جامعة عمـــــــــــــار ثليجي الأغواط

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري

مذكرة مكملة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في العقود ومسؤولية

إعداد الطالب :

– كزيز الهادي

إشراف الأستاذة :

– عكاكة فاطمة الزهراء

لجنة المناقشة

الدكتور : .....دمانة محمد ....رئيســاً

الدكتورة : ....عكاكة فاطمة الزهراء..... .....مشرفاً ومقرراً

الدكتورة : ....عمران عائشة ....عضوا ممتحنا

السنـة الجامعيـة : 2018 / 2019

جامعة عمـــــــــــــار ثليجي الأغواط

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري

مذكرة مكملة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في العقود ومسؤولية

إعداد الطالب :

– كزيز الهادي

إشراف الأستاذة :

– عكاكة فاطمة الزهراء

لجنة المناقشة

الدكتور : .....دمانة محمد ....رئيســاً

الدكتورة : ....عكاكة فاطمة الزهراء..... .....مشرفاً ومقرراً

الدكتورة : ....عمران عائشة ....عضوا ممتحنا

السنـة الجامعيـة : 2018 / 2019

شكر وعرفان وتقدير

الحمد والشكر لله سبحانه وتعالى على نعمته.

« ومن لا يشكر الناس لا يشكر الله »

أتوجه بالشكر والعرفان إلى الأستاذة الفاضلة المشرفة : الدكتورة "**عكاكة فاطمة الزهراء**" على قبولها الإشراف علي من أجل إنجاز هذه المذكرة، ولم تبخل علي بتوجيهاتها وملاحظاتها القيمة والنافعة من بداية العمل إلى نهايته والتي أنارت لي الطريق بالبحث والتقصي لإنجاز هذا العمل المتواضع.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى أساتذتي الأفاضل أعضاء اللجنة الموقرة على تفضلهم بمناقشة هذه المذكرة.

الإهداء

إلى كل من علمني حرفا من معلم الإبتدائي إلى

دكتور في الجامعة

مقدمـــــــــة

يعتبر العقد من أهم المصادر المنشئة للالتزام وأفضل وسيلة قانونية فعالة يلجأ لها الأفراد لضمان تبادل الخدمات والمنافع، وهو مرتبط بجميع المجالات التي طرفها الفرد، ولا يُنكر أحد ما للعقد من أهمية في الحياة اليومية أو حتى في المعاملات الكبيرة المعقدة، وهو المنظم والمحرك للحقوق والواجبات بين الأفراد والجماعات بإقرار الحق وفرض الالتزام.

ظهر العقد بهذا المعنى في أواخر أيام العهد الروماني وتطور تحت مظلة المذهب الفردي أو ما يسمى بالنظرية التقليدية للعقد التي تقدس الفرد وتطوع المجتمع لخدمته عن طريق أفكار فلسفية واقتصادية تحت غطاء مبدأ سلطان الإرادة أي أن للفرد حرية الإرادة المطلقة في إبرام العقود حيث لا يلتزم إلاّ بإرادته والتي تحدد كذلك الإلتزامات التي يرتبها العقد بتضمينه ما شاء من شروط، بشرط الإلتزام في حدود النظام العام والاداب العامة.

فمبدأ سلطان الإرادة يحكم تكوين العقد وأثاره، فتكوين العقد للمتعاقد الحرية في أن يتعاقد أو يمتنع وبالكيفية التي يريدها والمشرع يهتم أكثر بصحة الإرادة، لذلك أشترط القانون أن يكون التصرف صادر من ذي أهلية وخاليا من عيوب الإرادة بغض النظر عن تعادل الالتزامات، لأن لا أحد قادر على تجسيد التوازن العقدي أكثر من المتعاقدين، أما أثار العقد فإذا نشأ العقد صحيحا فإن الإرادة الحرة هي التي تعطيه وتكسبه القوة الملزمة، فالعقد شريعة المتعاقدين.

هذه الأثار الناتجة عن العقد لها أثر نسبي من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع، من حيث الأشخاص لا يتناول أثره بوجه عام إلاّ المتعاقدين ولا يتجاوزهم إلى الغير إذ لا يتحمل الغير الالتزامات المحددة فيه، لكن يمكن أن يكسبه حقوق، أما الأثر النسبي من حيث موضوع التعاقد فالأطراف يلتزمان بما تضمنه العقد والسهر على تنفيذه وفقا لما أشتمل عليه وبحسن النية، لكن قد يحصل أن يتعذر على الأطراف تنفيذ العقد بسبب ما ورد فيه من غموض يصعب تحديد مضمونه، وهنا يأتي دور القاضي الذي يكون ملزم بفض النزاع عن طريق تفسير العقد بهدف رفع اللبس والغموض عنه بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

فمحل تفسير العقد يقع على الألفاظ التي أستعملها أطراف العقد، فيجد القاضي أن العبارات التي أستخدمها المتعاقدان للتعبير عن إرادتهما، إما عبارات واضحة الدلالة لا تحتاج

إلى تفسير وهي الأصل، أو قد تكون هذه العبارات غير واضحة أي غامضة الدلالة على مقصود المتعاقدين، فتحتاج إلى تفسير للوصول إلى معرفة قصد الطرفين وإما أن يبقى الشك يسود ما قصده المتعاقدين، وقبل التفسير يجب على القاضي الوقوف على مرحلة تكوين العقد بالتأكد أولا من وجوده وصحته واشتمال العقد على أركانه.

فالمشرع زوّد القاضي بمجموعة من القواعد يرجع إليها أثناء التفسير كالرجوع إلى العقد ذاته وسميت بالعوامل الداخلية، وأخرى خارجة عنه ومرتبطة به وسميت بالعوامل الخارجية، وعند قصورها وبقاء الشّك يسود ما قصده المتعاقدين يفسّر الشّك في مصلحة المدين باستثناء عقود الإذعان يفسر الشّك فيها في مصلحة الطرف المذعن، وتخضع عملية تفسير العقد لأحكام وقواعد تضبطها من جهة، ورقابة المحكمة العليا من جهة أخرى.

