

جامعة عمار ثليجي الأغواط
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

التوازن العقدي في القانون المدني الجزائري

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانون : تخصص عقود و مسؤولية

تحت إشراف الأستاذ :
د/بن قسمية العربي

إعداد الطلبة :

1/ شداد سامية
2/ دويس أميرة مروة

لجنة المناقشة:

الأستاذ:.....بطيمي حسين.....رئيسا
الأستاذ :.....بن قسمية العربي.....مشرفا و مقرا
الأستاذ :.....بوفاتح أحمد.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2018/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر و تقدير

قال الله تعالى : (رب اوزعني ان اشكر نعمتك التي انعمت علي و على والدي وان اعمل صالحا ترضاه

وادخلني برحمتك في عبادك الصالحين) - سورة النمل اية 19 .

بداية نحمد الله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه ، ان اعاننا على هذا العمل ، و نتقدم بجزيل الشكر و عظيم

التقدير و الاحترام للأستاذ الفاضل : " بن قسمية العربي " الذي تفضل بالإشراف على هذا العمل و

اتباعه بعناية من خلال التوجيهات القيمة و النصح الذي كان دعما لنا فبارك الله فيه وجزاه عنا كل خير

، كما لا ننسى شكر كل من الاساتذة المحترمين الذين رافقونا طيلة مشوارنا الدراسي منذ الطور الابتدائي

الى الجامعي، كما نقدم تشكراتنا الى الدكتور بطيمي الحسين و الدكتور بوفاتح احمد اللذان شرفانا بقبول

مناقشة هذه المذكرة ، و الدكتور بن الزويبر عمر والدكتور التاج عطاء الله و الدكتورة عكاكة فاطمة

الزهراء و الى كل من امدنا بيد المساعدة من قريب او من بعيد و منحنا الثقة لإنجاز هذا العمل .

اهداء

إلى من أكن له الهيبة و الوقار و أحمل إسمه بكل إفتخار إليك يا من منحني الاشياء الجميلة في حياتك

إليك أيها الغالي

إليك يا رمز الصمود و المثابرة و العطاء " ابي الحبيب " حفظك الله و رعاك

الى من قال فيها رسول الله صلى الله عليهم وسلم : " ان الجنة تحت قدميها"

الى سر الوجود و روعة الحياة و جواهرها

الى التي سهرت الليالي الآلامى و شاركتني آمالي واحلامي الى امي الحبيبة

حفظها الله

الى قرة عيني و احبتي اخوتي حفظهم الله لي

رفيقة و نجوى و عبد الكريم و محمد

الى كل من احبهم ، والى كل صديقاتي و اصدقائي الى زميلاتي و زملائي من طور ليسانس حتى طور

الماستر

اهداء

الى من اكن له الهيبة و الوقار و احمل اسمه بكل افتخار اليك يا من منحني الاشياء الجميلة في حياتك

اليك ايها الغالي

اليك يا رمز الصمود و المثابرة و العطاء " ابي الحبيب " حفظك الله و رعاك

الى من قال فيها رسول الله صلى الله عليهم وسلم : " ان الجنة تحت قدميها "

الى سر الوجود و روعة الحياة و جواهرها

الى التي سهرت الليالي الآلامى و شاركتني آمالي واحلامي الى امي الحبيبة

حفظها الله

الى قرّة عيني و احبتي اخوتي حفظهم الله لي

و ابنتاي فاطمة الزهراء و بيان

والى زوجي الكريم

الى كل من احبهم ، والى كل صديقاتي و اصدقائي الى زميلاتي و زملائي من طور ليسانس حتى طور

الماستر

مقدمة

بعد تنوع المعاملات بين الأشخاص في شتى مجالات الحياة الاجتماعية و الاقتصادية ، مما جعل ضرورة ملحة في تنظيم هذه العلاقات بضوابط قانونية تحمي الحقوق و تقرر الالتزامات في إطار ما يسمى بالعقود ، من خلال قواعد عامة تنظمها نظرية الالتزام التي عالجها القانون المدني ضمن الكتاب الثاني ، وباعتبار العقد من أهم المصادر المنشئة للالتزام و العقود تنوعت حسب الغرض في كل منها ،بين عقود مسماة و أخرى غير مسماة واتجاه رغبة الأفراد في جعل أغلب العقود تمتاز بالرسمية خاصة فيما يتعلق بالعقار حيث فرض المشرع إجراءات خاصة لهذه العقود الرسمية و التي سميت بالشكلية ، و باعتبار العقد تصرف قانوني يخضع للنظام و الآداب العامة مقيد بمبدأي سلطان الإرادة و القوى الملزمة للعقد كان لابد من تحديد أركانه و شروطه حيث أنه متى تحققت أركان العقد من رضا و محل و سبب و الشكلية في بعض العقود نشأ العقد صحيحا و أنتج آثاره بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير.

إلا أنه قد يحدث و أن يصبح العقد قابلا للإبطال إذا شاب إرادة أحد الأطراف عيب من عيوب الرضا كالغلط و الاستغلال و الإكراه أو التدليس أو كانت إرادته قد غلت بسبب قوة قاهرة أو بسبب أجنبي و بحادث طارئ، الأمر الذي قد يحول دون تنفيذ العقد بما اشتمل عليه أو أن التنفيذ أصبح مستحيلا ، مما يحدث تفاوتاً في التزامات بين الأطراف فيفقد العقد ما يسمى بالتوازن العقدي و هي المسألة التي جعلت المشرع يمنح للقاضي سلطة تقديرية بعد طلب من الطرف المغبون بأن يتدخل في العقد ليعيد له توازنه.

حيث يسمى هذا التفاوت بين أطراف بإختلال التوازن العقدي ، و يعتبر التوازن العقدي من المواضيع الحديثة رغم من جذوره التاريخية الممتدة في الشرائع القديمة، و يختلف التوازن العقدي عن التوازن المالي للعقد الإداري من حيث النطاق فيشمل مفهوم التوازن العقدي محل الدراسة كافة عقود المعاوضة المدنية و التجارية و الإدارية، و بالتالي ففكرة التوازن المالي للعقد الإداري ماهي إلا تطبيقاً من تطبيقات التوازن العقدي، و يختلفان كذلك من حيث الطبيعة ، ففي التوازن العقدي قد يحدث الإختلال في مرحلة الإبرام بسبب الإستغلال، أو يكون الطرف الآخر أقوى إقتصادياً مثل في عقود الإذعان، وقد يخل كذلك في مرحلة التنفيذ، عكس التوازن المالي للعقد الإداري، يخل في تنفيذ العقد فقط، أما من حيث الأثر ففكرة التوازن المالي للعقد الإداري تستهدف تعويض مع الإدارة، بينما يهدف التوازن العقدي إلى تصحيح التوازن المختل.

ونجد فكرة التوازن العقدي في الشريعة الإسلامية، حيث جاء في القرآن الكريم آيات تدل على العدالة و الأمانة منها قوله تعالى : (وأحل الله البيع و حرم الربا...يمحق الله الربا ويربي الصدقات)¹ وقال : (و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)² ، وقال أيضا : (و أقيموا الوزن بالقسط و لا تخسروا الميزان)³ .

أما أهمية موضوع " التوازن العقدي في القانون المدني الجزائري " فتتجلى في ارتباطه بجوانب عديدة تتعلق بجانب اقتصادي يعود إلى عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية لأطراف العقد الذي يرهق أحد المتعاقدين مما يستوجب البحث عن حلول لتنفيذ العقد و بقاءه ، وجانب قانوني يعتبر الأهم يتمثل في توقي لإبطال العقد و موازنة التزامات الأطراف ليعود العقد إلى اتزانه ، إضافة إلى الجانب الأخلاقي للمتعاقدن الذي يتعلق بمبدأ حسن النية و الالتزام بالإعلام.

إن بحثنا في موضوع التوازن العقدي لا نهدف به الوصول إلى حل نهائي و جدي و دقيق لبقاء التوازن العقدي بين الأداءات في العقود ، بل نتطرق إلى مختلف النقاط التي يتم فيها التفاوت في هاته الأداءات و بالتالي محاولة تقويمها او تعديلها كاتقاء لإبطال العقد حفاظا على مصالح المتعاقدين.

ونلخص أسباب اختيارنا لهذا الموضوع هي أسباب موضوعية علمية تتعلق في ان له صلة بتخصصنا لنيل شهادة الماستر في العقود و المسؤولية و لوجود بعض العقود المعرضة لاختلال التوازن العقدي فيها كعقود الاستهلاك و عقود الإذعان و الاتجاه نحو حماية الطرف الضعيف في العقد ، ولسبب آخر ألا وهو الميول الشخصي لكل ما يتعلق بالقانون المدني.

وخلال قيامنا بالبحث واجهتنا بعض الصعوبات كضيق الوقت و كذلك عدد صفحات المذكرة المحدد من طرف اللجنة العلمية الذي لم يمكننا من الغوص أكثر في الموضوع كونه موضوع واسع و كل عنصر منه يتطلب دراسة دقيقة و واسعة .

ويطرح موضوع التوازن العقدي إشكاليات كثيرة لعل أهمها هو :

كيفية معالجة القانون المدني الجزائري لإشكالات إختلال التوازن في الإلتزامات بإعتباره مساس بالمتعاقدين ؟

¹ _ سورة البقرة ، الآية رقم 275 ، و رقم 276 .

² _ سورة النساء ، الآية رقم 29 .

³ _ سورة الرحمان ، الآية رقم 09 .

لقد اعتمدنا المنهج الوصفي و التحليلي في أغلب البحث لأننا بصدد وصف وتحليل واقعة قانونية خصها المشرع الجزائري بنصوص قانونية في القانون المدني و نصوص اخرى وسع بها الجدل للقاضي بأن يتدخل في تعديل العقد كما إتبعنا بدرجة أقل بالمنهج المقارن في جوانب من البحث تطلبت منا الأخذ برأي القوانين المقارنة فيها .

و قد حظي هذا الموضوع بدراسات سابقة تعتبر قيمة و تخدم الموضوع نذكر منها :

_ بوكماش محمد ،سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري في الفقه الإسلامي.

_ عبيد نجاه، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري .

_ عرعار عسالي ، التوازن العقدي عند نشأة العقد.

وقد بدأنا بحثنا بمقدمة مرورا بفصلين وصولا إلى الخاتمة كما يلي:

_ ففي الفصل الأول تناولنا التوازن العقدي و إرادة الأطراف وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : مبدأ سلطان الإرادة كعائق للتوازن العقدي

المبحث الثاني : عدم التوازن الموضوعي

_ أما الفصل الثاني فتناولنا فيه التوازن المفروض على أطراف العقد وقسمناه إلى مبحثين :

المبحث الأول : الوقاية من عدم التوازن العقدي .

المبحث الثاني : دور القاضي في إعادة التوازن العقدي .

الفصل الأول:

التوازن العقدي وإرادة

الأطراف

التوازن العقدي و إرادة الأطراف

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله أو فسخه إلا باتفاق، إلا أن هذا المبدأ أصبح يشكل عائقا كبيرا في تنفيذ بعض العقود، الأمر الذي قد يرهق احد الأطراف لاستحالة التنفيذ بسبب التفاوت بين الالتزامات و الذي تقرر أسباب الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة ، الإرادة التي هي حق لكل شخص في التعاقد دون إن تكون مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، إذ نجد بعض المتعاقدين بعد إبرام العقد يكتشفون انه قد تم ممارسة استغلال أو غلط أو إكراه أو تدليس عليهم دفعهم إلى إنشاء هذا التصرف القانوني ، مما يجعل الطرف المغبون يلجا لرفع دعوى أمام القضاء بإبطال العقد، بسبب عدم التوازن في التزامات الأطراف الذي ينتج عن عيوب الإرادة وعدم التوازن الموضوعي لبعض العقود بسبب الغبن و كذا عقود الإذعان، الأمر الذي فرض ضرورة لإعادة التوازن العقود وهذا ما جعل المشرع يتدخل في هذا الشأن بتوسيع سلطة القاضي التي تمنحه سلطة تقديرية بطلب من الطرف المغبون في تعديل العقد ورد الالتزامات المرهقة و إعادة الأمور إلى نصابها ، من خلال هذا ارتأينا تقسيم هذا الفصل الى

مبحثين :

المبحث الأول: الإرادة و اختلال التوازن العقدي

المبحث الثاني: عدم التوازن الموضوعي

المبحث الأول

الإرادة و اختلال التوازن العقدي

يلجأ الأشخاص إلى إبرام العقود من أجل تلبية حاجياتهم أو لتحسين مستواهم الاقتصادي ، فتخضع إرادة الأشخاص للقواعد العامة التي تسعى إلى المساواة و فرض التوازن بين الأطراف ، وذلك بالالتزام بمبدأ سلطان الإرادة و القوة الملزمة للعقد ، غير أن هذا المبدأ قد يشكل عائقاً في التوازن العقدي (المطلب الأول) ، وذلك من خلال غل يد القاضي في تعديل العقد في حالة اختلال التوازن العقدي بسبب عيب من عيوب الإرادة (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

مبدأ سلطان الإرادة كعائق في التوازن العقدي

يعبر عن أهمية الإرادة في إنشاء التصرف القانوني بمبدأ سلطان الإرادة، الذي يقصد به أن الإرادة وحدها القادرة على إنشاء ما تشاء من العقود و التصرفات القانونية طالما كانت ملتزمة بحدود النظام العام و الآداب العامة، و تولد عن هذا المبدأ قاعدة قانونية " العقد شريعة المتعاقدين" حيث لا يستطيع أي أحد المساس بالقوة الملزمة بالعقد إلا باستثناءات أو جدها المشرع حيث سمح للقاضي بالتدخل لإعادة التوازن العقدي¹ ، ومنه نتناول في هذا المطلب القوة الملزمة للعقد (الفرع الأول) و الاستثناءات الواردة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القوة الملزمة للعقد

القوة الملزمة هي مبدأ عالمي ينشأ بمجرد انعقاد العقد صحيحا حيث يترتب آثارا و تصبح هذه الإلزامية المقترنة بالعقد مستمرة مع إرادة المتعاقدين، و لأهمية هذا المبدأ في التوازن العقدي، فإنه يجب أن نتطرق إلى القوة الملزمة كوصفها تصرف قانوني (أولا) و كواقعة قانونية (ثانيا).

أولا: القوة الملزمة كتصرف قانوني

يرى البعض أنه يجب أن تكون إرادة الشخص قد اتجهت إلى إنشاء الآثار القانونية لكي نكون أمام تصرف قانوني ، فنقول أن هناك تصرف قانوني في كل مرة تكون فيها نية إحداث الآثار القانونية ضرورية و لا غنى عنها لإنتاج هذه الآثار².

ولأن العقد تصرف قانوني ، فإن المتعاقدين ملزمين بتنفيذ ما تضمن عليه العقد و هذا للطبيعة الملزمة للعقد، فهذه الطبيعة تتعلق بالتزامات الأطراف (1) و بمحتوى العقد (2) حسن النية في تنفيذ العقد (3)³.

¹ _ بوكماش (محمد)، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011، ص 3 .

² _ رأي الأستاذ martin de la mouette أورده رفيق (نسرين)، نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2014، ص 128.

³ _ سعدون (يسين)، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون الوضعي، تخصص القانون الداخلي ، جامعة مولود معمري: تيزي وزو ، 2018/2017، ص211.

1/ التزامات الأطراف : إن محتوى مبدأ القوة الملزمة للعقد يتضمن التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد، مما يترتب عليها عدة نتائج :

أ_ مضمون مبدأ القوة الملزمة للعقد : بناء على المادة 106 من القانون المدني الجزائري فإن المتعاقدين ملزمين بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد، فالعقد يكتسب قوته الملزمة من إرادة الطرفين ، ولهذا لا يستطيع أن يقوم أحد الطرفين بتعديل العقد أو إنهائه بإرادته المنفردة لأن العقد يعتبر قانون اتفاقي بالنسبة لهما، و كذلك الأمر بالنسبة للقاضي فهو ملزم على احترام و تطبيق العقد كما لو أنه يطبق قانونا¹، حيث نصت المادة 106 "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون " ².

ومن هذا فإن نشأة العقد صحيحا و قيام القاضي بتفسيره و رفع الغموض و تكييف العقد ينتج عنه تحديد التزامات و نشوء قوة ملزمة للعقد ، فإنه يستوجب على المتعاقدين التقيد به و تنفيذ كل ما اشتمل عليه، و هذه القاعدة ظهرت نتيجة سيطرة مبدأ سلطان الإرادة على قانون العقود الكلاسيكية ³.

ب_ النتائج المترتبة على مبدأ القوة الملزمة للعقد :

- **قداسة الالتزام بالنسبة للمتعاقدين:** إن من أهم النتائج التي نستخلصها من المادة 106 من القانون المدني الجزائري أنه متى نشأ العقد صحيحا فإن المتعاقدين لا يستطيعان أن يتحلا من القيود الواردة في العقد بإرادة منفردة ، كما لا يمكنهما تعديل بنود العقد، إلا إذا اتفق الطرفان على تعديل العقد معا ⁴، و هذا راجع إلى حماية استقرار في المراكز القانونية ⁵.

¹ _ فرجالي (أسماء)، أثر العقد من حيث الموضوع، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون ، تخصص عقود و مسؤولية ، جامعة أكلي محند أو لحاج ، بويرة، 2013، ص 7 .

² _ المادة 106 الأمر 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، سنة 1975، المعدل و المتمم .

³ _ يسين سعدون ، الرسالة السابق ، ص 212 .

⁴ _ فيلالي (علي)، التزامات ، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2013، ص 347.

⁵ _ يسين سعدون ، نفس الرسالة السابقة ، ص 215.

_ قداسة الالتزام بالنسبة للقاضي : إن قداسة الالتزام تسري أيضا على القاضي، فهو ملزم مثل المتعاقدين على احترام مضمون العقد¹، و عدم المساس به حيث تفرض القوة الملزمة تطبيق لإرادة الأطراف ، و لا يمكن رفض تطبيقها بحجة أنها تخالف العدالة²، و ذلك راجع إلى أن الالتزام الناشئ، العقد له قوة الالتزام مثل القانون³.

2/ تنفيذ العقد بحسب ما جاء فيه : إن تنفيذ العقد هو الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد ، حيث نصت المادة 111 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري أنه: إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتصرف على إرادة المتعاقدين...⁴، وبناء على هذه المادة فإنه يمنع على القاضي الاجتهاد و التفسير في حالة وضوح العبارات و إلا اعتبر تشويها و انحرافا على المعنى الظاهر، إلا أنه يجوز للقاضي التفسير رغم وضوح العبارات في حالة عدم تطابق العبارات المستخدمة مع قصدهما و هذا يستند عليه من الظروف الواقعة مثلا كظروف تحرير العقد أو وقائع الدعوى و يجب أن يسند القاضي في حكمه إلى الأسباب التي دفعته إلى التفسير و إلا اعتبر حكمه باطلا⁵.

و لقد نصت المادة 111 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لا الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، و بما ينبغي أن تتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف التجاري في المعاملات"⁶، وبناء على هذه الفقرة فإن القاضي يأخذ بالظروف الخارجية و الداخلية للعقد لكي يكشف عن إرادة المتعاقدين، فمن المسائل المساعدة للقاضي في الكشف عن الظروف الداخلية للعقد مثلا الأخذ بالمقاصد و المعاني يعني ترجيح المعنى الأكثر تطابقا مع غرض العقد، أو الأخذ مثلا بالمعنى

¹ _علي فلالي ، المرجع السابق ، ص 375.

² _حليس (لخضر)، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد ،تلمسان، 2016، ص51.

³ _ يسين سعدون ، الرسالة السابقة، ص215.

⁴ _ نفس الرسالة ، ص 216.

⁵ _السعدي (محمد صبري)، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزامات _ التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط2، 2004، ص 290- 292.

