاحظ هو أن أغلب العقود ، هي رضائية فيجوز أن يتم التراضي بالكتابة أو يكون تراضيا شفويا أو بالإشارة المفهومة و لا يمنع ان يكون العقد رضائيا وأن يشترط اثباته شكلا معين كما لو اشترطت الكتابة للأثبات

1-القانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المنظم لمهنة التوثيق ،

2-رشيدة بومعزة ، ، الشكلية الرسمية في العقود المدنية ، ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2003، ص096

فمثلا: اشترط المشرع الكتابة في اثبات الدين الذي تتجاوز قيمته 100.000دينار جزائري لا يعني ذلك اشترط الرسمية فيه¹

ثانيا-العقد الشكلي:

هو العقد الذي لا ينعقد بمجرد توفر رضى الطرفين ، بل أن القانون اشترط فيه شكلية معينة لإحداثه ، بمعنى يجب أن يكون محررا وفقا لسند قانوني لإثباته أي اعطاء العقد الصبغة الرسمية (الكتابة)

ثالثا: العقد العيني :

هو العقد الذي ينعقد بالتراضي بين الطرفين ، و يقوم على أساس تسليم الشيء محل التعاقد وليس في القانون المدني الجديد مثال له إلا عقد الهبة في المنقول فهذه قد تكون عقدا شكليا إذا تمت بورقة رسمية و قد تكون عقدا عينيا إذا تمت بالقبض و لكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يتم إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ شطر من التزامه¹

الفرع الثاني: العقود من حيث طريقة تنظيمها

تقسم العقود من حيث طريقة تكوينها إلى:

أولا: العقد المسمى

العقد المسمى، هو ما خصه القانون باسم معين و تولى تنظيمه لشيوعه بين الناس ، كما أن المشرع الجزائري أطلق عليه تسمية خاصة ، و ميزه عن غيره من العقود بأحكام خاصة و منفردة و قد نظمها القانون المدني بالمواد 351 إلى 673 مثل: العقود الواردة على الملكية كالبيع المقايضة و الهبة او العقود الواردة على المنفعة كالإيجار والعارية أو تلك التي تقع على العمل مثل الوكالة و عقد العمل ، و الوديعة . لذلك فهي عقود تخرج عن القواعد العامة و يراعى فيها خصوصية العقد²

ثانيا: العقد غير المسمى

وهو العقد الذي لم يخصصه المشرع باسم معين لانعقاده و لم ينظمه القانون ولم تشترط شكلية خاصة له، و إنما تطبق عليه في تكوينه و آثاره القواعد العامة التي تقررت لجميع العقود وهذا في حدود النظام العام و الآداب العامة، و مثال ذلك عقود الفندقية أو عقود السياحة، عقود الرعاية.

كما تعتبر العقود غير المسماة أكثر العقود شيوعا ، و تداولها بين الافراد لما لها من أهمية بالغة في مختلف ميادين التعامل و النشاط الاقتصادي ، فتنظيم القانون لهذه العقود يسهل على المتعاقدين أبرامها بتحديد

- 1- د/محمد بشير ، المبادئ الأساسية للتوثيق ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2020 ص18
- 2- أد/عباس العبودي ، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني - البيع و الإيجار - ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ردمك ، 2014 .

7

عناصرها الجوهرية و الالتزامات المترتبة عليها بقواعد مكملة دون التدخل في مبدأ سلطان الإرادة. و تكمن أهمية التمييز بين بين العقود المسماة و غير المسماة من ناحية تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد و هذا ما يقتضي من القاضي القيام بتكييف العقد، محل النزاع أي إعطائه الوصف القانوني الذي يسمح بإدخاله في ضائقة معينة من العقود تمهيدا لتطبيق احكامها عليه¹

الفرع الثالث: العقود من حيث تكييفها

تقسم العقود من حيث تكييفها إلى عقود بسيطة و عقود مركبة و ذلك تبعا للعدد الذي يمكن ان يتضمن العقد من أنواع العقود

أولا: العقد البسيط:

هو العقد الذي يقتصر على نوع واحد ما من العقود ، بمعنى أنه لا يشتمل إلا على عملية قانونية واحدة فقط ، و قد يكون العقد البسيط عقد مسمى كالبيع كما قد يكون غير مسمى كالعقد الذي بمقتضاه توضع أسرة تحت تصرف مدرسة طبية.

ثانيا-العقد المركب (المختلط):

هو ما كان مزيجا من عقود اختلطت جميعا أصبحت عقدا واحدا مركبا أي يتناول أكثر من عملية قانونية واحدة غرضها تحقيق أهداف عدة عقود مثل العقد الذي بين صاحب الفندق والنزيل فهو مزيج من عقد ايجار بالنسبة للمسكن، و البيع بالنسبة للمأكل، و عمل بالنسبة إلى الخدمة، و وديعة بالنسبة للأمتعة.

الفرع الرابع: العقود من حيث إلزاميتها للأطراف (آثار العقد)

أولا-العقد الملزم للجانبين:

هو العقد الذي ينشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين و قد نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 55 منه و مثال ذلك عقود الايجار التي تلزم المستأجر دفع بدل الايجار المتفق عليه ، كما يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع من العين المؤجرة خلال المدة و الشروط المتفق عليها ضمن عقد الايجار . و يعتبر إلزام أحد المتعاقدين سببا في إلزام المتعاقدين الآخر، وفقا للنظرية التقليدية للسبب .

ثانيا-العقد الملزم لجانب واحد:

هو العقد الذي ينشأ التزاما في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر و ذلك حسب نص المادة 56 من القانون المدني الجزائري ، بمعنى أنه لا ينشئ التزامات إلا في جانب واحد من المتعاقدين فيكون مدينا غير دائن

1- د/محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، (العقود المسماة) ، منشورات الحلبي ، الحقوقية ، لبنان ، 2007 ص45

8

ويكون الطرف الآخر دائن غير مدين مثل الوديعة فيلتزم المودع عنده نحو المودع أن يتسلم الشيء المودع ، وأن يتولى حفظه وأن يرده عينا دون أن يلتزم المودع بشيء نحو المودع عنده. العقد الملزم لجانب واحد لا يتم إلا بتوافق إرادتين وهذا بخلاف العمل القانوني الصادر من جانب واحد فإنه يتم بإرادة واحدة.

الفرع الخامس : العقود من حيث تبادل العطاءات

أولا : عقد المعاوضة:

هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه فالبائع عقد معاوضة وكذلك القرض بفائدة.

ثانيا: عقد التبرع:

هو العقد الذي لا يأخذ به المتعاقد مقابلا لما أعطاه ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أعطاه مثل الهبة دون عوض.

الفرع السادس : العقود من حيث قيمتها

أولا: العقد المحدد :

هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى حتى لو كان القدران غير متعادلين مثل عقد البيع.

ثانيا: العقد الاحتمالي:

هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعا لحدث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله¹.

الفرع السابع : العقد من حيث التنفيذ

أولا-العقد الفوري: هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، فيكون تنفيذه فوريا ولو تراخى التنفيذ إلى أجل متتابعة.

ثانيا-العقد الزمني:

هو العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد مثل عقد الايجار لأنه يقع على المنفعة.

ويقوم قانون العقود على العبارة اللاتينية pacta sunt servanda التي هي «العقد شريعة المتعاقدين». وإذا تم الإخلال بالعقد فإن القانون يقدم ما يعرف بالتدابير القضائية للتعامل مع ذلك، أحيانا تكون العقود مكتوبة مثلما هو الحال عند شراء أو إيجار منزل، إلا أن النسبة الغالبة من العقود تكون شفويا، مثلما هو الحال عند شراء كتاب أو فنجان من القهوة، ويندرج قانون العقود تحت ظل القانون المدني كجزء من القانون العام للالتزامات².

المطلب الثالث: أساس القوة الملزمة للعقد

1- رشوان حسن رشوان أحمد ، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الإلزامية للعقد (عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية ، دكتوراه جامعة عين شمس.ص32

يستند مبدأ القوة الملزمة للعقد على اعتبارات وأسس تتعدد مشاربها وفقا لتطور المراحل التي مرت بها العلاقات القانونية للفرد ، منها ما يعود إلى الإرادة الحرة للأطراف المتعاقدة في ظل سيادة وازدهار مبدأ سلطان الإرادة على العلاقات القانونية ، لاسيما التعاقدية منها. كما يستمد العقد قوته من القواعد الدينية الخلقية أو الاجتماعية الاقتصادية السائدة في المجتمع. إلى جانب ذلك ، يجد العقد قوته الملزمة في القانون والقضاء ، وستشكل هذه الأسس مواضيع المطالب الموائية للعقد

الفرع الأول: الأساس الإرادي وسيادة المذهب الفردي

فلسفيا الإنسان له الخيار الحر في إنشاء العلاقات والقواعد التي يخضع لها ، وقانونيا تعنبر الإرادة هي مصدر الحقوق الشخصية وهذا ما يبرر الحرية التعاقدية والرضائية والتفسير الإرادي مبدأ القوة الملزمة للعقد على أساس ما للإرادة من سلطان في مجال العقود ، تقيد أصحابها وتلزمهم بما ارتضوه بحرية. وغني عن القول أن مبدأ سلطان الإرادة هو وليد فقه الفلسفة الفردية التي انتشرت واكتملت مبادئها في بداية القرن التاسع عشر، وقد تميزت بازدهار حرية الإنسان الطبيعية واتساع نشاط الحرية الاقتصادية وهو ما نستعرضه في الفرعين الموليين¹.

الفرع الثاني: سلطان الإرادة وحرية الإنسان الطبيعية

يُرجع أنصار المذهب الفردي أساس القانون إلى الإرادة وقوة العلاقة العقدية إلى مبدأ سلطان الإرادة فهذا الأخير هو أساس وجود وتكوين العلاقة العقدية ، وبالتالي فهو مصدر الأثر الملزم المترتب عنها ، بل اعتبر هذا المبدأ جوهرًا لنظرية العقد ككل. كما يرى أنصار هذا المذهب أن الفرد هو محور العلاقة القانونية الرابطة بينه وبين غيره بواسطة قاعدة قانونية أو علاقة عقدية، فطالما كانت إرادة الفرد حرة فإنها وحدها الكفيلة بإنشاء الروابط العقدية وما تُنتج من آثار ولقد تركز هذا المبدأ في مجال العقود بصفة مطلقة منذ سيطرة النظام الرأسمالي ، فلا حدود لإرادة وحرية الأفراد لأنها هي التي تنشئ العقود وترتب آثارها. ويتضمن هذا المبدأ نظريات وأفكار فلسفية وسياسية واقتصادية واجتماعية، كان لها الأثر المباشر على القواعد القانونية ونظرية قانون العقود الكلاسيكي والحديث².

يُستفاد من ذلك ، أن مبدأ سلطان الإرادة بُني على تحليل فلسفي مؤداه أن الناس ولدوا أحرارا ومتساوين ، فالإنسان في جوهره حر لا يركن لإرادة غيره وإرادته مطلقة من كل قيد ، يلتزم بما شاء ومتى أراد من أجل تحقيق مصلحته. وحسب رأيهم ، فإن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدية . فطالما التزم المتعاقد بمحض إرادته فهو ملزم بالوفاء بما تعهد به ، وقد قيل في هذا الشأن : " ليس للقوة الملزمة للعقد أساس سوى الإرادة

ويرى أصحاب هذا المبدأ أن الفرد هو ركيزة النظام الاجتماعي وغايته ، وأن شخصية الفرد لا تكتمل إلا بحريته وبالتالي لا يمكن له قبول الالتزامات إلا إذا ارتضاها طواعية ؛ لأن كل أساسه اسه التراضي يتمشى مع القانون الطبيعي الذي يقوم بدوره على الحرية الشخصية ووجوب احترامها . وقد تركزت هذه الأفكار كنظرية لسلطان الإرادة ، مؤداها ضرورة احترام التزام الإرادة العقدية لأنها شريعة للمتعاقدين والعقد هو الإطار الذي تمارس فيه الحرية كما يذهب أنصار مبدأ سلطان الإرادة إلى أن الإرادة الحرة الواعية هي

¹ جودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، ط 01. 2007 ، ص.06 .

أساس كل اتفاق ، فهي العنصر الجوهري في تكوين العقد وتحديد آثاره ما دامت هذه الإرادة لم تخرج عن أوامر القانون ونواهيته، وأن النظام الاجتماعي لا يقوم إلا على أساس الفرد ومدى حريته في إبرام التصرفات القانونية وتحديد مضمونها ، وبالتالي لا بد أن يستمر الجميع في خدمة هذا الفرد لأنه غاية القانون وهو الذي تجب حمايته.¹

يستنتج من ذلك أن حرية الأفراد في ظل مبدأ سلطان الإرادة هي مصدر ومنبع قوة العلاقات التعاقدية المبرمة بينهم ، فلا أساس للقوة الملزمة للعقد سوى الإرادة، وهو ما ذهب إليه الفقيه كارو CARO في قوله : " أن الإنسان هو إرادة حرة"

-: سلطان الإرادة والليبرالية الاقتصادية

رأى أصحاب المذهب الاقتصادي الليبرالي أن الإرادة تفرض سلطانها على المتعاقدين، وأن طبيعة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد والجماعات تستدعي استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية تحقيقاً للمنفعة والمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية. ومن أجل تسهيل المبادلات الضرورية للمصلحة العامة يجب استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية ، أي أن العلاقات التعاقدية بواسطة حرية العرض والطلب هي مناط العدالة العقدية ، وأن المساواة بين قدرات وحاجات أطراف العملية التعاقدية هي التي تحقق مصالح المتعاقدين ، وفي هذا الصدد يمكن إدراج قول الفقيه فوييه Fouillée في النصف الثاني من القرن التاسع عشر حينما قال أن : '... كل ما هو تعاقدى فهو عادل.'²

إن أفكار الفلسفة الفردانية للمذهب الاقتصادي الليبرالي كان لها الأثر المباشر على القواعد القانونية بواسطة مبدأ سلطان الإرادة الذي سمح بشرح وتحليل النظام الكلاسيكي للعقد. فهم يعتقدون أن حرية المبادلات الفردية تضمن تلقائياً وعفويًا ازدهار التوازن الاقتصادي إذ أن قانون العرض والطلب الذي يستلزم المنافسة لا يضمن تكيف الثمن القيمة فقط ولكن كذلك المنتجات بالنسبة للاحتياجات، كما أن المصلحة العامة تتضمن وتحمل في طياتها جملة المصالح الفردية الخاصة ، إضافة إلى أن المنافسة الحرة للمصالح الشخصية تحقق المصلحة العامة.

ومع أن العقد نشأ نتيجة للإرادات الحرة للأطراف المتعاقدة التي لا تهدف إلا لتحقيق مصالحها وهو ما يؤدي إلى إيجاد توازن آلي بين مصالح هؤلاء المتعاقدين . كما أن الفكرة الأساسية للحرية الاقتصادية والمتواجدة أساساً في مبدأ سلطان الإرادة تعني أن الدولة ملزمة بالخضوع لمبدأ "دعه يعمل دعه يمر ، دعه يتعاقد"³

1 - محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام من القاهرة ، 2002، ص61.

2 - محمد حسن قاسم، القانون المدني، التزامات (المصادر)، ج 1، العقد، المجلد الثاني، (أثار العقد، جزاء الإخلال بالعقد)، ط02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص55.

3 - بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص. 06

1 شروح السنهوري – <http://lawsmaster.blogspot.com/2015/08/bl>

2 - محمد محي الدين ابراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2007 ، ط29،

وعليه يمكن القول أن التوجه الليبرالي الاقتصادي الذي يستلزم حرية العلاقات القانونية بالتعاقد والتنافس جعل من العلاقات التعاقدية تستمد قوتها الملزمة من أساس إرادي محض مناطه الحرية المطلقة للإرادة وعلاقات اقتصادية تمتاز بحرية وقواعد خاصة في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة.

المبحث الثاني: النظرية الشخصية في العلاقة التعاقدية

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة

يتجلى مبدأ سلطان الإرادة في النظم القانونية الثابتة في مرحلة تكوين العقد في ناحيتين حرية الشخص في أصل التصرف القانوني، وحرية في التعبير عن إرادة هذا التصرف، و يعادل الالتزام الناشئ من العقد في قوته الالتزام الناشئ من القانون فيكون للعقد قوة ملزمة فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقضه أو تعديله، فيتعين على المتعاقدين أن يخضعا لما التزما به قانونا، كما يتعين على القاضي رعاية تلك العقود و حمايتها وفقا للنصوص القانونية¹

ويقصد به أنه يكفي توافق إرادتين لإنشاء الالتزام، أي لانعقاد العقد، وإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يربتها العقد، معناه حرية الإرادة في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها، ويهدف هذا البحث إلى بيان المقصود بهذا المبدأ في النظم القانونية المعاصرة وكذلك في الشريعة الإسلامية، ولما لم تعرف الشرائع القديمة كالقانون الروماني أو القانون الكنسي مبدأ سلطان الإرادة ولم يصل هذا المبدأ إلا بعد تطور طويل خاصة فيما يتعلق الإرادة في حد ذاتها لإنشاء التصرف دون ضرورة أن يأتي في شكل أو في آخر²

ففي القانون الروماني لم يكن يكفي لإبرام العقود توافق الإرادتين بل كان لا بد من القيام بإجراءات شكلية لانعقاد العقود، و سادت هذه الفكرة في القانون الروماني في عصوره المختلفة رغم ظهور الرضائية التي يكفي توافق الإرادتين لإنقاذها و بعد سقوط الدولة الرومانية و خلال العصور الوسطى كانت الكنيسة أكبر عون له إذ تنادي باحترام العهود و الموائيق إذ قررت أن كل اتفاق يكون ملزما و لو تجرد من الشكلية ففي القرن 17 أوضحه المذهب الفردي فكان سبب ازدهار مبدأ سلطان الإرادة و ذلك من خلال تبجيله واحترامه للفرد و اعتبار محور القانون و أساسه إذ يقول أحد الفقهاء و هو الفقيه لوازيل " إن الأبقار تقيد من قرونها و الرجال يقيدون من ألسنتهم " بلغ أوجه في القرن التاسع عشر.

أما في العصور الحديثة فإن مبدأ سلطان الإرادة اهتز بظهور المذهب الاجتماعي الذي حمل معه فلسفة جديدة باغراء أنصاره في تمجيد الإرادة بكل استخفاف بالعقل و المنطق من هنا يرى أنصار المذهب الاجتماعي أن أساس القوة الملزمة للعقد يرجع إلى ضرورة الإنتاج و التوزيع التي تحتم إبرام العقود و ضرورات الاستقرار في التعامل فالإرادة في حد ذاتها أعمال النظام القانوني الذي أنشأه التاريخ لهذا الغرض فالإنسان كما يرى الفقيه "دي جي" (يستطيع بإرادته وحدها أن يتحكم في حركات جسمه) و بنأثير المذاهب الاشتراكية التي أرجعت العقود الملزمة للعقد إلى القانون حيث يستهدف تحقيق مصلحة المجتمع و استقرار المعاملات و الأخذ بمبدأ وجوب الوفاء بالعقد كأساس أخلاقي يقوم عليه القانون، و من هنا فإن للقانون أن يضع قيودا على حرية التعاقد إذا ظهرت اعتبارات اجتماعية تتطلب ذلك لتحقيق المصلحة الجماعية و خاصة الحالات التي لا تتحقق فيها المساواة الفعلية بين طرفي العقد كما في العلاقة بين أصحاب العمل و العمال، فظهرت العقود الموجهة و العقود الجبرية و خول للقاضي سلطة تعديل العقد في بعض الحالات فالإرادة يمكن أن تنشئ العلاقة القانونية لكن في حدود القانون كما ربط المشرع الجزائري ما بين الإرادة و القانون (العقد شريعة المتعاقدين).¹

المطلب الثاني: إشكاليات قصور مبدأ سلطان الإرادة

1 - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 1999. ص39

أولا . القيود الواردة على حرية التعاقد و عدم التعاقد:

إذا كان منطق سلطان الإرادة يقضي بحرية الفرد في التعاقد و حريته في عدم التعاقد إلا أنه وردت القيود الآتية على هذه النتيجة و يتمثل ذلك في:

1- حرية التعاقد تجد قيودا خطرا في النظام العام و الآداب, فإذا ما أبرم عقد يخالف النظام العام و الآداب العامة في المجتمع فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا أي لا أثر له, و هذا القيد موجود منذ زمن بعيد, ففكرة النظام العام هي نسبية و متطورة فإننا نجد في أي الوقت الحاضر توسعا كبيرا في نطاقها, خاصة كلما ساد الاتجاه الاشتراكي في الدولة يزداد النظام العام اتساعا¹.