هذا فيما يخص بعض المبادئ التي أستقر عليها العقد أثناء زمن إزدهاره في ظل المذهب الفردي أو الفكر الليبيرالي فرغم الدفاع بشكل مفرط عن الفردية وتقديسها، إلاّ أنه مع مرور الزمن الذي صاحبه التطور الاجتماعي والاقتصادي والفكري، أكتشف نقائص المذهب الفردي وما يحتويه من قواعد ومبادئ تحكم العقد، كظهور بوادر اختلال التوازن العقدي نتيجة جعل المتعاقد الضعيف تحت رحمة المتعاقد القوي.

من ثمة بدأ سلطان الإرادة في التقلص والتراجع تأثرا بالأفكار الاشتراكية التي جسدها المذهب الاجتماعي الذي ينظر إلى العقد من زاوية مغايرة، بالبحث عن وسائل تعيد التوازن العقدي وفي نفس الوقت المحافظة على استمرارية العقد أي ما يسمى بالقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة ومن ضمن هذه القيود نجد تدخل القاضي لتعديل العقد في مرحلة تكوينه أو أثناء تنفيذه.

إن من أبرز الأسباب التي تمنح للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد في مرحلة إنشائه للوقاية وإعادة التوازن، حينما يكون هناك تفاوت فادح بين التزام المتعاقد والعوض الذي يتحصل عليه نتيجة غبن أو استغلال، أو حينما يكون إذعان للطرف الأخر، هذه الحالات تستدعي تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي عن طريق رفع الغبن والاستغلال بإبطال العقد أو بإنقاص التزامات المغبون، وحفاظا على استقرار الحقوق منح للمتعاقد المستفيد حق اتقاء

إبطال العقد المشوب بالعيب في المعاوضات دون التبرعات إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، أما حينما يكون إذعان للطرف الأخر هذه الحالة أيضا تستدعي تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها.

إضافة إلى ما ذكر من حالات تدخل القاضي لتعديل العقد في مرحلة إنشائه، هناك حالات أخرى قد تصيب العقد أثناء تنفيذه فتجعله مختل التوازن حينما تكون هناك التزامات مرهقة بسبب الظروف الطارئة، أو احتواء العقد على شرط جزائي مبالغ فيه، أو حلول أجل الوفاء وحالة المدين لا تسمح بذلك، هذه الحالات تستدعي هي الأخرى تدخل القاضي لإعادة التوازن عن طريق رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والحد من المغالاة في الشرط الجزائي ، كما يمكن للقاضي أن يمنح للمدين نظرة الميسرة أو أجل الوفاء.

من هنا يتحدد موضوع المذكرة وهو " **سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري**"، وأهمية البحث في هذا الموضوع تتمثل في كونه يجمع بين تفسير العقد وهو مظهر من مظاهر احترام مبدأ سلطان الإرادة، والتعديل الذي يثير الجدل حسب رأي معارضيه يعُدّ إنكارا لسلطان الإرادة وانتقاصا من الحرية التعاقدية وسببا لعدم إستقرار المعاملات كما تظهر أهميته أيضا في تحديد الإلتزامات التي يتحملها كل متعاقد والتوصل إلى حل قانوني مناسب وأكثر ملائمة وفائدة من الناحية الاجتماعية.

يتمثل الهدف من تناول هذا الموضوع في توضيح مفهوم وبيان مدى سلطة القاضي وحدودها في كل من تفسير العقد وتعديله، وما حظي به كل منهما من حيز في التشريع الجزائري.

أما أسباب اختيار الموضوع، فتكمن في أسباب ذاتية، باعتباري طالب قانون تخصص عقود ومسؤولية، أما فيما يخص الأسباب الموضوعية فمن بينها أنه يكتسي من الأهمية ما يخلق الرغبة في دراسته وما يدفع إلى البحث عما إذا كان التنظيم التشريعي يستجيب لخصوصية تفسير وتعديل العقد ومعرفة أحكامهما في القانون المدني الجزائري، زيادة على ذلك صلته بالواقع الاجتماعي فالشخص في معاملاته اليومية يبرم عقود كثيرة وغالبا ما تؤدي إلى نزاع أمام القضاء لأسباب عدم التوازن.

أما فيما يخص الدراسات السابقة لم يلق موضوع تفسير العقد وتعديله في القانون المدني الجزائري إهتماما كبير من خلال البحث في فهارس المكتبة الجامعية، ومعظم الدراسات تناولته بطريقة ثانوية على شكل فروع وأقصاها مطالب في النظرية العامة للالتزامات لذا لم تفرد له دراسة مستقلة إلاّ ما أحتوته الرسائل الجامعية وهي كثيرة ومتنوعة كلها تناولت تفسير العقد فقط أو تعديله دون الجمع بينهما في موضوع واحد.

لقد اعترضتنا بعض الصعوبات أثناء معالجة هذا الموضوع نذكر منها: أنه موضوع متشعب يحتوي على عدة مواضيع هامة خاصة بنظرية العقد في القانون المدني منها الغبن الإستغلال، عقود الإذعان، نظرية الظروف الطارئة، الشرط الجزائي والأجل القضائي، إضافة إلى قلة المراجع المتخصصة التي تناولت هذا الموضوع خاصة في التشريع الجزائري، وكذا نقص الإجتهادات القضائية خاصة فيما يخص تفسير عقد البيع.

في ظل ما تقدم تتجلى معالم الإشكالية الرئيسية في : **ماهي السلطة التي منحها المشرع للقاضي من أجل تفسير وتعديل مضمون العقد الذي أساسه مبدأ سلطان الارادة ؟ وهل تخضع هذه السلطة لرقابة المحكمة العليا ؟**

لقد أعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي لأنني بصدد الإطلاع وإبراز أحكام النصوص القانونية وحصر الأحكام القضائية وأراء الفقهاء التي تناولت الموضوع، كما أستعنت بالمنهج المقارن في بعض جوانب الموضوع.