⁶ _ المادة 111 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

الأكثر أثرا في العقد، و إذا لم تساعد هذه الوسائل القاضي في تفسير العقد فله اللجوء إلى الوسائل الخارجية المنصوص عليها في المادة 111 الفقرة 2 و هي الاعتماد على طبيعة التعامل بما ينبغي من الأمانة و الثقة بين المتعاقدين أو الاعتماد على العرف الجاري في المعاملات يعني حمل العبارة بالمعنى الذي يتفق مع العرف ، و من الوسائل كذلك الخارجية تنفيذ العقد من طرف المتعاقدين ، و من هذا فإن القاضي يفسر غموض العقد معتمدا على الإرادة الظاهرة و المشتركة للمتعاقدين¹.

3/ حسن النية في تنفيذ العقد: نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري الفقرة الأولى على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية."².

إن إلزامية التنفيذ بحسن نية تستوجب الإخلاص و الأمانة ،و تستوجب واجب التعاون و الثقة و الاشتراك بين المتعاقدين ، و يسري هذا المبدأ على أغلب العقود كعقد البيع و المقاوله و التأمين³، و يشمل هذا الالتزام مرحلة التكوين بجانب مرحلة التنفيذ⁴

ثانيا :القوة الملزمة كواقعة قانونية:

ويرى البعض أنه نكون أمام واقعة قانونية إذا كانت نشأة هذه الآثار لا تتوقف على ضرورة كون المعبر عن إرادته قد أراد إحداثها أم لا⁵.

لا دخل لإرادة الأطراف في نشأة هذه الآثار و إنما هذا راجع إلى نتيجة الوضع الفعلي للعقدة فهي مختلفة تماما عن الحقوق و الواجبات التي يتحملها المتعاقدين ،و إنما هي واقعة مادية ناتجة عن إخلال المدين بأحد التزاماته العقدية، و من هذا فإن هذه الآثار يرتبها القانون في مواجهة المتعاقدين (1)وفي مواجهة الغير(2).

¹ _ السعدي محمد صبري ،المرجع السابق، ص 295-299 .

² _ المادة 107 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

³ _ علاق (عبد القادر)، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة بوبكر بلقايد ، تلمسان ، 2008 .، ص 20 .

⁴ _ يسين سعدون ،الرسالة السابقة ، ص 216 .

⁵ _ رأي الأستاذ martin de la moutte أوردته نسرين رفيق ، الرسالة السابقة ،ص128.

1/ آثار العقد في مواجهة المتعاقدين : إذا أخل المدين بأحد التزاماته اتجاه الدائن ، فإن القانون يمنح للدائن عدة خيارات لاستيفاء حقوقه ، كالمطالبة بالتنفيذ العيني تنفيذاً جبرياً في حالة كان ممكننا ، أما في حالة الاستجابة فالقانون رتب جزاءات كالتعويض والفسخ¹.

أ_ التنفيذ العيني : المقصود منه قيام الدائن بتقديم طلب للقاضي من أجل تدخله لإلزام المدين بتنفيذ التزامه العقدي ، و يجوز للدائن أن يطلب ترخيص من القاضي لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين متى كان التنفيذ ممكننا و هذا طبقاً للمادة 170 ، غير أنه هذا الطلب غير ممكن في حالة ما كانت شخصية المدين محل اعتبار². أما بالنسبة لانطباق التنفيذ العيني على مبدأ القوة الملزمة للعقد فهو يعتبر إثراء و تطبيقاته ، يعني هو أثر لهذا المبدأ حيث الهدف من التنفيذ العيني هو تجديد في طريقة أو أسلوب تنفيذ الالتزام و ليس في مصدره حيث نصت المادة 164 على أنه " يجبر المدين بعد أذاره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ممكننا " من خلال هذه المادة فإنه يستخلص أن الأسلوب المعتمد من أجل تنفيذ الالتزام هو عن طريق إكراه المدين على التنفيذ و هذا من خلال عبارة " يجبر " غير أنه في حالة كان التنفيذ العيني مستحيلاً فإن هذا الأثر يصبح جزاءاً مترتباً عن إخلال المدين بالتزامه³.

ب_ التعويض : في حالة كان التنفيذ العيني مستحيلاً يلجأ الدائن إلى التنفيذ بالمقابل و هو التزام بالتعويض ، حيث يكون مصدره المسؤولية العقدية و ليس العقد⁴ ، فالتعويض هو بديل عن الأصل (التنفيذ العيني) حيث متى توافرت شروطه المتمثلة في عدم وفاء المدين أو تأخره وإصابة الدائن بضرورة وجود علاقة سببية بين ضرر الدائن و خطأ المدين و أضرار المدين قام هذا الالتزام⁵.

ولقد نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 176 القانون المدني الجزائري على أنه "إذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ

¹ _ يسين سعدون ، الرسالة السابقة ، ص 217 .

² _ نفس الرسالة ، ص 218.

³ _ نفس الرسالة ، ص 221.

⁴ _ نفس الرسالة ، ص 222.

⁵ _ الفار (عبد القادر) ، أحكام الإلتزام ، أثار الحق في القانون المدني ، دار الثقافة ، الأردن ، 2008 ، ص 79-78.

التزامه¹. فمن خلال هذه المادة يستخلص أن المسؤولية العقدية تقوم على المدين متى أخل بالتزامه و لا يستطيع نفيها إلا إذا أثبت السبب الأجنبي².

ج_ الفسخ القضائي : لقد خول القانون سلطة تقديرية واسعة للقاضي في الفصل في دعوى الفسخ التي تستهدف القوة الملزمة العقدية، إما بقبول طلب الفسخ أو رفضه أو بإقرار مهلة الوفاء أو منح تعويض للدائن و إعفاء المدين من التنفيذ، أو تعويض بعد الفسخ، و قد يحكم القاضي بأجل لتنفيذ ما تبقى من الالتزام إذا رأى بأن ما بقي منه ضئيل بالنسبة لما تم تنفيذه، و قد يختار المتعاقدان التنفيذ عينا أو بعوض فيخضع القاضي لإرادتهما، و بعض القضاء المقارن يرى بأنه يمكن رفض طلب الفسخ والقضاء بالتنفيذ العيني الجزئي لما تبقى من الالتزام إذا كان الباقي منه ضئيل بالنسبة لكامل الالتزام، أو ثبت تعسف المدعي بطلب الفسخ³.

وقد أقر المشرع الجزائري في المادة 119 من القانون المدني الجزائري الفسخ القضائي من حيث القوة الملزمة للعقد، في قرارات عدة أحدها يتعلق بطلب الفسخ عقد الوعد بالبيع دون إعدار المدين، كإخلال الالتزام تعاقدي ألحق ضرر بالطرف المتعاقد⁴.

2/ أثر العقد في مواجهة الغير: إن الحلول القانوني لغير المتعاقد كطرف أصيل في العلاقات التعاقدية يحقق استقرار حقيقي وقانوني لمركز الدائن، وهذه نجدها كثيرا في صورة الحوالة القانونية للعقود أو الانتقال القانوني للعقود، مثلا مشتري العقار المؤجر حيث نظم المشرع الجزائري إنصراف أثر عقد الإيجار إلى المشتري للعقار معتبره خلفا خاصا في المادتين 109، 469 مكرر 3 من القانون المدني الجزائري حيث نصت المادة 109 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا أنشأ العقد التزامات و حقوقا شخصية تتصل بشيء أنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه ".

¹ المادة 176 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

² عبد القادر علاق، الرسالة السابقة، ص 47.

³ نفس الرسالة، ص 43 .

⁴ نفس الرسالة، ص 42 .

ونصت المادة 469 مكرر على أنه " إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية¹ " فالآثار المترتبة على هذا التصرف هي انتقال ملكية العقار من المؤجر للمشتري ، و اكتسابه صفة المتعاقد في العلاقات الإيجارية وحلوله محل المؤجر في مواجهة المستأجر ، فالبايع يلتزم بتسليم المبيع للمشتري و يلتزم بضمان العيوب واستحقاق المبيع وفي المقابل يلتزم المشتري بأداء الثمن للبايع ، ويحقق للمشتري باعتباره خلفا خاصا للمؤجر وبعد إخطار المستأجر ومطالبته بالوفاء له بالأجر حيث يلتزم المستأجر بالوفاء للمالك الجديد للعقار من تاريخ انتقال الملكية له².

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على القوة الملزمة

أجاز القانون لأحد المتعاقدين بنقص أو تعديل العقد دون رضاء المتعاقد الآخر ، حيث أن تمكين أحد المتعاقدين بالنقص و التعديل بإرادته المنفردة يعتبر خرق و مساس باستقرار المعاملات و خرق لمبدأ القوة الملزمة للعقد إلا أن المشرع سمح بذلك على وجه الاستثناء في حالات محدودة تتمثل هذه الحالات مثلا المحافظة على حق حرية التعاقد و تتمثل كذلك في مبدأ سلطان الإرادة خاصة فيما يتعلق بحق النقص و التعديل³ ومن هذا نتناول جواز نقض العقد بإرادة منفردة (أولا) و جواز تعديله (ثانيا).

أولا: جواز نقض العقد

لقد أجازت المادة 106 من القانون المدني الجزائري النقص كاستثناء قانوني حيث منح المشرع من خلال هذه المادة لأحد المتعاقدين أو كلاهما حق إنهاء العقد بإرادة منفردة و دون موافقة الطرف الآخر ، حيث يتخلص الطرف الذي قام بالنقص من التزاماته العقدية ، دون أن يقوم عليه المسؤولية العقدية⁴. ومن هذا نتطرق إلى حالات نقض العقد (1) وأسبابه (2).

¹ _ يسين سعدون ، الرسالة السابقة ،ص 224.

² _ نفس الرسالة ،ص 225.

³ _ علي فيلالي ، المرجع السابق ،ص 376.

⁴ _ قسيمي (أحلام) ، نقض العقد "إنهاء العقد بإرادة المنفردة ، مذكرة لشهادة الماجستير في الحقوق ، فرع عقود ومسؤولية

، جامعة الجزائر ، 2013 ، ص 7 .

1_حالات نقض العقد: لقد حددت المادة 106 من القانون المدني الجزائري الحالات التي يتضمنها أو يمكن تجسيدها إما في حالات نص عليها القانون ، أو الحالة الاتفاقية حيث يتفق الطرفان على إدراج الشرط لنقض العقد بإرادة منفردة ¹.

أ/ بعض الحالات المقررة بنصوص قانونية:

_الانسحاب من عقد الشركة: لقد نصت المادة 440 من القانون المدني الجزائري على أنه إذا كانت الشركة معينة سواء من حيث الوقت أو من حيث العمل فإنها تنتهي بمجرد إنجاز ذلك العمل فالقانون لا يجيز للشريك الانسحاب .حيث يجب عليه البقاء إلى غاية انتهاء العمل أو انتهاء المدة و لا يستطيع في هذه الحالة إلا الطلب من القضاء إخراجه من الشركة إذا كان طلبه مستندا لأسباب معقولة ²، أما إذا كانت الشركة غير معينة المدة ، فقد أجاز القانون للشريك أن ينسحب منها حيث لا يجوز لشخص أن يربط بالتزام يقيد حريته إلى أجل غير محدد ³.

_ تحلل رب العمل من عقد المقاولة : نصت المادة 566 من القانون المدني الجزائري على أنه يجب توفر شرطين من أجل تحلل رب العمل من عقد المقاولة :

الشرط الشكلي : يجب إعلام المقاول عن رغبته في التحلل من العقد و القانون لم يحدد ميعاد

أو شكلا محددًا لهذا الإعلام، حيث يتم النقض بمجرد وصوله إلى علم المقاول ⁴.

الشروط الموضوعية : يجب أن يظهر رب العمل إرادته قبل إتمام المقاولة ، يعني يكون العمل موقف العقد ما يزال في طور الإنجاز ⁵.

_ إنهاء عقد الوديعة : جاء في نص المادة 594 من القانون المدني الجزائري على أنه يجوز لكل من المودع و المودع لديه إنهاء عقد الوديعة بإرادته المنفردة ، إلا في حالة كان الأجل قد عين لمصلحة

¹ _ أحلام قسمي ،الرسالة السابقة ، ص 9.

² _ين أحمد تقيه(محمد)،الإرادة المنفردة للإلتزام ،مؤسسة الكتب الثقافية ، ط1 ،دون بلد نشر، 1999، .، ص137 .

³ _ نفس المرجع ،ص 138.

⁴ _ احلام قسمي ، الرسالة السابقة ،ص 37.

⁵ _ نفس الرسالة ، ص 37.

الطرف الآخر ،سواء كان بطلب من المودع أو برد المودع لديه الوديعة ،حيث يمكن للمودع طلب الوديعة في أي وقت لأنه مالها¹، و نفس الشيء بالنسبة للمودع لديه فقد أجاز القانون بردها في أي وقت².

_ إنهاء عقد الوكالة بالتنازل : نصت المادة 588 من القانون المدني الجزائري على أن حق الوكيل قد قيد في حالتين :

حالة أولى : إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي ،حيث يكون الوكيل معهود إليه بوفاء دين للأجنبي فهناك لا يمكن التنازل إلا بشروط :

1. أن يكون هناك أسباب قوية تبرر التنازل .
2. إخبار الوكيل الأجنبي بالتنازل .
3. إمهال الوكيل الأجنبي و قتا كافيا ما يلزمه لصيانة مصالحه .

حالة الثانية : في حالة كانت الوكالة بأجر ، فلا يجوز أن يتنازل عن الوكالة بغير عذر مقبول أو في وقت غير مناسب³.

ب_ النقض على أساس اتفاق الطرفين : لقد أجاز القانون للمتعاقدين استعمال حق النقض في حالة ما إذا إتفق عليها في العقد ،حيث هذا الاستثناء يمنح حق النقض العقد و إنهائه بإرادة منفردة ، حيث يقوم المتعاقدان بإدراج شرط في العقد يعطي لأحد منهم أو لكلاهما حق النقض⁴، و يمكن أساس النقض الإتفاقي الذي يظهر كشرط أدرجه المتعاقدان في العقد مبدأ سلطان الإرادة ، يعني الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود و تحديد آثارها⁵.

/2 أسباب النقض: يرجع هذا الاستثناء إلى أسباب خاصة دعت المشرع إلى النص عليها و هذه الأسباب تعود إلى مسألتين تحريم الالتزام الأبدي و انعدام الثقة .

¹ _ أحلام قسمي ، الرسالة السابقة ،ص 27.

² _ أسماء فرجالي ، المذكرة السابقة ، ص 23.

³ _ محمد بن أحمد تقيية ،المرجع السابق، ص 131.

⁴ _ أحلام قسمي ، الرسالة السابقة ،ص 64.

⁵ _ نفس الرسالة، ص 65-66.

أ_ تحريم الالتزام الأبدي : تتنافى حرية الفرد مع الالتزام مدى الحياة ، ومن ثم فإن العقود التي لم تعين مدتها تكون بمقتضى ترخيص من القانون ، قابلة للإنهاء من طرف واحد و دون رضا الطرف الثاني¹.

ب_ انعدام الثقة : إن الثقة هي أساس قيام العقود ، فإذا انعدمت هذه الثقة فلا مجال لاستمرار العقد و في هذه الحالة يسمح المشرع للمتعاقد بإنهائه² ، و أفضل مثال هو عقد الوكالة ، حيث في هذا النوع من العقود يستلزم معها توافر شروط خاصة في المتعاقد معه ، تتعلق في أمانته و حسن تصرفه و انعدام هذه الشروط يؤدي بالضرورة لانعدام العقد ، و لهذه العقود خطورة كبيرة و لهذا يجب أن يبقى للمتعاقد سلطة الحد من النتائج الضارة التي يتعرض لها نتيجة و ضع ثقته في شخص ليس أهلا للثقة³.

ثانيا :جواز تعديل العقد

عرف فقهاء القانون تعديل العقد بأنه إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره أو بند من بنوده و ذلك إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك على أن لا يصل هذا التغيير في أقصى مدة الى إزالة العقد و نقضه⁴، والغرض من التعديل هو إبقاء ديمومة العلاقة التعاقدية و المحافظة عليها عكس الفسخ و البطلان اللذان يهدفان إلى إنهاء هذه العلاقة⁵، وقد يطرأ على العقد أثناء تنفيذ ظروف جديدة سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أدت إلى اختلال توازنه الاقتصادي و إلى اختلال العدالة العقدية⁶ والتعديل يتم بطريقة تلقائية بموجب القانون ، كل ما دعت إليه المصلحة العامة أو عن طريق القاضي كذلك بسعي أحد المتعاقدين وفي حالات معينة ، و قد يتم عن طريق تولي أحدهما تعديل العقد بموجب ترخيص من القانون أو اتفاق الأطراف معا⁷.

¹ _ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 379 .

² _ أحلام قسمي ، الرسالة السابقة ، ص 192.

³ _ أسماء فرجالي ، المذكرة السابقة ، ص 30 .

⁴ _ محمد بوكماش ، الرسالة السابقة ، ص 68.

⁵ _ نفس الرسالة ، ص 68.

⁶ _ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 382.

⁷ _ نفس المرجع ، ص 382.

1/ تعديل العقد بترخيص من القانون : من بين مجالات تعديل العقد بإرادة منفردة بموجب القانون من علاقات العمل و هذا راجع إلى التغييرات التي تطرأ على نشاط المؤسسة المستقبلية وكذا العامل ،وقد يتعين التعديل لأسباب صحية كإصابة العامل بحجز أو به و قد يحتاج المستخدم تعديل أوقات العمل أو مدته بسبب اعتبارات اقتصادية و غيرها من الأسباب ، و عموما يستطيع رب العمل تعديل العقد بالنسبة للمسائل التفصيلية مع مراعاة حقوق العامل دون المسائل الرئيسية و في هذه الحالة يستوجب رقابة القاضي و ذلك لتفادي من احتمال التعسف من استعمال سلطة التعديل¹.

2/ تعديل العقد اتفاقا: قد يدفع تغير ظروف الأطراف إلى اللجوء لتعديل العقد سواء كان متعلق بالأمور الجوهرية أو الثانوية ،و الأطراف الحرة في التعديل طالما كان التعديل مبني على اتفاقهم². و يجب أن يتعلق الاتفاق بالتعديل على الشروط التي تقتضيها نظرية الجواز الاستثنائية ، كأن يتعلق الأمر بحادث متوقع ، و من بين الأمور المتوقع حصولها بعد الإبرام و التي تمس بتوازن العقد ظاهرة التضخم و انخفاض العملة النقدية ،مما يؤدي الى تفاوت بين الالتزامات ، و لتفادي هذا الأمر يقوم الأطراف بالاتفاق على تعديل السعر مع تحديد الأدوات اللازمة لذلك و من بين أهم الآليات التي يحتاط بها المتعاقدين من هذه التقلبات هي بند التقييس و بند مراجعة الأسعار³.

أ_ بند التقييس : يسعى البند إلى حماية العملة النقدية و ذلك عن طريق توفير الثقة بين الأفراد و لها دور فعال في حماية الاقتصاد الوطني الذي أساسه الثقة و الابتعاد عن عدم التوازن الاقتصادي ، مما يؤدي إلى الابتعاد عن خطر التضخم و هذه البنود تنص على العقود المستمرة ذات التنفيذ المتتابع أو المؤجل⁴ ، و بموجب هذا الشرط يتغير الثمن المنفق عليه بصفة آلية تبعا لتغيرات المرتقبة مستقبلا لمعيار أو مؤشر موضوعي متفق عليه⁵.

ب_ بند مراجعة الأسعار : يحدد المتعاقدان بموجب هذا الشرط كيفية مراجعة الأسعار المحددة اتفاقا في العقد و ذلك في حالة تحقق ظروف معينة ،حيث يحدد الأطراف الأسباب و الظروف التي يترتب

¹ _ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 383.

² _ نفس المرجع ،ص 384.

³ _ نفس المرجع ، ص 384.

⁴ _ يسين سعدون ، الرسالة السابقة ، ص 228.

⁵ _ علي فيلالي ،نفس المرجع ،ص 384.