2- حرية عدم التعاقد قد قيدت, فظهرت صورة العقود الجبرية, التي يجبر الشخص على إبرامها عقود التأمين الجبرية من المسؤولية عن حوادث السيارات, و عقود إيجار الأماكن السكنية, و من القيود الجبرية أيضا إلزام الإرادة التشريعية في بعض الأحوال, الأشخاص أو الهيئات التي تقدم الخدمات للجمهور أو تباع السلع ففي كل الحالات السابقة يكون العقد مفروضا لا يستطيع المتعاقد رفضه.

ثانيا: القيود على حرية تحديد آثار العقد:

1- كان من تأثير الأفكار الاشتراكية, أن قامت القوانين بتحديد تلك الآثار في بعض العقود بقواعد أمره, و من ذلك عقد العمل تحديدا يكاد يكون شبه كامل, و كذلك أيضا بالنسبة لقد الإيجار فقد نظمت القوانين علاقة المستأجر و المؤجر.

2- و فيما يتعلق بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين, فقد أجازت القوانين الحديثة تدخل المحاكم في كثير من الحالات لتعديل بنود العقد أو لإعفاء أحد طرفي العقد من بعض الشروط, أو لإنهائه بناء على طلبه, و من ذلك نص القانون المدني الجزائري على تحويل القاضي سلطة إعادة النظر في التزامات المتعاقدين إذا وقعت أثناء تنفيذ العقد ظروف طارئة غير متوقعة من شأنها جعل التزامات أحدهما مرهقة و هي نظرية الظروف الطارئة مادة (3/107) و من ذلك أيضا إعطاء سلطة القاضي تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان مادة (110) قانون المدني².

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية

من خلال تتبع نصوص القانون الجزائري نجد ان المشرع جمع بين النظرية الموضوعية و الشخصية, حول تحديد تطبيق القانون المدني, و باعتبار أن مضمون مبدأ سلطان الإرادة هو حرية التعاقد على إحداث الأثر القانوني الذي تريده هذه الإرادة, فإن الأخذ بالمنظور الشخصي, يعني أن الإرادة هي التي تحكم العقد و هي أساس العقد شريعة المتعاقدين, و بالتالي العقد هو بمثابة قانون يلتزم به المتعاقدان و لا يجوز للقاضي التدخل إلا في حالات استثنائية محددة قانونا, و الجدير بالذكر أن قوة النظرية الشخصية تتفوق حتى على النص القانوني, وهذا ما يفسر في معظم النصوص القانونية بعض التعبيرات و الألفاظ القانونية مثلا (...ما لم يوجد اتفاق.. ما لم يتفق المتعاقدين على غير ذلك ..) أما الحالات التي تحدث اشكالات في التنفيذ أو التفسير أو الفهم فقد أقر المشرع قيودا على هذه الإرادة لا نها ليست مطلقة و هذا ما أثبت قصور المنظور الشخصي من الناحية الموضوعية و الشكلية لبيح المجال للنظرية الموضوعية التي تم الأخذ بها و هو بذلك اخذ بالوسطية في تحديد طبيعة الاعمال القانونية .

1- نبيل سعد, النظرية العامة للإلتزام, مصادر الإلتزام, دار الجامعة الجديدة ن الاسكندرية, 2004, ص22.

2- محمد عبد الجواد, شرط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة مجلة القانون والاقتصاد, 1963, العدد 04, ص23.

المبحث الثالث: النظرية الموضوعية في العلاقة التعاقدية

يمكن للقاضي التدخل في مضمون العقد و مراجعة بنوده و القيام بتعديله إذا كانت الشروط التعاقدية مرهقة أو تعسفية أو ظالمة لأحد أطراف العقد. و هذا ما سنتناوله في المطلب الاول تحديد موضوع العقد في الظروف الطارئة و في المطلب الثاني نتناول تحديد موضوع العقد في الظروف الاستثنائية أما المطلب الثالث فتناولنا موقف المشرع الجزائري من النظرية الموضوعية.

المطلب الأول: تحديد موضوع العقد في الظروف الطارئة

أن النطاق الذي تنحصر نظرية الظروف الطارئة في حدوده هو الالتزام التعاقدية، أي الالتزام الناشئ عن العقد، أما الالتزامات الأخرى التي لا تنشأ من العقد فلا تسري عليها النظرية.

يرجع أصل نظرية الظروف الطارئة إلى القانون الكنسي ، حيث كان الفقهاء الكنسيون يحرمون الغبن في العقود ، سواء تحقق الغبن وقت إبرام العقد أو طرأ عند تنفيذه ، فهو في الحالتين نوع من الربا المحرم¹ إلا أن سيادة مبدأ سلطان الإرادة جعل من هذه النظرية تفقد القوة الملزمة للعقد لذلك نجد أن القانون الفرنسي رفض الأخذ بهذه النظرية لكنه اضطر فيما بعد للأخذ بها خاصة في مجال القانون الإداري .

ذهب اتجاه في الفقه إلى أن نظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا على عقود المدة وذلك على أساس أن هذه العقود تنسم بطابعين يبررا تطبيق هذه النظرية ، الطابع الأول، هو التعاقب في أداءات الالتزام من خلال المدة ، والثاني أن هناك توازنا بين الأداءات المتقابلة للطرفين من منظور مالي ، وبالتالي فإن عقود المدة تتضمن ما أطلق عليه الشرط الضمني ببقاء ظروف التعاقد على حالها ، أما العقد الفوري فلا يجوز أن تطبق عليه النظرية ولو كان تنفيذه مؤجلاً أو منجزاً على فترات زمنية متعاقبة. وذهب اتجاه آخر إلى القول بأن النظرية تطبق على العقود الفورية أيضاً ذلك أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على سند من العدالة ، وهذه العدالة لا تميز بين عقد فوري مؤجل التنفيذ وعقد مدة متراخي التنفيذ، فأمر النظرية لا يستقيم إلا عندما يطرأ ظرف استثنائي قبل تنفيذ العقد كله أو بعضه، وهذه المسألة لا تختلف فيها العقود بحسب نوعها. ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن نظرية الظروف الطارئة تطبق ولو كان تراخي تنفيذ أحد التزامات ليس مرده إرادة الطرفين عند إبرام العقد، بل حكم القاضي الذي منح المدين أجل لتنفيذ الالتزام وقبل حلول هذا الأجل طرأ الظرف².

وبذهب بعض الفقه إلى أن مجال تطبيق هذه النظرية يمتد ليشمل العقود الاحتمالية ذلك أن هذه العقود وإن كانت تنطوي على المخاطرة واحتمال الكسب والخسارة، فإن تلك المخاطرة تتحدد في ذاتها وفي مداها بالظروف التي أبرم العقد في ظلها فإذا طرأت ظروف جديدة استثنائية غير متوقعة، وجعلت أداء الالتزام بالغ العنت على المدين على نحو يتجاوز إلى حد كبير ما كان الشخص المعتاد يتوقعه عند إبرام العقد فإنه لا يوجد ثمة سند قانوني يمنع تطبيق هذه النظرية³.

إلا أن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى استبعاد العقود الاحتمالية التي تعرض احد المتعاقدين لاحتمال الكسب الكبير أو الخسارة الفادحة من مجال نظرية الظروف الطارئة، والمثل على ذلك عقد المضاربة في بورصة الأوراق المالية، فإن المضارب لا يجوز له أن يطلب تعديل التزاماته استناداً إلى تغير الظروف

1 - اسماعيل غانم ، مصادر الإلتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، 1963، القاهرة، 1968 القاهرة ، ص19.

2 - إسماعيل غانم ، مرجع سابق ، ص 314

3 - محمد عبد الرحيم عنبر ، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة ، 1987، ص85

لأن ذلك يتنافى وطبيعة عقد المضاربة كونه عقد احتمالياً. فالإرهاق متلازم مع طبيعة هذه العقود وهو متوقع من المتعاقدين منذ التعاقد.

إذا توافرت شروط الظروف الطارئة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

أولاً: ضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد

تعد نظرية الظروف الطارئة أداة تشريعية في يد القاضي ، لمنع التعسف في السيطرة التعاقدية لذلك يجوز للقاضي التدخل لحماية المتعاقد المتضرر تجاه الطرف الآخر الذي تعسف نتيجة سيطرته الناشئة عن الظروف المستجدة.

فيتعين على القاضي مراعاة الضوابط التي وضعها المشرع وهو بسبيل رد الالتزام المعقول وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي:

1- مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية.

لاشك أن القاضي وهو بصدد رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إنما يفعل ذلك من خلال الظروف المحيطة بالجو العام الذي تنفذ فيه الالتزامات التعاقدية أي أنه لا ينظر إلى الالتزام المرهق مجرداً من الظروف المحيطة به إذا أن هذه الظروف هي التي تساهم في إضفاء صفة الإرهاق على هذا الالتزام. فعلى القاضي إذا أن يتفحص هذه الظروف ليتبين له مدى أثرها على التزام المتعاقدين وما إذا كان الظرف الطارئ ذا تأثير مستمر أم مؤقت وحدود الاستمرارية و التأقيت كل ذلك من أجل الوصول إلى حل مناسب باستخدام طريق مناسب من بين البدائل المتاحة أمامه.

2- قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين.

لقد ألزم المشرع القاضي عند إجراء التعديل الذي يراه مناسباً أن يوازن بين مصالح الطرفين، ويكون ذلك أولاً في اختيار نوع التعديل الذي يجب إجراؤه على العقد كما يكون ثانياً، بعدم تحميل أحد المتعاقدين وحده عبئ الحادث الطارئ وتوزيعه بينهما وفقاً لما تقضي به العدالة على أن يلاحظ في هذا الصدد أن أثر الظرف الطارئ يقتصر على ما يجاوز الخسارة المألوفة. ولذلك فيجب عند توزيع عبئ الظرف الطارئ على الطرفين البدء باستبعاد ما يمثل الخسارة المألوفة والاقتصار على توزيع ما يجاوزها بعد ذلك على الطرفين، مما يتعين إذا ايجاد توازن من الناحية الحقوقية بينما لا يهدر أحدهما المصلحة الأخرى.¹

المطلب الثاني: تحديد موضوع العقد في الظروف الاستثنائية

تجد نظرية الظروف الاستثنائية تأصيلها في احكام القضاء الإداري ، وفي القوانين او التشريعات التي تنظم السلطات الاستثنائية التي تباشر مهامها في تلك الظروف سواء اكانت سابقة ام لاحقة عليها . وبذلك يكون لهذه النظرية اساسين هما : الاساس القضائي الذي جاء به مجلس الدولة الفرنسي والاساس القانوني الذي تجسد في القوانين او التشريعات والانظمة التي تنظم الحالات والسلطات الاستثنائية.

الفرع الأول: تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية

لقد كان اول تطبيق لنظرية الظروف الاستثنائية في قرار مجلس الدولة الفرنسي عام 1918 ، الذي اكد على ان هنالك بعض التدابير الادارية الخارقة للقواعد القانونية العادية في الظروف العادية ، تكون تلك التدابير مشروعة استثنائيا في بعض الظروف الأخرى ، لأهميتها في تأمين النظام العام وحسن سير

¹ / بيو خلاف، الموازنة بين مصالح الطرفين أثناء تنفيذ العقد، مقال ،مجلة أبحاث قانونية و سياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيل ، العدد السادس، جوان 2018، ص 355.

المرافق العامة ، وذلك في حالة توفر عدة شروط ، تتمثل في : وجود ظرف استثنائي ، و صعوبة مواجهته بالوسائل العادية ، ومن ثم لا بد من تناسب الاجراءات المتخذة مع حجم الهدف المطلوب تحقيقه على ان تنتهي سلطة الادارة الاستثنائية بانتهاء الظروف الاستثنائية.

لقد رأى مجلس الدولة الفرنسي خلال الحرب العالمية الاولى ، ان احترام مبدأ الشرعية لا يحمل المضمون ذاته في الحرب والسلم ، في قرار قديم . وقد قرر المجلس ان الظروف الاستثنائية تسمح للحكومة اتخاذ مرسوم توقف بموجبه العمل بقانون . إذ كان قد صدر قانون في عام 1905 منح الموظفين الحكوميين ضمانات تكمن في حقهم بالحصول على ملفاتهم قبل اتخاذ اي قرار بحقهم . الا ان الحكومة رأت اثناء الحرب العالمية الأولى ان احترام هذا المبدأ سيعيق العمل الاداري وقامت بتعليق العمل بهذا القانون بمرسوم . وقد طعن السيد (هيريس Heyriès) بالتدبير التأديبي الذي صدر ازائه وطالب بإبطاله لتجاوزه حد السلطة (دعوى الالغاء) . اما مجلس الدولة الفرنسي فقد عد المرسوم شرعياً بالرغم من مخالفته للقانون بالاستناد الى نظرية الظروف الاستثنائية¹.

بموجب ذلك القرار صرح مجلس الدولة أنه في فترات الأزمات ، كحالة الحرب في القضية المعنية ، تكون للسلطة العامة صلاحيات استثنائية موسعة من أجل ضمان استمرارية سير المرافق العامة إن نظرية الظروف الاستثنائية تسمح للسلطة الإدارية بتجاوز القواعد العادية للاختصاص فيمكن للسلطة التنفيذية أن تتدخل في مجال اختصاص السلطة التشريعية عندما تقتضي حالة الاستعجال ذلك و لا يمكن اجتماع الهيئة التشريعية ، بل و ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه في حالة عجز أو تقصير الهيئة الإدارية فإنه يمكن للأفراد العاديين أن يحلوا محلها و أن يتخذوا الإجراءات التي تتطلبها الظروف ، و يقومون بذلك بدور الموظف الفعلي. ويتعين على السلطة الإدارية احترام ومراعاة القواعد الشكلية العادية كاحترام المبادئ العامة التي من المفروض مراعاتها في الظروف العادية كحرية التنقل ، و حق الملكية ، و الحريات الفردية . ولكن في كل الأحوال يراقب القاضي الإداري كل التدابير التي تتخذها الإدارة في ظل نظرية الظروف الاستثنائية ، فيراقب في البداية الوجود الفعلي لهذه الظروف التي يجب أن تكون على درجة من الخطورة و أن تكون غير متوقعة ، و أن تستمر هذه الظروف إلى غاية اتخاذ الإجراء ، كما يتأكد القاضي من أنه كان يستحيل على الإدارة أن تتخذ ذلك الإجراء بكيفية نظامية ، وأخيراً يراقب القاضي الإداري بأن القرارات قد اتخذت من أجل النفع العام و خصوصاً من أجل استمرارية الدولة

الفرع الثاني: التاصيل القانوني للنظرية

غالبا ما تنظم دساتير وقوانين الدول أنظمة الاستثناء التي تعتمدها . وقد تأتي الخطوط العامة والرئيسية لذلك التنظيم في الدستور بينما تكون التفاصيل الدقيقة في القانون فقد نظمت المادة (16) من دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة الصادر عام 1958 نظام الاستثناء الذي منح بموجبه رئيس الجمهورية صلاحيات واسعة لمواجهة حالة الظروف الاستثنائية التي تواجه الدولة ، الى الدرجة التي يتمكن فيها من وضع قوانين رئاسية تكون بعيدة عن الرقابة القضائية .

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من النظرية الموضوعية

رغم الصبغة اللاتينية للقانون المدني الجزائري، حاول المشرع الجزائري أن يخفف من هذه التبعية بتبني مواقف خالفت نهج القانون النابليوني، تقدمها الأحكام المصبوغة بالصبغة الموضوعية المستقاة من الفقه الإسلامي في الالتزام التعاقدية، ذلك أن الملاحظ من خلال ارتباط هذا النوع من الالتزامات بفكرة الالتزام عامة، أن الموقف من النظريات الكبرى فيه غالبا ما يكون كنتيجة منطقية لموقف المشرع الجزائري من

1 - فوزت فرحات : القانون الإداري العام ، الكتاب الاول التنظيم الإداري والنشاط الإداري - ط1 - مكتبة زين الحقوقية والادبية - بيروت - لبنان-2004-ص 159

تحديد طبيعة الالتزام بين النظرية الشخصية الفرنسية المشبعة بتقديس الرابطة الشخصية، والأخرى المادية الألمانية، ومن ثمة البحث عن مدى تميز القانون المدني الجزائري في تلك المواقف المنضوية تحت نطاق الالتزام التعاقدية، بتبنيه للنزعة الوسطية الموضوعية المرتبطة بفلسفة الشريعة الإسلامية.

خلاصة الفصل الأول:

ان القوة الملزمة للعقد تفرض على المتعاقدين تنفيذ الالتزامات المتفق عليها ذلك أن أساس نشأتها مبدأ سلطان الارادة ، لكن القانون منح استثناءات للقاضي بمنحه الحق في التدخل في الجانب الموضوعي للعقد من أجل تنظيمه أو تعديله ، حسب القانون و الحالات القانونية الواردة ذلك أنه من المؤلف أن تطرأ ظروف مستقلة عن الإدارة المتعاقدة غير متوقعة وقت إبرام العقد ، و يمكن أن تؤدي هذه الظروف إلى إحداث تغير جوهري في التوازن المالي للعقد بحيث تؤدي إلى إرهاب المتعاقد أو عجزه ماليا عن تنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة و يطلق على هذه الظروف مصطلح الظروف الطارئة . وقد تناولت الدراسة التعريف بهذه النظرية و الشروط الواجب توفرها لإعمال نظرية الظروف الطارئة و أثرها القانوني في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ، و هو حدوث ظرف طارئ له طبيعة اقتصادية و أن يكون هذا الظرف غير متوقعا و خارج عن إرادة المتعاقدين و أن يقع خلال فترة التنفيذ العقد و أن يؤدي إلى إرهاب المدين و قلب التوازن المالي للعقد . كما بحثت الدراسة القواعد الأساسية التي يقوم عليها التعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة و خلصت الدراسة إلى أن هذه القواعد ترتبط بفكرتي العدالة و مصلحة المرفق العام ، و لتقدير التعويض يتوجب تحديد بداية الظروف الطارئة و تحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقدين نتيجة للظروف الطارئة ، و توزيع عبئها بين الإدارة و الطرف المتعاقد معها و تحديد نهاية الظروف الطارئة حيث يتميز التعويض المقرر وفقا لنظرية الظروف الطارئة بأن تعويض جزئي و مؤقت يهدف إلى تمكين التعاقد من الاستمرار من تنفيذ التزاماته التعاقدية.

الفصل الثاني:
الحماية القضائية للمتعاقد في
مرحلة إبرام العقد

تمهيد الفصل الثاني:

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

وعليه فقد أولى المشرع الجزائري اهتماما متناميا بموضوع الحماية القضائية للمتعاقد الضعيف الذي تتعرض ارادته أو مصلحته للإرهاق من أي قوة قد تجبره ،على قبول شروط مجحفة بالنسبة إليه أيا كان مصدر هذه القوة.

لذلك سنتناول في هذا الفصل في المبحث الأول: سلطة القاضي المدني في حماية المتعاقد و في المبحث الثاني سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و في المبحث الثالث و الأخير سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي أثناء إبرام العقد.