للإجابة على هذه الإشكالية تناولنا الموضوع في فصلين تطرقنا في الفصل الأول إلى سلطة القاضي في تفسير العقد طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري، وقسمته إلى مبحثين تناولنا في المبحث لأول أحكام تفسير العقد، بينما خصصنا المبحث الثاني لتطبيقات قواعد التفسير في بعض العقود ورقابة المحكمة العليا عليها.

أما الفصل الثاني فخصصناه لسلطة القاضي في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري، تناولنا في المبحث الأول سلطة القاضي في تعديل الشروط المقترنة بالعقد في مرحلة تكوينه، أما المبحث الثاني تناولنا فيه سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ.

خلصنا إلى خاتمة ضمنتها مجموعة من النتائج، لأطرح في الأخير عدة اقتراحات.

الفصل الأول

سلطة القاضي في تفسير العقد طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري

تمهيد الفصل :

تفسير العقد عملية قضائية جوهرها احترام مبدأ سلطان الإرادة، ومحله يقع على الألفاظ التي أستعملها أطراف العقد، ولا تثار مسألة تفسير العقد إلاّ عندما يكون هناك نزاع وتضارب المصالح حول تنفيذ العقد، نتيجة لغموض وعدم دقة التعبير، مما يمنح للقاضي سلطة التدخل لتفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فيجد القاضي أن العبارات التي أستخدمها المتعاقدان للتعبير عن إرادتهما إمّا واضحة الدلالة لا تحتاج إلى تفسير، أو قد تكون هذه العبارات غير واضحة الدلالة على مقصود المتعاقدين فتحتاج إلى تفسير لتحديد مدلول العقد، وقد يبقى الشّك يسود ما قصده المتعاقدين.

فالمشرع زوّد القاضي بمجموعة من القواعد يرجع إليها أثناء تفسير العقد كالرجوع إلى العقد ذاته وسميت بالعوامل الداخلية، وأخري خارجة عنه ومرتبطة به وسميت بالعوامل الخارجية، وعند قصورها وبقاء الشّك يسود ما قصدة المتعاقدين يفسّر الشّك في مصلحة المدين ىاستثناء عقود الإذعان يفسر الشّك فيها في مصلحة الطرف المذعن، وتخضع عملية تفسير العقد لأحكام وقواعد تضبطها من جهة ولرقابة المحكمة العليا من جهة أخرى.

لهذا قسمت الفصل الأول إلى مبحثين خصصت المبحث الأول لأحكام تفسير العقد، وتناولت فيه التعريف بنظام تفسير العقد وتمييزه عن أنظمة مشابهة له، تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وأيضا تفسير العقد في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين،أما المبحث الثاني فقد خصصته لتطبيقات قواعد التفسير في بعض العقود وسلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد.

المبحث الأول: أحكام تفسير العقد

الأصل أن العقد ينفذ طبقا لما أشتمل عليه وبحسن النية، لكن قد يحدث أثناء تنفيذه نزاع بين طرفي العقد، نتيجة لغموض وعدم دقة التعبير، مما يستدعي تدخل القاضي لتحديد مدلول العقد عن طريق تفسيره، وتخضع عملية تفسير العقد لقواعد تحكمها، لذلك سوف أتناول تعريف نظام تفسير العقد أهميته تمييزه عن ما يشابهه من الأنظمة (المطلب الأول)، القواعد التي تحكم كل من تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين (المطلب الثاني)، وتفسير العقد في حالة عدم التوصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين(المطلب الثالث).

المطلب الأول: التعريف بنظام تفسير العقد وتمييزه عن أنظمة مشابهة له

يتداخل مصطلح تفسير العقد مع عدة مفاهيم قانونية أخرى كتكملة العقد وتعديله، لذا أحاول من خلال هذا المطلب أن أبين مفهوم ومعنى تفسير العقد في اللغة والإصطلاح (الفرع الأول) مع بيان أهمية تفسير العقد والحاجة إليه وتمييزه عن باقي الأنظمة والمفاهيم المشابهة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معنى تفسير العقد لغة وإصطلاحا

أختلف الفقهاء في تحديد معنى التفسير، فبعضهم يعرفه نسبة لموضوعه ومنهم من نظر إلى هدف التفسير النهائي فعرفه على هذا الأساس، ومنهم من يعرفه على أساس معناه في اللغة[1] أكثر توضيح يجب التطرق إلى التفسير من الناحية اللغوية (أولا) ثم من الناحية الإصطلاحية (ثانيا).

أولا: التفسير من الناحية اللغوية

إن مصطلح " **تفسير**" هو مصطلح لغوي فقهي قبل أن يكون مصطلح قانوني، يقابله باللغة الفرنسية مصطلح "**interprétation**" ويختلف المعنى في كلتا اللغتين ب اختلاف مكان ومناسبة إستعمال هذا اللفظ[2] .

[1] – بن عمار مقني، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الإجتماعي، أطروحة دكتوراه في القانون الإجتماعي، كلية الحقوق قسم القانون الخاص، جامعة وهران السانية، 2008– 2009، ص 16.

[2] – خلوفي فاتح، سلطات القاضي الإداري في التفسير، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر،2017، ص16.

يتبين من المراجع اللغوية أن التفسير كلمة مفردة جمعها " **تفاسير**" وهي في اللغة العربية مصدر على وزن" **تفعيل**"، وفعله الثلاثي فسر فيقال فسر الشيء تفسير والجذر الثلاثي للكلمة هو الفسر بضم الفاء، والتفسير معناه البيان والتوضيح،[1] والتفسير لغة أيضا هو توضيح ما هو غامض والكشف عن المدلول،[2] والتفسير لغة مأخوذ من الفسر بمعنى البيان والكشف، وقد ورد مصطلح التفسير في القرآن الكريم بنفس المعنى المذكور[3]، ومنه قوله تعالى : « وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا » .

ثانيا : تعريف التفسير إصطلاحا

يختلف معنى التفسير ودوره باختلاف نظرة النظم القانونية إليه فمن النظم من يعتبره علم من العلوم قائم بذاته الشريعة الإسلامية، ومنها من ينظر إليه على أساس أنه مجرد عملية ذهنية عقلية لا يمكن الإستغناء عنها.[4]

نحاول فيما يلي التطرق إلى التفسير كعلم قائم بذاته، ثم بعد ذلك باعتباره عملية ذهنية عقلية فنجد أن التفسير كعلم قائم بذاته: أرتبط مفهومه لدى الكثير من الفقهاء المسلمين بالقرآن الكريم بالدرجة الأولى، لكن ذلك لا يعني أن السنة النبوية ليست محلا للتفسير،[5] ولعل سبب المكانة المرموقة التي يتميز بها علم التفسير هو أن موضوعه هو القرآن الكريم الذي هو كلام الله سبحانه وتعالى وترجع أصول علم التفسير **إلى نبينا محمدا صلى الله عليه وسلم** إذ أنه أول من قام بتفسير معاني القرآن الكريم[6] .

أما التفسير كعملية ذهنية عقلية، كما سبق ذكره في بداية المطلب اختلاف الفقهاء في تعريف مصطلح التفسير، لكنهم يفرقون بين تفسير العقد وتفسير القانون وعليه فمنهم من عرف تفسير القانون كما يلي:

---

[1] – بن عمار مقني، المرجع السابق، ص17.

[2] – حوحو يمينة، سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد، مجلة المحكمة العليا، العدد1، الجزائر، 2013، ص61.

[3] – عبد الستار فتح الله السعيد، المدخل إلى على التفسير الموضوعي، طبعة الثانية، دار التوزيع والنشر الإسلامية مصر، 1991، ص 13

[4] – خلوفي فاتح ، المرجع السابق، ص18.

[5] – بن عمار مقني، المرجع السابق، ص18 .

[6] – خلوفي فاتح ، المرجع السابق، ص، 19.

1- **تفسير القاعدة القانونية:** بأنها التعرف على معنى الحكم الذي تتضمنه هذه القاعدة بحيث تتضح من ألفاظها أو فحواها حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجل تنظيمها[1].

2- **تفسير العقد:** هو أن يصل القاضي إلى ما أنصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة[2].

هناك من يعرف تفسير العقد على أنه هو تفسير إرادة المتعاقدين من خلال نصوص وشروط العقد القائم بينهما، وهذا التفسير له قواعد يجب إتباعها من قبل القاضي ليقف على حقيقة ما قصد إليه المتعاقدين[3].

المشرع الجزائري في القانون المدني نجد أنه ذكر في المادتين 111 و112 من القانون المدني الجزائري [4] مصطلح "**التأويل**" في نص اللغة العربية، ويقابلها باللغة الفرنسية "**interprétation**" التي تدل على " **التفسير**"

الفرع الثاني: أهمية تفسير العقد وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له

نحاول في هذا الفرع إظهار مدى أهمية تفسير العقد والحاجة إليه (أولا) وتمييز نظام تفسير العقد عن بعض الأنظمة المشابهة (ثانيا).

أولا: أهمية تفسير العقد

إن البحث في تفسير العقد إنما يأتي بعد البحث في تكوين العقد انعقاده وصحته، حتى يكون قابلا للتنفيذ، لأن لا فائدة من تفسير عقد باطل أصلا [5].

---

[1] – جعفور محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول، الطبعة التاسعة عشرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 286.

[2] –فيلالي علي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 406 .

[3] – قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص 136 .

[4] – الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه، الموافق لـــ 1975/09/26م، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428ه، الموافق ل 13 مايو سنة 2007م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 31.

[5] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، 1966، ص 483 .

كما أن تفسير العقد لا يطرح إلاّ إذا كان العقد غامضا، وكان هناك نزاع وخلاف بين أطراف العقد وتظهر أهمية تفسير العقد على أنه:

بواسطة التفسير يتم تحديد الالتزامات التي يتحملها كل متعاقد، كما يهدف التفسير التوصل إلى حل قانوني مناسب وأكثر ملائمة وفائدة من الناحية الإجتماعية، والتفسير قد يصدر من أكثر من جهة فقد يصدر من طرفي العقد وهو أفضل تفسير كما يخول للغير الذي له مصلحة في العقد، وهناك تفسير قضائي والذي يصدر من قضاة الموضوع في مجلس القضاء حال طرح النزاع عليهم، وهو الخبير الأول في القضية التي ينظرها محكما في ذلك ضميره والقانون وهادفا في الأخير إلى تحقيق الحق والعدالة [1].

ثانيا: تمييز تفسير العقد عن بعض الأنظمة المشابهة له

يتداخل مصطلح تفسير العقد مع عدة مفاهيم قانونية أخرى كتكملة العقد وتعديله لذا نبين معنى تفسير العقد من خلال تمييزه عن باقي المفاهيم.

1 – تمييز تفسير العقد عن تكميله:

يلتقي التفسير والتكميل اللذان يردان على العقد ويهدفان إلى تحديد نطاق هذا العقد الصحيح فيساهم التفسير في تحديد نطاق العقد عن طريق إيضاح معنى التعبير الغامض، ويأتي التكميل ليضيف إلى هذا التعبير ما كان يجب أن يذكر فيه [2].

لكن هناك نقاط تفرقهم عن بعضهم البعض وأهم النقاط هي:

أ- النتائج المتحصل عليها في عملية التفسير هي نتائج متحصلة في التعبير ذاته أي إتفاقية مصدرها الإرادة أما عملية التكميل فهي نتائج موضوعية مضافة إلى التعبير عن الإرادة .

ب- وتبرز أهمية التفسير إذا كانت عبارة العقد غامضة، أما التكميل فيقوم به القاضي إذا كان مضمون العقد يشوبه النقص كترك المتعاقدين بعض المسائل دون تنظيم، فالحل الذي يتوصل إليه القاضي في التفسير يكون كامنا في العقد نفسه، أما تكميل العقد إضافة إلتزامات [3].

---

[1] – بن عمار مقني، المرجع السابق، ص33.

[2] – الحديثي خالد عبد حسين، تكملة العقد دراسة مقارنة، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012 ص61.