عليها مراجعة الأسعار و كيفية مراجعتها مثلا ربط المراجعة بمؤشرات البورصة أو بالسوق الداخلي أو الخارجي ، و يتفق الأطراف كذلك على آجال مراجعة الأسعار ، و عموما لا يوجد قيود على حرية الأطراف في تحديد صيغة المراجعة طالما كانت معتمدة على عوامل موضوعية و مراجعة الأسعار يختلف على بند التقنين فالسعر لا يتغير آليا بل بموجب الإتفاق¹.

المطلب الثاني

عدم التوازن العقدي بسبب عيوب الإرادة

يحصل اختلال في الالتزامات المترتبة على الطرفين ، و ذلك بسبب وجود اختلاف في دافع كل منهما لإبرام العقد، فقد يحدث و أن يمارس احدهما على الآخر نوعا من الإستغلال (الفرع الأول) او إكراه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاستغلال في العقد

إن تحديد مفهوم الاستغلال و معرفة حالاته و شروطه و ذلك بسبب أهمية آثاره على التوازن العقدي ، و لا تنشأ آثار الاستغلال الا بتوافر شروطه و لهذا يتعين علينا التطرق لتعريف الاستغلال (أولا) و خصائصه (ثانيا) و شروطه(ثالثا) و العقود التي يرد فيها (رابعا).

أولا: تعريف الاستغلال

لقد تناول القانون المدني الجزائري الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة ، حيث نصت المادة 90 منه على مايلي " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقدين من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبزم العقد لأن المتعاقد الآخر قد أستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا العقد"².

¹ _ علي فلالي، المرجع السابق، ص 385-386.

² _المادة 90 من الأمر رقم 58/75 المتضمن بالقانون المدني الجزائري السالف الذكر .

بناء على المادة 90 من القانون المدني الجزائري يتضح أن الاستغلال هو أن يقوم أحد المتعاقدين باغتنام حالة ضعف في إرادة المتعاقد الآخر من طيش بين الهوى جامع و يجعله يبرم عقدا من شأنه الحصول على مزايا دون مقابل أو تفاوت غير مألوف بين التزاماته و التزامات المتعاقد الآخر ،حيث ما كان المتعاقد المغبون ليبرم هذا العقد لولا إستغلال من المتعاقد الآخر ¹.

ومن هذا يتضح أن المشرع قد يتناول شروط الاستغلال دون التطرق إلى تعريف الاستغلال أما من الناحية الفقهية فقد عرف الأستاذ علي فيلالي الاستغلال على أنه هو إنتهاز المتعاقد حالة طيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد معه لحمله على إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض و له عنصرين عنصر مادي و آخر نفسي ².

ثانيا : خصائص الاستغلال

إن من خصائص الاستغلال أنه عيب من عيوب إرادة المتعاقدين ،فيغير هذا العيب من الحالة التي أَرادها المشرع من أجل تمكينه من التعاقد ،و لرفع هذا العيب قرر له القانون وسيلة التي تمكن في البطلان النسبي و هو مقصور على الطرف المغبون و لا يجوز لغيره أن يطالب بالإبطال ³ و هذا بناء على المادة 99 من القانون المدني الجزائري " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق " ⁴.

والاستغلال قاعدة عامة تطبق على جميع التصرفات و نجد الاستغلال في عقود المعاوضة و عقود التبرع و عقود الضرر ، و من خصائص الاستغلال كذلك أنه يكون هناك تفاوت بين التزامات أحد المتعاقدين يعني عدم تساوي بين ما حصل عليه أحد المتعاقدين من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ⁵، حيث أبرم المتعاقد المغبون العقد بسبب استغلال الطرف الآخر هذا الضعف حيث كانت إرادة المتعاقد لا تتمتع بالحرية الكافية ،إلا أن هذا لا يكفي لطعن في العقد بل يجب أن يلحقه غبن

¹ _حامة (وسام)،كروان (صارة)،حماية الطرف المغبون في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل ،جامعة عبد الرحمان ،بجاية ،2015،ص37.

² _ علي فيلالي ،المرجع السابق، ص217.

³ _ وسام حامة ، صارة كروان ، المذكرة السابقة ، ص38.

⁴ _المادة 99 من الامر 58/75 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

⁵ _تناغو (سمير عبد السيد) ، مصادر الالتزام ،الإرادة المنفردة _ العمل غير المشروع _ الإثراء بلا سبب _ القانون، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ط1، 2009، ص65.

جسيم و في مقابل إرادة الطرف الآخر إستغلال هذا الغبن ،ومن خصائص الإستغلال و كذلك أن لديها دعوتين(الإبطال او الإنقاص)عكس العيوب الأخرى لها دعوى واحدة (البطلان)، و يحق للطرف المستغل أن يتوقى الحكم بالإبطال في عقود المعاوضة¹.

ثالثا : شروط الاستغلال

بناء على المادة 90 من القانون المدني الجزائري فإنه يجب توافر عنصرين لتحقيق الاستغلال و هما :

1/ العنصر المادي: لقد جاء في الفقرة الأولى من المادة 90 أنه " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر "...²، و بناء على هذه المادة يفهم أنه التفاوت يكون عدم التوازن أو عدم التعادل قيمة أداء المتعاقد و قيمة العوض المتحصل عليه و يجب على القاضي التأكد من توافر هذا الشرط و عدم توازن هنا المقصود به ليس التفاوت اليسير و إنما التفاوت الفاحش³.

والمشرع لم يعين مقدار حسابي للتفاوت فالقاضي سلطة تقديرية واسعة في حساب و تعيين نسبة التفاوت فالعبرة هنا هي نفسية المتعاقد و القيمة الشخصية لالتزامات المتقابلة ، أما بالنسبة للعقود بدون عوض فإن المادة 90 لم تستبعدا في مجال تطبيقها حيث نصت عليها في الفقرة الثالثة " و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال و إذا عرض ما يراه القاضي لرفع الغبن " فهي تخضع لنظرية الاستغلال ويرتب عليها إبطال أو إنقاص التزامات المغبون ،و قد تكون رغبة المتعاقد في تحقيق غاية إما مادية كما هو الحال في عقود المعاوضة أو المعنوية كما هو حال في عقود التبرع و يكون الاختلال هنا بين التزامات التي يتحملها المتبرع والغاية المعنوية التي تسعى إلى تحقيقها فلا تكون العبرة حينها بالقيمة المادية و إنما بالقيمة الشخصية⁴.

¹ _ وسام حامة ، صارة كروان ،المذكرة السابقة ، ص39.

² _ المادة 90 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

³ _ صاغي (زينة) ،مقري (نسيمة) ،سلطة القاضي في تعديل العقد ،لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص الشامل ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية 2012/2013 ، ص17.

⁴ _ علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص219 ، ص221.

2/ العنصر المعنوي : لقد حصر المشرع الجزائري حالات الضعف الإنساني إلى عنصرين فقط و هي الطيش البين و الهوى الجامح¹، فالمقصود بالطيش البين هي حالة نفسية تؤدي إلى الاستهتار و الخفة الزائدة و التسرع دون إكتراث بالعواقب ، وهذه الحالة متشابهة الى حالة السفه ، أما الهوى الجامح و هي الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد مما تؤدي به إلى فقدان سلامة في إتخاذ القرارات و عدم القدرة على الحكم تصرفات معينة و لا يكفي توافر الضعف النفسي فالإضافة له إشتراط المادة 90 أن يستغل المتعاقد هذا الضعف يعني توافر النية أو القصد لدى المتعاقد الآخر للإستفادة من هذا الضعف النفسي يعني توافر عنصر العلم بهذا الضعف ، أما بالنسبة في حالة عدم العلم بالضعف النفسي و لم تتصرف إرادته لإستغلال فهنا يتعذر على المغبون إثبات هذا الإستغلال و لكن من الناحية العملية فإنه المتعاقد الفطن و المتيقظ يلاحظ الفرق الكبير بين إلتزاماته و إلتزامات المتعاقد المغبون و هذا ما يسمى بفكرة التكافؤ التعاقدية².

رابعاً: العقود التي يرد عليها الاستغلال

إن الرأي الراجح في القانون الجزائري، هو إخضاع عقود التبرع لنظرية الاستغلال و بالتالي نطاق النظرية هي كل العقود التبادلية أو التبرع و ذلك حسب الفقرة الثالثة من المادة 90 من القانون المدني الجزائري و التي مفادها" و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن"³ . فالفقرة نصت صراحة على توقي الإبطال في عقود المقايضة و بالتالي ضمناً كذلك عقود التبرع⁴.

أما العقود الاحتمالية كعقد التأمين فليست مجالاً طبيعياً لهذا العيب و لكن قد يجري الغبن الاستغلالي في العقود الاحتمالية إذا كان اختلال التعاقد فيها مفرطاً مادام يصحبه الاستغلال و كذلك الحال في عقود

¹ عدلت المادة 90 بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، المعدل و المتمم للأمر 58 /75 المتضمن القانون المدني الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005 ، حيث اعاد المشرع الجزائري صياغة نص المادة و ذلك بذكر مصطلحين الطيش البين و الهوى الجامح .

² _ علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 222 -224.

³ _ المادة 90 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

⁴ _ محمد بوكماش ، الرسالة السابقة ، ص112.

التبرع ، كأن يتزوج رجل طاعن في السن من امرأة في مقتبل العمر فتعمل هي على استغلال ما تلقاه في زوجها من هوى لتكسبه مع أولادها¹ .

الفرع الثاني

الإكراه في العقد

إن الإنسان يتعاقد دائما بدافع الحاجة الى عقد و يضحى بجزء من ماله بدافع ضرورة التعاقد²، فقد يلجأ أحد الأطراف إلى التعاقد بسبب إكراه يمارسه الطرف الآخر عليه من أجل دفعه إلى التعاقد، ندرسه في ثلاث نقاط هي: تعريفه (أولا) و شروطه (ثانيا).

أولا: تعريف الإكراه في العقد :

الإكراه طبقا للمادة 128 من القانون المدني المصري : " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه و قد دخل منطقة العقد ، و يكون المتعاقد الآخر على علم به أو المفروض أن يكون على علم به و لو من شخص آخر المهم دخل منطقة التعاقد"³ . و يتحقق الإكراه إذا كان الهدف منه غير مشروع و لو كانت الوسيلة إليه مشروعة ، كالإبلاغ عن جريمة بوسيلة مشروعة و هو الإبلاغ إذا لم يتم بإقرار عن دين لا وجود له ، و لا يؤثر في صحة العقد إذا كان الهدف منه مشروع و أو بوسيلة غير مشروعة مثال : تهديد بالإقرار فلا يجوز الطعن فيه .

الإكراه غير المشروع الذي يولد الرهبة كما جاء في المادة 88 من القانون المدني الجزائري، فهذا الإكراه المنافي للسلوك الحسن والذي يولد الرهبة تدفع المتعاقد دافعاً إلى إبرام العقد بسبب إكراه ظالم، فالمادة 88 جاءت تحمي رضا المتعاقد بغض النظر عن توازن العقد من عدمه⁴، ويجدر بنا القول أن الإكراه يجعل من الأطراف التعاقد في وضع غير متكافئ وبالتالي يختل توازن العقد في حرية الإرادة

¹ _ زينة صاغي ، نسيمه مقري ، المذكرة السابقة ، ص 16.

² _ عسالي (عرعارة)، التوازن العقدي عند نشأة العقد ، أطروحة الدكتوراه في القانون ، جامعة الجزائر 1، دفعة 2014 ، ص 60 .

³ _ سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 63.

⁴ _ عرعارة عسالي ، الرسالة السابقة، ص 60 .

المنشئة للالتزام وقد يؤدي هذا إلى الاختلال المادي للعقد، إن نصوص الإكراه المادتين 88 و 89 واضحة إذ تتطلب رهبة بيّنة و رضا يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق¹ . وتتلخص شروط الإكراه فيما يلي:

ثانيا :شروط الإكراه

1/ وجود الأسباب المؤدية إلى الرهبة: وتتحقق هذه الأسباب بالتهديد بخطر جسيم محقق بالنفس أو بالجسم أو بالشرف أو بالمال² . و يراعى في تقدير الإكراه جنس و سن و الحالة الاجتماعي و الضحية لمن وقع عليه و كل الظروف التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه³ ، و أن يكون الخطر جسيما و محدثا وشيك الوقوع⁴ .

2/ الرهبة الدافعة إلى التعاقد : وهي حالة الخوف و يتوقف هذا على ظروف الخاصة للمتعاقد⁵ ، يجب أن يكون المتعاقد قد دفع إلى التعاقد بسبب الرهبة المتولدة عن الإكراه ، فلا يفسد العقد إلا إذا فسد الرضا على أساس الإكراه ، و لا يكون ذلك إلا إذا حمل المتعاقد على التعاقد، اما إذا تبين بأن المتعاقد كان ليبرم التصرف حتى دون تهديد ن فهنا لا يعتبر الإكراه مفسدا لرضاه⁶ .

3/ اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر: فالقانون المدني الجزائري و حسب المادة 89 منه ،لا يسمح بإبطال العقد بسبب إكراه صادر من الغير، ويكون للمكروه حق بالرجوع على الغير الذي مارس عليه الإكراه بالتعويض بناء على المسؤولية التقصيرية(الفعل الغير مشروع) ن و بحسب نية المتعاقد الآخر اذا كان يعلم بالإكراه ام لا يعلم به⁷ .

¹ _عرعارة عسالي ،الرسالة السابقة ،ص 61 .

² _ سمير عبد السيد تناغو ،المرجع السابق ،ص 61.

³ _ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ،ص 193.

⁴ _ سمير عبد السيد تناغو ،نفس المرجع السابق ،ص 61.

⁵ _ نفس المرجع ،ص 62.

⁶ _ محمد صبري السعدي ،نفس المرجع السابق ، ص 197.

⁷ _ نفس المرجع ، ص 198 .

المبحث الثاني

عدم التوازن الموضوعي

لقد رأينا في المبحث الأول أن إختلال توازن العقدي قد يكون سببه عيوب الإرادة حيث قد يكون الإختلال راجع إلى إستغلال أحد الأطراف للطرف الأخر ، وقد يكون الإختلال راجع إلى إكراه أحد الأطراف على إبرام العقد مما يؤدي إلى عدم التكافؤ بين الطرفين ، إلا أنه توجد أسباب أخرى لعدم التوازن العقدي بين المتعاقدين حيث قد يكون سبب عدم التوازن عائد إلى موضوع العقد أي السبب المنشأ للعقد ، و من بين الأسباب الغبن (المطلب الأول) و الإذعان (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

الغبن في الالتزام العقدي

إن الغلط أو التدليس أو الإكراه الذي يمارس على أحد المتعاقدين من أجل إبرام العقد يجعل هذا الأخير يقع في إرهاب قد يصل حدا كبيرا مما يصعب عليه تنفيذ الالتزامات التي وقعت في جانبه و هذا ما يسمى بالغبن ، حيث عرفه الأستاذ السنهوري على أنه المظهر المادي للاستغلال¹ و قد تحددت تعاريفه في الفقه الإسلامي و في الفقه القانوني إلا أننا نجد أن المشرع الجزائري و حسب المادتين 358 و 732 من القانون المدني قد حصر مفهوم الغبن في حالتي، بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس 5/1 المادة 358 القانون المدني الجزائري و حالة غبن الشريك في القسمة الرضائية في 732 من القانون المدني الجزائري²، كما عرفه بعض الفقه بشكل أوسع على أنه " عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه و أن الضرر الذي يلحق أحد أطراف العقد نتيجة عدم التعادل بين الأداءات المتعادلة "أي عدم التعادل بين غنمه و غرمه فهذا التعريف يجعل الغبن ينصرف إلى كل عقود المعاوضة ولو كانت من جانب واحد³. ومن هذا نتطرق في هذا المطلب الى نطاق الغبن (الفرع الاول) و الشروط الواجب توافرها لقبول دعوى الغبن في البيع العقاري (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

نطاق الغبن

ويقع الغبن في بعض العقود و التي نذكر منها :الغبن في عقد المقايضة (اولا) و القسمة والعين المباعة من ناقص الاهلية (ثانيا) و عقد الوكالة والقرض (ثالثا) و حقوق المؤلف و عقد الإنقاذ البحري (رابعا).

¹ _السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط3، 2000 .، ص355 .

² _ ينظر إلى المادتين 358 و 732 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

³ _ علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص229-230.

أولاً: الغبن في عقد المقايضة

المادة 413 من القانون المدني الجزائري و التي نصها " المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى لآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود . " ¹ . و كذلك حسب المادتين 414 و 415 تنهي إلى انه إذا كان الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتقايضين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود و أن المقايضة تأخذ أحكام عقد البيع بحسب طبيعة عقد المقايضة و يعتبر كلا من المتعاقدين بائعا و مشتريا للشيء الذي قايض عليه ² .

ثانيا : الغبن في القسمة و ناقص الأهلية

1/القسمة

حسب المادة 732 من القانون المدني الجزائري و التي نصها " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس (1/5)، على ان تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة . و يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة الثانية للقسمة. و للمدعى عليه أن يوقف سيرها و بمنح القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته . " ³ ، و إن إثبات الغبن من عدمه يتم عن طريق الخبرة⁴، و إن الغبن هنا يتعلق بتفاوت حقوق التزامات الطرفين، و إن القسمة الودية إذا مرت عليها المدة القانونية تكون نهائية حتى و لو كانت غير عادلة ، و لا يشترط أن تقع القسمة على العقار ، فإذا لحق المتقاسم غبن يزيد عن الخمس جاز له أن يرفع دعوى لنقض القسمة التي تمت حتى يسمح له بإجراء قسمة جديدة و ليست دعوى تكملة نصيب المتقاسم المغبون إلى 5/4 الثمن بل إجراء قسمة من جديد تخل عن دعوى تكملة الثمن ، فالقسمة تتسم بطبيعة خاصة تعنتي بالتساوي بين الأنصبة عن التوزيع او التوزيع طبقا للحقوق الخاصة بالشركاء المتقاسمين في الشيوخ السابقة ⁵ .

¹ _ المادة 413 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

² _ ينظر إلى المادتين 414 و 415 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

³ _ المادة 732 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

⁴ _ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 233 .

⁵ _ عرارة عسالي ، الرسالة السابقة ، ص 91 .

2/ صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية : ولا يعيب كامل الأهلية في البيع إلا أن يستغل فيه طيش بين أو هوى جامح و أن تتوافر سائر شروط الاستغلال و عدم كمال الأهلية يكون بأن صاحب العين المبيعة فاقد الأهلية أصلا أو كان ناقصها ، كالصبي غير المميز أو المجنون أو المعتوه ، يبيع عنه نائبه أو الوصي أو الولي أو القيم ، أو صبيا مميزا او محجور عليه لغفلة أو سفه فيكون ناقصا و يبيع عنه كذلك النائب او الوصي أو القيم و قد يباشرون البيع أنفسهم أما النائب و المحجور عليه و من أقيم له مساعد قضائي هم ليسوا ناقصي أهلية و حكمهم هو حكم كامل الأهلية¹.

وقد أسند المشرع الجزائري حماية ناقص الأهلية و بالنظر إلى الشريعة الإسلامية و بالتميز من التصرفات الضارة و تلك التي تدور بين النفع و الضرر الى قانون الأسرة الجزائري في مادته 283.

ثالثا : عقد الوكالة و عقد القرض

باعتبار ان محاولة الموازنة بين إلتزامات المتعاقدين و إزالة الضرر ، إلى تطبيق حالات الغبن و هو ما لا يصح تطبيقا في حالة الغبن فلجأ المشرع الجزائري إلى النصوص القانونية لمعالجة الغبن في عقد الوكالة و عقد القرض.

1/ عقد الوكالة : حسب المادة 581 القانون المدني الجزائري التي نصها " الوكالة تبرعية مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل ، فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي الا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة³، إن أجر الوكالة المتفق عليه بإرادة الطرفين بين الأجر و الخدمة المقدمة يخضع للرقابة القضائية في حالة اختلال بين الأداءات⁴.