21

المبحث الأول : سلطة القاضي المدني في حماية المتعاقد

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

ولكن هذه الاعتبارات لم تمنع المشرع الفرنسي، وقت وضعه للتقنين المدني سنة 1804، من استثناء حالتين : القسمة وبيع العقار ؛ حيث يكون العقد بالنسبة لهاتين الحالتين - معيبا إذا بلغ التفاوت بين التزامات المتعاقدين وليس بحالتهم النفسية. هذا الوضع الذي يسمى بالغبن هو عيب قائم بذاته، وهو عيب

في العقد لا في الرضاء، كما أنه يقتصر عادة على العقود التبادلية والمحددة ؛ لأن العقد الملزم بجانب واحد يرتب التزاما واحدا كما يتنافى الغرر الذي يميز العقود الاحتمالية مع الغبن.¹

-ان تدخل المشرع يكون بفرض مضمون العقد حيث يحل محل ارادة المتعاقدين² و تطور هذا الدور في ظل النظام العام الاقتصادي الحمائي ، فالعقد بمقتضاه أصبح وسيلة تتحد بها مصالح المتعاقدين خصوصا مع تقديم دور مبدأ حسن النية، و تعاضم دور التكافل العقدي الذي يستوعب و يجسد النزاهة و الصدق و الثقة المتبادلة بين المتعاقدين بهدف تكريس التعاون الايجابي بين المتعاقدين و تحقيق العدالة العقدية .

المطلب الأول : دور القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال

لقد تأثر مفهوم الغبن بنظرية الفكر القانوني وذلك تبعا للمذهب السائد في المجتمعات عبر العصور، إذ تطورت نظرية الغبن بمفهومه المادي والتي كانت سائدة في القوانين القديمة إلى النظرية النفسية للاستغلال في العصر الحاضر، وإن لم تتبنى القوانين الحديثة ذلك حيث ما يزال بعضهما متشبيهاً بنظرية الغبن القيمة، و جب التعرض في هذا المطلب إلى تعريف الغبن، و قد نص المشرع الجزائري في العديد من النصوص التي توضح دوره في التدخل على غرار المادة 358 من القانون المدني الجزائري في حالات الغبن في عقد البيع و المادة 414 و 415 في عقد المقايضة لتحديد الثمن المبالغ فيه من أجل تعادل الأداءات هذا على سبيل المثال في القواعد العامة ، نظرية الظروف الطارئة و غيرها من النصوص التي تجسد التوفيق بين مصلحة الاطراف و تكريس العدالة التعاقدية من أجل تحقيق التوازن العقدي.¹

كذلك يبرز دور المشرع من خلال قانون حماية المستهلك، و قانون الممارسات التجارية، أين كرس نصوص تفرض التزامات لمتعاقد في مواجهة المتعاقد الآخر ، كالاتزام بالإعلام .و التزامات تقع على الطرفين كالاتزام بالنزاهة.

الفرع الأول : تعريف الغبن والاستغلال

أولا :تعريف الغبن

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

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

ثانيا : تعريف الاستغلال :

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

1 - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر، الجزائر، ط2010، ص04.

2-تدخل الدولة في العقد كأنها طرف فيه بهدف توجيهه و تنظيمه تجنباً لكل تعسف تجاه أحد المتعاقدين ، مما أدى إلى توسيع مجال النظام العام ومن ثم توجيه الحرية التعاقدية و اخراجه من النزعة الفردية إلى النزعة الموضوعية "ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد، تصور جديد ، حوليات جامعة الجزائر 1، القانون المدني بعد أربعين سنة، سلسلة خاصة بالملتقيات و الندوات ، العدد:05، 2016، ص80.

1 - عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015/2014، ص 95-97.

23

الفرع الثاني : التمييز بين الغبن والاستغلال

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

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

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

الفرع الثالث: عناصر وجزاء الاستغلال.

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

أولا : عناصر الاستغلال

1- العنصر المادي :

بالنظر إلى نوع العقد المعني بالاستغلال قد يمثل العنصر المادي في التفاوت بين التزام المتعاقد والعض الذي يتحصل عليه، أو في التفاوت بين خط الربح والخسارة اللذين يتحملها كل متعاقد، أو في انعدام العوض أصلا

ثانيا : العنصر النفسي :

للعنصر النفسي مظهران : يتمثل المظهر الأول في الضعف النفسي الذي يعترى المتعاقد المغبون، ويتمثل المظهر الثاني في استغلال المتعاقد معه لهذا الضعف.

1. الضعف النفسي :

يعتد المشرع في الضعف النفسي بحالتين هما : الطيش والهوى. وقد ذكرهما على وجه الحصر في المادة 90 ق.م التي تنص « ... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ...».²

2. الطيش البين :

الطيش هو حالة نفسية تعترى الشخص فتجعله يتخذ قرارات بدون تبصر ولا تفكير كاف. ويتميز الشخص الطائش بالتسرع في تصرفاته دون تقدير عواقبها. إن حالة الطيش البين تشبه إلى حد كبير حالة السفه، التي تتميز أيضا بتبذير المال وإتلافه على خلاف ما يقتضيه العقل والشرع. ويرى القضاء المقارن في تبذير الأموال قرينة على حالة الغبن التي يسببها الطيش. وأما الفرق بين الحالتين فيتمثل في نقص أهلية السفه، على عكس الشخص الذي يعتريه طيش والذي يتمتع بأهلية كاملة. ولا يستفيد السفه - إلى غاية صدور الحكم بالحجر عليه إلى غاية صدور الحكم بالحجر عليه - من الحماية لكونه كامل الأهلية، فتكون تصرفاته صحيحة واعتقادنا بأنه يستفيد في هذه الحالة من أحكام المادة 90 ق.م بادعائه الطيش البين.

1 - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، باتنة،

2012، 2011، ص 97

وهذه حماية إضافية للشخص الذي لم يحجر عليه بعد غير أنه - ضمانا لاستقرار المعاملات - يشترط في حالة الطيش أن يكون بينا، أي معروفا لدى الجميع.

ب. الهوى الجامح :

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

إن هذه الرغبة الشديدة تضغط على إرادة المتعاقد المغبون، فتمثل نوعا من الاكراه يفقد المتعاقد حرية التصرف فيفسد رضاه. ويجب أن تفوق شدة هذه الميول الحد المعقول، بحيث لا يستطيع المغبون دفعها أو تحملها. هذه الحالة النفسية التي تتال من إدراك وتمييز المتعاقد تتطلب حماية قانونية وهذا ما يبرر في اعتقادنا إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء.

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

كما هو الأصل أن مختلف التشريعات تدخل لحماية الطرف الضعيف من سيطرة الطرف القوي، من أجل تحقيق التوازن بين متعاقدين عندما تؤدي الظروف الاقتصادية والاجتماعية إلى اختلاله كما هو الشأن في عقود الإذعان، وقد حرص المشرع الجزائري على معالجة عقد الإذعان بحكم خاص يعتبر استثناء من أصل القاضي أصل القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وما تقتضيه القاعدة من عدم تدخل القاضي في تعديل موضوع العقد أو إلغاءه وذلك احتراماً لإرادة المتعاقدين، إذ بموجب الحكم الذي تتضمنه النصوص الخاصة بعقد الإذعان، وقد حولت للقاضي السلطة في تعديل العقد وهذا عندما تكون العلاقة بين الطرفين غير متكافئة و غير متوازنة منذ البداية و إلا لما قبل الطرف الضعيف البنود المفروضة عليه من الطرف القوي رغم اقتناعه بإجحافها و عدم خدمتها لمصلحته و السبب في ذلك يرجع لمركز الاحتكار القانوني للعلاقة التعاقدية ، لذلك و بغرض ارجاع نوع من التوازن المفقود للعلاقة العقدية ، فقد حول القانون للقاضي من خلال نصوص القانون المدني سلطة التدخل في عقود الإذعان ، و المساس بآثارها أي بحقوق و التزامات الأطراف رغم ما يشكله ذلك من اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، و ذلك رغبة في تحقيق العدالة التي تقتضي وجود أدنى من التناسب بين الأداءات المالية، مع التنويه إلى أن النظام القانوني حتى يتسم بالامان و الفاعلية يجب أن يكون قادرا على الموازنة بين فكرة التطوير و العدالة و بين فكرة استقرار المعاملات¹

لذا وجب التعرض إلى مفهوم عقد الإذعان وأركان عقد الإذعان وطبيعته القانونية

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان.

لقد نشأ عقد الإذعان نتيجة للتطور الاقتصادي الحديث الذي اتجه نحو أسلوب الإنتاج الكبير، ترجع في الواقع فكرة الإذعان للطرف المحتكر ، عن بوتييه (Pothier) والذي استوحاه القانون المدني على أن الإنسان في الأصل لا وتقيدته أي رابطة قانونية فهو حر في أن يتعاقد أو أن يقبل ما يشاء من الشروط التي تضمنها العقد وبالتالي فإن المؤلف الوحيد للإرادات هو العقد، إذ هو اتفاق إرادتين أو العديد من الإرادات يكون العقد الذي هو مصدر الحقوق بين الأشخاص وعليه يكون أسمى من القانون الذي يمثل الإدارة العامة وهذه المقابلة بين العقد المتبني في المذهب الفردي والقانون الذي تبناه الفكر الاجتماعي قد دامت طويلا خلال القرن التاسع عشر 19 ، وأساسها أن العقد يضعف عندما يزداد تدخل الدولة، ومن

¹ سلامة عزت عبد المحسن ، نحو تكييف حديث للإذعان (في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي 2016 و التطبيق على التعاقد الإلكتروني) مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية ، العدد 20 ديسمبر 2019 ، ص 1121

ناحية أخرى فإن ارتفاع التعاقد يتلاءم مع البحث عن تدبير يجعل من العقد الصورة المعتدلة البديلة عن القانون غير أن اجتهاد الفقه، خلال النصف الأول من القرن العشرين (20)، ومن أجل إيجاد حلول ملائمة لحماية الطرف الضعيف وتوجيه القضاء إلى تلك الحلول قد انعكس على التشريع وعندئذ تحول الضعف التعاقدية الذي يعانيه الفرد أي الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي إلى ضعف تعاقدية متولد عن التدخلات التشريعية من أجل حماية الطرف الضعيف وقد نادى الفقه،¹ أيضا بالحماية الاجتماعية للمتعاقد الضعيف عن طريق إقامة التوازن العقدي، وباستبعاد تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقد الإذعان كما ذهب إلى ذلك صاحب هذه الفكرة الأستاذ السالبي، فمصطلح عقد الإذعان الذي اقترح بداية القرن كان من لدن ساليي وكان موضوع دراسات فقهية خاصة في فرنسا، ومن ثم أثري عقد الإذعان ولاسيما من جانب أولئك الذين أنكروا أن يكون من طبيعة قانونية خاصة حيث تضاعف توسع عقد الإذعان، وأضحى التفاوض لا يمثل إلا خطوة سابقة على تكوين العقد وامتدت تلك الفكرة النابعة من فرنسا لتأخذ بها بلدان أخرى خاصة المتبعة للمذهب الفردي بعد أن أصلها كل من الفقه والقضاء، لذلك يبدو أن هناك عدة عناصر ساعدت في نشأة عقد الإذعان ومنها العوامل الاقتصادية والقانونية والعوامل المادية والاجتماعية فهذه كلها أدت بطريقة غير مباشرة إلى نشوء عقد الإذعان وانتشاره عبر بلدان العالم مما أخذ به إلى التطور ووجب أن يعطى له تعريفا خاص به

الفرع الثاني: تعريف عقد الإذعان

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

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

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

اعتبر بعض عقود الاستهلاك بمثابة عقود إذعان وهذا ما يتم التعرض له لاحقاً، وفي هذه العقود تعطى لأحد طرفيها فقط حرية الخيار والمفاوضة للقبول بها، مما يترتب عليها احتكار بعض المرافق الهامة احتكاراً قانونياً أو فعلياً لا يمكن للمشتري سوى أن يقبلها كما هي دون نقاش وإذا قبلها كان متعاقداً.¹

ثانياً: التعريف الفقهي لعقد الإذعان:

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

2. الاتجاه الحديث: وسع هذا الاتجاه من دائرة عقود الإذعان من خلال تعريفها على النحو التالي: عقوداً محررة انفرادياً من أحد أطراف العقد، وليس أمام الطرف الآخر إلا الخضوع لها دون أن يكون له سلطة حقيقية في تعديلها وأضاف الفقه على هذا التعريف بعض الشكليات التي قد يتم فيها عقد الإذعان، والتي قد تأتي على صور متعددة، إذ قد يأتي العقد في شكل وثيقة مكتوبة وما على المستهلك إلا

الإطلاع عليها وتكون غالباً تعرض على واجهة المحلات، فهذا التعريف يوسع من نطاق عقود الإذعان الإيجاب لفرد أو جماعة، كما لا يشترط أن يكون لأجل أو بدونه وعند التكلم عن الفقه المقارن فإننا نجد الفقيه "ساليي" والفقيه "جور برليوز" اللذين تعرضا لتعريف عقد الإذعان، فالفقيه "ساليي" يرى: « أن عقد الإذعان هو محض تغلب الإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتمتلي قانونها ليس على فرد محدد بل هي مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقاً ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من قبل قانون العقد».²

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

ويقول "محمد صبري السعدي بأن: « الأصل في التعاقد كل طرف في المنافسة والمساومة ولكن هناك نوع من العقود يضع فيه أحد الطرفين شروط العقد للطرف الثاني إما أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة»⁴.

ويقول السنهوري والقضاء في مصر كان أكثر تماشياً في الكثير من أحكامه، وقد اقتضى في ذلك القضاء في فرنسا الفقه النظرية الحديثة فأخذ بها في مع وبعد أن رأينا أركان عقد الإذعان التي يبني عليها، فلقد اختلف الفقهاء من حيث تحديد طبيعته القانونية وانقسموا إلى اتجاهات وتباينت الآراء حول اعتباره ذا طبيعة تعاقدية أو طبيعة لائحية، ولذلك سوف نتطرق لطبيعة عقد الإذعان في (الفرع الثاني).

¹ -علي فيلالي، المرجع السابق، ص61

² -محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ج 1، ط2، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس (ليبيا)، ص58

³ -عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، المجلد 1، ب ط، منشورات الحلبي، بيروت لبنان، ص244

⁴ -علي سليمان، مرجع سابق، ص41

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

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

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

1. آراء الفقهاء: إن أغلبية فقهاء القانون المدني رفضوا إتباع الأفكار التي أوردها كل من "ساليي" و "ديجيه" ومن تبعهم وتمسكوا برأي مخالف مفاده الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان. ونجد سليمان مرقس يقول: « وقد ثار الشك أول الأمر حول اعتبار الإذعان قبولاً ينعقد به عقد حقيقي أو اعتبار العلاقة بين المحتكر والمذعن له علاقة لائحية ينظمها القانون إن كان الاحتكار قانونياً، والراجح الآن في فقه القانون المدني أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا ولا حتى الذي يفسده وبالتالي فإن القبول بطريق الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي»، ويقول عبد الفتاح عبد الباقي: «إنه إذا كانت إرادة الطرف المذعن تجيء تحت تأثير الضغط الاقتصادي، فإن ذلك لا يمس ذات وجودها، ولا يعتبر حتى سبباً من شأنه أن يفسدها»¹.

2. الاعتبارات التي تدافع عن النظرية: نجد الاعتبارات الآتية:

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

ب. لا يشترط لاتفاق الإرادتين اتفاقاً صحيحاً أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أنه يكون من عمل الطرفين. "

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

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

الفرع الرابع: دور القاضي في تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان.

إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية فإنه يجوز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما يقضي به قواعد العدالة، وهذه القاعدة تضع في يد القاضي سلطة واسعة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه الشركات الاحتكارية، ومن أهم مظاهر حماية الطرف المدعي في عقد الإذعان ما يتمتع به القاضي من حرية وسلطة في أن يعدل الشرط

1 - عبد المنعم فرج الصده سابق، ص 83

التعسفي أو يعفي الطرف المذعن منه، وسلطة القاضي في ذلك لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أو على استبعادها، لأنها تتصل بالنظام العام، ولكن لا يكون ذلك إلا بطلب الطرف المذعن هذه الحماية وإلا اعتبر راضيا بالشرط التعسفي، فإذا كشف القاضي بسبب سلطته التقديرية تعسفاً في عقد الإذعان، فله أن يعد بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه ولم يرسم للقاضي حدود في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة. لو قد وضع المشرع الفرنسي بالمواراة في قانون Scrivener الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978، المتعلق بإعلام وحماية المستهلك من الشروط التعسفية إجراء يهدف إلى أن تستعد في عقود الإذعان الشروط غير المألوفة أي الشروط التي تبدو أنها مفروضة على الأهداف التي يبتغيها المشرع من خلال تنظيمه لنصوص القانون المدني، لذلك كثيرا ما يظهر التناقض والتعارض بين النصوص الخاصة وقواعد الشريعة العامة، و للقاضي دور في تفسير العقد لعدم وجود التوازن العقدي بين طرفي العلاقة التعاقدية باعتبار أن العقد وسيلة من وسائل العلاقات الاجتماعية التي يجب أن تنظم في إطار القواعد القانونية السائدة في المجتمع و جاز للقاضي مع ابطال عقد تتضمنه شروط تعسفية ، و حتى يوضع هذا النص موضع التنفيذ لم يكن هناك مناص من النص على بطلان كل ما تفق على خلاف ذلك

و تبدو أهمية الحماية القضائية في المطابقة بين مختلف العلاقات الاجتماعية و الاقتصادية و تكمن الصعوبة في ذلك اذا تعلق الأمر بالتعبير، فالقاضي يقوم بنشاط ذهني يمارسه تجاه النزاع بصدد عقد معين يباشره خلال مراحل تكوين العقد .

فالتنظيم التشريعي لدور القاضي في إعادة التوازن العقدي ، في عقود الإذعان المنصبة أساسا على علاقة غير متوازنة و غير متكافئة من خلال المواد 70، 110، 112 من القانون المدني الجزائري ، يبقى قاصرا و غير كاف نظرا للتطورات الحاصلة على المستوى الاقتصادي و الاجتماعي و بالنظر كذلك لظهور علاقات تعاقدية من نوع خاص تخضع ، في كثير من الأحيان إلى نصوص قانونية خاصة، مثل قانون حماية المستهلك و قانون الممارسة التجارية و قانون المنافسة و حتى قانون التجارة الإلكترونية علما وأن كل نص من النصوص المذكورة و غيرها يطبق في نطاق معين لتحقيق الأهداف التي يبتغيها المشرع من خلال تنظيمه لنصوص القانون المدني، لذلك كثيرا ما يظهر التناقض والتعارض بين النصوص الخاصة وقواعد الشريعة العامة.

و بسبب تعدد أسباب انتكاسة مبدأ سلطان الارادة ، فقد خلق بالمقابل دورا ايجابيا للقاضي المدني في مجال العقد و المتمثل في سلطته التقديرية الواسعة في تعديله أو إنهائه بالإضافة إلى العوامل الاقتصادية فلقد كان من شأن الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر و الثورة التكنولوجية في القرن العشرين أن قامت الصناعات الكبيرة و الشركات الضخمة و اختلال التوازن الاقتصادي بين القوى الاجتماعية² و كذلك ظهور الروح الاشتراكية و مبدأ التضامن الاجتماعي، أدى إلى اعتبار العقد نظام من النظم الاجتماعية، يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي و توجيه الارادة في هذا السبيل و ليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من الفردية من سلطان¹

¹ مدغش و دحمان ، موسوعة شرح القانون المدني الأردني ، موسوعة شرح القانون الاردني ، الجزء الخامس ص47

² عبد الرزاق السنهوري (1952) ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار النشر الجديدة للجامعات المصرية ، القاهرة ص626

وعليه فإن المشرع الجزائري لم يساير التطورات العميقة التي مست عقود الإذعان، على الأقل من ناحية تضخم وكثرة عددها بالشكل الذي أخرجها من دائرة الاستثناء إلى مرحلة الندية والتكافؤ مع عقود المساومة، و هو الامر الذي كان يستدعي ارجاعه إلى نصوص القانون المدني الناضمة لعقد الإذعان أو على الأقل إثراها لإعطائها مكانتها الحقيقية مثلما فعل المشرع الفرنسي غداة تعديله احكام القانون المدني سنة 2016 .