[3] –سلطان أنور، المطول في شرح القانون المدني، طبعة ثانية، المكتب الجامعي الإزاريطية، مصر 2004، ص63.

2- تمييز تفسير العقد عن تعديله:

لتمييز تفسير العقد عن تعديله لابد من تعريف التعديل ثم إيجاد أوجه الاتفاق والإختلاف، هناك عدة تعريفات للتعديل منها : التعديل هو إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عناصر من العقد وذلك بالإنقاص أو بإضافة بغية المحافظة على العقد،[1] من هذا التعريف وتعريف تفسير العقد سوف نبرز أهم أوجه الاتفاق والإختلاف بين سلطتي القاضي في التعديل والتفسير.

أ - نقاط الاتفاق: هي

– أنهما يقعان على عقد صحيح، ويمارس القاضي مهمته في كل منهما بمناسبة منازعة عقدية.

– كما أن كلا منهما لا يثور إلاّ في الفترة اللاحقة على إنشاء العقد أو إ برامه[2].

ب – نقاط الإختلاف: هي

– تفسير العقد هو تأكيد على مبدأ سلطان الإرادة وهو مظهر احترام لسلطان الإرادة، أما تعديل العقد هو الإخلال بالعقد وبالإرادة والمخالفة لهما، وهو مظهر إنكار لسلطان الإرادة [3].

– فنجد أن التعديل والتفسير يختلفان من حيث الغرض المراد تحقيقه، فالتعديل الغاية منه إعادة توازن العقد بين المتعاقدين، ومكافحة الضرر الذي يصيب أحد الأطراف تحقيقا للعدالة، أما تفسير العقد إزالة الغموض عن مضمونه.

– كذلك فإن نظام التفسير يقوم القاضي بممارسته بموجب سلطة أصلية، بينما نظام التعديل يمارسه القاضي بموجب سلطة إستثنائية، على خلاف القاعدة العامة التي تقضي بأن" **العقد شريعة المتعاقدين**"[4]

---

[1] – هاملي سعيدة، التعديل القضائي للعقد المدني في التشريع الجزائري، رسالة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي،2011 -2012، ص11.

[2] – بوكماشة محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، أطروحة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011–2012، ص 78،

[3] –منصور سامي بديع، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانونين اللبناني والفرنسي والمقارن، الطبعة الأولى، دار الفكر اللبناني، 1987، ص 410.

[4] – بوكماشة محمد، المرجع السابق، ص 78.

المطلب الثاني : تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين

إن من وسائل بيان الإرادة المشتركة للمتعاقدين العبارات المستعملة في العقد، فالأصل أن تكون العبارات واضحة لا غموض فيها بالتالي لا تحتاج إلى تفسير(الفرع الأول)،وإما أن تكون هذه العبارات غامضة تحتاج إلى تفسير وتوضيح للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين (الفرع الثاني) ويسترشد القاضي عند تفسير العبارات الغامضة بالعوامل المساعدة للبحث عن النية المشتركة (الفرع الثالث).

الفرع الأول : حالة وضوح عبارة العقد

لتوضيح هذا الفرع، تبادر إلى الذهن الأسئلة التالية ما المقصود بالعبارة الواضحة ؟ وهل يجوز للقاضي تفسير العبارات الواضحة ؟، للإجابة على هذه الأسئلة لا بد من التعرف على معنى العبارة الواضحة (أولا)، ثم مدى جواز تفسير العبارة الوضحة (ثانيا) .

أولا: معنى العبارة الوضحة :

هناك عدة تعاريف مختلفة لكن قبل ذلك وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري المادة 111 منه التي ذكرت في الفقرة الأولى " **عبارة العقد الواضحة** "، وقد يقصد بوضوح العبارة التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة وهي تلك العبارات الكاشفة عن الإرادة الحقيقية للطرفين ولا يكفي أن تكون العبارة واضحة في ذاتها طالما لا تكشف عن هذه الإرادة، ويحدث هذا عندما يستخدم الأطراف ألفاظ واضحة، ولكنها تكشف بظاهرها عن إرادة مغايرة للإرادة الحقيقية [1].

كما يوضح الأستاذ علي فيلالي معنى العبارة الواضحة: « قد يكون المقصود بوضوح العبارة التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة والإرادة الباطنة، أي أن الألفاظ المستعملة قد عبرت بصدق عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين وهذا هو معنى "**العبارة الواضحة** " الذي تبناه القانون الفرنسي الذي أعتنق نظرية الإرادة الباطنة، فالوضوح المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 111 من القانون المدني الجزائري هو وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنوده أي واضحا في دلالته الكلية» [2].

---

[1] – عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2005، ص 37.

[2] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص 408.

ثانا: مدى جواز تفسير العبارة الوضحة

نص المشرع في المادة 111 قانون مدني جزائري الفقرة الأولى" **إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين**"، يتضح من النص أعلاه أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة لا غموض فيها لا يجوز للقاضي الانحراف عن عبارة العقد الواضحة عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

وهو ما أكدته المحكمة العليا قرار 1991/06/16 حيث جاء كما يلي : " من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، لما كان من الثابت– في قضية الحال– أن العقد موضوع النزاع هو عقد التسيير الحر، فإن قضاة الموضوع بتحويله إلى عقد إيجار بحجة أن مقتضيات المادة 203[1] من القانون التجاري الجزائري[2] لم تحترم، ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه"[3]

وأيضا في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2002/01/16 حيث جاء كما يلي: "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

وعليه فإن القضاء برفض الدعوى الرامية إلى إلغاء عقد الوصية هو قضاء سليم ما دام قصد الهالك ينصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته"[4].

---

[1] – نص المادة 203 من القانون التجاري الجزائري على أنه : " يخضع للأحكام التالية، وذلك بالرغم من كل شرط مخالف وكل عقد أو إتفاق يتنازل بواسطتهما المالك أو المستغل لمحل تجاري عن كل أو جزء من التأجير لمسير بقصد إستغلاله على عهدته.