2/ عقد القرض : حسب المادة 454 من القانون المدني الجزائري والتي نصها " القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر و يقع باطلا كل نص يخالف ذلك." و يعتبر عقد القرض أوسع مجالات الاستغلال باعتبار حالة الحاجة والعوز المفترض فان فرض المقرض لمقابل باهض مقابل الانتظار يجعل عقد

¹ _عرعارة عسالي، الرسالة السابقة، ص 338.

² _ ينظر إلى المادة 83 من القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم .

³ _ 581 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

⁴ _ عرعارة عسالي، الرسالة السابقة ، ص 95 - 79 .

القرض جائز ، فمن خلال المادة السالفة الذكر فإن المشرع الجزائري يحرم كل قرض بفائدة بين الأفراد و مخالفتها يعد من النظام العام يعمد بذلك إلى سد كل فرص الاستغلال الحاجة أو ضعف تخلفه الظروف التي تدفع المتعاقد أن يفرض فائدة متفاوتة كثيرا مع الالتزام المقابل ، و هذا كحماية للطرف الضعيف ، إلا أن المشرع الجزائري أجاز القرض الإستهلاكي في المواد 455،456،457،458، و متفق مقدار الفائدة فيه لتقادي اختلال العقد و حماية للمفترض حيث أن التحديد لا يشكل عبا فادحا¹.

رابعاً :إستغلال حق المؤلف و عقد الإنقاذ البحري

1/ استغلال حق المؤلف: فيما يتعلق بحقوق المؤلف فإن المادة 42 من الأمر 73/14 الصادر في 1973/04/03 تقتضي بأنه للمؤلف إقامة دعوى للمطالبة بإعادة التوازن بين الأرباح الفادحة عن الإستغلال مؤلفاته و الأجر الممنوح له².

2/ الغبن في عقد الإنقاذ البحري: أما القانون الجزائري فنص المشرع في المادة 344 من القانون البحري بتطبيق قوي لفكرة إعادة توازن العقد و التي نصها " كل اتفاقية خاصة بالإسعاف تبرم عند وقوع الحادث و يحدث تأثير الخطر يمكن إلغائها أو تعديلها من طرف المحكمة بناء على طلب أحد الأطراف و عندما تقدر هذه المحكمة بأن الشروط المتفق عليها ليست عادلة نظرا للخدمة التي تم أدائها و أساس المكافأة المذكورة في المادة التالية أو عندما لا تمثل الخدمة التي تم أدائها طابع الإسعاف الحقيقي مهما كان الوصف الذي اعتمده الأطراف ".³، حيث هذه المادة تراقب التوازن بين الالتزامات المتعادلة للطرفين عند الاتفاق البحري لأنها لم تكن متساوية أثناء إبرام العقد ، و يرجع تقدير التفاوت بين أجر الإنقاذ والخدمة المقدمة كل على حد السلطة التقديرية للقاضي⁴.

¹ _عرعارة عسالي، الرسالة السابقة، ص 96_97 .

² _ بن حمامة (عائشة)، الإلتزام القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة عمار ثليجي ، الأغواط ، 2016 /2015 ، ص 40.

³ _ المادة 344 من الامر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

⁴ _ عرعارة عسالي، الرسالة السابقة، ص 99.

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها لقبول دعوى الغبن في البيع العقاري

وهو حماية للبائع دون المشتري تنص المادة 358 من القانون المدني الجزائري " إذا بيع العقار بغبن يزيد عن 5/1 الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى 5/4 ثمن المثل يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس 5/1 أن يقوم العقار بحسب قيمة وقت البيع " كما تقضي المادة 360 من نفس القانون على أنه "لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريقة المزاد العلني بمقتضى القانون"¹.

ومن خلال المادتين السابقتين فإنه لأخذ بالغبن في العقار يجب توفر الشروط التالية :

- أن يكون التصرف بيعا ، أو تقديم شريك لحصته في الشركة .
- أن يكون محل العقد عقارا ، سواءا كان البيع على حق ملكية أو حق ارتفاق أو حق في الشيوخ أو الإنتفاع فلا يجوز الطعن بالغبن على حق عيني وارد على منقول مادي أو معنوي والعقار بالتخصيص يعد منقولا فيبيعه مستقلا عن العقار بطبيعته لا طعن فيه بالغبن أما إذا بيع العقار بطبيعته يشمل العقار بالتخصيص و ملحقاته².
- أن لا يكون البيع عن طريق المزاد العلني أي البيع بطريقة رضائية ، و نفس الحال للبيوع التي وجهها القضاء لرأي الفقهاء على أنه يكون فيها استبعاد لكل شك أو غش مفاجأة عند دخول القضاء لحل النزاع³.
- أن يزيد الغبن إلى أكثر من الخمس من قيمة العقار ، على أن يكون العبرة بقيمة العقار وقت إبرام العقد ، و في حالة النزاع يستعين القاضي بالخبير .و للبائع أن يطالب المشتري بدفع الفرق بين ثمن الشراء و أربعة أخماس 5/4 الثمن الحقيقي للعقار فللبائع أن يجبره بكل الطرق القانونية إذا امتنع عن الدفع ، و له أن يتمسك بدعوى الفسخ م 119 من القانون المدني الجزائري .
- عدم تقادم دعوى الغبن الفقرة الاولى من المادة 359 من القانون المدني الجزائري التي تنص " تسقط دعوى بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن و انقضت ثلاثة سنوات من يوم انعقاد البيع " و هي

¹ ينظر الى المادتين 358 و 360 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

² _قاسة(لامية)، سماعيل(ليديه) ، اختلال توازن التزامات المتعاقدين ،مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل بجاية ، 2015/2014 .،ص11.

³ _ نفس المذكرة ،ص12.

مدة تقادم لا مدة سقوط حق البائع المغبون¹، و ذلك من خلال دعوى تكملة الثمن إلى 5/4 من ثمن العقار أو دعوى الفسخ و ان لم يستطيع استرداد العقار من الغير حسن النية².

المطلب الثاني

عقد الإذعان

قد تبرم بعض العقود حسب شروط يفرضها احد المتعاقدين على الآخر هذا الأخير الذي لا يحق له ان يناقشها او يعدلها بما يسمى بعقد الإذعان و الذي نتطرق إل تعريفه (فرع الأول) و شروطه(الفرع الثاني) و تطبيقاته (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف عقد الإذعان

الأصل في التعاقد أن يتم بحرية الأطراف وذلك بالتحاور والنقاش على حمل الطرف الآخر إلى التعاقد لكن هناك استثناء على هذه القاعدة أين نجد بعض العقود ينفرد فيها بعض الأطراف بوضع شروط العقد، بحيث لا يكون بوسع الطرف الآخر إلا قبول هذه الشروط أو أن يقوم برفضها جملة كعقد الاشتراك في توريد المياه، الكهرباء، والغاز....³

لم يعرف المشرع الجزائري عقد الإذعان بل اكتفى بتنظيم أحكامه في المواد:

المادة 70 من القانون المدني الجزائري و التي نصها" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها." ، و المادة 110 من نفس القانون بما يلي" إذا تم العقد بطريقة الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"⁴.

¹ لامية قاسة، ليدية سماعيلي، المذكرة السابقة ، ص ،12-14-15.

² - علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص232.

³ - وسام حامة ، صارة كروان ، المذكرة السابقة ، ص 51 .

⁴ - المادة 70 و 110 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

وكذلك نص المادة 112 من القانون المدني الجزائري التي نصها " يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن" ¹ .

وعرفه القانون 04-02 في المادة 4/3 الخاص بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على تعريف العقد" بأنه كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة ، حرر مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقيا فيه ، ويمكن أن ينجر العقد على شكل طلبية أو فاتورة ،أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها ،أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا"²

الفرع الثاني

شروط عقد الإذعان

إنه ليكون العقد عقد إذعان لابد من توفر شروط معينة فيه تجعله غير قابل للنقاش او التغيير نجملها في ما يلي :

1/ وجود اختلال بين الالتزامات المتقابلة: و ذلك بفرض الحرفي كطرف قوي هذه الالتزامات على المستهلك الضعيف دون أن يلتزم بها هو ، أو واجبات إضافية لم تكن موجودة في العقد و لا يعلم بها المستهلك و الأخير لا يكون له أي تأثير في العقد ³ .

2/ انفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد: او تحديد آثار العقد كان تحدد المسؤولية او تحميل المشتري مصاريف النقل دون موافقة المتعاقد المستهلك ⁴ .

¹ _ المادة 112 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

² _ الرجوع للمادة 3 من القانون 02/04 المؤرخ في 2004/04/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ،جريدة رقم 41 المؤرخة في 2004/04/27 ،المعدل و المتمم .

³ _ ينظر للمادة 5/3 من القانون 02_04 المتعلق بالممارسات التجارية السالف الذكر .

⁴ _ ينظر المادة 29 القانون 02_04 المتعلق بالممارسات التجارية السالف الذكر .

3/ انعدام حق المستهلك في فسخ العقد: و هو خروج عن القاعدة العامة التي تجيز لأي طرف حق فسخ العقد ، فعقد الإذعان يعتمد إلى منع الفسخ بدرجه في العقد¹.

الفرع الثالث

تطبيقات عقد الإذعان

تعد معظم العقود ذات الأهمية في عصرنا الحالي عقود إذعان، حيث أفرزت الحرية الاقتصادية، في المجال القانوني حرية التعاقد، فانتشر هذا النوع من العقود في مجتمعاتنا ودخل في ضرورات حياتنا، فأصبح الفرد بحاجة لإبرامها لسد احتياجاته التي لا غنى عنها، نذكر من بين العقود الذي يطبق فيها الإذعان عقدين مهمين في حياة الفرد و هما عقد التأمين (اولاً) وعقد العمل (ثانياً).

اولاً :عقد التأمين

عرفت المادة 02 من قانون التأمين عقد التأمين على أنه " أن التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى الغير المستفيد الذي أشرط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراد أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى"²، من خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن عقد التأمين ينشأ بين متعاقدين، المؤمن وهو الذي يقوم بوضع شروط في العقد بكل استقلالية ، يلزم بأداء تعويض للمؤمن له، أو للمستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه حين تعرضه للخطر و المؤمن الذي يعتمد إلى تأمين نفسه من خطر ما، بأن يتعاقد مع شركة تأمين، حيث يؤدي لها أقساطاً دورية أو أية دفعات مالية أخرى في مقابل أن يتقاضى منها مبلغاً من المال عند تحقق الخطر³. عقد التأمين من حيث الإلتزام وعدمه ينقسم إلى تأمين إختياري و آخر إجباري ، و هذا الاختيار باعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان، يعني نزول

¹ _ بوداود (خليفة)، بوزيان(سعيد)، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، ماستر أكاديمي في قانون الأعمال ، جامعة محمد بوضياف، المسيلة ، 2018/2017 .، ص 19-21 .

² _ المادة 02 من الأمر 07/95 المؤرخ في 25 جانفي ، المتعلق بتأمينات ، الجريدة الرسمية ، العدد 13 المؤرخ في 8 مارس 1995 ، المعدل و المتمم .

³ _ زينة صاغي ، نسيمه مقري ، المذكرة السابقة ، ص 29-30 .

المؤمن له عند شروط المؤمن، وهي شروط أكثرها مطبوعة ومعروضة على العامة ، وهذه هي أهم خاصية لعقد الإذعان¹.

والأصل أنه يكفي لانعقاد عقد التأمين أن يتوافق الإيجاب والقبول الذي عبر عنهما أحد أطراف العقد ، لكن الإجراءات العملية تعلق وجود العقد على توقيع وثيقة التأمين من قبل كلا المتعاقدين أو على دفع القسط الأول، كما قد يتعلق تنفيذ العقد لا وجوده على إحدى هذه الأمور²، حيث نصت المادة 622 من القانون المدني الجزائري على أنه " يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية :

-الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان الخرق جنائية أو جنحة عمدية ،

-الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول ،

- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط ،

-شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة ،

- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه ."³

ثانيا : عقد العمل

وهنا نقصد النوع الثاني من عقد العمل ، فباعتبار العمل ينقسم إلى عقد العمل إلى عقد عمل جماعي و يكون فيه العامل تقريبا في درجة رب العمل أما عقد العمل الفردي و الذي يتسم بصفة الإذعان كون العامل يخضع لشروط رب العمل ، و الذي يقدم في صورة إيجاب دائم بصفته صاحب احتكار

¹ زينة صاغي، نسمة مقري ، المذكرة السابقة ،ص 30 .

² _رحمون (عامر) ، عقد الإذعان في الفقه الاسلامي و القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاسلامية ، تخصص شريعة وقانون، جامعة يوسف بن خدة 1، الجزائر، 2013/2012، ص123 .

³ _ المادة 622 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر .

قانوني أو فعلي ، و ما على العامل سوى الإذعان و الخضوع لشروطه و لعدم التكافؤ الحاصل لجأت التشريعات العمالية الحديثة لإيجاد قواعد قانونية لحماية الطرف الضعيف و هو العامل¹.

وقد تدخل المشرع لتنظيم علاقات العمل في المؤسسات من خلال تعديل بعض البنود فيما يتعلق بالمدة القانونية للعمل ة تقليصها من 44 ساعة إلى 40 ساعة (ينظر إلى المادة 02 من الأمر 03_97 المؤرخ في 11 يناير 1997 المتعلق بالمدة القانونية للعمل)².

و يكون عقد العمل من عقود الإذعان للأسباب التالية :

_ يقدم بنفس النمط لكل العمال بمثابة إيجاب ينقاد إليه الطرف الآخر .

_ تحكم المؤسسات العامة و الحكومية لوائح عامة تسري على الجميع دون اعتراض .

_ عدم التكافؤ بين الطرفين من الناحية المالية و الاقتصادية عند التعاقد، حيث ينقاد طالب العمل في الشركات و المؤسسات العامة إلى العقد و يقبل جميع شروطه³.

¹ _ زينة صاغي ، نسيمه مقري ، المذكرة السابقة ،ص 32.

² _ المادة 2 من الأمر 03_97 المؤرخ في 11 يناير 1997 المتعلق بالمدة القانونية للعمل، الجريدة الجزائرية الرسمية العدد 03 المؤرخ في 1997.

³ _ عامر رحمون، نفس المرجع ،ص 129.

الفصل الثاني:

التوازن المفروض على أطراف

العقد

التوازن المفروض على أطراف العقد

حرصا على حماية المتعاقدين من التفاوت في التزامات الذي تفرضه حالة عدم التوازن بينهما و تحقيقا للعدالة، قام المشرع الجزائري بإقرار أساليب وقائية المتمثلة في مبدأ حسن النية، والتي يجب ان تتوفر في المتعاقدين قبل و اثناء وعند انتهاء العقد، إضافة إلى مبدأ التزام بالإعلام .

وفضلا على ذلك رأى المشرع أن تشمل الحماية في مرحلتين مرحلة الإنشاء ومرحلة التنفيذ، حيث قام بمنح للقاضي السلطة واسعة في التدخل لتعديل العقد و ذلك بإقراره نصوصا قانونية توسع من سلطته لإعادة التوازن العقد ، حيث تعد سلطته علاجية تهدف الى استمرار العقد وتوقي فسخه .

وإختلال التوازن العقدي ، قد يكون بسبب الاستغلال و الغبن أو الظروف الطارئة أو الشروط التعسفية أو الشرط الجزائي، من خلال هذا إرتأينا تقسيم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : الوقاية من عدم التوازن العقدي .

المبحث الثاني : دور القاضي في إعادة التوازن العقدي .

المبحث الأول

الوقاية من عدم التوازن العقدي

يترجى المشرع من توسيع سلطة القاضي في تعديل العقد الوقاية من عدم التوازن وذلك بالنظر الى سلوك الأفراد في التعاقد التي ينبغي أن تتحلى بحسن النية (المطلب الأول) قبل وأثناء و عند إنتهاء العقد، بالإبتعاد عن الغش و التدليس أو استغلال المركز الضعيف للطرف الاخر، إضافة الى ضرورة تطبيق مبدأ الالتزام بالإعلام (المطلب الثاني) وهذا ما سوف نجيزه في هذا المبحث .

المطلب الأول

مبدأ حسن النية

من أجل إعادة التوازن العقدي يلجأ القاضي إلى بعض الحلول التي يتخذها كوسيلة لإعادة التوازن ومن بينها ما يكون في مرحلة إبرام العقد ألا وهي حسن النية المفترضة في طرفي العقد، حيث نتناولها من حيث تعريفها (الفرع الأول) ومن حيث مظاهرها (الفرع الثاني) تدخل القاضي في تطبيقها (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

تعريف مبدأ حسن النية

يمكن تعريف مبدأ حسن النية على أنه التعامل بصدق و إستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة و العادلة التي انشئ من اجلها، و التزم بها كل من طرفي العقد، بحيث لا تؤدي هذه الممارسات الى الاضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق الى حقه بأمانة¹.

إن القانون لا يجيز للمتعاقد ان يقوم بتنفيذ العقد بطريقة تتم عن سوء نيته، او بطريقة يكون الشخص فيها متعسفا في استعمال حقه في المجال العقدي² .

وقد ذكرها المشرع في المادة 107 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الأولى حيث جاء فيها " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية" حيث طبق القانون الفرنسي بدقة لفكرة ان الاتفاقات يجب ان تتعد وتنفذ بحسن النية في نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي³، كما تم الاعتراف بحسن النية في تنفيذ العقد أيضا كمبدأ من مبادئ القانون الخاص في العلاقات الدولية، وعن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية في الحكم الصادر عنها في 26 اكتوبر 1979 أنه " وفقا لمبدأ حسن النية لقانون التجارة، بحثت المحكمة عما إذا كان سبب للطرف الاخر ضررا. يكون هكذا غير مطبق، بالتالي الانصاف يفرض الأطراف، وما اذا كان قد سبب للطرف الاخر ضررا. يكون هكذا غير مطبق، بالتالي الانصاف يفرض

¹ _العوجي (مصطفى)، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، منشورات الحلبي الحقوقية، ج1، 4، بيروت ، لبنان، 2007. ،ص123 .

² _ يسين سعدون ، الرسالة السابقة، ص 216 .

³ _ فودة (عبد الحكم)، تفسير العقد في القانون المدني والمصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون طبعة، 2002، ص 155 .

التعويض عنه" ، فحسن النية هو المبدأ الذي ينبغي ان يسود في تنفيذ العقود جميعا، ولم يعد القانون يميز كما فعل القانون الروماني بين العقود حرفية التنفيذ، وبين عقود حسن النية¹.

الفرع الثاني

مظاهر حسن النية في التعاقد

ولمبدأ حسن النية مظهرين الالتزام بالنزاهة (أولا) و الالتزام بالتعاون (ثانيا) ، نتطرق اليهما كما يلي :

أولا: الالتزام بالنزاهة

تقتضي النية الحسنة نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه و بإخلاص، حيث يقصد بالنزاهة و الاخلاص هي إمتناع المتعاقد عن كل غش أو تدليس مما يجعل من تنفيذ العقد عسيرا أو مستحيلا² .

فالالتزام بالنزاهة الذي يقع على عاتق كل متعاقد هو الذي يبزر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن غش المتعاقد أو خطئه الجسيم، وكذا بطلان الشرط المسقط للضمان أو الذي ينقص منه اذا تعمد البائع إخفاء حق الغير بناء على المادة 377 من القانون المدني الجزائري، أو الاتفاق المتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى غشا بسبب الضمان، ويكون المتعاقد قد أخل بالتزامه بالنزاهة اذا قام بتنفيذ العقد بطريقة غير مرضية ، ويتم تقدير نزاهة المتعاقدين في تنفيذ التزاماتهما في ضوء سلوك الرجل العادي³.