وقد نادى الفقه أيضا بالحماية الاجتماعية للمتعاقد الضعيف عن طريق اقامة التوازن العقدي و باستبعاد تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقد الإذعان، الذي تضاعف و أضحى التفاوض لا يمثل إلا خطوة سابقة على تكوين العقد و امتدت تلك الفكرة النابعة من فرنسا لتأخذ بها بلدان أخرى خاصة تلك المتبعة للمذهب الفردي، ومن الواضح أن البلدان الاشتراكية ينتشر فيها عقد الإذعان وذلك يعود إلى تركيز الاحتكار لدى الشركات أو المؤسسات العامة، الكبيرة التي تحتكر بعض السلع و الخدمات وهذا يمكنها من فرض شروطها دون اعتراض المدعن

كما أن السلطة التقديرية الجوازية الممنوحة للقاضي تجاه البنود التعسفية أو محل الشك في عقود الإذعان قد حدثت من فعالية هذه الآلية في تحقيق عدالة تعاقدية، فالطابع الجوازي لتدخل القاضي قد نصل معه إلى نتيجة غير منطقية و هي الإبقاء على الشروط التعسفية رغم تأثيرها البارز في التوازن إلا انه لا يوجد ما يلزم القاضي بوجوب تعديل هذه الشروط أو إلغائها، الاقتصادي لحقوق والالتزامات طرفيه فالمسألة جردت من الموضوعية المفترض توفرها في أحكام القضائية وأصبحت ذات طبيعة ذاتية تتعمق بأخلاق وتنشئة وقناعات القضاة و هو ما يجعل الأحكام الصادرة من المحاكم المختلفة متباينة وقد تصل إلى حد التعارض فيما بينها.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

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

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي.

الأصل أن الأخطار والتهديدات تترصد العقود الزمنية التي تكون تاريخية التنفيذ و تتطلب مدة زمنية للتنفيذ و لا يسري هذا الحكم على العقود الفورية، فكما تم تأريخ التنفيذ كان العقد مهدداً للاصطدام بالعقبات التي قد تؤدي إلى زواله و انتهاء العلاقة التعاقدية..

فالقاضي له السلطة في إعادة التوازن المالي للعقد إذا اختل هذا التوازن بفعل عدة مسببات مثل الشرط الجزائي، ففي الفترة التي يتراخى فيها العقد في التنفيذ قد تطرأ بعض الظروف الاقتصادية التي تخل بتوازن العقد، و تحدث تغيراً فجائياً و غير متوقع يباغت العقد أثناء مرحلة تنفيذه فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً.

إن الشرط الجزائي يحدث كثيراً أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما الأصل بل يعمدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير هذا التعويض فينتقان على مقدار التعويض الذي يستحق الدائن إذا لم يقر المدين بالتزامه وهذا التعويض الذي يستحقه إذا لم يقر المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم

33

التنفيذ أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو تعويض عن التأخير هذا الاتفاق مقدماً على التعويض يسمى بالشرط الجزائي. وسمي بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد بل لا شيء يمنع من أن يكون اتفاقاً على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعمل غير مشروع وإن كان هذا يقع نادراً. ولذا وجب التعرض إلى تعريف الشرط الجزائي في اللغة والاصطلاح الفرع الأول، ومدى سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي (الفرع الثاني)، وسلطة القاضي على شروط استحقاق الشرط الجزائي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي في اللغة والاصطلاح.

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

أولاً : معنى الشرط الجزائي في اللغة.

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

ثانياً : معنى الشرط في الاصطلاح.

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

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

كما يعرف الشرط الجزائي على أنه اتفاق مسبق بين طرفي العلاقة التعاقدية على تقدير قيمة التعويض حال وقع الشرط وهو عادة ما يرتبط بتقاعس أحد طرفي العقد عن تنفيذ التزامه أو التأخر عن تنفيذه في الميعاد المتفق عليه، ذلك أنه يترتب عن المسؤولية العقدية أو التقصيرية تعويض يدفعه المدين إلى الدائن والأصل، في تنفيذ الإلتزام أن يكون عينياً، و عند تعذر القيام بذلك من طرف المدين ينفذ عن طريق التعويض (التنفيذ بمقابل) والتعويض قد يكون قضائياً أو قانونياً أو اتفاقياً، فالتعويض الاتفاقي يحدد فيه الطرفان مقدار التعويض.²

¹ محمد عبد العزيز بن سعد اليماني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، اليمن، ص165
¹ سعيد سعد عبد السلام (1952)، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة ص159

34

² د/ قاشي علال، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري و الشريعة الاسلامية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 04 العدد: 02 2019 ص225.

35

ثالثاً: الشرط الجزائي في القانون الجزائري.

إن الأصل أن ينفذ المدين التزامه اختياريًا وإلا أُجبر على ذلك (التنفيذ الجبري) وقد سلك القانون و الشريعة الإسلامية منهجا موضوعيا تجاه تضمين الضرر الذي يصيب الدائن تطبيقا لنظرية التعويض الاتفاقي التي نشأت في ظل القانون الوضعي ، و أن التعامل بها اتسع إلى نطاق العقود ، حيث لا يخلو أي تصرف قانوني أو واقعة مادية من اتفاق مسبق على قيمة التعويض في حالة عدم تنفيذها لالتزام أو التأخر فيه.

و الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي أو ما يطلق عليه التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي كما عبر عنه المشرع الجزائري من خلال المواد 183 إلى 185 من القانون المدني الجزائري ، على أن الشرط الجزائي عبارة تعويض يتفق على تحديده أطراف العقد ، إما في العقد ذاته أو في وثيقة لاحقة يتولى المدين أداءها إلى الدائن في حالة عدم التنفيذ أو في حالة التأخر في ذلك ، فالتعويض هنا مقدار اتفاق لا قضاء و الشرط الجزائي هو "مبلغ من النقود يدفعه المدين إلى الدائن تعويض الدائن عن عدم القيام المدين بتنفيذ التزامه.

و قد فصل المشرع الجزائري الشرط الجزائي في الأمر 7-8 المؤرخ في هر رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري بثلاث نصوص وهي المواد 183-184-185 كما يلي: نصت المادة 185 من القانون المدني جواز الاتفاق مقدماً على تقدير التعويض المستحق للدائن حال إخلال المدين بالتزاماته، وهو المعروف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، وتنص على «يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق وتطبيق في هذه الحالة أحكام المواد 76 إلى 181».¹

و قد ورد الشرط الجزائي في القانون تحت تسميات مختلفة و هذا راجع إلى طبيعته، فقد يرد تحت إسم البند الجزائي أو التعيين الاتفاقي، و قد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الشرط الجزائي ، فهناك من يعتبره عقوبة فاصلة و هناك من يعتبره تهديدا و البعض الآخر يرى فيه تعويضا أو تأمينا في حالة العجز عن التنفيذ ، لكن الرأي الراجح أن طبيعة الشرط الجزائي تتأرجح ما بين العقوبة و التعويض لكن المتفق عليه أن الشرط الجزائي ذو طبيعة تعويضية .

ولما كان الشرط الجزائي يخضع في استحقاقه شرط المسؤولية المدنية، فقد أنفى المشرع على ركن الضرر بحكم بالتعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، وبخصوص سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على سلطة القاضي في إنقاص قيمة التعويض ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو الالتزام الأصلي فقد نفذ في جزء منه". أما سلطة القاضي في زيادة التعويض المتفق عليه فقد نصت المادة 185 على أنه إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ صحيحاً.

ولأن الشرط الجزائي هو اتفاق اضافي يتبع العقد الأصلي فهو يتميز بمجموعة من الخصائص ونذكر منها أن الشرط الجزائي التزام تبعي ولا يمكن أن يقوم مستقلاً بذاته²

الفرع الثاني: تدخل سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي.

1- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، 2012، ص68.

2 بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار الهومة ، 2015 ، ص224

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

وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية، في قرارها القضائي: «العقد النهائي دون العقد الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين، وإذا تبين من العقد النهائي أنه قدم الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد الابتدائي، فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط، وانصرفت نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه». ¹ بمعنى لا يجوز للقاضي إجبار الأطراف على تحرير العقود و التدخل في سلطان إرادتهم ²

أولاً : سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي ليصبح متناسباً مع الضرر الذي لحق الدائن من الإخلال بالتنفيذ و قد نصت المادة 186 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على أنه " و يجوز للقاضي ان يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين كان مفرطاً و أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه" و طبقاً لنص المادة يكون التخفيض في حالتين :

الحالة الأولى: إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة و العبرة في تخفيض الشرط الجزائي في القانون الجزائري و المصري و غيرها من التقنينات العربية أنه في هذه الحالة يكون بمثابة غرامة تهديدية فيأخذ حكمها ، و للقاضي أن يعيد النظر فيه³

و يقدر التعويض وفقاً للقواعد العامة ، و يلاحظ أن القاضي لا يخفض الشرط الجزائي ليجعله مساوياً للضرر بل يزيل ما فيه من مبالغة، وان كان الالتزام الأصلي مبالغاً فيه من النقود فيكون المقصود من الشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يجب تخفيضها إلى الحد القانوني، ومن هنا يتضح أن المشرع يهدف إلى حماية المدين كطرف ضعيف من ناحيتين ، الأولى أنه يمكن استبعاد الشرط الجزائي كلياً إذا ثبت ان الدائن لم يلحقه الضرر و الثانية يجوز تخفيض هذا الشرط إذا ثبت عدم تناسبه مع الضرر.

1- تنفيذ البعض من الالتزام:

يجوز للقاضي أن يخفض التعويض الاتفاقي، إذا أثبت المدين أن الالتزام في الأصل قد نفذ في جزء منه، ويتمشى هذا الحكم مع النية المشتركة للمتعاقدین، حيث تتجه إلى تحديد لتعويض عن الإخلال بالالتزام برمته، وعلى ذلك، إذا أثبت المدين قيامه بالتنفيذ الجزئي للالتزام، فإن للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي بقدر أهمية الأداء الذي نفذه المدين، والتخفيض في هذه الحالة جوازي للقاضي، فقد لا يحكم به إذا تبين له أن ما نفذه المدين لا يلبي حاجيات الدائن وتقدير الشرط الجزائي بأكثر من المتفق عليه للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة.

فحيث أن قصد المتعاقدين هو تحديد تعويض عن ضرر يصيب الدائن، فإن الشرط الجزائي يخرج عن مفهومه المقصود، إذا تبين أن الضرر الذي أصابه لا يتناسب مع التقدير المرتفع المحدد في الاتفاق وينقلب وضعه بالتالي إلى تمديد مالي لا يقصده المتعاقدان، وسلطة القاضي في ذلك هي تخفيض قيمة التعويض، ليس إلى الحد الذي يجعله متساوياً مع الضرر، ولكن بالقدر الذي يتناسب معه.

1- عبد المدين لطفي جمعة موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التصديرية والعقدية الناشر عالم الكتب القاهرة، ط1979، ص194.

2- المحكمة العليا ، الغرفة العقارية، قرار بتاريخ 2012/06/14 ، ملف 716159 ، مجلة قضائية ، العدد 2014، 2، ص297

3- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الهدى للنشر ، الجزائر 2010 ص83-84 .

و يعتبر تدخل القاضي إذن لتخفيض مقدار الشرط الجزائي وسيلة أو آلية قضائية الهدف منها هو حماية حقوق المدين لذلك يقع على هذا الأخير عبئ الإثبات حصول التنفيذ الجزئي لالتزاماته العقدية .

ثانيا : سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

إذا كانت السلطة المخولة للقاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي مقررة لحماية مصالح المدين ، فإن سلطته في زيادته مقررة لحماية مصالح الدائن ، و ان كان الأصل و المبدأ العام هو عدم جواز زيادة التعويض الاتفاقي إلا استثناء و هذا حسب مضمون المادة: 185 من القانون المدني الجزائري أي في حالة ارتكاب المدين غشا أو ارتكابه لخطأ جسيم يلتزم القاضي في الحكم في القضية التي يفصل فيها بالتعويض المحدد في الشرط الجزائي ، الذي يتضمنه العقد المبرم بين طرفيه أو في بند لاحق للعقد احتراماً لمبدأ سلطان إرادة المتعاقدين وعملاً بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، من أجل ضمان عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

وتنص م 225 . (ق.م.م.) على أنه: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطلب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً»، ويقابلها نص م 185 . (ق.م.ج.). ويتأسس هذا الحكم على أن ثبوت زيادة الضرر عن قيمة الشرط الجزائي يتضمن اتفاقاً على الإعفاء من المسؤولية عند عدم صدور الغش أو الخطأ الجسيم من المدين م 217 ق.م.م.)، وتقابلها نص م 182 . (ق.م.ج.) وعلى ذلك فإن القاضي يتعين عليه، في هذه الحالة أن يحكم بزيادة

38

الشرط الجزائي بقدر الزيادة في الضرر ولأحكام الواردة بشأن سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي تتعلق جميعها بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على خلافها، ويقع بالتالي باطلا كل اتفاق مخالف لنص م 224 (ق.م.م.) والتي تقابلها نص م 183 . (ق.م.ج.) .¹

ثالثا : سلطة القاضي في استبعاد الشرط الجزائي

لا يستحق الدائن التعويض الاتفاقي في حالة إثبات المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، فحيث يثبت أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى تحديد التعويض، وأن هذا الأخير لا يكون إلا جبراً للضرر، لذلك إذا لم يصب الدائن بأي ضرر فإنه لا يستحق تعويضاً إعمالاً للنية المشتركة للمتعاقدين ، و الجدير بالذكر أن القاضي لا يتدخل من تلقاء نفسه في تقرير التعويض عكس ما هو مقرر في القانون الجنائي الذي يتحرك من تلقاء نفسه ، و بالتالي فإن نشاط القاضي التقديري في مجال إعادة التوازن العقدي في إطار نظرية الاستغلال ليس نشاطاً يمارسه القاضي كما يشاء بل وفقاً لحدود رسمها له القانون، و تتخذ سلطة القاضي التقديرية في مجال العقود التي تتم بالإذعان إحدى هذه الصور إما تعديل الشرط التعسفي ، أو إلغاء الشرط (إعفاء الطرف المذعن، منه)وغما تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في حالة العبارة الغامضة وهذا عملاً بمعيار العدالة.²

الفرع الثالث: سلطة القاضي على شروط استحقاق الشرط الجزائي.

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

1 فتحي عبد الرحيم عبد الله شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص38-39.

2 محمد بومكاش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون الجزائري والفقہ الاسلامي ، رسالة دكتوراه في علوم الشريعة و القانون كلية العلوم الانسانية و الاجتماعية و الاجتماعية ، قسم العلوم الاسلامية ، جامعة باتنة ، 2011-2012 ص273

أولاً : سلطة القاضي على شرط الخطأ.

الخطأ العقدي كما عرفناه هو امتناع المدين عن تنفيذ التزام ترتب في ذمته بموجب عقد صحيح، فالقاضي وهو بصدد رقابة عنصر الخطأ يجب عليه التأكد من أمرين الأول هو ثبوت عدم تنفيذ الالتزام والثاني هو نسبة عدم التنفيذ إلى المدين أي أن هذا الأخير لم يتمكن من نفي مسؤوليته. وبما أن الإثبات هو الوسيلة الوحيدة التي يتم من خلالها نسبة الخطأ إلى المدين يتم إلزامه بالتعويض، فلا بد على القاضي أن يتيقن من كيفية إثبات الخطأ العقدي، فإذا كان التزاما بتحقيق نتيجة فعلى الدائن أن يثبت عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره فيه أو أنه قد نفذه بصورة معينة، أما إذا كان التزام المدين ببذل عناية فالدائن ملزم بإثبات مصدر الالتزام ثم إثبات عدم التنفيذ وأخيراً عليه أن يثبت أن المدين لم يبذل العناية اللازمة لتنفيذ التزامه والمعيار هنا موضوعي لا ذاتي، وهذا النوع من الالتزامات أصعب للإثبات بالنسبة للدائن وأصعب للاقتناع بالنسبة للقاضي.¹

ثانياً: سلطة القاضي على شرط الضرر

يعتبر الضرر أحد أركان الشرط الجزائي على الإطلاق لاسيما وأن موقف المشرع الجزائي في المادة 184ق.م.ج جاء واضحا إذ ربط استحقاق التعويض بوجود ثبوت الضرر، غير أن مهمة القاضي في رقابة هذا العنصر تعتبر يسيرة مقارنة بعنصر الخطأ، إذ أن الدائن متى استطاع إثبات الخطأ تشكلت قرينة قانونية لصالحه تجعل الضرر قد وقع فعلا، غير أنها قرينة بسيطة غير قاطعة بإمكان المدين إثبات عكسها، لذا فإن القاضي ملزم بمنح المدين فرصة لإثبات أن الدائن يلحقه ضرر أثناء تنفيذه لالتزامه.

ثالثاً: سلطة القاضي على علاقة السببية

تدخل سلطة رقابة القاضي على هذا العنصر في إطار سلطته التقديرية، والتي تعني يقوم بنشاط ذهني للتيقن من أن الفعل الخاطئ الذي ارتكبه المدين كان وبحسب المجرى العادي للأمر هو المتسبب في الضرر، فالمعيار هنا موضوعي وهو معيار الرجل العادي.

المبحث الثاني: سلطة القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة

لقد مكن المشرع الإدارة للقيام بمهامها من خلال وسيلتين تتمثل في القرارات الإدارية والعقود الإدارية فالأولى تصدر عن إرادتها منفردة والمتسمة بطابع الإلزام والإجبار بينما تتجلى الوسيلة الثانية - العقود الإدارية- في الاتفاقات التي تبرم بين الإدارة كسلطة قائمة على تحقيق المصلحة العامة وبين الأفراد أو الشركات الخاصة من أجل إنجاز عمل معين يحقق المنفعة

العامة بشكل مباشر مع تضمين الاتفاق أهم شروط وقواعد تنفيذ العمل المطلوب وأهم حقوق وواجبات كل من الطرفين المتعاقدين ونظرا لعدم قدرة الوسيلة القانونية الأولى التي تملكها الإدارة وهي القرارات الإدارية على تلبية كل ما يحتاجه المواطن، لأن القرارات الإدارية تصدر بصفة إنفرادية، للإدارة ولا يمكن استعمالها في كل المجالات، لذا أصبح لجوء الإدارة إلى الوسيلة القانونية الثانية التي يحكمها مبدأ سلطان الإدارة، والمتمثلة في العقد. أمر محتوم تفرضه الاحتياجات المتزايدة للمرتفقين و في ذا المبحث سنتناول في المطلب الأول تعريف العقود الإدارية وأنواعها وفي المطلب الثاني مجال الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة، وفي المطلب الثالث الآليات المكرسة للحماية وجزاء الإخلال بها.

المطلب الأول: تعريف العقود الإدارية وأنواعها

1- حازم طاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2011، ص 29.