يكون للمستأجر المسير صفة التاجر أو الحرفي إذا كان الأمر يتعلق بمؤسسة ذات طابع حرفي وهو يخضع لكل الالتزامات التي تنجم عن ذلك كما يجب عليه أن يمتثل حسب الأحوال لأحكام هذا القانون المتعلق بالسجل التجاري..."

[2] – الأمر رقم 75– 59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـــ26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد78، الصادرة بتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 05–02 مؤرخ في 27 ذو الحجة عام 1425 الموافق ـــلـــ 6 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد11 الصادرة،30 ذو الحجة 1425ه الموافق لـــ9 فبراير 2005 م.

[3] – قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 80816، بتاريخ 06/16 /1991، قضية(ط–م) ضد (إ – ع) المجلة القضائية، العدد الرابع، الجزائر، 1993، ص 151.

[4] – قرار صادر من المحكمة العليا، ملف رقم 278004 ،بتاريخ 01/16 /2002، قضية (ب – س) ضد (د– ز) المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 2003، ص 367.

وأكثر استقرار من طرف المحكما العليا في فيما يخص عدم تفسير العبارة الواضحة، قرارها الصادر بتاريخ 2002/05/28 حيث جاء كما يلي : " إن القرار المنتقد لرفض طلب مراجعة بدل الإيجار اعتمادا على إرادة المتعاقدين، التي انصرفت إلى عدم مراجعته خلال كامل المدة المحددة في العقد هو تطبيق سليم للقانون ويتوافق مع إرادة الطرفين المفرغة في العقد.[1]

يبدو لي من خلال القرار الأول والثاني والثالث، أن قضاة المحكمة العليا ثابت ومستقر على عدم جواز تفسير العبارات الواضحة وتفضيل إرادة المتعاقد الظاهرة والواضحة عن الباطنة وربما هدفهم يُريدون ضمان استقرار المعاملات بين الأطراف خاصة في مجال العقود لا غير.

بعد معرفة رأي المحكمة العليا فيما يخص سلطة القاضي في تفسير العبارات الواضحة ننتقل فيما يلي إلى رأي الفقه حول مدى جواز تفسير العبارة الوضحة، أختلف الفقه فيما يخص قصد المشرع "**عبارة العقد واضحة** " وأنقسم إلى اتجاهين :

1- الاتجاه الأول: ما يعرف بنظرية الإرادة الظاهرة ويرى أن قصد المشرع جاء واضحا وهو لا يجوز إطلاقا البحث وتفسير العبارة الواضحة، وفي رأيهم أن العبارات ما هي إلاّ وسيلة يستعملها الأطراف للتعبير عن إرادتهم الباطنة.

2- **الاتجاه الثاني:** غالب الفقه يعتدون بالإرادة الباطنة، ويرون أن المشرع عندما نص على عدم جواز تفسير العبارة الواضحة قصد وضوح الإرادة لا اللفظ، فوضوح العبارة غير وضوح الإرادة[2].

وتأييد للرأي الثاني فيما يخص إمكانيات جواز تفسير العبارة الوضحة نستدل بما ذهب إلية الفقيه عبد "الرزاق أحمد السنهوري" رحمه الله : «لا يفهم من ذلك أن العبارات إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها بل أن القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة مهما بلغ وضوحها وسلس معناها وذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإدارة، فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير» .[3].

---

[1] – قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 282542، بتاريخ 05/28 /2002 قضية (خ – د) ضد (م – ه) المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2002، ص 234 .

[2] - عاشور فطيمة، المرجع السابق، ص41.

[3] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص 490 .

الفرع الثاني: حالة غموض عبارة العقد

بعد توضيح معنى العبارة الواضحة ومدى جواز تفسيرها، تشمل الدراسة في هذا الفرع معرفة معنى العبارة الغامضة(أولا)، وكيفية تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين(ثانيا)

أولا : معنى العبارة الغامضة

المشرع لم يعرفها لكن بعض الفقه حاول ذكر بعض حالات غموض العبارة ونذكر منها :

1 – ورود عبارة في العقد لا تفيد أي معنى وبالتالي يصعب الكشف عن النية المشتركة.

2 – أو تحمل العبارة أكثر من معنى فيستحيل تقصي الإدارة الحقيقية للمتعاقدين[1].

3– وقد تكون العبارة واضحة لكن تتعارض مع عبارات أخرى واردة في العقد فينتج تضارب بينها[2].

عبارة العقد الغير واضحة، بأن كانت غامضة، أو متناقضة، أو تحمل في جزئياتها أو في جملتها أكثر من معنى، أو مبهمة، ويقصد بالغموض اللبس الشّك، عدم الإفصاح عن إرادة المتعاقدين مما يمنح للقاضي سلطة التدخل لتفسير العقد للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين[3] .

في هذا القرار حالة من حالات غموض العبارة، القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 1997/07/23 " أنه إذا كان هناك محل تأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع، لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه الواجب تسديدها يكونون قد أستعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد".[4]

من القرار أعلاه يتضح لنا أن قضاء المحكمة العليا، مستقر على وجوب تفسير العقد ذو العبارات الغامضة للكشف على ما قصده المتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ.

---

[1] – حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 61.

[2] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص 409 .

[3] – بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2001، ص 240.

[4] – قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 149300، بتاريخ 23 /07 /1997، قضية (ب – أ) ضد (ورثة غ – ب) المجلة القضائية، العدد 02، الجزائر، 1997، ص 51 .

ثانيا: البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين

تنص الفقرة الثانية من المادة 111 قانون مدني جزائري على أنه " **أمّا اذا كان هناك محل تأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات** "، يعني ذلك أنه إذا كانت عبارة العقد تستدعي التفسير، نتيجة الغموض القانون يلزم القاضي البحث عن النية المشتركة دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، فما مدلول النية المشتركة؟، وعليه سوف أتناول مدلول النية المشتركة ثم وجودها في الإرادة الباطنة أم في الظاهرة.