حيث أن النزاهة تقتضي سلوك مستقيم، عالجها المشرع في القواعد العامة من عيوب الرضا من خلال المادة 86 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالتدليس و الالتزام بالنزاهة يقترن بالأمانة ويشمل الثقة المشروعة ويقع على عاتق طرفي العلاقة العقدية، وقد اضاف بعض الفقه من أن الالتزام بالأمانة تقتضي أن يكون المتعاقد نزيها وهذا الالتزام متعمد لإثراء العقد وهو الالتزام التي تدخل في نظرية توابع العقد والتي تستند في أساسها على حسن النية⁴.

¹ _دالي (بشير)، دور القاضي في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2015، ص82 .

² _علي فيلاي ، المرجع السابق، ص 392 .

³ _ نفس المرجع ، ص 393 .

⁴ _عرعارة عسالي، الرسالة السابقة، ص 214 .

إن النزاهة كصورة من صور حسن النية يعبر عن قيمة خارجية تتعدى نفسية المتعاقد ، يمكن ان تتمثل في الاعراف الجاري بها العمل او قاعدة السلوك الاخلاقية او المنطق المتبع في الحياة الاجتماعية، وهو مفهوم يفرض اتباع سلوك معين يمكن تشبيهه بالمبدأ العام للمسؤولية¹. والإخلال بالتزام بالنزاهة يعد خطأ عقديا كما جاء في المواد 495 و 544 و 592 من القانون المدني الجزائري، وبالتالي التزم حسن النية في تنفيذ العقود من خلال التزام النزاهة، يقتضي انتفاء نية الإضرار بالغير، انتفاء الخطأ الجسيم، انتفاء التعسف في استعمال الحق².

ثانيا : الالتزام بالتعاون

وهو التزام فرضته التطورات الجديدة للعلاقة العقدية، فهي علاقة تعاون وليست علاقة خصام أو مجابهة كما كان يعتقد، حيث تضارب المصالح لا يمنع من تعاون المتعاقدين، بل هناك بعض العقود تقوم أساسا على التعاون، كعقد الشركة التي عرفت المادة 416 من القانون المدني الجزائري على النحو التالي " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو إعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك... " و تعد نية المشاركة ركنا من أركان عقد الشركة، وعليه فان سوء تفاهم الشركاء يؤدي الى إنهاء الشركة³.

فمعيار التعاون معيار سلوكي بالمعنى الدقيق ويعتبر ضرورة قانونية، ويكون عندما يعترف المتعاقد بأنه مرتبط بمصالح مشتركة أو متقاطعة مع الطرف الأخر، فالتعاون كما يرى بعض الفقه، وفكرة التعاون مصدرها القضاء إلا أن الأحكام القضائية لم تتناوله إلا بطريقة غير مباشرة، إذ يقتصر عمل القضاء و الفقه على إستخراج هذا المبدأ من بعض الأحكام التشريعية وبعض قواعد السلوك العامة، كما أن فكرة التعاون تسمح باحتواء مفاهيم متغيرة و غير متوقعة كسلوك أطراف العقد، و تتيح أيضا فكرة التعاون تهيئة مقاييس لم تكن معروفة خلال إبرام العقد عندما تسمح للقاضي و الأطراف من تناول كل العناصر التي من شأنها التأثير على تنفيذ العقد بطريقة عادلة مع الأخذ بعين الإعتبار الإطار و المضمون التعاقدية و الهدف من العملية⁴.

¹ _ عرعارة عسالي، الرسالة السابقة ، ص 215 .

² _ سي اعمر (امينة)، شايبة (تركية)، مبدأ حسن النية في العقود تأصيلا و تحليلا، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون خاص، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2018/2017 . ص 67 .

³ _ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 394 .

⁴ _ عرعارة عسالي، الرسالة السابقة، ص 217 .

ويمتاز واجب التعاون بعدة عناصر مكونة له وهي :

- 1- **التضامن بين اطراف العقد** : كواجب اخلاقي يتبادل المساعدة و اخذ مصالح الغير بعين الاعتبار، مثل ما هو الحال في عقد الشركة المادة 416 من القانون المدني الجزائري.
- 2- **التقاء مصالح الاطراف من خلال العقد** : فبالإضافة الى ان العقد هو تبادل للرضا، فهو كذلك تبادل للثقة بين اطرافه بان يأمل كل طرف بتحقيق مصلحة من الطرف الاخر تلبية لحاجياته المرجوة من التعاقد .
- 3- **تبادل التعاون** : التعاون التعاقدي هو ثنائي الجانب، يظهره اتحاد وتقارب مصلحة المتعاقدين و تنسيق هذه المصالح¹.

الفرع الثالث

تدخل المشرع في تطبيق مبدأ حسن النية

وما يدل على تدخل المشرع في تطبيق مبدأ حسن النية النصوص القانونية التالية :

المادة 361 من القانون المدني الجزائري " يلتزم البائع ان يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع الى المشتري وان يمتنع عن كل عمل من شأنه ان يجعل نقل الحق عسيرا او مستحيلا." يعني ان مبدأ حسن النية يقتضي ان يمتنع المتعاقدين عن كل غش او تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا او مستحيلا، والى جانب ذلك ان يلتزم المتعاقد بالنزاهة و التعاون ، وهذا بإشعار و اطلاع المتعاقد معه كل الاحداث التي تهم تنفيذ العقد، ولا يقتصر هذا الالتزام على مرحلة لتنفيذ العقد بل يشمل كذلك مرحلة تكوينه².

وكذلك أبان المشرع على واجب الالتزام بالنزاهة و تفعيل مقتضيات حسن النية في نصوص خاصة، على غرار نزاهة الممارسات التجارية من خلال القانون 02/04 الذي يهدف الى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية ما بين الاعوان الاقتصاديين و المستهلكين³، وان الاخلال بهذه الالتزامات

¹ عرعارة عسالي، الرسالة السابقة ، ص218 .

² فيلاللي (علي)، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010، ص263 .

³ ينظر للمواد من 14 الى 29 من القانون 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004 للممارسات التجارية الجريدة الرسمية، العدد 41 . سنة2004 .

يقيم مسؤولية عقدية، ولهذا وجب مراعاتها في مرحلة تنفيذ العقد كما في مرحلة تكوينه، فلا يعني تنفيذ الاطراف للعقد بما جاء فيه من منطلق انه شريعة لهما، بل لا بد من مراعاة حسن النية و شرف التعامل¹.

ولم يغفل المشرع من امداد القاضي بالعناصر الخارجية التي يستند اليها ولو لم يدرجها المتعاقدان في العقد وذلك طبقا لطبيعة المعاملات ولأحكام القانون والعرف والعدالة وهذا ما جاء في نص المادة 2/65 من القانون المدني الجزائري "...فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون، والعرف، والعدالة." ، وحسن النية يترجم عن طريق العدالة و الامانة و الاستقامة².

كما اكد المشرع موضوع النزاهة فيما يتعلق بموضوع العقد ذاته و سلوك المتعاقد وفق لنص المادة 05"يجب ان يتضمن عرض القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة و نزيهة توضح على الخصوص عناصر العرض وكيفيات الحصول عليه و كذا حقوق و واجبات اطراف عقد القرض." والتي جاءت طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 15-144 المؤرخ في 23 رجب عام 1436 الموافق ل12 مايو سنة 2015 المتعلق بشروط و كيفيات العروض للقرض الاستهلاكي³.

وهناك بعض العقود التي تقوم على اساس التعاون كعقد الشركة التي نصت عليها المادة 416 من القانون المدني الجزائري " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين او اعتباريان او اكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل او مال او نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج او تحقيق اقتصاد او بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة."، فعقد نية المشاركة ركنا من اركان عقد الشركة، وعليه فان سوء تفاهم الشركاء يؤدي الى انتهاء الشركة⁴.

ومثال على تدخل المشرع لتطبيق مبدأ حسن النية كذلك نص المادة 497 من القانون المدني الجزائري حيث نصت على " يجب على المستأجر ان يخبر، فورا، المؤجر بكل امر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين المؤجرة الى ترميمات مستعجلة او يظهر عيب فيها او يقع اغتصاب عليها، او يتعدى الغير بالتعرض ، او الاضرار بها"⁵.

¹ _ عبد القادر علاق ، الرسالة السابقة ،ص 17 .

² _عرعارة عسالي ، الرسالة السابقة، ص213 .

³ _الجريدة الرسمية، العدد 24، رجب عام 1436 الموافق 13 ماي 2015 .

⁴ _ علي فيلالي ، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق ، ص394.

⁵ _ اسماء فرجالي ، المذكرة السابقة ، ص14 .

المطلب الثاني

الالتزام بالإعلام

إن الالتزام بالإعلام يلعب دورا كبيرا في التوازن العقدي ، فالغاية منه تزويد المتعاقد الضعيف بالمعلومات الكافية و ذلك حماية له من المخاطر التي تهدده و من هذا سوف نتطرق الى مفهومه (الفرع الاول) و مضمونه (الفرع الثاني) ومن ثم جزاء الاخلال به (الفرع الثالث) .

الفرع الاول

مفهوم الالتزام بالإعلام

لكي نحيط بمفهوم دقيق لالتزام بالإعلام فيجب تمييز هذا الالتزام عما يشابهه (اولاً) و دور المشرع في فرضه (ثانياً) و مبررات هذا الالتزام (ثالثاً) .

اولاً : تمييز الالتزام بالإعلام عما يشابهه

إدرج مصطلح الالتزام بالإعلام عند الفقه للدلالة على كافة المعلومات الواجب تقديمها الا ان هذه المعلومات تتفاوت فيما بينها، فقد تكون تحذير او مجرد تنبيه او اخبار او اعلام بسيط او تكون نصيحة¹ ، و لهذا يجب ان نميز بين الالتزام بالتحذير والالتزام بالإعلام البسيط (1) و بين الالتزام بالتحذير و الالتزام بالنصيحة (2) .

1/ التمييز بين الالتزام بالتحذير و الالتزام بالإعلام البسيط : يمكن تصور الاعلام البسيط او الالتزام بالإخبار في جميع البيوع و البيوع التي ترد على المنتجات الجديدة او المبتكرة على وجه الخصوص سواء كانت من الاشياء الخطرة ام لا ، اما الالتزام بالتحذير فهو متعلق بالخطورة ولهذا فهو ابعد من ان يكون مجرد اعلام بسيط ، حيث انه هناك بعض المخاطر المفترضة متعلقة باستعمال المبيع الواجب التحذير منها و احاطت المستهلك بجميع الوسائل لتجنب هذه المخاطر².

¹ _ عدة (عليان) ، فكرة النظام العام و حرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الاسلامي ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة ابو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2016 ، ص 232 .

² _ نفس الرسالة، ص 234.

2/ التمييز بين الالتزام بالتحذير والالتزام بالنصيحة : النصيحة اكثر شدة من التحذير ، حيث النصيحة تحتوي على الاخبار والتحذير اما التحذير فهو يحتوي فقط على الاخبار ، فالبائع والى جانب اعلامه او اخباره بمخاطر المبيع فانه يقترح له حولا لتجنب هذه المخاطر¹.

ثانيا : دور المشرع في فرض الالتزام بالإعلام

نص المشرع صراحة على هذا الالتزام بموجب القانون رقم 03 /09 المتعلق بقواعد حماية المستهلك وقمع الغش ،مما وضع حدا للنقاش الفقهي حول اساس الالتزام بالإعلام².

حيث حاول الفقه اعطاء اساسا لهذا الالتزام فمنهم من اعتبر ان اساسه الغلط و اتجاه اخر اعتبر اساسه التدليس (عيوب الارادة)، وهناك من اعتبر اساسه العيوب الخفية وهناك اتجاه اخر اعتبر اساسه مبدا حسن النية³ ، وبموجب هذا القانون نص المشرع في المادة 17 منه على " يجب على كل متدخل ان يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم و وضع العلامات او بأية وسيلة اخرى مناسبة " ⁴.

وبناء على هذا فان المشرع فرض على البائع المحترف بإعلام المستهلك بجميع المعلومات المتعلقة بالمنتج و كذا الاحتياطات اللازمة ، وبالنسبة لطريقة تنفيذ هذا الالتزام فهناك عدة طرق حيث يمكن للبائع المحترف ان ينفذ التزامه عن طريق الاعلان او بواسطة وسائل الاعلام و الاتصال الحديثة، الا ان وسيلة الكتابة هي اكثر شيوعا و اكثر فعالية، وقد تكون الكتابة على شكل وسم او دليل الاستعمال⁵ .

ولقد نص المشرع كذلك في المادة 325 الفقرة الاولى من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها " يجب ان يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا و يعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع و اوصافه الاساسية بحيث يمكن التعرف عليه . " ⁶ بناء على هذه المادة يجب ان يكون المتعاقد على علم

¹ _ عليان عدة ،الرسالة السابقة ، ص 235 .

² _ نفس الرسالة ،ص236 .

³ _ بوالباني(فايزة)، الاعلام كوسيلة لحماية المستهلك ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر 1 ،بن عكنون ،2012،، ص26-28 .

⁴ _ المادة 17 من قانون رقم 03-09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 ،يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد15 ل08 مارس الذي الغى احكام القانون 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 جريدة الرسمية عدد 6 المؤرخة في 08 فيفري 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك .

⁵ _ عليان عدة، الرسالة السابقة ، ص 238.

⁶ _ المادة 325 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم السالف الذكر .

كاف بما هو مقدم عليه¹، ومن هذا يمكننا ان نقول ان التزام بالإعلام هو تطبيقاً لمبدأ الوقاية خير من العلاج، حيث فرض هذا الالتزام على عاتق احد المتعاقدين لصالح المتعاقد الآخر، ولقد اعتبرها المشرع من النظام العام الحمائي التشريعي الا ان بالرغم من تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف غير أنه لا يجب نسيان دور النظام العام القضائي حيث له دور كبير في حماية الطرف الضعيف².

ثالثاً: مبررات الالتزام بالإعلام

إن نشوء أي التزام جديد في أي نظام قانوني تستند مبررات نشأته الى واقع عملي، حيث نشأ الالتزام بالإعلام كغيره من الالتزامات الأخرى على مبررات واقعية(1) و مبررات قانونية (2).

1/ المبررات الواقعية: لقد ادت الثورة التكنولوجية الى دفع عجلة الاقتصاد مما ادى الى ازدياد السوق بالمنتجات المتنوعة كالسلع الاستهلاكية (المواد الغذائية، مستحضرات التجميل، و الاجهزة المنزلية الى وسائل الاتصال المتعددة الاشكال و الانواع) وبسبب هذا التسارع في التطور ادى الى عدم التوازن المعرفي بين الاطراف (المنتج و المستهلك)، فقام القضاء بالبحث عن وسيلة يعيد بها التوازن بين المتعاقدين و ذلك بالاعتماد على العقود التي غالباً ما يكون فيها خلل في التوازن بين المتعاقدين كعقد الاذعان حيث سعى المشرع الى معالجة هذا الخلل الناشئ بين طرفي العقد من الناحية الاقتصادية و ذلك عن طريق منح القاضي سلطة تقديرية في تعديل او الغاء ما قد يرد في العقد من شروط تعسفية، فالقاضي اعتمد على هذا القياس على اساس التماثل في العلة و هو "عدم التوازن في المراكز القانونية"³.

2/ المبررات القانونية: إن نشأة هذا الالتزام راجع ايضاً الى سبب عدم قدرة نصوص القانون المدني على ضمان الحرية التعاقدية، و سبب تغير روابط القوة بين المتعاقدين وصعوبة حماية اطراف الضعيف بنفس الوسائل القانونية، مما ادى قيام القضاء بالبحث عن وسيلة قانونية جديدة تساهم بها في تحقيق الحماية و المتمثلة في الالتزام بالإعلام⁴.

¹ _ بشير دالي، الرسالة السابقة، ص 206.

² _ عليان عدة، الرسالة السابقة، ص 239.

³ _ بيقية (حفيظة)، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة اكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص 14.

⁴ _ نفس المذكرة، ص 15.

الفرع الثاني

مضمون الالتزام بالإعلام

إن الغرض من فرض التزام على عاتق المتعاقد المحترف هو احاطة و تزويد المتعاقد الاخر بالمعلومات الكافية عن ذلك التصرف القائم بينه و بين المتعاقد المحترف ، حيث يلتزم هذا الاخير بالإدلاء بكل المعلومات الوثيقة الصلة بالموضوع العقد(اولا) و بصياغة عبارات بوضوح (ثانيا) .

اولا: الالتزام بالإدلاء بالمعلومات الوثيقة الصلة بموضوع العقد

إن النظرية العامة للعقد لا تفرض على المتعاقد المحترف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد إلا إذا كانت المعلومات ذات صلة وثيقة بموضوع العقد، يعني تكون المعلومات جوهرية في العقد، وتحدد صلة المعلومات إذا كانت تلعب دور مهم في تحديد رضاء الدائن حيث تقوده إما لتعديل أو تغيير من سلوكه، حيث العلم بهذه المعلومات هي التي تحدد ارادة المتعاقد اما بالتعاقد او عدم التعاقد ولقد نص المشرع الجزائري في القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على البيانات و المعلومات الواجب على المحترف إعلامها للمستهلك حيث نصت المادة 17 من هذا القانون على " يجب على كل متدخل ان يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم و وضع العلامات او بأية وسيلة اخرى مناسبة".¹

ثانيا: وضوح صياغة العبارات

إن الهدف من الصياغة هو وضع موضوع التعاقد في قالب(العقد) يدل على إتفاق بين طرفي العقد بطريقة واضحة، حيث ان وضوح الصياغة تكفل تنفيذ الاتفاق دون منازعات او خلافات، فالصياغة لا تقوم إلا إذا وجد موضوع له معنى محدد يراد التعبير عنه في شكل صحيح و واضح، حيث يوجد ترابط بين الموضوع و الشكل عند تحرير أي وثيقة عقدية، وهذا ما ينسجم مع القواعد العامة في تفسير العقد، حيث تعقد هذه القواعد بأداة التعبير و ليس بالتعبير بحد ذاته، ولقد تشدد المشرع الجزائري في بعض انواع العقود من حيث صياغة بعض شروطها بشكل ظاهر كعقد التأمين و هذا ما نصت عليه المادة 622 من القانون المدني الجزائري.²

¹ _ يسين سعدون ، الرسالة السابقة، ص 90 .

² _ نفس الرسالة ، ص 91 .

ولقد حظر القضاء الفرنسي استخدام حروف دقيقة في صياغة الشروط الهامة التي تمس بمصالح المستأمنين حيث يكون من الصعب قراءة تلك الحروف، حيث الزم القضاء ان تكون الحروف مدونة بطريقة واضحة متميزة عن باقي شروط الوثيقة¹.

الفرع الثالث

جزاء الاخلال بالالتزام بالإعلام

إن عدم التزام المتعاقد المحترف بالإعلام يترتب عليه جزاء لإخلال بالتزامه لعدم تبصير المتعاقد الاخر مما ادى الى عيب في الرضا و بالتالي يحق للمتعاقد الاخر ان يطلب ابطال العقد (أولاً) و كذلك يؤدي خطأ المتعاقد المحترف (المدين) بالالتزام الى قيام مسؤولية المدنية في حالة حدوث ضرر للمتعاقد الاخر (الدائن) (ثانياً) .

أولاً : قابلية العقد للإبطال

إن وجود الالتزام بالإعلام يسهل المطالبة بالإبطال على اساس الغلط حيث يعتبر قرينة لا تقبل اثبات العكس ، و وجوده يعتبر قرينة على ان الغلط كان جوهريا حيث لولا الغلط لما ابرم المتعاقد الاخر (المستهلك) العقد و بالتالي من حق الطرف الضعيف (المستهلك) التمسك بإبطال العقد لعيب الغلط طبقا للمادتين 81 و 82 من القانون المدني الجزائري، ولقد اعتبر الفقه ان الاخلال بالالتزام و عدم الادلاء بالمعلومات و البيانات هو احد صور الكتمان التدليسية، حيث لو علم المتعاقد الاخر بها لما اقدم على ابرام العقد(توفر شروط المادة 86 من القانون المدني الجزائري) و كذلك يستطيع الطرف الضعيف (المستهلك) المطالبة بالإبطال العقد على اساس المادة 352 من التقنين المدني الجزائري حيث يشترط في هذه الحالة عدم علم المشتري بالمبيع و الذي يسهل اثبات وجود الالتزام بالإعلام².