سبق التأكد بأن الأعمال الإدارية قانونية انفرادية صادرة بإرادة الإدارة المنفردة وهي القرارات التي سبق التعرض لها كما أنها أعمال إدارية قانونية رضائية أو اتفاقية أو تعاقدية وهي العقود الإدارية

الفرع الأول: تعريف العقود الإدارية

سبق وأن قمنا بتعريف العقد بأنه تطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الاتفاق انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. وبهذا المعنى لا فرق بين العقد والاتفاق لكن هذا الاتجاه الفردي انتقد لصالح تدخل المشرع في تنظيم العقود والسماح للقضاء بتعديلها إذا اختلفت كما في عقود الاذعان ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال، وأصبحت حرية الإدارة تتوازن مع العدالة والصالح العام، أما العقد الإداري فهو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام ، ويتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص ويخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام ، ان العقد الإداري أصبح يشكل ضرورة لا غنى للإدارة عنه ، خاصة في الوقت الحالي لتشعب مناحي الحياة وازدياد حاجيات المواطنين ، و ذلك باشتراك المتعاملين الخواص عن طريق العقود، في إنشاء أو تسيير وإدارة المرافق العامة ، وهذا مواكبة للتطورات الحاصلة في كل المجتمعات و ما يوازيه من حاجيات المواطنين ، فالمرفق العام هو هنا وبالنظر إلى المعيار الموضوعي "كل نشاط يباشره شخص عام بقصد إشباع حاجة عامة"¹

الفرع الثاني: أنواع العقود الإدارية

الأصل أن المتعاقد حر في اختيار الطرق والوسائل التي تضمن له تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بالشكل المتفق عليه، لكن نظرا للطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وأهمية موضوعها الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة عن طريق المرافق العامة، فإن الإدارة تحتفظ بسلطة الرقابة والتوجيه أثناء مرحلة تنفيذ العقد، حسب ما تقتضيه المصلحة العامة وهذا خروجا عن القاعدة العامة²

و العقود الادارية في القانون الجزائري هي عقود ادارية بتحديد القانون ،و تكون إما بصورة مباشرة و يظهر ذلك في المادة 4فقرة 1 من المرسوم التنفيذي 01-98 المؤرخ في 15 جانفي 1989 و المتعلق بكيفيات امتيازات الدولة و مثال ذلك ، امتياز احتكار الدولة التبعات و الشروط التي يخضع لها أصاب الامتياز ، و تبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة أما الصورة غير المباشرة فتظهر جليا في المادة 07 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري فبمقتضى هذه المادة فإن العقود التي يبرمها الاشخاص الأشخاص المذكورين في هذه المادة و الذين يدخلون ضمن نطاق القانون الاداري ، و عليه فهذه العقود تعتبر إدارية بنص القانون والعقود الإدارية أنواع كثيرة . فإستثناء ما يمنعه القانون ، ليس هناك مانع أن تتناول هذه العقود مواضيع مختلفة ، لذا من غير الممكن تعداد كل العقود الإدارية لأن نشاط الإدارة متنوع جدا ، غير أنه يمكننا تقسيم العقود إلى الأنواع التالية:

1/العقود المتعلقة بالعقارات التابعة للأموال الوطنية:

بدأ هذا النوع من العقود يأخذ أهمية كبيرة مع بداية السبعينيات وهو يتعلق بالعقار سواء من حيث بيعه أو إيجاره ويتعلق الأمر فيما يخص البيع سواء ببيع العقار المبني أو فيما يخص العقار غير المبني ، فإن عقد

¹ محمد فاروق عبد الله ، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين مفهومين التقليدي و الاشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987، ص 6 رسالة ماجستير، كلية فلسطين، 2011، ص 29

1Jaen. Claude Ricci, droit administratif général, hachette, 2007, P230

² محمد فاروق عبد الله ، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين مفهومين التقليدي و الاشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987، ص 6 رسالة ماجستير، كلية فلسطين، 2011، ص 29

البيع يتعلق إما بالأراضي المعدة للبناء لصالح الخواص أو الأراضي المعدة لإستقبال التجهيزات والمشاريع الاستثمارية للدولة والهيئات العمومية الأخرى¹.

2/ عقد التزام المرفق العام:

عرف بأنه " عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية ، وطبقا للشروط التي توضع له ، لأداء خدمة عامة للجمهور ، وذلك مقابل التصريح له لاستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح. و هو عقد من عقود المقاوله مثل عقد النشر و رب العمل هو المؤلف لذلك فإن خصوصية العقد الإداري هو تحقيق المصلحة العامة .

3/ عقد الأشغال العامة:

وهو إتفاق بين الإدارة و أحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم او صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام ، وبقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق إليه وبقاء للشروط المقترنة بالعقد . و هو يشبه عقد المقاوله في القانون الخاص ويشترط في عقد الأشغال العامة الشروط الآتية:
أ- أن ينصب موضوع العقد على عقار سواء كان هذا العقار محكوما للإدارة أم لا ، أما إذا انصب موضوع العقد على منقولات مملوكة للإدارة العامة فلا يعتبر عقدا اداريا حتى ولو كانت هذه المنقولات تدخل في نطاق الدومين العام.

ب- اذ يتم العمل في عقد الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام (الدولة ، الولاية ، البلدية).

ج- يجب أن يكون الهدف والغرض من الأشغال محل العقد تحقيق منفعة عامة.

4/ عقد التوريد:

يعرف عقد التوريد بأنه " اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة منقولات للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين، مثال ذلك توريد مواد غذائية لأحد المستشفيات فهو يقع على المنقول فقد ، يتم تنفيذه على دفعة واحدة أو دفعات و ينبثق عنه عقدين: **عقد التوريد الصناعي** وهو العقد الذي يقوم المورد بصناعة المنقولات و توريدها لجهة الإدارة والتي تكون لها سلطات واسعة أما **عقد التحويل** هو قيام الإدارة بإعطاء منقولات لشركة ما بغرض إعادة توريدها مرة أخرى إلى الدولة. و يعد هذا العقد من العقود الحديثة

5/ عقد النقل:

عقد النقل الإداري هو اتفاق بين جهة الإدارة وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة للإدارة أو بوضع سفينة تحت تصرفها

6/ عقد تقديم المقاوله:

وهو اتفاق بين جهة ادارة وفرد أو شركة يلتزم بمقتضاه فرد أو شركة بالمساهمة نقدا أو عينا في نفقات توسيع أو إعداد ميناء أو إنشاء محطة سكة حديد ، فإذا ما وافقت الجهة الإدارية المختصة على مساهمة المتطوع في تقديم مساعدات لمرفق عام أو لأشغال عامة ، انعقد عقد تقديم المساهمة وهو من العقود الإدارية بطبيعتها

7/ عقد القرض العام:

¹ ناصر لباد : القانون الإداري ، النشاط الإداري – الجزء الثاني – الطبعة الأولى – سنة 2004 ، صفحة 407-409

وهو إتفاق بين الإدارة و احد الأفراد أو أحد الشركات بتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة (أو بنوك) بقرض مبلغا من المال إلى شخص من أشخاص القانون العام (الدولة ، الولاية)¹. مقابل فائدة سنوية محددة ورد القرض وفقا للشروط وذلك في نهاية الأجل المحدد و يعد هذا القرض العام مصدر من مصادر إيرادات الدولة العامة¹.

8/ عقد إيجار الخدمات:

وهو إتفاق بمقتضاه يقدم أحد الأشخاص خدماته لشخص معنوي عام مقابل عرض يتفق عليه للشروط المقترنة بهذا العقد الإداري.

9/ عقد الإمتياز:

الامتياز هو العقد الذي توافق الدولة بموجبه على منح شخص طبيعي جزائري الجنسية و يصبح فيما بعد يدعى مستثمر فلاحى و يمنح له حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة و قد نظمته القانون رقم 87-19 الصادر في 8 ديسمبر 1987 ،

المطلب الثاني: مجال الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة

تعتبر الإدارة المسؤولة على إنشاء إدارة وتنظيم المرافق العمومية. تحقيقا للمصلحة العامة من أجل تحقيق هذا الهدف فهي تتمتع بسلطات واسعة في هذا المجال، هذه السلطات الممنوحة للإدارة بمثابة الحقوق الأصلية لها سواء بإدارتها المباشرة لهذه المرافق، أو بتفويض تسييرها لأشخاص القانون الخاص.

إن لجوء الإدارة لعملية التعاقد بمختلف أنواع العقود الإدارية بغرض تسيير أو إنشاء مرافق عمومية، لا تفقد حقها وامتيازاتها في مواجهة المتعاقد معها، فهي تبقى محافظة على سلطتها في الرقابة والتوجيه على عملية تنفيذ العقد، هذه السلطة التي تعتبر من النظام العام ولا يمكن للإدارة أن تنتازل عنها لصالح المتعاقد معها ؛ وذلك حفاظا على السير الحسن للمرافق العامة؛ وضمان تقديمها للخدمة التي أنشأت من أجلها لصالح المرتفقين، كما تملك الإدارة حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة ودون رجوع للمتعاقد معها نقيض ما هو معمول به في العقود غير الإدارية، ويظهر هذا بكثرة في الجانب التنظيمي، فإنه يمكن للإدارة أن تعدل في العقد حسب ما تتطلبه مصلحة المرفق العام وحسن سيره.

الفرع الأول: مضمون سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

هناك معنيان لسلطة الرقابة المعنى الضيق لسلطة الرقابة والمعنى الواسع لها.

أولاً: المعنى الضيق

يفهم من المعنى الضيق للرقابة الإدارية على المتعاقد أثناء مرحلة التنفيذ، هو أن تتأكد الإدارة من مدى احترام المتعاقد أثناء التنفيذ للشروط التعاقدية.²

ثانياً: المعنى الواسع

في هذا المعنى مفهوم الرقابة يتعدى المعنى الضيق مما يتيح للإدارة المتعاقدة التدخل في عملية تنفيذ العقد بنسبة أكثر كونها تتأكد من عملية تنفيذ العقد وفقا للشروط

ثالثاً : تمييز سلطة الإدارة في التوجيه عن غيرها من السلطات المشابهة لها

1 -محاضرات في المالية العامة ، ثانياة ليسانس ، (LMD) علوم مالية و محاسبة ، المركز الجامعي عبد الحميد بولصوف ، ميلة، ص:62.

2 - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1991، ص 445.

تختلف السلطات والامتيازات الممنوحة للإدارة بحسب الغرض المتوخى من كل سلطة ومن كل امتياز ممنوح لها، فهي التي تسهر على تلبية الحاجيات الضرورية للمواطنين، فلها أن تمارس سلطات تمكنها من تحقيق وتوفير ما يحتاجه المواطنين، كما تنوعت تلك السلطات و الامتيازات بتنوع كذلك الوسائل والطرق التي تنتهجها بغرض الوصول إلى الهدف المنشود، فبغرض تحقيق سير المرفق العام بانتظام و استمرارية منحت الإدارة حق التعديل الانفرادي للعقد . كما سنرى لاحقا . ومن أجل حفظ الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة كذلك منحت الإدارة سلطة الضبط الإداري. فما يميز سلطة الرقابة الممنوحة للإدارة على المتعاقد معها أثناء مرحلة تنفيذ العقد.¹

الفرع الثاني: الحالات الموجبة للحماية من تجاوزات الإدارة في حق الرقابة والتوجيه

تستمد الإدارة مشروعيتها في الرقابة على المتعاقد أثناء مرحلة تنفيذ العقد، ومدى التزامه بالشروط التعاقدية، من المبادئ العامة للعقود الإدارية وحفاظا على هذه المشروعية ليس للإدارة الحق في أن تبالغ . تحت ستار حق الرقابة والتوجيه . إلى حد تغيير موضوع العقد أو الاعتداء على حقوق المتعاقد.

كما لا يجوز لها أن تخرج على الحدود والأهداف التي ترمي إلى الصالح العام، وإلا عد عملها غير مشروع يرتب المسؤولية العقدية التي تستوجب التعويض و تتعدد أوجه تجاوز الإدارة في مجال حقها في الرقابة والتوجيه للمتعاقد معها أثناء مرحلة تنفيذ العقد، بحجم تعدد الامتيازات الممنوحة لها في هذا الخصوص. يمكن ذكر حالات تجاوز الإدارة لحقها في الرقابة والتوجيه في:

أولاً: الانحراف عن الهدف والغاية من حق الرقابة والتوجيه

إن الهدف من منح القانون للإدارة العامة امتياز الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرده أن الإدارة هدفها خدمة الصالح العام، وتقديم خدمة عمومية للمرتفقين؛ وبالتالي فهي تهدف للصالح العام؛ بمعنى أنه يجب أن تنصب كل أعمالها المادية والقانونية في هذا المجال على هذا الغرض.²

ثانياً: المبالغة غير المبررة في ممارسة حق الرقابة والتوجيه

إن الهدف الأساس من منح القانون للإدارة حق الرقابة على عملية تنفيذ العقد، هو ضمان تنفيذه وفق ما تم التعاقد عليه، ووفق ما يحقق الصالح العام. فلا يجوز للإدارة المتعاقدة أن تجعل من حقها في الرقابة والتوجيه على عملية تنفيذ العقد، ذريعة للقيام بإدخال تعديلات على مضمون العقد بشكل يسبب ضرراً للمتعاقد معها، إن قيام الإدارة بإدخال تعديلات على العقد يرتب مسؤوليتها العقدية، ويستحق على إثرها المتعاقد معها التعويض على الأضرار التي لحقت من جراء هذا التصرف. ففي عقد الأشغال العامة مثلاً من حق الإدارة أن تراقب عملية تنفيذ العقد، وذلك باتخاذها إجراءات تهدف إلى التحقق من أن المتعاقد معها يستعمل المواد المنفق عليها

المطلب الثالث: الآليات المكرسة للحماية وجزاء الاختلال بها

إن سلطة توقيع الجزاءات الإدارية المخولة للإدارة لا تتحدد بما تم النص عليه في العقد، وإنما هو حق مكفول لها حتى ولو تم السكوت عليه في العقد، لا يعني فقدان سلطتها في توقيعها وذلك يرجع لكون الإدارة هي المسؤولة على سير المرافق العامة بانتظام ، ويتحتم عليها أن تتخذ كل الإجراءات التي تراها

¹ جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي العقود الإدارية، د دن، د، ن، 2001، 2002، ص 46

² - السيد فتوح محمد هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2016، ص 111.

مناسبة لإجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية، و الجزاءات الإدارية من أهم هذه الإجراءات التي تكفل سير المرفق العام وضمان عدم اختلاله وعرقلته. كل هذه الإجراءات بطبيعتها الحال تكون تحت رقابة القضاء ضمانا لحقوق المتعاقد من انحراف الإدارة وتعسفها. من خلال ما سبق يتضح أن هناك اتجاهين فقهيين في تبرير سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، ذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر هو الأساس الذي يخول للإدارة الحق في توقيع الجزاء على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية دون حاجة إلى اللجوء للقضاء ، لكن تحت رقابته، والتي تمثل ضمانا فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون حتى ولو لم ينص العقد على ذلك.¹

الفرع الثالث: الجزاءات التي توقعها الإدارة بنفسها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء

عرف التوقيع المباشر للجزاءات من قبل الإدارة على المتعاقد معها . دون اللجوء للقضاء . تطورا في القضاء الإداري الفرنسي. في البداية كان يرفض توقيع الإدارة للجزاءات على المتعاقد بنفسها؛ في حالة عدم النص عليها في العقد، أو دفاتر الشروط، أو تتضمنه اللوائح والتنظيمات؛ بمعنى عدم جواز توقيع الجزاءات من قبل الإدارة خارج الحالات التي تم ذكرها. إلا أن الأمر لم يدم طويلا، حيث تراجع مجلس الدولة الفرنسي على شرط النص على الجزاءات في العقد، ويكون توقيعها عن طريق القضاء . كان ذلك في القرار الصادر بتاريخ 1907 الذي قضى فيه بأن نصوص العقد تحدد التزامات كل من طرفيه، وأن الإخلال بهذه الالتزامات يجب أن يترتب عليه توقيع جزاء، وإذا لم ينص العقد على الجزاءات التي توقع في حالة الإخلال بالالتزامات جاز للقاضي بناء على طلب الآخر أن يحكم بجزاءات تتناسب ومدى الإخلال بنصوص العقد.

هذا المسلك الذي سلكه مجلس الدولة الفرنسي في قراره سنة 1907 له بالغ الأهمية بالمقارنة مع النظريات التي سادت آنذاك، والتي كانت تعطي الحق للإدارة في توقيع الجزاءات فقط فيما تم النص عليه صراحة في العقد، حيث استبعد مجلس الدولة هذا المبدأ، وعدم النص على الجزاءات في العقد لا يجعل من المتعاقد معها في مأمن منها ثم كانت هناك خطوة أخرى أكثر تقدما، وذلك باعترافه للإدارة بسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بنفسها دون حاجة إلى طلب اللجوء للقضاء من أجل فرض توقيعها.²

الفرع الرابع : خضوع الإدارة لرقابة القضاء في توقيع الجزاء

إن السلطات التي تتمتع بها الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته . وهي الطرف القوي في العلاقة العقدية . لا يمكن أن يتبقى بلا رقابة قضائية تكون بمثابة الضمانة للمتعاقد من تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون للمتعاقد الحق في أن يلجأ للقضاء الإداري للطعن في قرار الجزاء الذي وقعته ضده الإدارة، وهو من النظام العام لا يجوز الاتفاق على استبعاده من العقد، و أي إطفاق يتضمن استبعاد حق المتعاقد في اللجوء للقضاء للطعن ضد قرارات الإدارة الجزائية، يعد باطلا وعديم الأثر .

1- أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري دراسة مقارنة في ضوء القوانين والقرارات والأحكام والفتاوى الصادرة بدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، مصر ، دار النهضة العلمية، الإمارات، 2016، ص108.

2- عبد المنعم الضوى، السلطة العامة في مواجهة الأفراد عبر القانون والعقد والقرار الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، 2016، ص424

يعود الاختصاص في الرقابة على قرارات الإدارة في هذا الصدد لقاضي العقد، فهي من دعاوى القضاء الكامل، والقاضي الإداري فيها يتمتع بسلطات واسعة ولا تقف عند حد رقابة مشروعية القرار الصادر من الإدارة من حيث الشكل أو الاختصاص، أو مخالفة القانون أو التعسف في استعمال السلطة أو الانحراف في استعمالها، والمتضمن توقيع الجزاء على المتعاقد، وإنما يمتد إلى الأسباب والبواعث التي دفعت بالإدارة إلى اتخاذ هذا القرار، فيقوم القضاء بتقدير ما إذا كان المتعاقد قد ارتكب فعلاً خاطئاً، وكذلك تقدير مدى تناسب الجزاء مع ذلك الخطأ المرتكب من طرف المتعاقد مع الإدارة حيث جاء في حكمها :

" لما كان المبلغ المحدد في عقد المفاوضة ويدفعه المقاول في حالة التأخير هو من الجزاءات المالية التي تلجأ إليها الإدارة بجزاء توقعه على المتعاقد معها في حالة تقصيره وإهماله، توقع على المتعاقد بغض النظر عن أي ضرر يلحق الإدارة ولمجرد حصول

الإخلال ولجهة الإدارة توقيع غرامة التأخير دون حاجة إلى إعدار المتعاقد المقصر غير أن هذا لا يجعل القرار الإداري الصادر بتوقيع غرامة التأخير بمنجاة من الرقابة القضائية لحماية المتعاقد معها من التعسف ومخالفة القانون، وإذا كان ذلك ؛ وكان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه على مجرد عدم حصول الضرر فإنه يتعين نقضه " 1.

ومن أجل إبراز دور القضاء الإداري في مجال العقود الإدارية، خاصة وأن القضاء الإداري الجزائي حديث النشأة والبحث فيه أكثر من ضروري، فالأبحاث في الرقابة القضائية على العقود الإدارية قليلة جداً، وذلك بالنظر لسلطات الإدارة، وكذلك الآليات التي يمكن للمتعاقد استعمالها في المطالبة بحقوقه، حتى يتجلى لنا الدور الرقابي للقضاء الإداري.

هناك سلطات أصيلة للإدارة في مواجهة المتعاقد، تلجأ إليها الإدارة بغرض ضمان سير المرفق العام بانتظام، و رأينا الحماية القضائية للمتعاقد من تعسف الإدارة في استعمال هذه السلطات، فإنه إلى جانب الحماية من سلطات الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد، كذلك يجب توفر حماية قضائية للمتعاقد لضمان تحصيل حقوقه التعاقدية، والهدف الذي ينشده المتعاقد من خلال إبرامه للعقد هو تحقيق الربح المتمثل في المقابل المالي وقد يكون في صورة رسم يتحصل عليه المتعاقد من يكون في صورة ثمن في عقد الأشغال العامة المنتفعين بخدمات المرفق العام وهو الذي يتجلى في عقد الامتياز.