1- مدلول النية المشتركة:

مصطلح النية لغة يعني القصد والعزم، أما في اللغة الفرنسية " **l'intention** " وهو القصد لكن جرت العادة على إستعمال مصطلح **(la foi)** للتعبير عنها ومصطلح النية موجود في فروع القانون عادة مركب إما على شكل مصطلح "حسن النية" أو على شكل مصطلح "النية المشتركة".[1]

وأكثر توضيح لمعرفة مدلول النية المشتركة، هو أن النية إعتزام أمر معين وهي أن تتجه إرادة المتعاقد إلى إبرام الاتفاق أما الإشتراك فهو التقابل والتلاق.[2] والبحث عن النية المشتركة يستوجب معرفة وجودها في الإرادة الباطنة، أم في الإرادة الظاهرة وأختلف الفقهاء فمنهم من يرى:

أ – الأخذ بالإرادة الظاهر للوصول إلى النية المشتركة:

يرجع الفضل في ظهورها إلى الفقهاء الألمان وحثوا إلى أن الإرادة الباطنة لا يصح أن يكون لها أثر في القانون لأنها شيء كامن في النفس، ولابد لإنتاج أثرها الإفصاح عنها، لأن في هذا ما يضمن سلامة المعاملات وإستقرارها[3]، ويرون كذلك أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها

---

[1] – خلوفي فاتح ، المرجع السابق، ص 262 .

[2] – عاشور فطيمة، المرجع السابق، ص 29.

[3] – السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني ،النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، العقد ولإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة ،الجزائر، 2007، ص 90.

المتعاقدان وحدها محلا للتفسير ويقوم هذا المذهب على الأخذ بالإرادة المعلنة كما تظهر في حقيقة العقد لأن الظاهر هو أساس المعاملات [1].

ب- الأخذ بالإرادة الباطنة للوصول إلى النية المشتركة:

وضعتها المدرسة الفرنسية وهي المستمدة من المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة، أن الإرادة النفسية أي الكامنة في النفس هي الأصل، وما وسائل إظهارها والكشف عنها إلاّ مجرد وسيلة مادية لا بد منها للكشف عن الإرادة [2].

ج – موقف المشرع الجزائري:

أختلف الفقهاء في تحديد موقف المشرع الجزائري، حول الإرادة التي أخذ بها في تفسير العقد الغامض، هل أخذ بالإرادة الظاهرة ؟، أم الباطنة للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين؟.

ذهب علي علي سليمان أنه:« لغرض الوصول إلى النية المشتركة بين الإرادتين يحاول القاضي أن يكشف عن الإرادتين الباطنتين للمتعاقدين بواسطة إرادتيهما الظاهرتين للتأكد من أن التعبير عن الإرادة الباطنة كان صادقا ويهتدي في ذلك بالوسائل المذكورة في المادة 111 قانون مدني جزائري[3] » .

أما الأستاذ محمد صبري السعدي فإنه يرى:« أن القاضي في تفسير العبارات الغامضة في العقد يأخذ بالنية المشتركة لطرفي العقد وهو في كشفه عنها يلجأ إلى المعايير الموضوعية، ولذا فإنه لا يعتد بالإرادة الظاهرة المحضة، ولا يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة وإنما يعتد بالإرادة الباطنة التي يستطيع أن يتعرف عليها » [4].

نخلص في الأخير إلى رأي الأستاذ على فيلالي الذي نعتبره أكثر وضوح ورجاحة حيث يرى: « أن المشرع وضع تصور جديد للإرادة يكون أكثر إنسجام وخدمة لهذا الهدف، فلا تكون العبرة بالإرادة الباطنة كما يريدها صاحبها بل التي يفهمها الغير والخالية من كل غش والتي تتفق

[1] – عاشور فطيمة، المرجع السابق، ص 31.

[2] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص 90.

[3] – سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2015، ص 102.

[4] – السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 286 .

مع العرف، وظروف المعاملات، والثقة التي يرجوها كل متعاقد، هذه المعايير الموضوعية هي التي تمكننا من الكشف عن مدلول الإرادة بغض النظر عن رغبة المتعاقدين وبالتالي المشرع لم يأخذ لا بالإرادة الظاهرة ولا الباطنة المحضة وإنما أخذ بما يسمى بالإرادة المتعرف عليها [1] ».

الفرع الثالث: العوامل المساعدة للبحث عن النية المشتركة

سبق القول في بداية المطلب أنه في حالة غموض عبارة العقد، القانون يلزم القاضي تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة لأطراف العقد مسترشدا بقواعد أو بعوامل هذا ما سنراه في هذا الفرع وبالرجوع إلى المادة 111 من القانون المدني الجزائري، يتضح أن المشرع الجزائري قد وضع معايير تساعد القاضي في تفسير العقد، للبحث عن النية المشتركة، بوجه عام نميز بين عوامل يفسر بها القاضي عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسميها بالعوامل الداخلية(أولا)، وأخرى يفسر بها العقد وهي خارجة عنه ونسميها بالعوامل الخارجية(ثانيا).

ويلاحظ أن المشرع الجزائري وكغيره من التشريعات المقارنة لم يذكر هذه العوامل على سبيل الحصر، فيجوز أن يلجأ القاضي إلى غيرها كلما وجد سبيل إلى ذلك، فإذ كان العقد قد بدى تنفيذه مثلا أمكن القاضي أن يستهدى على النية المشتركة للطرفين بطريقة تنفيذهما أياه [2].

وفي نفس السياق أنه قرر الفقه في مصر وعلى رأسهم "عبد الرزاق أحمد السنهوري"، بأن قواعد التفسير المنصوص عليها في القانون المدني لا تتعلق بالنظام العام وإنما هي مجرد نصائح يستأنس بها القاضي وهي قواعد غير ملزمة[3].

أولا : العوامل الداخلية في تفسير العقد

القصد بهذه العوامل أو القواعد الداخلية، هي تلك المعايير التي يستعين وتساعد القاضي القائم بالتفسير للوصول إلى النية المشتركة لأطراف العلاقة العقدية ونص عليها المشرع الجزائري في المادة 111 من القانون المدني الجزائري بقولها: " ... **مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما**

---

[1] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص 110.