ثانياً: قيام المسؤولية المدنية

رغم توسع الفقه و القضاء في نظرية عيوب الرضا بهدف تمكين المستهلك من ابطال العقد، الا انه رغم هذا التوسع لم يحقق الفائدة التي كان يهدف اليها الفقه و القضاء، لهذا كان هناك الحاجة الى لجوء لجزاء اخر يعوض القصور الذي يعترى جوانب الحماية في الابطال فقد اتفق الفقه و القضاء على قيام مسؤولية المتدخل بسبب اخفائه لمعلومات التي يجب الادلاء بها، مما ادى الى الحاق الضرر بالمتعاقد

¹ _يسين سعدون ،الرسالة السابقة ،ص 92 .

² _عرعارة عسالي، الرسالة السابقة ،ص253.

الآخر (المستهلك)¹ ، ونظرا لغياب نصوص خاصة تنظم المسؤولية الناتجة عن الاخلال بالتزام بالإعلام فإنه يمكن تطبيق احكام مسؤولية المنتج حيث نظمها المشرع صراحة بعد تعديل القانون رقم 10/05 المؤرخ في 10 يونيو 2005 في المادة 140 مكرر حيث اقرت هذه المادة مبدا عام دون تفصيله، نصت هذه المادة على "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه، حتى ولو لم تربطه بالمتعاقد علاقة تعاقدية." طبقا لهذه المادة فان هذه المسؤولية هي من نوع خاص أي قائمة بقوة القانون، حيث تتميز عن المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية في انها تقوم على عنصر العيب، وليس عنصر الضرر²، ويشترط لقيام هذه المسؤولية طبقا للمادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري هي وجود عيب بالمنتج، و حدوث ضرر مادي او معنوي بسبب ذلك العيب و علاقة السببية بين العيب والضرر، و يجوز للطرف الضعيف طلب ابطال العقد بالإضافة الى التعويض و ذلك لتوفير شروط الغلط وإخلال بواجب الاعلام، وكذلك يجوز طلب التعويض كجزاء منفردا دون الابطال حيث يمكن للمتعاقد الضعيف الاكتفاء بطلب التعويض دون الابطال³.

¹ _ حفيظة بتقة ، المذكرة السابقة ، ص 104 .

² _ نفس المذكرة ، ص 108 .

³ _ نفس المذكرة ، ص 109 - 110 .

المبحث الثاني

دور القاضي في إعادة التوازن العقدي

إذا شابته إرادة أحد المتعاقدين بعيب من عيوب الإرادة أو تضمين العقد لشروط تعسفية مما أدى بذلك إلى عدم التوازن العقدي أثناء إنشائه ، وقد يطرأ على العقد بعض الظروف مما تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد مما يتعذر تنفيذه أو ينفذ ولكن تنفيذه يصبح مرهقا لأحد الطرفين ، فهنا تقوم سلطة القاضي في إعادة توازن العقدي في مرحلة إنشائه (المطلب الاول) وفي مرحلة تنفيذه (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي في مرحلة إنشائه

من خلال ما تفرضه حالة عدم التوازن لعقدي و باتساع سلطة القاضي التي منحها له المشرع اصبح القاضي يتدخل في بعض العقود ليعيد توازنها في حالات معينة، نتطرق إليها من خلال دراسة مظاهر تدخل القاضي بسبب الغبن والاستغلال (الفرع الاول) وفي حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

تدخل القاضي بسبب الغبن و الإستغلال

قد يستغل احد الطرفين ضعف في الطرف الاخر لما به من طيش بين او هوى جامح او لضعف نفسي لديه وهذا ما قد يرهق الطرف الضعيف، فيتدخل القاضي (أولا) لرفع هذا الغبن الناتج عن الاستغلال مراعيًا لبعض المعايير (ثانيا) الا ان هذه السلطة مقيدة (ثالثا) .

أولا : مظاهر تدخل القاضي

إن الجزاء له طبيعة حمائية وذلك لحفظ التوازن بين التزامات المتعاقدين وهذا ما يهدف اليه المشرع، حيث يمنح للقاضي سلطة التدخل وذلك يكون اما عن طريق دعوى الابطال(1)، او عن طريق دعوى الانقاص (2) ، وهناك معايير معينة لممارسة القاضي لسلطته التقديرية (3) .

1/ دعوى الابطال: وهي وسيلة قانونية اقرها المشرع الجزائري لصالح المتعاقد المغبون¹، ويتوقف

اعمالها على الارادة الحرة للطرف المغبون دون ان يكون للقاضي الحق في اثارها من تلقاء نفسه، كما يمكنه ان يتنازل عن هذا الحق و يكون بذلك قد اجاز العقد².

فالعقد المعيب في احد اركانه و هو الرضا (لاستغلال ارادة الطرف الضعيف فيه) هو عقد باطل بطلانا نسبيا، و البطلان النسبي وفقا للقواعد العامة ليس من النظام العام ولا يمكن للقاضي اثارته من تلقاء نفسه، الا اذا اثاره احد الاطراف وهذا ما نصت عليه المادة 99 من ق.م.ج والتي نصها " اذا جعل

¹ _ عبيد (نجاه)، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

الخاص المعمق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 36 .

² _ نفس الرسالة ، ص 36 .

القانون لاحد المتعاقدين حقا في ابطال العقد فليس للمتعاقد الاخر ان يتمسك بهذا الحق¹، و اثارته هنا مقررة للطرف الذي وقع عليه الاستغلال (الطرف المغبون)، وليس للطرف الغابن² وهو ما اكدته المادة 90 من القانون المدني الجزائري "...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد"³. فاذا اختار المتعاقد المغبون رفع دعوى الابطال فهذا لا يعني بالضرورة ابطال العقد، بل ان الامر متوقف على السلطة التقديرية للقاضي الذي له ان يستجيب لطلبه ويقضي بابطال العقد اذا رأى ان الاستغلال قد افسد رضاه و ان هذا الاخير لم يكن ليبرم العقد اصلا لو لا هذا الاستغلال ، ولتوقي دعوى الابطال، يطلب الطرف المستفيد من العقد ان يبقى على العقد المنسوب بعيب الاستغلال لمصلحة له في ابقائه، فأتاح له المشرع ذلك اذا عرض على الطرف المغبون ما قد يرفع الغبن عنه كعرض زيادة في التزامات المستفيد كزيادة الثمن و لا يمكن للمغبون ان يعترض على ذلك⁴، واذا يعتبر مسالة الزيادة في التزامات المتعاقد المستغل امر ارادي محض ويتم برضا المتعاقد وبارادته التلقائية⁵.

والقاضي ملزم بقبول عرض المستغل من حيث المبدأ، الا ان تقدير الزيادة الكافية لإزالة التفاوت الفاحش بين الالتزامات يبقى خاضعا لتقديره فهو من يقدر حجم الزيادة في الاداء المقابل، ويعود باختلال الفادح بينهما الى التوازن المعقول، فالمطلوب من القاضي ليس اعادة ليس اعادة المساواة بين الأداءات المتقابلة بل ان تصبح متعادلة قدر الامكان لرفع التفاوت الفاحش فقط⁶.

غير ان هذا العرض الكفيل بارتيقاء لإبطال جائز فقط في عقود المعاوضة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الاخيرة من المادة 90 بقولها "... ويجوز في عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف الاخر دعوى الابطال، اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن"، حيث يستخلص من نص المادة 90 ان امكانية توقي الابطال جائز في عقود المعاوضة بنص صريح، وبمفهوم المخالفة لا يمكن للطرف الغابن توقي الدعوى في غير عقود المعاوضة مما في ذلك عقود التبرع، وتخضع مسالة تقدير العرض الكافي لإزالة الغبن الى السلطة التقديرية للقاضي ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك، الا انه لا يمكن للقاضي ان

¹ المادة 99 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم السالف الذكر.

² نجاة عبيد ، الرسالة السابقة ،ص 36-37.

³ المادة 90 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم السالف الذكر.

⁴ السنهوري (عبد الرزاق) ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، ط3، منشورات الحلبي، لبنان، 2000، ص 404 .

⁵ علي فيلاي ، المرجع السابق، ص 228 .

⁶ نجاة عبيد ، الرسالة السابقة، ص 38 .

يحكم بالزيادة في التزامات المتعاقد المستفيد من الغبن من تلقاء نفسه أي ليست له سلطة في فرض الاختيار¹، فقد يقبل الطرف المستغل العرض إذا رأى في ذلك مصلحة له حفاظا على العقد، أو ان يرفض العرض إذا رأى ان الالتزامات التي سيضيفها على عاتقه بقبوله لهذا العرض سيؤدي الى ضياع ما كان يصبوا اليه من التعاقد، ومن ثم فانتفاء ابطال العقد الزيادة التي يعرضها الطرف المستغل، مرهون بمدى تحقيقه للهدف الذي ابتغاه المشرع، وهو رفع الاختلال في التوازن بين التزامات طرفي العقد، فاذا حقق ذلك فان القاضي سيحكم باستمرار العقد وفقا للتعديلات الحديثة².

2/ دعوى الانقاص : قد اجاز المشرع للطرف المغبون ان يتقدم برفع دعوى انقاص لالتزاماته في العقد الذي تقررت قابليته للإبطال ، فيكون القاضي ملزما بالحكم بانقاص التزاماته الى حد رفع الغبن الكثير عنه .

إلا أن تقدير نسبة الانقاص من الإلتزامات لإعادة التوازن المتروكة للقاضي مستهديا بالعدالة العقدية، دون رقابة من المحكمة العليا عليه³، فلا يجوز عند النظر في انقاص الالتزامات الباهظة ، ان يعدل القاضي عن انقاص الالتزامات الطرف المغبون الى الزيادة في التزامات المستفيد من الاستغلال، فمثلا في عقد البيع بان يعتمد القاضي الى الزيادة في مقدار الثمن بدلا من ان ينقص في مقدار المبيع حتى تتعادل مع التزامات المغبون كما لا يجوز للقاضي الحكم بالإبطال لأنه بذلك يكون قد قضى بأكثر من طلبات رفع الدعوى فاذا استغل احد الطرفين ضعف في نفس الطرف الاخر فأصابه غبن فاحش جراء ذلك كان للطرف المغبون طلب رفع دعوى الغبن الواقع عليه اذا كان عقد معاوضة، اما اذا كان تبرعا ان يطلب انقاص التزاماته⁴، ويجب رفع الدعوى الناشئة عن الاستغلال خلال سنة من تاريخ ابرام العقد والا كانت غير مقبولة وهي مدة سقوط الدعوى وهذا طبقا للفقرة الثانية من المادة 90 من القانون المدني الجزائري⁵.

ثانيا: معايير ممارسة القاضي لسلطته التقديرية

ويمارس القاضي سلطته في مواجهة كل من الغبن و الاستغلال بمراعاة المعايير التالية:

¹ _ نجاة عبيد ،الرسالة السابقة، ص 38 .

² _ نفس الرسالة ، ص 40.

³ _علي فلالي ، المرجع السابق ، ص 288 .

⁴ _ نجاة عبيد ، الرسالة السابقة ، ص 40 .

⁵ _ المادة 90 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم السالف الذكر .

1/ معيار الملاءمة في اعمال الجزاء : فعليه مراعاة ملائمة اكمال الجزاء، اما بان يصل الى تلبية طلب الطرف المغبون بإبطال العقد في حالة اختيار هذا الاخير لدعوى الابطال، او ان يصل الى تلبية طلبه بالاقصاار على انقاص التزاماته الى حد لا يجعلها باهظة، فالسلطة التقديرية راجعة للقاضي بتحديد الجزاء الملائم¹.

2/ معيار التقيد بطلب القضائي : لا يجوز للقاضي ان يفصل فيما لم يطلب منه، فانه لا يجوز وقت النظر في دعوى انقاص الالتزامات بالنسبة للطرف المغبون ان يعدل القاضي عن انقاص التزاماته الى زيادة التزامات المستفيد من الاستغلال فلا يجب عليه ان يتعدى الطلب القضائي²، او ان يذهب الى ابطال العقد وذلك لان الابطال اكبر من الانقاص، فالجوء اليه يدل على القضاء بأكثر مما طلب منه³.

3/ معيار توقي البطلان بإعادة التوازن الى الأداءات المختلفة: نشاط القاضي التقديري يكون واسعا في حالة ما اذا عرض المستغل ان يتوقى طلب الابطال من المتعاقد المغبون في عقود المعاوضات، فيقوم القاضي بعرض ما يراه كافيا لرفع الغبن على المتعاقد المغبون، وهو يقدر حجم الزيادة في الأداءات، ويرجع الاختلال الفادح بينهما الى التوازن بقدر الامكان ، ولا يشترط ان تكون الأداءات متساوية تماما وهذا لا يعني تجاوز القاضي نطاق الخصومة⁴.

ثالثا: القيود الواردة على سلطة القاضي في التدخل بسبب الغبن و الاستغلال

ان تدخل القاضي لرد الالتزام العقدي هو مقيد بما وضعه المشرع من نصوص قانونية و المتعلقة بالطرف الذي يحق له رفع الدعوى(1) و النواحي النفسية المشمولة بالحماية(2)، وكذلك مراعاة اجال المحددة لرفع الدعوى(3) ، اضافة الى طبيعة عمل القاضي(4).

1/ صاحب الحق في رفع الدعوى: حسب المادة 90 من القانون المدني الجزائري "...بناء على طلب الطرف المغبون..." ، فان حق رفع دعوى رفع الغبن الناتج عن الاستغلال هو حق للمتعاقد المغبون الذي وقع عليه الاستغلال وحده دون غيره، فهو المتضرر من العقد بالتالي هو صاحب الصفة و المصلحة في رفع الدعوى، وله حرية رفع دعوى الابطال او الانقاص او الابقاء على العقد، فبالتالي

¹ _ زينة صاغي ، نسيمه مقري ، المذكرة السابقة ،ص 20 .

² _ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 406 .

³ _ زينة صاغي ، نسيمه مقري ، نفس المذكرة ،ص 21 .

⁴ _ محمد بوكماش ،الرسالة السابقة ، ص124 .

لا يجوز للقاضي ان يثيره من تلقاء نفسه، وعبئ اثبات الاستغلال يقع على عاتق المغبون وفقا للقاعدة العامة في الاثبات (البينة على ما ادعى)¹.

2/ نواحي الضعف النفسي للطرف المغبون: فقد قيد المشرع سلطة القاضي في حالات الضعف النفسي المنوطة بالحماية بموجب نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري في حالي الطيش البين والهوى الجامح، فلا يأخذ بالحالات الاخرى الانسانية كالحاجة و حالة الضرورة، او عدم الخبرة او ضعف الادراك².

3/ ميعاد رفع الدعوى : فحسب الفقرة الثانية من المادة 90 من القانون المدني الجزائري " ويجب ان ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، والا كانت غير مقبولة." ، وتعتبر هذه السنة مدة سقوط لا تقادم، فلا تقبل القطع ولا الوقف لذلك وجب رفع الدعوى قبل انتهائها، فيعد ذلك يصبح العقد نافذا وبإثر رجعي ، أي من يوم ابرامه وليس من يوم انقضاء المدة، وبذلك لا يجوز اثاره ابطاله لافي صورة دعوى ولا في صورة دفع³.

4/ طبيعة السلطة الممنوحة للقاضي : ليس للقاضي قبول الدعوى حتى وان توافرت جميع الشروط القانونية اللازمة لقيام حالة الغبن الناتج عن الاستغلال وذلك لان سلطته جوازيه وليست وجوبية في تطبيق النظرية، ولان القاضي مقيد بمبدأ الطلب القضائي، الذي يعتبر الاطار العام للسلطة التقديرية ، فيتقيد بمجموع الطلبات و الدفوع⁴، فسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال لم يمنح له على اطلاقها ، وانما هي محصورة في وسيلة واحدة وهي الانقاص باستخدام المشرع لكلمة "ينقص"، اما الزيادة في الالتزامات فكما ورد اعلاه لا تكون الا ضمن شروط محددة وهي عرض المستغل ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن⁵.

¹ _ زينة صاغي ، نسيمه مقري ، المذكرة السابقة ،ص43-44 .

² _ نجاه عبيد ، الرسالة السابقة ، ص 44.

³ _ السعدي (محمد صبري) ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام (العقد والارادة المنفردة)، ج1، ط4، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008/2007، ص 202 .

⁴ _ زينة صاغي ، نسيمه مقري ، المذكرة السابقة ،ص48 .

⁵ _ محمد بوكماش ، الرسالة السابقة ،ص 122 .

الفرع الثاني

الشروط التعسفية في عقود الإذعان

نظم المشرع الجزائري الشروط التعسفية في نصوص خاص في القانون 02/04 المحدد لقواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹، حيث عرّفت الشرط التعسفي في الفقرة الخامسة من المادة 3 منه " الشرط التعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"².

و يتدخل القاضي في العقود التي تحتوي على شروط التعسفية من أجل الموازنة بين مصالح أطراف العقد و ذلك بتعديل تلك الشروط (أولاً) وان لم يستطيع بذلك موازنة مصالح الاطراف لجأ الى طرق اخرى، وهي اعفاء من الشروط التعسفية أي الغاء (ثانياً).

أولاً: سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي

يتدخل القاضي لأعمال سلطته لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، فعندما تكون الشروط التعسفية مرتبطة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن، كالثمن في عقد البيع، وبديل الإيجار في عقد الإيجار فهي شروط جوهرية لا يمكن الغاؤها، لان ذلك يؤدي الى تحول العقد الملزم لجانبين الى عقد ملزم لجانب واحد³.

وقد تكون الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ العقد و بمدته ، ففي هذه الحالة قد يقوم القاضي بالتعديل عن طريق الانقاص لإزالة المظهر التعسفي للشرط الوارد في عقد الإذعان⁴.

وقد يتمثل الشرط التعسفي في صورة من صور الغبن او حالة من حالاته بمعناه المادي⁵، وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتعديل الشرط التعسفي، اما بالانقاص و اما بالزيادة لإزالة الغبن الوارد فيه ، وفي هذا الصدد لا يتقيد القاضي بالعقود المتطلبة لرفع الغبن و الاستغلال، لان تعديل العقد بسبب الحالة اولى

¹ عرعارة عسالي، الرسالة السابقة، ص 169 .

² المادة 03 من قانون 02/04 المؤرخ في 27 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41 سنة 2004 .

³ بن شنيطي (حميد) ،سلطة القاضي في تعديل العقد، اطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، مقدمة بمعهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996.ص 46 .

⁴ _ محمد بوكماش ، الرسالة السابقة ، ص 165 .

⁵ _ نفس الرسالة ، ص 166 .

مسألة مستقلة ففي تعديل عقد الاذعان المنطوي على الغبن فان القاضي يحل محل الالتزام العقدي التزاما قضائيا¹.

ثانيا: سلطة القاضي في الغاء الشرط التعسفي

فقد يخالف قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " فيقوم بإعفاء الطرف المذعن من ذلك الشرط مع الإبقاء على العقد قائما ، لإزالة التعسف الذي سلطه الطرف القوي في العقد وذلك لكونه واضع قانون العقد ، ويلجأ القاضي الى هذه الوسيلة بعد التأكد من ان وسيلة تعديل الشرط لتخفيف من الالتزام المقابل ليس مجد بإزالة مظهر التعسف الذي اتسم به الشرط، وذلك يكون في الحالة التي يعتبرها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد، والذي بدوره يكون شرطا مألوفاً في العقد².