كذلك في مواجهة سلطات الإدارة بالإضافة إلى حق المتعاقد في الثمن والرسم اللذين يعتبران المقابل المالي المتفق عليه في العقد، فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويضات التي قد تنتج بسبب خطأ من الإدارة أو بدون خطأ منها أو بسبب عدم احترام التزاماتها العقدية، و هناك ضمانات تحصيل المتعاقد للمقابل المالي :يمثل المقابل المالي الذي سيتحصل عليه المتعاقد بعد تنفيذ العقد الدافع الحقيقي للمتعاقد، حتى و إن كان يعتبر معاوناً للإدارة في تسيير المرافق العامة والسهر على حسن سيرها بانتظام من خلال العقد المبرم بينهما، إلا أن الغاية من كل ذلك هو استهدافه الربح

المبحث الثالث: سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي أثناء إبرام العقد

لذلك وبغرض إعادة التوازن العقدي المفقود ولو بصفة جزئية فقد حوّل القانون للقاضي التدخل في هذا النوع من العقود لتفسير بنودها بطريقة غير الطريقة المألوفة في التفسير، لتعديلها أو إلغائها رغم ما يشكله ذلك من تعد صارخ على مبدأ القوة الملزمة للعقد كأحد المبادئ المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة. ونستهدف من خلال هذه الدراسة محاولة تقييم الدور المنوط بالقاضي المدني القيام به في عقود الإذعان،

1 حكم المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة في الطعن رقم 89 سنة 10 قضائية، بتاريخ 20، 1988. نقل عن : أحمد جمعة نور محمد البلوشي، مرجع سابق، 109.

من خلال التطرق لمختلف السلطات التي خولها إياه القانون المدني الجزائري في المواد 110 و 112، والمتمثلة أساسا في سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء المدين منها نهائيا، وكذا سلطته في تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن.

المطلب الأول: إشكالية اختلال توازن العقد في ظل احكام العقد المدني

قد تتوازن حقوق والتزامات المتعاقد عند إبرام العقد الا أن ذلك ليس كافيا و إنما يجب أن يستمر هذا التوازن خلال مرحلة تنفيذ العقد ايضا إذ قد يتعرض العقد إلى إخلال كبير يترتب عليه إرهاب أحد المتعاقدين واستفادة الطرف الآخر من هذا الإرهاب، حيث يرجع الضعف لجهل المتعاقد بالمعلومات الضرورية للتعاقد وعدم معرفته، وقلة خبرته مقارنة بالطرف الاخر الذي يكون أكثر كفاءة وخبرة وتمرس، وتبدو هذه التباينات أكثر وضوحا في علاقة المستهلكين بالمهنيين، او لعقود الالكترونية ذات الخصوصية التقنية والاكثر من ذلك ان اختلال التوازن المعرفي يشكل بحد ذاته تصورا وشكلا جديدا لعقود الاذعان

والاقتصادية، وتفشي ، وتزايد مظاهر الخلل في التوازن العقدي التي جاءت نتيجة التطورات التقنية اشكال جديدة للامساواة، أحدث ثورة قانونية وسمح بخلق سبل قانونية تعمل على توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف، ونقل العقد الى تصور اجتماعي و يتميز هذا التصور الاجتماعي بتفعيل دور الدولة في التدخل في التسيير الاقتصادي، ومحاربة اللامساواة فجاء بآليات وتنظيمات جديدة تارة تتصف ، الاجتماعية بين الطرف الضعيف والطرف المتفوق في العقد وتارة تتصف بانها وقائية ، بانه وبناء على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول لنظرية الظروف الطارئة كسبب لاختلال التوازن العقدي، والثاني نتطرق فيه إلى بيان الشرط الجزائي.

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة كسبب لاختلال التوازن العقدي

للأهمية المعطاة للعقود وبالأخص العقود الإدارية الدولية ودورها الأساسي والمهم في استقرار واستمرار التعاملات الاقتصادية والتجارية سواء كان ذلك على الصعيد الدولي أم المحلي (لذلك فقد احاطت القوانين والتشريعات المختلفة تلك العقود بمجموعة من القواعد القانونية الأمرة وذلك من أجل ضمان حسن تنفيذها على أكمل وجه دون تقصير أو أخلال من قبل أطراف العقد ولعل أبرز تلك القواعد القانونية المنظمة لهذا النوع من العقود هي قاعدة أو مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين اذ تعد هذه القاعدة من أهم

القواعد المتعارف عليها في مجال العقود حيث يلتزم أطراف العلاقة العقدية بتنفيذ كل ما ورد في العقد من بنود أو شروط وتنفيذها على أحسن وجه ممكن ، ونجد أن على هذا المبدأ قد وردت بعض الاستثناءات ومن هذه الاستثناءات هي نظرية الظروف الطارئة لذلك فقد عرفها أحد الفقهاء بأنها " عقود يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو أجال ويحصل عند حلول أجل التنفيذ أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا فيصبح تنفيذ الالتزام شاقا على المدين وإرهاقا له إلى الحد الذي يجعله مهددا بخسارة فادحة الأمر الذي يجيز للقاضي أن يتدخل ليوزع هذا الحادث على عاتق الطرفين وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك أيما ضرورة ووجوب خلق توازن بين أطراف العقد وخاصة في مجال العقود ذات الأمد الطويل أي العقود متراخية التنفيذ التي غالبا ما تتطلب مدة من الزمن من أجل تنفيذها والتي قد يصاحب عملية تنفيذها من احتمال حدوث ظرف طارئ وهذا ما ينطبق على العقود الإدارية الدولية التي يتطلب تنفيذها مدة طويلة من الزمن.¹

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، دون ذكر السنة، ص804

الفرع الثاني: الشرط الجزائي كسبب لاختلال التوازن العقدي

بادئ ذي بدء أن الشرط الجزائي يعود أصلة إلى القانون الروماني إذ أنه يعتبر خلق وابتكار الفقهاء الرومان وكان الغرض منه من أجل اعطاء الإلزامية لبعض العقود والاتفاقيات التي لا تتمتع بالقوة التنفيذية فبوجود مثل هذا الالتزام في الاتفاقيات والعقود يلتزم المتعاقد بتنفيذ كل ما يترتب عليه وإلا تعرض لدفع قيمة الشرط الجزائي، ولقد أطلق على الشرط الجزائي تسميات عدة منها التعويض الاتفاقي أو الجزاء التعاقدية أو التعويضات الجزائية لكن عبارة الشرط الجزائي حظيت بتفضيل وأولوية من قبل الفقه والقانون والقضاء لأنها ترمز وتشير إلى الشرط الذي يدرج في العقود.

وفي سياق الفقه حيث عرفه أحدهم بأنه كل تعويض يقوم المتعاقدان بالاتفاق عليه مقدما في حال عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذ ذلك الالتزام وهناك من عرفه بأنه مبلغ جزافي يتم تقديره من قبل المتعاقدان عن الضرر الذي يلحق المتعاقد الآخر. وايضا عرف أحد الفقهاء الشرط الجزائي " التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدما بدلا من تركة إلى للقاضي والذي يستحقه

الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو يتفقان على مقدار التعويض في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه.¹

المطلب الثاني: تدخل القاضي في معالجة التزامات المتعاقدين بسبب الشروط التعسفية في العقد

أبرز التطور الاقتصادي والتكنولوجي عدة أنواع من العقود لسلع وخدمات تسيطر عليها الحكومات أو تمنحها لمؤسسة ما دون غيرها، لتفرض بذلك هذه الأخيرة الشروط والأسعار التي تخدمها، و نتيجة تطور الحاجيات في المجتمع أدى ذلك إلى ظهور عقود ذات طبيعة خاصة تعمل على تلبية حاجيات الافراد تسمى عقود الإذعان²

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

الفرع الأول: مضمون معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف:

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

الفرع الثاني: تقييم معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف:

1 - بكر عصمت، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، المكتبة الوطنية، بغداد، 1993، ص15. د. ماهر صالح علاي، الوسيط في القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد، 2009، ص452
2- علي مصباح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص22،

إن تبني المشرع الجزائري لمعيار واحد محدد للشرط التعسفي يعد وسيلة تضمن دقة التعرف على الشروط التعسفية في ظل التطور الاجتماعي والاقتصادي والتكنولوجي ، وأفضل طريقة من الجوء إلى جملة من المعايير التي يمكن أن تتضارب فيما بينها فلا يصل القاضي إلى التكييف الصحيح الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم الأمان أو عدم الاستقرار القانوني إن الأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى العديد من المزايا:

1- يضمن عدم تحكم القاضي أو تماديه في تفسير النصوص القانونية أو تكييفه-
للقائع المستجدة

2- يضمن عدم وجود عنصر المفاجأة في تطبيق الفكرة المعرفة، وخاصة ما يتعلق-

بالشروط التعسفية كجزء من عقود الاستهلاك التي يبرمها كل فرد بصورة متكررة يوميا.

3- يضمن بساطة الحلول القانونية وعدم التعقيد الذي يمكن أن يأتي بنتائج عكسية-

على النظام القانوني ، كما أن ذلك يؤدي إلى وحدة الحلول

انطلاقا من فلسفة التدخل القضائي في عقود الإذعان والتي تستهدف إعادة التوازن العقدي تحقيقا لما يعرف بالعدالة التعاقدية، فإن القاضي إذا ارتأى أن مجرد إدخال تعديلات على الشرط التعسفي الوارد في العقد لا يحقق الهدف المنشود الذي ابتغاه المشرع ولن يعيد للاتفاق التوازن المفقود بين حقوق ، وواجبات الاطراف ولن يحقق الحماية اللازمة للطرف المذعن وفي هذا الصدد فقد خول المشرع الجزائري للقاضي إمكانييتين أساسيتين لإعادة التوازن لعقد الإذعان، و هما تعديل الشرط أو الشروط التعسفية أو إلغائها أو كما عبر عنه المشرع إعفاء المدين منها.

أجاز المشرع الجزائري للقاضي بموجب نص المادة من القانون المدني 110 سلطة تعديل أي شرط أو مجموعة شروط تنسم بطابع التعسف إذا أدرجت ضمن عقد يكيف بأنه عقد إذعان.

غير أن التساؤل المطروح هنا :ماهي الشروط التي يمكن أن توصف بأنها تعسفية والتي تتيح للقاضي التدخل لتعديل مضمون العقد مع ما يشكله هذا الأمر من تعد على مبدأ سلطان الإدارة؟

بالنظر لعمومية نص المادة من القانون المدني الجزائري نجد أنها لم تضع معايير أو ضوابط 110

نص المادة 1 جاز للقاضي أن ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، القانون المدني الجزائري على ما يلي: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان 110 . " وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ، يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها مذكرة ماجيستير، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري ، عبيدة نجاة 2 والعلوم السياسية، جامعة العقيد لطفى تلمسان، ص 2016،

53

ينبغي على القاضي التقيد بها لاعتبار الشرط أو الشروط الواردة في عقد الإذعان تعسفية أم لا، فالأمر وفقا للنص سالف الذكر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الحكم دون أن يخضع في ذلك لرقابة المحكمة

العليا، فالفيصل في المسألة هو مدى اقتناع القاضي بأن الشرط مناف للأخلاق وأبعد ما يكون عن

تحقيق العدالة التعاقدية التي تستهدفها روح القانون كونه يمنح أحد الاطراف امتيازات تفوق بكثير والأكثر من ذلك أن تدخل القاضي لتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية ، الواجبات الملقاة على عاتقه

إذ يمكنه عدم أعمال سلطته التي خولها إياه القانون حتى وله يعتبر مسألة جوازيه بالنسبة له تبين له وجود سمة التعسف في البند التعاقدية متى وجد مسوغا لذلك، ذلك أن مهمة القاضي في هذه الحالة هي

الموازنة بين مصالح طرفي العقد، إذ قد يقتضي الأمر أنه ورغم تضمين العقد لشروط تعسفية أن يمتنع عن مار جعتها أو طرحها كليا، متى أرى أن هذا التدخل قد يعرض المشروع برمته للخطر ويؤثر على

حسن سي رته فيبقي على الهدف الاقتصادي له مضمحيا بذلك بمصلحة الفرد حفاظا على

مصلحة الجواز لا تعطي للقاضي سلطة تقديرية مطلقة، وإنما تعطيه رخصة بشروط معينة، واستعمال هذه " الرخصة خاضع لمراقبة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التي تبيح الاستعمال من المادة 5 غير أنه وبالرجوع إلى أحكام الفقرة 3 من القانون الذي يحدد القواعد 02- 04 -المطبقة نجد المشرع قد عرف الشرط التعسفي كما يلي: " شرط تعسفي: كل بند أو 2، على الممارسات التجارية شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد". وعليه فإن المشرع بتعريفه للشرط التعسفي لم يعد هذا الأخير يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقاضي الحكم بل إن المسألة أصبحت تتعلق بتطبيق القانون، وذلك بإسقاط التعريف المذكور أعلاه على الشروط المعروضة أمام القاضي، والأساس القانوني للقول بالطابع التعسفي للشرط أو البند التعاقدية هو وجود خلل أو اختلال ظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد، والمقصود بالظهور هنا هو البروز أي أن يكون عدم التعادل بين الأدعاءات المالية بارزة وواضحة باستعمال المعيار الموضوعي المعروف و هو معيار الرجل العادي.¹

1- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الثاني 285ص

54

إلا أن العقبة التي يمكن أن تقف في سبيل القاضي المدني و هو بصدد أعمال نص المادة من 5 فقرة 3 القانون أن هذا الأخير هو عبارة عن قانون خاص ونطاق تطبيقه يقتصر على نشاطات 02- 04 ولو أن المشرع ، الإنتاج والتوزيع والخدمات التي يمارسها أي عون اقتصادي مهما كانت طبيعته القانونية قد وسع من دائرة الأعوان الاقتصاديين حينما عرفه في المادة بأنه " عون اقتصادي: كل منتج 1 فقرة 3 أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي و بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها عون اقتصادي وفقا للتعريف التشريعي المقدم. فالقاضي و هو بصدد تكييف الشرط المذكور في العقد لمعرفة هل ينطوي على تعسف أو لا لإعمال سلطته في التدخل بالتعديل أو الإلغاء عليه أن يستأنس بمختلف النصوص القانونية الخاصة أو العامة التي تناولت مسألة التعسف إما صراحة وضمناً أو ضمناً، إما تصريحاً أو تلميحاً، كما يجب عليه الرجوع إلى ما سبق من أحكام القضاء، فمن أمثلة النصوص الخاصة نجد نص المادة من القانون 29 04- 81 والتي ذكرت لنا ثمانية حالات يعتبر الشرط فيها تعسفياً منها فرض التزامات فورية ونهائية ، 1 سالف الذكر كما نذكر ما ، على المستهلك في العقود في حين أن العون الاقتصادي يتعاقد بشروط تحقق متى أراد جاءت به الفقرة السابعة من المادة وهي حالة تفرد العون الاقتصادي بتغيير آجال تسليم منتج أو 29 آجال تنفيذ خدمة، مع الإشارة إلى أن الحالات الثمانية التي جاءت بها المادة مذكورة على سبيل المثال لا الحصر بدليل أن المشرع استعمل في البداية عبارة " لا سيما " التي تفيد إمكانية تكييف شروط تعاقدية أخرى بأنها شروط تعسفية ولو لم تكن مذكورة في نص المادة السابقة. أما بالنسبة للنصوص العامة التي يمكن للقاضي الاستئناس بها أو الاستناد إليها في تكييف الشروط التعسفية، نذكر نص المادة مكرر من القانون المدني التي وضعت ثلاثة حالات أو وضعيات يعتبر فيها الشخص

تنص المادة 1 من القانون 29 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي 02- 04 :

1 -أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و ،/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك ، في حين أنه يتعاقد بشروط يحققها متى أراد ، -2-فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود 3-امتلاك حق تعديل عناصر العقد أساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك ، 4-التفرد بحق تفسير شرط أو عدة

شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار مطابقة العملية التجارية لمشروط التعاقدية -التزم المستهلك بتنفيذ إلتزاماته دون أن يلزم نفسه بها 5 ، رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل معه بالالتزام أو عدة الإلتزامات في ذمته 6 ، التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة 7 " تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير

55

متعسفا في استعمال حقه وبالتبعية يعتبر مخطئا خطر تقصيرا يستلزم قيام و هي حالة استعمال الحق بقصد بالأضرار بالغير، أو إذا كان يرمي لمحصل على فائدة قيمة ، مسؤوليته بالنسبة لضرر الناشئ لمغير، إضافة إلى فرضية الحصول على فائدة غير مشروعة، وله أن الغالب في الحالات التي جاءت بها المادة مكرر أنها تصلح للتطبيق على العلاقات ذات الطبيعة غير 124 التعاقدية مثل مضار الجوار غير المألوفة والتي تكيف على أنها وقائع مادية تثير المسؤولية التقصيرية بدليل أن المشرع الجزائري قد غير من موقع المادة وأدرجها 1 1885 من لقانون المدني قبل تعديل 41 بموجب نفس التعديل مباشرة بعد المادة . التي جاءت بالقاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية المادة 124

غير أن جانبا من الفقه وحتى القضاء ذهب إلى القول بضرورة التمييز بين الشرط التعسفي والتعسف في استعمال الشرط في حد ذاته والذي قد لا يتسم بطابع التعسف، بمعنى أن التعسف قد يكون علما وأن المسألة معقدة إذ يصعب التمييز في الشرط وقد يكون في طريقة استعمال الحق في حد ذاته¹

ومن الحالات العلمية التي قدر فيها القضاء أن الشرط ، بين الحالتين ان الحد الفاصل بينهما دقيق جدا غير تعسفي وانما استعماله هو الذي تم بطريقة تعسفية، الدعوى التي رفعتها فيدارلية الأطباء المقيمين لدولة ضد إدارة جامعة Québec حيث اعتبرت المحكمة أنه رغم وجود، " Montréal " مونتريالي شرط ضمني يجيز لإدارة الجامعة الزيادة النسبية في مصاريف التمدن بسبب تغير الأوضاع الاقتصادية، إلا أن زيادة المصاريف بنسبة تعتبر تعسفية، مفرطة وغير معقولة، إضافة إلى أن 250 % تطبيقا اقتصر على مجموعة من الأطباء المقيمين دون غيرهم وهو ما جعل من قرر الزيادة تعسفيا. وتتمي زها، الأمر الذي أفنق القاضي بتعديل قيمة الزيادة وخفضيا من 1.8 إلى 250 % التي تتناسب 1. والمستوى المعيشي

فالقاضي إذن متى تبين له أن العقد المعروف أمامه تجتمع فيه عناصر ومقومات عقد الإذعان خاصة ما يتعلق بمحل العقد كونه من الأمور الضرورية التي لا يمكن للمتعاقد الآخر أن يستغني عنها، مع وجود تعسف في شرط أو مجموعة شروط وقدر أن الظروف تقتضي أعمال سلطته الجوازية فإنه يتدخل

Natalie CROTEAU, le contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion et la notion de bonne foi, revue de droit (RDUS), université de Sherbrooke, 1995-1996, volume 26, numéro 2, p 425.

56

عن طريق مكنة التعديل، والتي مفادها الإبقاء على الشرط ذو الطبيعة التعسفية مع إزالة مظاهر ومثال ذلك في عقد العمل كرن يتضمن بندا مفاده التزام الأجير بدفع مبلغ مالي باهض ، التعسف عنه فإذا ما قدر القاضي أن هذا الشرط مشوب بسمة التعسف كان له ، كجزء عن خطر بسيط يرتكبه أن يتدخل للتخفيض من مبلغ العرامة المفروض على العامل وجعلها متناسبة مع بساطة الخطر .2. المرتكب ومن بين التطبيقات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الجزائرية في الموضوع الحالي نذكر القرار الصادر بتاريخ، 1131338 الصادر عن الغرفة المدنية تحت رقم والذي اعتبرت، 12 /84/1810 بموجبه أن اتفاقية إعادة الجدولة المبرمة بين الطرفين (البنك والمتعاقد معه) بتاريخ 1811/88/27 تدخل ضمن عقود الإذعان، وبالتالي تكون قد تضمنت شروطا تعسفية تجعل من تنفيذ الإلتزام التعاقدية منها و هو أن تفسخ الاتفاقية ويصبح الدين 13 مرهقا للمدين وخاصة ما نصت عليه المادة الإجمالي المعاد

جدولته مستحق الأداء ف وار وبقوة القانون بمجرد إرسال تبليغ عن طريق رسالة مضمنة وذلك في حالة عدم تنفيذ المدين اي بند من بنود الاتفاقية الحالية .

المطلب الثالث: دور القاضي في إعادة التوازن العقدي للعقد

من المسلم به أن القواعد العامة ، تضمنت في نصوص متفرقة مجموعة من القواعد القانونية التي تتضمن آليات و ميكانيزمات وضعها المشرع خصيصا من أجل حماية المتعاقد من الشروط التي تنسم بالطابع التعسفي، عندما يكون في مواجهة متعاقد في مركز أقوى منه.

وعلى غرار باقي التشريعات حاول المشرع الجزائري في القانون المدني الوقوف إلى جانب الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، نظرا لمظاهر الإجحاف والظلم التي كانت وماتزال تتولد عن مشكلة اختلال التوازن العقدي الناتج عن استغلال أحد طرفي العلاقة التعاقدية لضعف أو جهل أو عدم خبرة الطرف الآخر لدرجة أنه أصبح يفرض عليه شروطا ظالمة تنسم بالطابع التعسفي ولا تخدم سوى مصالحه، بحيث جاء المشرع ضمن القانون المدني بقواعد تعمل على استبعاد تلك الشروط التعسفية.

الفرع الأول: نظرية السبب لإعادة التوازن العقدي

وز للقاضي أن يقف على مصلحة الطرفين المتعاقدين، وأن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويظهر ذلك كتعبير عن سلطة القاضي في ايجاد حل /لائم للنازعات الناتجة عن العقود بهدف عادة التوازن الى الواجبات والحقوق المتبادلة.. ا تفادي زوال الروابط العقدية فالتوازن العقدي يدخل في مهمة القاضي المدني الذي يمكن له الوصول الى حل أكثر مطابقة لمصالح

57

المتعاقدين، حيث أن دور العدالة العقدية لا يمكن أن تكون أكثر فاعلية الا عند اعطاء القاضي سلطة امكانية التوازن العقدي والوقوف على النية الحقيقية للمتعاقدين والابتعاد عن الغموض والابهام الذي يشوب العقد، وبهذا الصدد يعبر عنه كذلك التدخل غير المباشر للمشرع لان هذا الاخير يتيح الفرصة للقاضي تعزيز محتوى العقد وتوسيع نطاقه، ويصطلح عليه كذلك تدخل القاضي لتطويع العقد، وهو من المصطلحات المتداولة بكثرة ويفيد في مجمله الى توسيع عمل القاضي بحيث لا يقتصر دوره على البحث ويتضح ذلك من خلال ، انما امتدت هذه المهمة الى تحديد النطاق الموضوعي للالتزام التعاقدية عنصرين:

اولا :اكمال العقد :يعرف على انه" وسيلة لمعالجة النقص الذي يشوب مضمون العقد وذلك بإضافة الالتزامات الى مضمونه الاصلي لتنظيم المسائل التفصيلية التي تركها المتعاقدان، او ليكون تنفيذ العقد 1- متفقا مع مبدا حسن النية وما يقتضيه من امانة في التعامل.

ما يفيد ان تكميل العقد يتجسد من خلال تطبيقه للقواعد العامة ذات الاتجاه الموضوعي، الذي يكرس دور المشرع الرقابي على العقد . 2- وعليه يتدخل القاضي في تكملة العقد بغرض تدارك النقائص التي شملته من خلال انشاء الالتزامات 3- لم يدرجها المتعاقدين والتي تنعكس بدورها على اثاره، من اجل انقاذ العقد مما قد يؤول اليه من بطلان حفاظا على مصالح المتعاقدين وتوافقا مع متطلبات النظام العام .

يستخلص من ذلك ان عمل القاضي على سد النقص الذي يشوب العقد من حيث كون الالتزامات التي رتبها شابها نقص، فيضيف القاضي التزامات الى مضمون العقد الاصلي، وهو ما يجسد الدور الايجابي للقاضي في أثار مضمون العقد وتكريسا لموضوعية الارادة التعاقدية،

ثانيا :تحويل العقد: يعتبر احد اوجه تدخل القاضي لإنفاذ العلاقة التعاقدية خلال عمل القاضي على الموازنة في النصوص القانونية والمبادئ العامة، فيقوم بتحويل البنود التعاقدية الباطلة بإسقاط البند المعيب واستبداله ببند سليم، او بتحويل البنود التعاقدية المجحفة بهدف اقامة عدالة 3. عقدية واعادة التوازن للعقد

اطروحة دكتور ، الوظيفة الاجتماعية للعقد ، نساخ فطيمة 1 جامعة الجزائر ، ه السنة ، كلية الحقوق ، 1 ص ، 2012، 190/ 2013 ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد، تصور جديد، حوليات جامعة الجزائر 2 ،القانون المدني بعد اربعين سنة، سلسلة خاصة بالملتقيات او 1 لندوات، العدد السنة، 05 ص ، 99 201 بديع بن عباس النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر ، مرجع سابق، ص 366 3 – 337

58

من خلال ما تقدم يمكن تسجيل تاريخ نسبي للحرية التعاقدية من حيث سيطرتها على مضمون العلاقة التعاقدية، مقابل اتساع دائرة القواعد الأمرة في إطار تطور النظام العام .
هذه الأخيرة تتجسد ، مقابل ذلك زحف للإدارة الموضوعية عن طريق سلطة خارجة عن الراد الاطراف كمنح القاضي سلطة في تطويع العقد وفقا ، بإحلال المشرع محل المتعاقد في صياغة بنود العقد لمقتضيات العدالة والقواعد الاخلاقية، وتماشيا مع متطلبات الواقع الاقتصادي والاجتماعي، فالعقد يخضع لمجموعة من القيود الاجتماعية والاقتصادية
بداية تجدر الإشارة إلى أن اللجوء إلى غياب السبب لتطبيق البطلان على بعض الشروط التي تتسم بالطابع التعسفي، يمكن أن يستفيد منه أي طرف متعاقد يكون قد تضرر من أحد تلك الشروط، سواء كان محترف أو مستهلك، وبالتالي يمكن القول أن نظرية السبب تصلح كألية عامة للحماية من الشروط التعسفية في العقود بشكل عام، وفي عقود الاستهلاك بشكل خاص.
والجدير بالذكر أيضا، أن البطلان لغياب السبب لم يكن مطبق من حيث المبدأ على الشروط التي لا تتضمن مقابلا خاصا، وكأن الأمر يحتاج إلى اجتهاد قضائي لكي يصلح غياب السبب كسند عام لإبطال الشروط المفرطة، أو على الأقل البعض منها، عن طريق قبول الاجتهاد لوجوب وجود مقابل خاص لكل التزام، في عقد ملزم للطرفين وهذه الطريقة في التعليل أي وجوب وجود مقابل خاص لكل التزام، تتيح في الواقع، إلغاء الشروط التحديدية للمسؤولية غير المعوض عنها بتخفيض مناسب في الثمن

أولاً: الاستناد التشريعي على إحدى نظريتي السبب

إن نظرية السبب وإن كانت من المسائل الشائعة والمعروفة ومن أكثرها تعرضا للدراسة والبحث، إلا أنها من المسائل الأكثر تعقيدا ، ولعل مرد ذلك هو التنازع الفقهي الذي ثار حول السبب كأحد أركان العقد ذلك أن هذا الأخير تحكمه نظريتين، الأولى تقليدية، وهي نظرية موضوعية تجعل السبب في العقود التبادلية هو التزام كل من المتعاقدين، فكل التزام من أحد المتعاقدين هو السبب في التزام المتعاقد الآخر، والسبب في عقود التبرع هو نية التبرع في حد ذاتها أي نية إسداء الجميل إلى المتبرع له، في حين يكمن السبب في العقود الملزمة لجانب واحد هو تسليم المحل.

59

ثانياً: اعتماد القاضي على نظرية السبب لإلغاء الشروط التعسفية

لكي يعتمد القاضي على نظرية السبب من أجل إعادة التوازن العقدي بإبعاد الشروط التعسفية عليه التسليم بفكرة انعدام السبب باعتبارها آلية قانونية تجد أساسها في النظرية التقليدية للسبب، والتي ترى بأن التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر، وتأخذ بعين الاعتبار المقابل الذي يحصل عليه كل شخص يترتب في ذمته التزام ما، وبالتالي فإن عدم وجود محل للالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب، الأمر الذي يؤدي إلى بطلان العقد، وفي مجال الشروط التعسفية فإن الشرط التعسفي غالبا ما يضع على عاتق الطرف الآخر التزاما لا يكون له مقابل حقيقي، وعلى هذا الأساس ألا يمكن للقاضي تقرير بطلان ذلك الالتزام لغياب السبب.

الفرع الثاني: نظرية الغبن لإعادة التوازن العقدي

الغبن في اللغة هو النقص، ويقصد به اصطلاحاً كون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر، أي حالة عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد، وبعبارة أخرى عدم التعادل بين ما يبذله المتعاقد وما يأخذه، وقد ينظر إليه من الناحية المادية، وهو ما يعرف بالغبن، وقد ينظر إليه من الناحية النفسية فيسمى استغلالاً¹.

والغبن في الفقه الاسلامي نوعان يسير وفاحش. أما الغبن اليسير فهو ما دخل تحت تقويم المقومين أي ما يتناوله تقدير الخبراء، وذلك في حدود عشرة في المائة مثلاً، كسواء شيء بمائة ثم يقدره الخبير بخمسة وتسعون مثلاً، وأما الغبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، أو تقدير الخبراء العارفين بأسعار الأشياء، كما هو الحال بالنسبة للغبن في بيع العقار الذي حددته بعض تشريعات الدول العربية، ومنها التشريع الجزائري بالغبن الذي يزيد عن الخمس.

ويجوز للقاضي أن يقف على مصلحة الطرفين المتعاقدين، وأن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويظهر ذلك كتعبير عن سلطة القاضي في ايجاد حل ملائم للنازعات الناتجة عن العقود بهدف إعادة التوازن الى الواجبات والحقوق المتبادلة. لتفادي زوال الروابط العقدية و إعادة التوازن الى الواجبات و الحقوق المتبادلة، فالتوازن العقدي يدخل في مهمة القاضي المدني الذي يمكن له الوصول الى حل أكثر مطابقة لمصالح المتعاقدين، حيث أن دور العدالة العقدية لا يمكن أن تكون أكثر فاعلية الا عند اعطاء القاضي سلطة امكانية التوازن العقدي والوقوف على النية الحقيقية للمتعاقدين والابتعاد عن الغموض والابهام الذي يشوب العقد.

وبهذا الصدد يعبر عنه كذلك التدخل غير المباشر للمشرع لان هذا الاخير يتيح الفرصة للقاضي تعزيز محتوى العقد وتوسيع نطاقه، ويصطلح عليه كذلك تدخل القاضي لتطويع العقد، وهو من المصطلحات المتداولة بكثرة ويفيد في مجمله الى توسيع عمل القاضي بحيث لا يقتصر دوره على البحث انما امتدت هذه المهمة الى تحديد النطاق الموضوعي للالتزام التعاقدية، ويتضح ذلك من خلال **عنصرين:**

اولاً: اكمال العقد: يعرف على انه " وسيلة لمعالجة النقص الذي يشوب مضمون العقد وذلك بإضافة الالتزامات الى مضمونه الاصلي لتنظيم المسائل التفصيلية التي تركها المتعاقدان، او ليكون تنفيذ العقد متفقاً مع مبدأ حسن النية وما يقتضيه من أمانة في التعامل²

بما يفيد ان تكميل العقد يتجسد من خلال تطبيقه للقواعد العامة ذات الاتجاه الموضوعي، الذي يكرس دور المشرع الرقابي على العقد³

وعليه يتدخل القاضي في تكملة العقد بغرض تدارك النقائص التي شملته من خلال انشاء التزامات لم يدرجها المتعاقدان والتي تنعكس بدورها على اثاره، من اجل انقاذ العقد مما قد يؤول اليه من بطلان³ حفاظاً على مصالح المتعاقدين، وتوافقاً مع متطلبات النظام العام .

1- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص83

2- بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، صحة العقد والاستقراء التعاقدية، الطبعة الاولى مجمع الاطرش للنشر و التوزيع، تونس، 2017، ص253

3- بنساح فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012/2013، ص190

3- ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد، تصور جديد حوليات جامعة الجزائر1، القانون المدني بعد أربعين سنة، سلسلة خاصة بالملتقيات و المنتديات، العدد05، 2001، ص99.

ويستخلص من ذلك ان عمل القاضي على سد النقص الذي يشوب العقد من حيث كون الالتزامات التي رتبها شابها نقص، فيضيف القاضي إلتزامات الى مضمون العقد الاصلي، وهو ما يجسد الدور الايجابي للقاضي في إثراء مضمون العقد وتكريسا لموضوعية الإرادة التعاقدية التعاقدية.

ثانيا : تحوير العقد: ويعتبر أحد أوجه تدخل القاضي، لإنقاذ العلاقة التعاقدية ويظهر هذا التدخل من خلال عمل القاضي على الموازنة في النصوص القانونية و المبادئ العامة ، فيقوم بتحويل البنود التعاقدية الباطلة و بأسقاط البند المعيب و استبداله ببند سليم ، كما هو الحال ايضا بالنسبة للبنود المجحفة بهدف اقامة عدالة عقدية و إعادة التوازن للعقد.¹

1 -بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، صحة العقد والاستقراء التعاقدية، الطبعة الاولى مجمع الاطرش للنشر و التوزيع ،تونس،2017،ص253

خلاصة الفصل الثاني:

إذن من خلال ما سبق تناولنا الوسائل القانونية التي يمتلكها القاضي بغية الحماية القضائية للمتعاقد في مرحلة ابرام العقد التي من شأنها توفير حماية للمتعاقد مع الإدارة أو مع أطراف آخرين ، والآليات ومنه توفير أمن قضائي يشجع المتعاملين إلى ابرام العقود مع الإدارة، ، و لتجسيد هذه الحماية منح للقاضي دور في تحقيق التوازن العقدي والوقوف على تعديل العقد ويظهر ذلك من خلال مرحلتين متميزتين أولهما مرحلة ابرام العقد وتكوينه ثانيهما تنفيذ ذلك العقد، ففي المرحلة الاولى يمكن للقاضي أن يعدل العقد برمته أو يعدل جزءا منه متى رأى أنه يحمل في طياته بنودا توصف بأنها شرط تعسفي أو يتضمن غبنا أو

استغلالاً بالنسبة لأحد المتعاقدان وبالتالي يكون من شأن هذه الأمور إحداث خلل في التوازن بين المراكز القانونية للأطراف التي كونته، ومن ثم فإن سلطة القاضي في التعديل قد تقتصر على إبطال العقد، متى وجد أن هناك ما يبرر هذا الإبطال أو على إزالة الغبن الذي شابته فينقص من التزامات الطرف المغبون.

كما أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية هي سلطة خاضعة لرقابة القاضي الإداري مهما كان نوع الجزاء الموقع على المتعاقد، و تشمل رقابة القضاء مشروعية القرار الصادر من الإدارة أو الانحراف بالسلطة كما ، بتوقيع الجزاء سواء من ناحية الاختصاص أو الشكل أو مخالفة أحكام القانون فيقدر هنا القضاء وقوع الخطأ ومدى تناسب الجزاء مع الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد ، و بذلك تشمل الرقابة على الأسباب التي دفعت الإدارة لاتخاذ هذا القرار الجزائي.

فإلى جانب نظريتي السبب والغبن اللتان يمكن للقاضي الاستناد عليهما للفصل في المنازعة القضائية المتعلقة بمكافحة الشروط التعسفية، التي أدت إلى إحداث اختلال ظاهر في توازن العقد المبرم بين الطرفين، باعتبار أن النظريتين عبارة عن آليات قانونية وردت ضمن قواعد الشريعة العامة، فإن الأحكام المتعلقة بعقد الإذعان وكذا تلك المتعلقة بمبدأ حسن النية، والواردة هي الأخرى في القانون المدني تشكل بدورها آليات قانونية يمكن للقاضي الاعتماد عليها في استبعاد الشروط التي قد تتسم بالطابع التعسفي وترهق ذمة المستهلك، بما يؤدي إلى اختلال التوازن في عقد الاستهلاك و بالتالي يمكن للقاضي استخدام السلطة المخولة له في إعادة العقد إلى توازنه القانوني .

خاتمة

في ختام هذا العمل المتواضع، حاولنا إبراز فكرة الحماية القضائية للعقد و كذا سلطة القاضي في التدخل فيه معتمدين في ذلك أسلوب العرض العلمي والتحليل، بهذا الصدد مع التأكيد على فكرة الحقوق المكفولة لكل طرف في هذا العقد و إبراز أهم الحالات القانونية التي خول من خلالها المشرع، للقاضي في التدخل في مضمون العقد دون المساس بجوهره الذي أنشأ من أجله و دون الانتقاص من أركانه . وهذا التدخل من طرف القاضي مكفول في مختلف النصوص القانونية، لذلك قد يجد القاضي نفسه أمام ظروف استثنائية تسمح له بتعديل العقد أو بالتدخل بإعادة التوازن المالي أو الاقتصادي له لضمان حماية العلاقة التعاقدية متى كانت واضحة، ومع تدخل الدولة و اهتمام معظم التشريعات بفكرة تدخل القاضي في مضمون العقد و تبلور مبدأ العدالة التعاقدية من خلال مراقبة الشروط التعسفية، و الغبن و الاستغلال والاختلال العقدي نتيجة للظروف الطارئة، إذن القاضي يملك إطاراً تشريعياً في تنظيم العقد تماشياً مع الضوابط القانونية التي يفرضها هذا المجال ولا يعد هذا إقصاء للإرادة بصفة مطلقة كما هو الحال في العقود المتعلقة بحماية العقود الاستهلاكية، و غيرها من العقود .

و بالتالي فان سلطة القاضي تسمح بتعديل بعض الشروط التي تكون مرهقة للطرفين . و يكون إما بالتعديل او بالإلغاء ، و بالتالي فإن الغموض الذي ينشأ في بنود العقد لا يمكن أن يلغي أثره، و هذا ما جاء في القاعدة التي تقول " إعمال العقد خير من إهماله".

ومن خلال دراستنا للموضوع توصلنا إلى مجموعة من النتائج:

1. العقد وسيلة هامة لسهيل العلاقات بين الافراد و اضعاف الطابع الرسمي على المعاملات و الاتفاقات التي يقومون بها و هذا ضمانا لتنفيذ التزاماتهم، و المحافظة على الحقوق ، و كذا للتقليل من النزاعات أو المشكلات التي قد تحصل بين الأطراف ، فاهتمام الفقهاء بمضمون العقد دفع بهم إلى الكتابة الرسمية للعقود باعتبارها وسيلة أثبات و ركن في العقد متى توفرت الشروط المطلوبة لسلامة العقد .
2. نص المشرع على قاعدة قانونية تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين في المادة 106 من القانون المدني الجزائري ، مقرا بذلك بمبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد و هذا تكريسا لمبدأ حسن النية و حرية التعاقد، لذلك هذه القاعدة تفرض نسها على القاضي اذ لا يجوز له أن ينتقص شروط العقد لان العقد هنا بمثابة القانون في تنظيمه لعلاقة المتعاقدين .