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه

يتضمن العقد عند ابرامه او عند تنفيذه بوجود عوائق او تحول المركز الاقتصادي لاحد الاطراف مما يجعل التنفيذ مستحيلا او مرهقا ومن اهم هذه العوائق الظروف الطارئة (الفرع الأول) وتضمن العقد مسبقا على شرط جزائي (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

الظروف الطارئة هي واقعة مادية لم يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد، وهي تطبق على العقد المتراخي في تنفيذها من اجل الى اجل او العقود المستمرة، وقد يطرا عند حلول اجل التنفيذ تغيير في الظروف الاقتصادية التي كان يقوم عليها توازن العقد عند تكوينه، او تحدث لواقعة مادية لم يتسنى تصورها او توقعها مما يؤدي الى اختلال توازن فادح في العقد، ففي هذه الاحوال يتدخل القاضي لرد الالتزام الى الحد المعقول حتى يستطيع اطراف العقد تنفيذه³، ومن هذا نتطرق في هذا الفرع الى ضوابط سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق (اولا) و الى صور تدخل القاضي (ثانيا) .

¹ _ تناغو(سمير عبد السيد)، مصادر الالتزام، الاسكندرية، 2000، ص 153 .

² _ حميد بن شنيبي ، الرسالة السابقة ، ص 47 .

³ _ لامية قاسم ، ليدية سماعيلي ،المذكرة السابقة، ص 23 .

أولاً : ضوابط سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق

منح المشرع للقاضي بموجب الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري¹ سلطة التدخل في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة وذلك لإعادة توازن الاقتصادي للعقد الذي اختل بسبب هذه الظروف²، غير ان هذه السلطة مقيدة بمجموعة من الضوابط القانونية التي يجب على القاضي احترامها عند مباشرته لسلطته التقديرية، وتتمثل الضوابط في مراعاة الظروف المحيطة بالقضية (1) و الموازنة بين مصلحة الطرفين (2) و رد الالتزام الى الحد المعقول (3)³.

1/ مراعاة الظروف المحيطة بالقضية : لقد نصت المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري على عبارة "...تتبع للظروف..." فالمقصود هنا تقييد المشرع لسلطة القاضي في التدخل في حدود ما تكون عليه ظروف القضية، حيث كل قضية تحيط بها ظروف خاصة بها تميزها عن غيرها، فلهذا يجب على القاضي ان يأخذ بعين الاعتبار كل الظروف المحيطة بالقضية المدروسة وان لا يهملها، مع الاخذ كذلك بموقف المدين وخطئه مع احداث الظروف الطارئة، واذا كان تقصير المدين هو سبب الذي ادى الى تنفيذ التزام اصبح مرهقا، او بخطئه، فهنا لا تطبق احكام نظرية الظروف الطارئة، بل يتحمل بنفسه تبعه تقصيره او خطئه⁴.

قامت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2007/02/21، ملف رقم 320434، بنقض القرار الصادر عن مجلس قضاة مسيلة، بتاريخ 02 /02 /2002، القاضي بان الالتزام التعاقدي اصبح مستحيل التنفيذ طبقا لمقتضيات المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري، في حين ان تنفيذ التزام المؤسسة المنحلة ومن حل محلها لم يصبح مستحيلا بل قد يصبح مرهقا للمدين، وفي هذه الحالة يجب ان يراعي خلال فترة انجاز المشروع ما اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وادت الى ان يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا⁵.

¹ _ المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري "غير انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تتبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

² _ محمد بوكماش ، الرسالة السابقة، ص 253 .

³ _ زينة صاغي ، نسيمه مقري ، المذكرة السابقة ، ص 51 .

⁴ _ نفس المذكرة ، ص 51-52 .

⁵ _ نفس المذكرة ، ص 52 .

أما إذا طرأت تلك الحوادث خارج الاجل المتفق عليه، فان المدين وحده يتحمل تلك الظروف، ولا دخل للدائن فيها لأنه لم يكن مقصرا في تنفيذ التزامه. وطبقا للمادة 3/107 فان قضاة الموضوع يكونوا قد اخطئوا في تطبيق القانون مما يعرض قرارهم للنقض.¹

2/ الموازنة بين مصلحة الطرفين : إن ضابط الموازنة هو من الضوابط القانونية التي يجب ان يلتزم بها القاضي اثناء رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، حيث يقتصر القاضي على توزيع عبئ الطرف الطارئ بين المتعاقدين، فمن غير المعقول ان يقوم القاضي برفع الارهاق كليا عن المدين بوضعه على عاتق الدائن، حيث تهدف نظرية الظروف الطارئة الى تخفيض من الارهاق وليس رفعه كليا، وهذا ما تضمنته المادة 3/107 "...وبعد مراعاة مصلحة الطرفين..." ، يجب على القاضي مراعاة مصلحة طرفي العقد بتوزيع الظروف الطارئة بينهما.

3/ رد الالتزام إلى الحد المعقول : لقد حولت نظرية الظروف الطارئة للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد برد الالتزام المرهقة الى الحد المعقول²، و المقصود "برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول" هو اشتراك طرفي العقد يعني الدائن والمدين معا في الخسارة التي سببتها الظروف طوارئ الغير المتوقعة، فبقدر الغنم يكون الغرم، يعني بقدر الكسب تكون الخسارة، وهنا يأخذ بعين الاعتبار الفرق الناجم بين قيمة الالتزام في العقد وقيمه بعد وقوع الحادث، حيث هي اساس لتحديد مقدار الارهاق وهذا وفقا للمعيار الموضوعي، وهذا لا يمنع من قيام القاضي بالأخذ بعين الاعتبار بالمعيار الشخصي وهي الظروف الخاصة بالمدين وفي مقدمتها احواله المالية في نطاق المحدود، لان المساواة التامة بين المدينين مهما تباينت الظروف و اختلفت الاحوال أمرا تأباه العدالة³.

ثانيا : صور تدخل القاضي

بعد تحقق القاضي من توافر شروط الظروف الطارئة و بعد مراعاة جميع ظروف المحيطة بالقضية والموازنة بين مصلحة المتعاقدين يقوم باستخدام سلطته التقديرية في اختيار الوسيلة الملائمة لرد الالتزام المرهق سواء بانقاص من التزامات الدائن(1) او بزيادة من التزامات الدائن(2) او بوقف التنفيذ (3)⁴.

¹ _ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، صار بتاريخ 2007/02/21 ، ملف رقم 324034، المجلة القضائية، العدد

الأول، 1994 ، ص 217. ينظر لزينة صاغي ، نسيمه مقري ، نفس المرجع السابق ، ص 52 .

² _ نفس المذكرة ، ص 52-53 .

³ _ محمد بوكماش ، الرسالة السابقة، ص 256 .

⁴ _ نجاة عبيد ، المرجع السابق ، ص 107 .

1/ إنقاص من إلتزامات المدين المرهقة : إن من الوسائل الطبيعية لرفع الارهاق الذي وقع على عاتق المدين هو انقاص من إلتزاماته من حيث الكم او الكيف سواء كان هذا العقد ملزم لجانب واحد او ملزم لجانبين، فالغاية من انقاص في كل الحالات هي الحد من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين، يعني ان يتحمل المدين حتما الخسارة المألوفة ، فمن امثلة عن انقاص من الإلتزام من حيث الكيف مثلا يلتزم شخص بتوريد كميات من سلعة معينة ومن صنف معين، ثم طرأ حادث استثنائي تجعل الحصول على هذا الصنف مرهقا، ففي هذه الحالة يستطيع القاضي ان ينقص من التزام المدين ذلك عن طريق وفاء المدين بنفس الكمية ولكن من صنف اقل جودة، اما بالنسبة لانقاص من الإلتزام من حيث الكم، مثلا التزام المدين بكمية معينة من السلع ولكن هذه السلع قل وجودها في السوق بسبب الحرب، هنا جاز للقاضي ان ينقص من كمية هذه السلع الى حد المعقول، أو وقف تنفيذ الى غاية زوال ذلك الظرف¹.

2/ الزيادة من إلتزامات الدائن: إن من بين السلطات الممنوحة للقاضي هي زيادة من إلتزامات الدائن لرفع الارهاق على المدين²، حيث يتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الإلتزام، ويتحمل المدين الزيادة المألوفة المتوقعة³، ولقد اخذ المشرع الجزائري بهذه الوسيلة كحل استثنائي في المادة 3/561 من القانون المدني الجزائري حي نصت على "... على انه اذا انهار التوازن الاقتصادي بين إلتزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعي بذلك الاساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقاوله، جاز للقاضي ان يحكم بزيادة الاجرة او بفسخ العقد⁴، مثلا ارتفاع الفاحش في الاسعار بسبب ظرف طارئ، حيث قام تاجر بتعهد بإيراد كمية كبيرة من البند بسعر مئة دينار للكيلو غرام الواحد، فقام ظرف طارئ وارتفع بسببه السعر الى مئتين دينار للكيلوغرام الواحد، فالقاضي يرفع السعر في العقد الى اكثر من مئة دينار و اقل من مئتين دينار، فالمقصود هنا هو كلما ادى الظرف الطارئ الى ارتفاع فاحش في الاسعار المتفق

¹ _ يسين سعدون ،الرسالة السابقة ، ص 357 .

² _ بوعكاز (خليل)، طرق استعادة التوازن العقدي، مذكرة في اطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون العقود و المسؤولية، جامعة عمار ثليجي ، الاغواط ، 2016/2015 .،ص 59 .

³ _ محمد بوكماش ، الرسالة السابقة، ص 262 .

⁴ _ المادة 561 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم السالف الذكر .

عليها، يتدخل القاضي لزيادة السعر المبين في العقد¹، غير ان تدخل القاضي لرفع السعر لا يعني انه فرضه على الطرف الاخر، بل يخيره بين الشراء والفسخ، ويجب الاشارة الى ان حالة الزيادة و الانقاص هما حالتين تتعلق بالحاضر فقط يعني قد يزول اثر الحادث الطارئ فيرجع العقد الى ما كان عليه قبل التعديل و تعود له القوة الملزمة كما كان².

3/ وقف التنفيذ : يلجأ القاضي لهذه الوسيلة اذا كان الظرف الطارئ مؤقت و على وشك الزوال³، ولقد جاء في نص المادة 2/281 من القانون المدني الجزائري على انه "غير انه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين و مراعاة للحالة الاقتصادية ان يمنحوا اجالا ملائمة للظروف دون ان تتجاوز هذه المدة سنة او ان يوقفوا التنفيذ مع ابقاء جميع الامور على حالها" ، يعني ان الالتزامات تبقى محتقظة بقيمتها و لا تتأثر بهذا الوقف المؤقت، ومثال ذلك قيام المقاول بتعهد ان ينجز مبنى فارتفع سعر مواد البناء ارتفاعا فاحشا، ولكن هذا الارتفاع غير دائم بسبب اقتراب طرح كميات من هذه المواد في السوق، ففي هذه الحالة يقوم القاضي بأمر وقف التزام المقاول بتسليم المبنى حتى يوفي بالتزامه دون ارهاق، وهذه في حالة ان لم يكن كذلك الوقف له ضرر جسيم على صاحب البناء⁴.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الشرط الجزائي

يعتبر الشرط الجزائي من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، وحسب المادة 184 من القانون المدني الجزائري، فلأطراف الحرية الكاملة في تقدير مقدار التعويض كأصل معمول به، و القاضي ملزم بالحكم به دون ان يكون له سلطة في تقدير الوضع، بل يقوم بالحكم على حسب ما ورد عليه اتفاق الاطراف متى تحققت شروط الشرط الجزائي، الا انه ورد استثناء على هذا الاصل اجيز فيه للقاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي إما بالتخفيض (أولا) أو بالزيادة (ثانيا)⁵.

¹ - حميد بن شنيبي ، الرسالة السابقة ، ص 64 .

² - محمد بوكماش ، الرسالة السابقة ، ص 263 .

³ - حميد بن شنيبي ، الرسالة السابقة، ص 66 .

⁴ - السعدي (محمد صبري) ، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (العقد و الارادة المنفرد))، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 39 .

⁵ - لامية قاسم ، ليدية سماعيلي ، المذكرة السابقة ، ص 31 .

أولاً: سلطة القاضي في حالة التخفيض في الشرط الجزائي

حسب الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني الجزائري و المادة 187 من نفس القانون فيكون للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في ثلاثة حالات وهي :

1/ إذا أثبت المدين أن الشرط الجزائي كان مفرطاً فيه

إذا أثبت المدين أن التعويض الذي ألزم به مسبقاً لا يتناسب مع الضرر الذي لحق بالدائن، وإن تقديرها للتعويض أصبح مبالغاً و مفرطاً، لجعله شرط تهديدياً لمصالح المدني أو كان ذلك نتيجة لغلط في تقدير وقع فيه الطرفان، أو إكراه من طرف الدائن على المدين، يفرضه الدائن بمثابة عقوبة للمدين لتأخره عن التنفيذ، مما سمح للقاضي بالتدخل لتقديره التعويض الملائم، وإن الشرط الجزائي ليس السبب في استحقاق التعويض و إنما هو مجرد تقدير مسبق وفقاً لما ظهر لطرفي الالتزام من اعتبارات الظروف، وينتقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن حسب ما يلي:

- أن يجعل الضرر مفترضاً فلا يكلف الدائن إثباته، إنما على المدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرراً إذا ادعى ذلك، فوجود الشرط الجزائي قرينة على أن التعويض المتفق عليه مساوي للضرر إذا ادعى المدين أنه كان مفرطاً ، عليه إثبات عبء ذلك¹.
- تجاوز التعويض الاتفاقي حجم الضرر، مع ذلك يستحقه الدائن دون تعويض في حالة تجاوز الشرط مدى الضرر تجاوز أيسر فعلى المدين أن يثبت أن التقدير كان مبالغاً لحد كبير، وإن التخفيض من الشرط الجزائي يجب أن يكون مناسباً للضرر لا يستوجب أن يكون مساوياً له .

2/ إذا أثبت المدين أنه تم تنفيذ جزء من الالتزام الأصلي

إذا نفذ المدين جزء من الالتزام، فلا يلزم بكل المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي، إلا إذا أصبح ذلك مرهقاً للمدين فهنا يتدخل القاضي بأن يراعي إرادة المتعاقدين في خفض الشرط الجزائي إلى نسبة مناسبة للجزء الغير منفذ من الالتزام، ويقع عبء الإثبات للتنفيذ الجزائي على المدين، أما تنفيذ الالتزام تنفيذاً معيباً لا يحقق الهدف و الغاية المرجوة منه فلا يمكن للقاضي اعتباره تنفيذاً للالتزام في جزء منه فيستحق الشرط الجزائي كله احتراماً لاتفاق الطرفين².

¹ _لامية قاسم ، ليدية سماعيلي ،المذكرة السابقة ،ص31 .

² _نفس المذكرة ،ص32 .

3/ اذا تسبب الدائن بسوء نيته في اطالة امد النزاع

حسب المادة 187 من القانون المدني الجزائري للقاضي ان يخفض الشرط الجزائي اذا كان الدائن سببا في تأخير تنفيذ الالتزام بسبب اامطة في احد الاجراءات اللازمة عمدا بمسلكه الاجراءات الاطول بدلا من تلك الأقصر والاسهل وذلك لعدم تمكين المدين من الحصول على محل الالتزام، وهنا يدخل في التعسف في استعمال الحق بمنع المدين من الانتفاع بمحل العقد، فاذا تبين القاضي ان الدائن سيئ النية فما عليه الا ان يحكم بتنفيذ الالتزام كله دون تخفيض في الشرط الجزائي متى تبين له استحالة تنفيذ الالتزام عينا ، ومتى حل اجله وتحقق الضرر المتوقع و لا يكون للإطالة دخلا في التخفيض¹.

ثانيا: سلطة القاضي في حالة الزيادة في الشرط الجزائي

حسب المادة 185 من القانون المدني الجزائري فانه وكأصل عام عدم جواز زيادة الشرط الجزائي، الا انه اذا تضمن الشرط الجزائي تعويضا اقل من قيمة الضرر الواقع فعلا، فان ذلك يعد تخفيضا لمسؤولية المدين، وهو امر جائز قانونا في اطار المسؤولية العقدية، فيتعين على القاضي في هذه الحالة ان يحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه، ولو كان يقل في مقداره عن الضرر الواقع، وفي ذلك اعمال لإرادة المتعاقدين التي ترمي الى تقدير التعويض بطريقة تخفف من مسؤولية المدين²، الا انه واستثناء عن هذا الاصل خوله المشرع الجزائري للقاضي سلطة الزيادة في قيمة الشرط الجزائي من خلال نفس المادة(185 من القانون المدني الجزائري) حيث اجاز ان يطلب الدائن بأكثر من قيمة الشرط الجزائي اذا توافرت الحالات التالية:

- 1- ان يلحق الدائن ضرر اكبر من التعويض المتفق عليه .
- 2- ان يكون هذا الضرر ناتجا عن غش او لخطا جسيم من جانب المدين³.

¹ _ لامية قاسة ، ليدية سمايلي ، المذكرة السابقة ،ص33 .

² _ خليفة بوداود ، السعيد بوزيان ،المرجع السابق ، ص42 .

³ _ نفس المرجع ، ص43 .

ثالثا: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي (نظرة الميسرة)

النظرة الميسرة هي مهلة يمنحها القاضي للمدين بدين مستحق الاداء، وذلك استثناء للظروف السيئة التي يوجد فيها المدين¹.

كما عرفت ايضا على انها اجل قضائي يجوز منحه للمدين بشروط معينة، او انه الحالة التي ينظر فيها القاضي المدين الى اجل معقول للوفاء بالتزامه اذا استدعت حالته ذلك².

1/ الاجل القضائي في نصوص القانون المدني الجزائري: اما المشرع الجزائري، فقام بتنظيم الاجل القضائي بالنصوص القانونية الاتية:

- المادة 119 من القانون المدني الجزائري التي تنص على " في العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اذاره المدين ان يطلب بتنفيذ العقد او فسخه، مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي ان يمنح المدين اجلا حسب الظروف، كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات "

- المادة 210 من القانون المدني الجزائري التي تنص على " اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة او الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسباً لحلول الاجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية و المستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

- المادة 281 من القانون المدني الجزائري التي تنص على " يجب ان يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين مال يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك.

غير انه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية ان يمنحوا اجالا ملائمة للظروف دون ان تتجاوز هذه مدة سنة و ان يوقفوا التنفيذ مع ابقاء جميع الامور على حالها، وفي حالة الاستعجال يكون منح الأجل من اختصاص قاضي الامور المستعجلة.

وفي حالة ايقاف التنفيذ فان الأجل المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية، بصحة اجراءات التنفيذ تبقى موقوفة الى انقضاء الاجل الذي منحه القاضي³.

¹ عبد المنعم (موسى ابراهيم)، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 191.

² محمد بوكماش، الرسالة السابقة، ص 376.

³ المادة 119، 281، 210 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم السالف الذكر.

2/ شروط منح الاجل: يجب ان يكون منح الاجل وفق الشروط محددة وهذه الشروط هي :

أ-عدم وجود نص قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة : مثال ذلك ورد في نص المادة 2/464 من القانون التجاري الجزائري " لا يجوز منح اجل قانونية كانت او شرعية الا في الاحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و438 من هذا القانون".¹ .

ومن هذا فاذا وجد نص قانوني يمنع من منح اجل قانونية، فان على القاضي واحتراما لهذا النص لا يستطيع منح اجل² .

ب-إستدعاء حالة المدين منحه نظرة ميسرة : ان منح النظرة الميسرة متوقفة على تقدير القاضي لحالة و ظروف المدين و لدواعي مصلحته، وهذا ما جاء في المادة 119 من القانون المدني الجزائري، وجاء في المادة 281 من القانون المدني الجزائري عبارة "المركز القانوني" يقصد بها الظروف الاقتصادية التي تحول دون الوفاء بالالتزام وهذا الظرف يستدعي تدخل قضائي في منح اجل قضائي للمدين³ .