3- بالرغم من القاعدة العامة التي تقضي بتكريس مبدأ سلطان الإرادة و حرية الاطراف في تصرفهم القانوني بموجب العقد المبرم بينهما إلا أن المشرع أقر استثناءات على هذا الأصل وهذا ما انفرد به القاضي من حرية و حق التدخل في هذه الارادة و تصويبها و تعديلها ضمانا للحفاظ على الحقوق و الالتزامات الناتجة عن العقد ، لذلك شرع المشرع في عدة نصوص سلطة للقاضي في التدخل في تعديل الشروط التعسفية في عقود الاذعان، وفقا لقواعد القانون و العدالة. كما حق للقاضي في تعديل الاتفاق على قدر التعويض في الشرط الجزائي. أما في حالات اخرى و بناء على نص في القانون يجيز فيها القانون أن ينفرد أحد المتعاقدين بإنهاء العقد كما في حالة عقود الوكالة ، اذ يجوز للموكل إنهاء الوكالة بما يتفق مع مصالحه.

4- تخضع العقود الإدارية لنظام قانوني مختلف و مغاير للنظام القانوني الذي يحكم عقود القانون الخاص. ولهذا فإن الإدارة لا تتخلى عن صفتها كسلطة عامة عندما تبرم عقداً إدارياً مع احد أشخاص القانون الخاص بل تبقى محتفظة بكامل صفتها الأصلية وجميع اختصاصاتها ومسؤولياتها كسلطة عامة تعمل على تحقيق الصالح العام وتسعى إلى تنظيم المرافق العامة

وإدارتها، ورغم أن الإدارة تتمتع بسلطات وامتيازات واسعة فإن القضاء الإداري حاول أن يحد منها سعياً إلى إقرار توازن بين سير المرفق العام الذي تهدف إليه الإدارة من جهة، وبين حماية حقوق المتعاقدين مع الإدارة من جهة ثانية .

فالصورة المثالية لانتهاه العقد الإداري تتمثل بأن يقوم كلا طرفي العقد بتنفيذ كامل الالتزامات الملقاة على عاتقهم، وإلا فإن أي إخلال يمكن أن يثير مسؤولية الطرف المقصر، وبذلك يكون سبباً لانتهاه العقد قبل الأوان. كون أن أساس فكرة العقد الإداري تتمثل على الالتزامات المترابطة في العقود الملزمة للجانبين فالعقد الإداري يولد التزامات مترابطة ومتقابلة و من الطبيعي أن عدم قيام أي من الطرفين بتنفيذ التزامه يعد مبرراً للطرف الآخر لإنهائه.

3. يتفق القضاء الجزائري مع القضاء الفرنسي في أن سلطة الإدارة في إيقاع جزاء الفسخ هي سلطة مستقلة قائمة بذاتها تستطيع الإدارة ممارستها حتى في حالة عدم الإشارة إليها في النصوص العقدية أو القانونية أو اللائحية.

إنهاء العقد الإداري وسيلة لانحلال العقد من دون أن يصدر من جانب المتعاقد أي خطأ يسوغ

فسخ العقد إذ قد تقتضي متطلبات المصلحة العامة ضرورة إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد تعويضاً عادلاً. أما الفسخ فيتطلب صدور خطأ من جانب المتعاقد وقد يقترن الفسخ بتعويض المتعاقد أو من دونه

الإدارة ملزمة بالالتزام في مباشرتها لسلطة التعديل الحدود القصوى للتعديلات المسموح بها، والتي تنص عليها دفاتر الشروط العامة أو العقد، وألا يؤدي مباشرة الإدارة لهذه السلطة إلى حد قلب اقتصاديات العقد بحيث يجد المتعاقد نفسه أمام عقد جديد غير ما تم الاتفاق عليه مقدماً في العقد.

-إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدية ان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق يقع على خلاف ذلك.

قائمة

المصادر و المراجع

القرآن الكريم

سورة البقرة الآية 282

المعاجم:

معجم المعاني ، الجامع للغة العربية ، عربي ، عربي

الكتب:

- 1- علي فيلاي الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر، الجزائر، ط2010
- 2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون طبعة
- 3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني -مصادر الالتزام-، دار النهضة العربية القاهرة، 2004 .
- 4-محفوظ بن حامد لشعب، عقد الإذعان في ق.م. ج ، والمقارن ب ط ، المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر
- 5-محمد علي البدوي ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ، ج 1 ، ط2، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس (ليبيا).
- 6- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد التجارية والمدنية دراسة تحليلية وتطبيقية دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط2002،
- 7- عبد المدين لطفي جمعة موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية الناشر عالم الكتب القاهرة، ط1979
- 8-ناصر لباد : القانون الإداري ، النشاط الإداري – الجزء الثاني – الطبعة الأولى – سنة 2004

9-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1991

10-جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي العقود الإدارية، د د ن، د ن ، 2001 ، 2002

11-السيد فتوح محمد هندأوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2016

12- أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري دراسة مقارنة في ضوء القوانين والقرارات والأحكام والفتاوى الصادرة بدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، مصر ، دار النهضة العلمية، الإمارات، 2016

13- ماهر صالح علاي، الوسيط في القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد، 2009

14- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007

15- حسام الدين كامل الأهواني : النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، المجلد الأول ، المصادر الإرادية ، ط3، 2000. 5 حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد، ط1، 1949

16- حمدي عبد الرحمان ، الوسيط في نظرية الالتزام ، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية 1999

17- بودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، ط. 01، 2007

18- عبد الفتاح عبد الباقي من موسوعة القانون المدني ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، 1984

19- محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ن القاهرة ، 2002

20- محمد حسن قاسم، القانون المدني، التزامات (المصادر)، ج 1، العقد، المجلد الثاني، (آثار العقد، جزاء الإخلال بالعقد)، ط02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018

68

21- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 1999

22- نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ن الاسكندرية ، 2004

23- محمد عبد الجواد، شرط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة مجلة القانون والاقتصاد، 1963، العدد 04

24- إسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، 1968

25- محمد عبد الرحيم عنبر ، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة ، 1987

26- جلال على العدوي : أصول الالتزامات (مصادر الالتزام) ، منشأة المعارف ، 1997

27- جلال على العدوي : أصول الالتزامات (مصادر الالتزام) ، منشأة المعارف ، 1997

28- السعدي محمد صبري ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول ، العقد والارادة المنفردة ، الطبعة الثانية ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2004.

29- عمار بوضياف ، القانون المدني في ضوء اجتهاد المحكمة العليا ، جسور للنشر و التوزيع ، الطبعة الاولى، 2015 .

- 30- د/محمد بشير، المبادئ الأساسية للتوثيق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2020.
- 31- د/ عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني -البيع و الايجار، دار الثقافة للنشر و التوزيع ردمك، 2014.
- 32- د/ محمد حسن قاسم، القانون المدني، (العقود المسماة)، منشورات الحلبي، لبنان 2007.
- 33-رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الإلزامية للعقد، عرض لفكرة ملائمة العقد للظروف الاقتصادية، دكتوراه جامعة عين شمس .
- 34- عبد الفتاح عبد الباقي، من موسوعة القانون المدني، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، 1984.

69

- 35- محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، 2002.
- 36- محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.
- 37- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية 1999.
- 38-نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2004
- 39-محمد عبد الجواد، شرط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة مجلة القانون و الاقتصاد، 1963، عدد:04
- 40- محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، 1987.
- 41-بيو خلاف، الموازنة بين مصالح الطرفين أثناء تنفيذ العقد، مقال مجلة أبحاث قانونية و سياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، العدد السادس، جوان 2018.
- 42- فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الكتاب الاول التنظيم الاداري و النشاط الاداري، ط1 مكتبة زين الحقوقية و الادبية -بيروت -لبنان-2004.
- 43- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015/2014
- 44-محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، الفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، باتنة 2011/2012
- 45- سلامة عزت عبد المحسن، نحو تكييف حديث للإذعان (في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي 2016 و التطبيق على التعاقد الالكتروني) مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، العدد 20ديسمبر 2019.
- 46- محفوظ بن حامد لشعب، عقد الإذعان في ق.م.ج و المقارن، ب.ب. المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر .

- 47- محمد علي بدوي ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ، ج1، ط2 منشورات الجامعة المفتوحة ، طرابلس (ليبيا) .
- 48-مدغش و دحمان ، موسوعة شرح القانون المدني الاردني ، موسوعة شرح القانون الاردني ، الجزء الخامس ،
- 49- سعيد سعد عبد السلام (1952) ، التوازن العقدي في نطاق عقود الاذعان، دار النهضة، القاهرة.
- 50- د/ قاشي علال ، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري و الشريعة الاسلامية ، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، المجلد 04 العدد 2019.
- 51- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري ، الفقه الاسلامي ، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة ، 2012
- 52- بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، 2015
- 53- عبد المدين لطفي جمعة موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية الناشر عالم الكتب القاهرة ، ط 1979
- 54-حازم طاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخير المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير ، كلية الدراسات نابلس، فلسطين، 2011
- 55- محمد فاروق عبد الله ، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين مفهومين التقليدي و الاشتراكي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1987 رسالة ماجستير ، كلية فلسطين ، 2011
- 56-ناصر لباد ، القانون الاداري ، النشاط الاداري -الجزء الثاني -الطبعة الاولى سنة 2004 ،
- 57- سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الفكر العربي ، طبعة الخامسة ، 1991
- 58- جمال عثمان جبريل ، ابراهيم محمد علي ، العقود الادارية ، ددن، دد، 2001 2002

- 59- عبد المنعم الضوى ، السلطة العامة في مواجهة الافراد عبر القانون و العقد و القرار الاداري، مكتبة الوفاء القانونية ، 2016
- 60- بكر عصمت ، نظرية الظروف الطارئة و دور القاضي في تطبيقها ، المكتبة الوطنية، بغداد 1993
ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الاداري مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2009
- 61- أنور سلطان الالتزام في القانون المدني الاردني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى دار الثقافة للنشر و التوزيع الاردن ، 2007
- 62- بديع بن عباس ، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر ، صحة العقد و الاستقرار التعاقدية ، الطبعة الاولى ، مجمع الاطرش للنشر و التوزيع ، تونس ، 2017

3.المذكرات :

- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، باتنة، 2012، 2011،
- رشيدة بومعزة ، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2003/2002.
- محمد عبد العزيز بن سعد اليميني ، الشرط الجزائي و أثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، اليمن
- سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة- وهران، 2011 / 2010
- رشوان حسن رشوان أحمد ، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الإلزامية للعقد (عرض لفكرة ملائمة العقد للظروف الاقتصادية ، دكتوراه جامعة عين شمس
- علي مصبح صالح الحيطه ، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد ، رسالة ماجستير في القانون الخاص جامعة الشرق الاوسط ، 2011
- اطروحة دكتوراه، الوظيفة الاجتماعية للعقد ، نساخ فاطمة 1 جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2012

القوانين :

- القانون المدني ، قانون رقمك07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، دار بلقيس للنشر ، الجزائر ، 2020
- القانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المنظم لمهنة التوثيق
- المحكمة العليا، الغرفة العقارية ، قرار بتاريخ: 2012/06/14، ملف 716159، مجلة قضائية ، العدد 204
- حكم المحكمة الاتحادية العليا بدولة الامارات العربية المتحدة في الطعن رقم: 89 سمة 10 قضائية ، بتاريخ 20،1988، نقلا عن أحمد جمعة نور محمد البلوشي .

المحاضرات:

- عصام هزيمة، العقد كمصدر من مصادر الالتزام ، البيئة القانونية للأعمال ،
- مجيدي فتحي ،محاضرات بعنوان مقياس الالتزامات ، موجهة للسنة الثانية ، جامعة زيان عاشور ، دون تاريخ،
- محاضرات في المالية العامة ، ثانية ليسانس (LMD) علوم مالية و محاسبة ، المركز الجامعي عبد الحميد بولصوف ، ميله

المراجع بالأجنبية

Natalie CROTEAU, le contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion et la notion de bonne foi, revue de droit (RDUS), université de Sherbrooke, 1995-1996, volume 26, numéro 2, p 425



الصفحة	المحتوى
	شكر و عرفان
	الإهداء
أ- ب	مقدمة

الفصل الأول: الاطار المفاهيمي لمضمون العقد

01	تمهيد الفصل الأول
02	المبحث الأول: مفهوم العقود واسباس القوة الملزمة لها
02	المطلب الأول: تعريف العقود و طبيعته القانونية ، الخصائص و الاركان
04-02	الفرع الأول: تعريف العقد
06-04	الفرع الثاني: خصائص العقد وأركانه
06	المطلب الثاني: تقسيمات العقود وتصنيفاتها
07-06	الفرع الاول: العقود من حيث تكوينها
08-07	الفرع الثاني: العقود من حيث طريقة تنظيمها
08	الفرع الثالث: العقود من حيث تكييفها
09-08	الفرع الرابع: العقود من حيث إلزاميتها للأطراف (أثار العقد)
09	الفرع الخامس: العقود من حيث تبادل العطاءات
09	الفرع السادس: العقود من حيث قيمتها
011-10-09	الفرع السابع: العقود من حيث التنفيذ
012	المبحث الثاني: النظرية الشخصية في العلاقة التعاقدية
013-012	المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة
014-013	المطلب الثاني: إشكاليات قصور مبدأ سلطان الإرادة
015-014	المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائي من النظرية الشخصية
015	المبحث الثالث: النظرية الموضوعية في العلاقة التعاقدية
017-016-016	المطلب الأول: تحديد موضوع العقد في الظروف الطارئة
017	المطلب الثاني: تحديد موضوع العقد في الظروف الاستثنائية
019-018-017	الفرع الاول: تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية
019	الفرع الثاني: التأصيل القانوني للنظرية
019	المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائي من النظرية الموضوعية
020	خلاصة الفصل الاول

الفصل الثاني: الحماية القضائية للمتعاقد في مرحلة ابرام العقد

021	تمهيد الفصل الأول
022	المبحث الأول: سلطة القاضي المدني في حماية المتعاقد
023-022	المطلب الأول: دور القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن و الاستغلال
023	الفرع الأول: تعريف الغبن و الاستغلال
024	الفرع الثاني: التمييز بين الغبن و الاستغلال
025-024	الفرع الثالث: عناصر و جزاء الاستغلال
026-025	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان
027-026	الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان الفرع الثاني: تعريف عقد الإذعان
030-029	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان
-032-031-030 033	الفرع الرابع: دور القاضي في تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان
033	المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
034-033	المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي
036-035-034	الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي لغة واصطلاحا
-038-037-036 039	الفرع الثاني: تدخل سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي
040-039	الفرع الثالث: سلطة القاضي على شروط استحقاق الشرط الجزائي
041-040	المبحث الثاني: سلطة القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة
041	المطلب الأول: تعريف العقود الإدارية وانواعها
041	الفرع الأول: تعريف العقود الإدارية
044-043-042	الفرع الثاني: أنواع العقود الإدارية
045-044	المطلب الثاني: مجال الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة
045	الفرع الأول: مضمون سلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه

047-046	الفرع الثاني: الحالات الموجبة للحماية من تجاوزات الادارة في حق الرقابة و التوجيه
048-074	الفرع الثالث: الجزاءات التي توقعها الادارة بنفسها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء
049-048	الفرع الرابع: خضوع الادارة لرقابة القضاء في توقيع الجزاء
050-049	المبحث الثالث: سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي اثناء ابرام العقد
050	المطلب الأول: إشكالية اختلال توازن العقد في ظل احكام العقد المدني
051-050	الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة كسبب لاختلال التوازن العقد
052-051	الفرع الثاني: الشرط الجزائي كسبب لاختلال التوازن العقدي
052	المطلب الثاني: تدخل القاضي في معالجة التزامات المتعاقدين بسبب الشروط التعسفية في العقد
052	الفرع الأول: مضمون معيار الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الاطراف
-054-053-052 057-56-55	الفرع الثاني : تقييم معيار الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الاطراف
057	المطلب الثالث: دور القاضي في إعادة التوازن العقدي للعقد
-059-058-057 60	الفرع الأول: نظرية السبب لإعادة التوازن العقدي
062-61-060	الفرع الثاني: نظرية الغبن لإعادة التوازن العقدي
063	خلاصة الفصل الثاني
66-65-064-	خاتمة
-70-69-68-67- 73-72-71	قائمة المراجع والمصادر
	الفهرس
	ملخص الدراسة

ملخص الدراسة:

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام ،و يكتسب القوة الملزمة له، بموجب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و الأصل أنه لا يجوز لاحد الأطراف القيام بتعديله او انهاءه بالإرادة المنفردة ، لكن أحيانا قد يتدخل القاضي في مضمون العقد في مرحلة تكوينه أو عند تنفيذه، بهدف حماية المتعاقد من خلال تعديل أو إعفاء أحد الاطراف من مجموعة الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو في حالات الاستغلال، للطيش او عدم الادراك أو عدم الخبرة و هنا يجوز للقاضي أن يبطل العقد اذا كان العقد بدون عوض أو تعديله من خلال رفع الغبن عن الطرف الذي لحقه غبن فاحش ، اذا كان العقد بعوض، كما للقاضي الحق في التدخل في الظروف الاستثنائية العامة التي لم تكن في الحسبان و احدثت أضرار اذا اصبح التزام الطرفين مرهقا، في هذه الحالة يجوز للقاضي التدخل في العقد لا عادة التوازن للعقد، كما للقاضي الحق في التدخل في حالة لم يقدر المدين تنفيذ التزامه و تسمى بقاعدة الميسرة، و تبقى هنا السلطة التقديرية للقاضي ، وحسب شروط معينة، أما الحماية القضائية لأطراف العقد الاداري، فتتطلب الإلمام بكل جوانبه لكونه يختلف عن عقود القانون الخاص ،لا نه يسعى إلى تحقيق متطلبات المصلحة العامة، و ضمان سير المرفق العام عكس عقود القانون الخاص الهادفة لتحقيق مصالح ذاتية حتى و لو كان المتعاقد متعاون في تحقيق الصالح العام.

- ان انتقاد فكرة الإرادة المنفردة يعني نقص حتمي في تنظيم العقود، و عجزها عن حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي تبنى من خلالها الفقهاء ،مبدأ حسن النية أو ما يسمى بـ **شرف التعاقد** لكن المقاربات الواقعية أسست الى فكرة النظام العام و كانت تمهيدا لتدخل القاضي في مضمون العقد بهدف حماية المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد من خلال إعادة التوازن المالي للعقد و بالتالي تجسيد مبدأ الامن القانوني للعقود.

باللغة الأجنبية:

Study Summary:

The contract is considered one of the most important sources of obligation or acquires binding force for the parties according to the principle of the validity of contracts. In principle, it is not permissible for one of the parties to modify or terminate it by unilateral will. However, the judge may intervene during the contract's formation stage or during its execution, aiming to protect the contract parties by means of suspending or invalidating the contract due to a set of circumstantial or unforeseen conditions, or in cases of exploitation of one of the parties who lacks awareness or experience. In such cases, the judge may void the contract or modify it without compensation for the party requesting annulment, as long as the other party was not negligent. This applies even if the judge intervenes in the contract and causes harm if such an intervention occurred under exceptional circumstances that were unforeseen at the time of contract formation and if there was no fault from the parties.

In such a case, the judge may intervene to restore balance to the contract, giving rise to the right to intervene in implementing the obligations. This is known as the theory of unforeseen circumstances. It remains within the judge's discretionary authority, based on certain conditions, to protect the parties of the contract from administrative abuse. However, the theory is unique as it seeks to achieve public interest requirements and ensure a balance between private law contracts aimed at achieving private interests, even if the parties deviate from realizing the public interest.

The idea of unilateral will means a deficiency in contract organization and an inability to protect the weaker party in the contractual relationship. This is what the jurists termed as the concept of good faith, also known as the honor of the contract. However, realistic approaches were established with the general system's vision and were a prelude to judicial intervention in the contract's provisions, aiming to protect the parties during the formation stage by restoring financial balance and thus realizing the legal security of the contract.