ج-ألا تلحق منح النظرة الميسرة ضررا جسيم بالدائن: مثلا كأن يكون الدائن معتمدا على ذلك الدين في ابرام صفقة معينة، ويعود فولتها عليه بضرر جسيم بسبب ذلك الاجل ، فليس من العدل اغاثة المدين عن طريق الاضرار بالدائن، حي يقتضي هذا الشرط بالموازنة بين المصلحة التي ستتحقق من منح ذلك الاجل للمدين والضرر الذي سيلحق الدائن من جراء ذلك⁴ .

اما بالنسبة لمدى سلطة القاضي لمنح الاجل القضائي ، فتعتبر سلطته في منح الاجل بمناسبة دعوى التنفيذ اكثر اتساعا من حيث عدد المرات التي يمكنه فيها منح الاجل، وذلك كلما استدعت حالة المدين ذلك مراعي في ذلك شروط القانونية، اما الأجل التي تمنح بمناسبة دعوى الفسخ فسلطة القاضي هنا ضيقة، حيث لا يجوز له منح اكثر من مهلة واحدة، ويكون العقد بعد انقضاء المهلة مفسوخا من تلقاء نفسه⁵ .

¹ _ المادة 2/464 من الامر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم .

² _ زينة صاغي ، نسيمه مقري ، المذكرة السابقة، ص 72 .

³ _ نفس المذكرة ، ص 73 .

⁴ _ محمد بوكماش ، الرسالة السابقة ، ص377.

⁵ _ نفس الرسالة ، ص378.

ولقد قام الفقه و القضاء بالترقة بين الأبال القضاى الذى ىمنحه القاضى فى دعوى التنفيذ، و الأبل الذى ىمنحه القاضى فى دعوى الفسخ فىى دعوى التنفيذ تقوم على اساس العدالة عكس فى دعوى الفسخ تقوم على اساس الملائمة السىاسىة، و ىختلفان من حىث اتساع السلطة، فدعوى التنفيذ للقاضى سلطة واسعة فى منح المهلة، عكس دعوى الفسخ التى تكون ضىقة حىث لا ىجوز له ان ىمنح اكثر من مهلة، وىظهر اختلف كذلك باعبار سلطة القاضى من النظام العام فى دعوى التنفيذ، حىث لا ىجوز للمتعاقدىن الاتفاق على استبعاد ذلك الأبل، عكس دعوى الفسخ حىث الاتفاق جائز فىها خاصة اذا تعلق الامر بالفسخ الاتفاقى¹.

¹ _ زىنة صاغى ، نسىمة مقرى ، المذكرة السابقة، ص 75 .

الخطبة

ختاما وبعد اتمام هذه المذكرة الموسومة ب: "التوازن العقدي في القانون المدني الجزائري " نجد ان
المشرع في سبيل تكريس العدالة التعاقدية قد قام بسن الكثير من النصوص القانونية التي تعالج الاختلال
الذي يطرا على العقد .

هذا وقد تطرقنا في هذه المذكرة الى التوازن العقدي و ارادة الاطراف ، من خلال استعراض الارادة
كجوهر لقيام العقد، حيث يظهر دورها بوضوح باعتبارها مصدرا منشأ للالتزامات التعاقدية من خلال ابرام
العقد وتحديد اثاره وهو ما اقره المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة
المتعاقدين..." غير انه قد يختل توازن ذلك العقد بسبب عيوب الارادة او اختلال الموضوعي للعقد بسبب
الغبن او شرط تعسفي ، ولهذا و لاعتبارات العدالة و من اجل تحقيق التوازن العقدي اجاز المشرع
الجزائري للقاضي التدخل في العقود بالتعديل، بما يضمن رفع الغبن عن الطرف الضعيف و استمرار
العلاقات التعاقدية .

ورغم اقرار المشرع لمبدأ " القوة الملزمة للعقد " في المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي لها
دور في تكوين و تنفيذ العقود الا انه اورد على ذلك قيودا، من بينها منح القاضي السلطة التقديرية في
تعديل العقد كلما توافرت الشروط القانونية لذلك، بل وجعل اتفاق الاطراف على خلاف ذلك من النظام
العام ، وهذه القيود و الاستثناء الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود لديها الكثير من المبررات ومن
بينها اعادة التوازن العقدي .

وفي اطار التوازن العقدي نجد المشرع قد اشترط توافر حسن النية كآلية للوقاية من عدم التوازن
العقدي وذلك في المادة 111 من القانون المدني الجزائري حيث يلتزم كل متعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية
و فقا لما يقتضيه سلوك الامانة والنزاهة وما يتطلبه الضمير الاخلاقي من الالتزام بالنزاهة
و التعاون ، اضافة الى تكريس الالتزام بالإعلام وذلك بسن عدة قواعد قانونية الى جانب النظرية العامة
للعقد ، وذلك لإيجاد نوع من التوازن خاصة في العقود الاستهلاكية .

ودور التشريع يظهر جليا من خلال مكافحة الشروط التعسفية التي لها بالغ الاثر في الاخلال
بالتوازن بين الحقوق و واجبات الاطراف ، وذلك من خلال سن قواعد قانونية تحدد و تبين الشروط
التعسفية و تكفل حماية مصالح الطرف الضعيف، كما تعمل محاربتها و مواجهتها كسبب من
الاسباب التي تؤدي الى اخلال بتوازن العقد اذا ما وردت فيه .

كما اننا تطرقنا الى دور القضاء في اعادة التوازن العقدي، لا يتدخل القاضي من تلقاء نفسه، وانما
يسند تدخله و اساسه فست اهيل المشرع له لما يضعه من قواعد قانونية عامة و مجردة و على نحو

مسبق و محايد، و يكمن دور القاضي في اعادة التوازن العقدي في مرحلتين، المرحلة الاولى تتعلق بسلطته في تعديل العقد في مرحلة انشائه ، حيث يتدخل القاضي بطلب من صاحب المصلحة (أي المتعاقد المغبون)، عن طريق الابطال العقد او انقاص التزامات المغبون، وذلك قصد رفع الغبن عن الطرف المغبون ، وفقا لمعايير معينة، وكذا اعادة النظر في الشروط التعسفية بالنسبة لعقود الاذعان .

اما المرحلة الثانية فتتعلق ايضا بسلطة القاضي في التعديل في مرحلة التنفيذ ، يوجد ثلاث حالات ، أول حالة تتمثل في الظروف الطارئة فقد يعترض تنفيذ العقد لظروف استثنائية عامة وغير متوقعة، مما يؤدي ذلك الى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، فيجوز للقاضي طبقا للمادة 3/107 من القانون المدني الجزائري ان ينقص من التزامات الطرف المدين المرهقة او زيادة من التزامات الدائن او ان يوقف تنفيذ العقد الى حين زوال تلك الظروف الطارئة ، اما الحالة الثانية اذا اتفق الاطراف مسبقا على تعويض يستحقه الدائن عند اخلال مدينه بالتزاماته او تأخره في التنفيذ، يتدخل القاضي اعمالا لأحكام المادتين 184 و 185 من القانون المدني الجزائري وذلك بتعديله بالانقاص اذا كان التقدير للشرط الجزائري مبالغا فيه او في حالة تنفيذ المدين للالتزام جزئيا ، و بالزيادة في حالة استخدام المدين لغش او خطا جسيم، وهدف المشرع الجزائري من منح القاضي سلطة التعديل في مرحلة التنفيذ هي تقييد هذه السلطة و حصرها في تحقيق الشروط التي تملئها النصوص القانونية في هذا الشأن من ناحية ، وتحقيق التوازن العقدي من خلال توازن الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي ومنع الضرر بأحد اطرافه من ناحية اخرى ، اما الحالة الثالثة فتتمثل في منح القاضي للأجل حيث يتدل في نطاق المدة المتفق عليها للوفاء بالالتزام، وذلك بمنح المدين المعسر اجلا لتنفيذ التزامه طبقا للمادة 210 من القانون المدني الجزائري .

ومن هذا نخلص ان المشرع قد حاول معالجة الاشكالات التي تسبب اختلال التوازن العقدي من سن نصوص ومنح سلطات للقاضي غير ان هذه المحاولات غير كافية لقمع مثل هذه الاختلالات وذلك راجع لسبب الى التطور الاقتصادي و التكنولوجي الذي ادى الى خلق وسائل حديثة للتعاقد ، ومن ثم انه من الضروري ان يتدخل المشرع من جديد لإعادة النظر في مسألة توازن بين حقوق و التزامات الاطراف المتعاقدة ، و سن لآليات جديدة لمكافحة الاختلالات و تجابه هذا التطور .

ومن هذا نقترح دمج قواعد حماية المستهلك مع القواعد العامة فيما يخص الإعلام وذلك راجع لإرتباط الإعلام بالتوازن بين الأطراف حيث وجب سن نصوص في القانون المدني الجزائري بإعتباره قاعدة العامة للقانون.

ونقترح كذلك تغيير من طابع اللجنة المتخصصة في البنود التعسفية حيث جاءت في المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06_306 للجنة طابع استشاري من الأفضل تغييره إلى طابع إلزامي لأهمية هذه اللجنة .

قائمة المراجع

القرآن الكريم

الكتب :

1. السعدي (محمد صبري) ،شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام_ التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة .دار الهدى، الجزائر ، ج 1 ، ط 2004.
2. السعدي (محمد صبري) ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام (العقد والارادة المنفردة)، ج1،ط4، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2008/2007.
3. السعدي (محمد صبري) ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام (العقد والارادة المنفردة)، ط4، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009 .
4. السنهوري (عبد الرزاق) ،نظرية العقد ، الجزء الأول ،ط 2 ،منشورات الحلبي الحقوقية ، 1998 .
5. السنهوري(عبد الرزاق) ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1،ط3، منشورات الحلبي، لبنان، ط3، 2000 .
6. العوجي (مصطفى) ، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، منشورات الحلبي الحقوقية، ج1، ط4، بيروت ، لبنان،2007
7. الفار (عبد القادر)، أحكام الإلتزام آثار الحق في القانون المدني دار الثقافة للنشر و التوزيع،2008.
8. بلحاج (العربي) ، مصادر الإلتزام ن دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، جدة ، 2015.
9. بن أحمد تقيه (محمد) ،الإرادة المنفردة للالتزام ،مؤسسة الكتب الثقافية ، ط 1 ،دون بلد نشر ،1999 .
10. تناغو (سمير عبد السيد)، مصادر الإلتزام ،الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب -القانون، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ط1، 2009 .
11. تناغو (سمير عبد السيد) ، الإلتزام القضائي ، مصدر جديد للالتزام (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2014 .
12. عبد المنعم (موسى ابراهيم)، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

13. فودة (عبد الحكم) ، تفسير العقد في القانون المدني و المصري و المقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون طبعة، 2002 .

14. فيلاللي (علي) ، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010 .

15. فيلاللي (علي) ، التزامات (النظرية العامة للعقد) ، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2013.

الأطروحات و الرسائل :

16. ببنقة(حفيظة)، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة اكلي محند اولحاج ، البويرة ، 2013 .

17. بن حمامة (عائشة)، الإلتزام القضائي ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة عمار ثليجي ، الأغواط ، 2015 /2016.

18. بن شنيطي(حميد) ،سلطة القاضي في تعديل العقد، اطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، مقدمة بمعهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996.

19. بوداود (خليفة)، بوزيان (السعيد)، دور القاضي في اعادة التوازن المالي للعقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر اكاديمي، تخصص قانون اعمال، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2018 .

20. بوكماش (محمد) ،سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري في الفقه الإسلامي بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية ،تخصص الشريعة و القانون الخاص ،باتنة ، 2011،

21. بولباني(فايزة) ، الاعلام كوسيلة لحماية المستهلك ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر 1 ،بن عكنون ، 2012 .

22. بوعكاز (خليل) ، طرق استعادة التوازن العقدي، مذكرة في اطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون العقود و المسؤولية، جامعة عمار ثليجي ، الاغواط ، 2015/2016

23. حمامة (وسام) ،كروان (سارة) ،حماية الطرف المغبون في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل ،جامعة عبد الرحمان ،بجاية ، 2015 .

24. دالي(بشير)، دور القاضي في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015/2016 .

- 25.رحمون (عامر) ، عقد الإذعان في الفقه الاسلامي و القانون المدني الجزائري ن دراسة مقارنة، جامعة يوسف بن خدة(01)،الجزائر، 2013/2012 .
- 26.رفيق (نسرين) ، نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2014 .
- 27.سعدون (يسين)، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون الوضعي، تخصص القانون الداخلي ، جامعة مولود معمري: تيزيوزو، 2018/2017، .
- 28.سي امير (امينة)، شايبة(تركية)، مبدا حسن النية في العقود تأصيلا و تحليلا، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون خاص ،المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2018/2017 .
- 29.صاغي (نسيمة) و مقري (لامية) ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون خاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية،،2013/2012 .
- 30.عبيد (نجاة)، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2016 .
31. عسالي (عرعارة)، التوازن العقدي عند نشأة العقد ،أطروحة الدكتوراه في القانون ،جامعة الجزائر 1،دفعة 2014 2015.
- 32.علاق (عبد القادر)، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة بوبكر بلقايد ، تلمسان ، 2008 .
- 33.عدة (عليان) ، فكرة النظام العام و حرية العاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الاسلامي ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة ابو بكر بلقايد ، تلمسان ،2016 .
34. فرجالي (أسماء)، أثر العقد من حيث الموضوع، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون ، تخصص عقود و مسؤولية ، جامعة أكلي محند أو لحاج ، بويرة، 2013 .
35. قاسة (لامية)، سماعيلي(ليدية)، اختلال توازن التزامات المتعاقدين، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، بجاية، 2015/2014 .

36. قسيمي (أحلام) ، نقض العقد "إنهاء العقد بإرادة المنفردة ، مذكرة لشهادة ماجستير في الحقوق ، فرع عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر ، 2013 .

النصوص القانونية

القوانين و الأوامر :

37. الأمر 58_75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية ، العدد 78 ، سنة 1975 ، المعدل و المتمم .

38. القانون 57-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري ، المعدل و المتمم .

39. الأمر 07/95 المؤرخ في 25 جانفي ، المتعلق بتأمينات ، الجريدة الرسمية ، العدد 13 المؤرخ في 8 مارس 1995 ، المعدل و المتمم .

40. الأمر 03_97 المؤرخ في 11 يناير 1997 المتعلق بالمدة القانونية للعمل ، الجريدة الجزائرية الرسمية العدد 03 المؤرخ في 1997 .

41. القانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، جريدة رقم 41 المؤرخة في 27 جوان 2004 .

42. قانون رقم 03-09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 ، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، الجريدة الرسمية عدد 15 ل 08 مارس الذي الغى احكام القانون 89-02 المؤرخ في 07 فيفري 1989 ، المتعلق بحماية المستهلك ، جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد 6 المؤرخ في 08 فيفري 1989 المعدل و المتمم .

43. القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 ، المتضمن قانون الاسرة ، المعدل و المتمم .

القرارات و الأحكام القانونية

44. قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، صار بتاريخ 2007/02/21 ، ملف رقم 324034 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1994 .

الفهرس

04-02.....مقدمة

الفصل الأول: التوازن العقدي و إرادة الأطراف

07.....المبحث الأول : الإرادة و اختلال التوازن العقدي

07.....المطلب الأول : مبدا سلطان الإرادة كعائق للتوازن العقدي

08.....الفرع الأول :القوة الملزمة للعقد

08.....اولا :القوة الملزمة كتصرف قانوني

11.....ثانيا : القوة الملزمة كواقعة قانونية

14.....الفرع الثاني : استثناءات القوة الملزمة للعقد

14.....اولا : جواز نقض العقد

17.....ثانيا : جواز تعديل العقد

19.....المطلب الثاني: عدم التوازن العقدي بسبب عيوب الإرادة

19.....الفرع الأول : الاستغلال في العقد

19.....اولا: تعريف الاستغلال

20.....ثانيا : خصائص الاستغلال

21.....ثالثا : شروط الاستغلال

22.....رابعا : العقود التي يرد عليها الاستغلال

23.....الفرع الثاني: الإكراه في العقد

23.....اولا : تعريف الإكراه

24.....ثانيا : شروط الإكراه

- 25.....المبحث الثاني : عدم التوازن الموضوعي
- 26المطلب الأول : الغبن في العقد
- 26.....الفرع الأول :نطاق الغبن
- 27.....اولا : الغبن في عقد المقايضة
- 27.....ثانيا : الغبن في القسمة و ناقص الأهلية
- 28.....ثالثا : عقد الوكالة وعقد القرض
- 29.....رابعا : إستغلال حق المؤلف و عقد الإنقاذ البحري
- 30.....الفرع الثاني: شروط الواجب توفرها بقبول دعوى الغبن في البيع العقاري
- 31.....المطلب الثاني : عقد الإذعان
- 31.....الفرع الأول : تعريف عقد الإذعان
- 32.....الفرع الثاني: شروط عقد الإذعان
- 33.....الفرع الثالث : تطبيقات عقد الإذعان
- 33.....اولا : عقد التأمين
- 34.....ثانيا : عقد العمل

الفصل الثاني التوازن المفروض على أطراف العقد

- 38.....المبحث الأول: الوقاية من عدم التوازن العقدي
- 39.....المطلب الأول : مبدأ حسن النية
- 39.....الفرع الأول : تعريف مبدأ حسن النية
- 40.....الفرع الثاني : مظاهر حسن النية في التعاقد

- 40..... اولاً : الإلتزام بالنزاهة
- 41..... ثانياً : الإلتزام بالتعاون
- 42..... الفرع الثالث : تدخل القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية
- 44..... المطلب الثاني : الإلتزام بالإعلام
- 44..... الفرع الأول : مفهوم الإلتزام بالإعلام
- 44..... أولاً : تمييز الإلتزام بالإعلام عما يشابهه
- 45..... ثانياً : دور المشرع في فرض الإلتزام بالإعلام
- 46..... ثالثاً : مبررات الإلتزام بالإعلام
- 47..... الفرع الثاني : مضمون الإلتزام بالإعلام
- 47..... أولاً : الإلتزام بالإدلاء بالمعلومات الوثيقة الصلة بموضوع العقد
- 47..... ثانياً : وضوح صياغة العبارات
- 48..... الفرع الثالث : جزاء الإخلال بالإلتزام بالإعلام
- 48..... أولاً : قابلية العقد للإبطال
- 48..... ثانياً : قيام المسؤولية المدنية
- 50..... المبحث الثاني : دور القاضي في إعادة التوازن العقدي
- 51..... المطلب الأول : سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي في مرحلة إنشائه
- 51..... الفرع الأول : تدخل القاضي بسبب الغبن والاستغلال
- 51..... أولاً : مظاهر تدخل القاضي
- 53..... ثانياً : معايير ممارسة القاضي لسلطته التقديرية

| | |
|---------|--|
| 54..... | ثالثا : القيود الواردة على سلطة القاضي في التدخل بسبب الغبن و الإستغلال..... |
| 56..... | الفرع الثاني: الشروط التعسفية في عقود الازدعان..... |
| 56..... | اولا : سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي |
| 57..... | ثانيا : سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي |
| 57..... | المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه..... |
| 57..... | الفرع الاول : سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة |
| 58..... | اولا : ضوابط سلطة القاضي في رد الإلتزام المرهق |
| 59..... | ثانيا : صور تدخل القاضي |
| 61..... | الفرع الثاني : سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الشرط الجزائي |
| 62..... | اولا : سلطة القاضي في حالة التخفيض في الشرط الجزائي..... |
| 63..... | ثانيا : سلطة القاضي في حالة الزيادة في الشرط الجزائي |
| 64..... | ثالثا : سلطة القاضي في منح الأجل القضائي |
| 68..... | الخاتمة |
| 72..... | قائمة المراجع |
| 77..... | الفهرس |