[2] – مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية شتات، مصر، 1987، ص 492 ،

[3]– الناصري نور الدين، دور القاضي في تفسير العقد الإستهلاكي، مجلة الفقه والقانون، العدد40، المغرب، 2016، ص08.

ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين..."، تقابلها للمادة 150 قانون مدني مصري[1] ونستخرج من هذه المادة ثلاث عوامل داخلية لتفسير العقد هي :

1- طبيعة التعامل:

يراد بطبيعة التعامل طبيعة التصرف المتفق عليه، أو موضوع العقد، فإذا أحتملت العبارات معنى مختلف، أختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد، فإذا أشترط المعير في عارية الإستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية الإستهلاك بل قصد المعير أن يلزم المستعير في حالة هلاك الشيء يرد مثله[2].

2- الأمانة بين المتعاقدين:

الأمانة واجب على المتعاقد، وبيان ذلك أن من وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة في التعامل ولا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير[3].

3- الثقة بين المتعاقدين :

وجب على المعبر أن يأخذ في اعتباره أن الموجه إليه الإيجاب سيأخذ بتعبيراته بمعناها الظاهر، فيبتعد عن أن تكون له إرادتان، إحداهما ظاهرة ينخدع بها الطرف الأخر وأخرى باطنة يتمسك بها وبذلك يكون قد أخل بمبدأ حسن النية ومبدأ الأمانة والثقة .[4]

ثانيا : العوامل الخارجية في تفسير العقد

من المفروض على القاضي عند تفسير العقد الاستعانة أولا بالعوامل الداخلية وعند قصورها يلجأ إلى العوامل الخارجية عن العقد، هذه العوامل الخارجية منها ما نص عليها القانون مثل العرف الجاري في المعاملات المادة 111 قانون مدني جزائري الفقرة الثانية بقولها: "... **وفقا للعرف**

---

[1] – نص المادة 150 من القانون المدني المصري رقم 131، الصادر في 1948/07/16، بقولها:" ... أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات ".

[2] – الشواربي عبد الحميد، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثالثة، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية مصر، 1997، ص 224.

[3] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص497.

[4] – عاشور فاطمة، المرجع السابق، ص48.

الجاري في المعاملات"، ومنها ما جاء به الفقه مثل طريقة تنفيذ العقد، فيما يلي نوضح العرف الجاري:

1 – العرف الجاري في المعاملات:

يقصد بالعرف اعتياد الاشخاص على إتباع سلوك معين في مسألة معينة بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما ومستتبع بتوقيع الجزاء عند المخالفة،[1] ومن حيث النطاق عرف عام واسع النطاق وعرف خاص يقتصر تطبيقه على إقليم دون الأخر، وله ركن مادي هو اعتياد الناس على سلوك معين في العمل، وركن معنوي هو اعتقادهم في إلزام هذا السلوك وضرورة إتباعه ويقوم بجانب التشريع بدورين متميزين: مكمل للتشريع ومساعدا له.

أ – العرف المكمل للتشريع:

العرف مصدر رسمي إحتياطي للقانون الجزائري، فإذا وجد القاضي نقص في التشريع فالشريعة الإسلامية، ثم بعد ذلك العرف[2].

ب – العرف المساعد للتشريع:

هنا ليس نقص في التشريع، بل أن المشرع وهو يعرض مسألة معينة، يستعين في القاعدة التي يضعها بالعرف لأنه أي العرف يراه أكثر ملائمة من التشريع وتكون الاستعانة بعدة صور فقد يحيل المشرع القاضي إلى العرف لإيضاح مضمون قاعدة تشريعية، أو يحيله إليه لسد ما يوجد من نقص في إرادة المتعاقدين، أو يحيله إليه للتعرف على إرادة المتعاقدين.

وما يهمنا في هذا الموضوع القواعد التشريعية التي تحيل القاضي إلى العرف للاستعانة به قصد التعرف على نية المتعاقدين، ما نص عليه في المادة 111 من القانون المدني الجزائري الفقرة الثانية فالإشارة هنا إلى عرف التعامل راجع إلى علم المتعاقدين به، فدور العرف هنا هو مساعدة القاضي في تفسير العقد على التعرف على نية المتعاقدين، بأن يرجح التفسير المطابق للعرف السائد[3].

---

[1] – بوضياف عمار، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع المحمدية، الجزائر، 2014، ص 167.

[2] - نص المادة الألى من القانون المدني الجزائري على أنه: "... إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف..."

[3] – جعفور محمد سعيد، المرجع السابق، ص 198.

بالرجوع إلى قواعد التفسير في الفقه الإسلامي نجدها تعتد بالعادة أو العرف كمصدر أو عامل للتفسير العقود من القاعدة " **المعروف عرفا كالمشروط شرطا**" [1]، ويشترط لتطبيق العرف في تفسير العقد غموض عبارة العقد في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين، وقصور العوامل الداخلية في التفسير، وينبغي كذلك أن لا يكون العرف مخالف للقانون ولا للنظام العام ولا الآداب.

المطلب الثالث: تفسير العقد في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين

بعد توضيح الحالات التي يتم فيها تفسير العقد بالبحث عن النية المشركة للمتعاقدين، نحاول في هذا المطلب دراسة تفسير العقد في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وبقاء الشّك يسود عبارات العقد، ومنه نتطرق إلى قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين (الفرع الأول)، ثم الاستثناء الموجودة على هذه القاعدة (الفرع الثاني).

الفرع الثاني : قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين

نص المشرع في المادة 112 قانون مدني جزائري بقولها:" **يؤول الشّك في مصلحة المدين** ..." يجب تسليط الضوء على كل من مفهوم الشك (أولا)، المقصود بالمدين(ثانيا)، مبررات قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين (ثالثا) أخيرا نطاق تطبيق القاعدة (رابعا).

أولا: مفهوم الشك :

تقوم حالة الشك إذا تعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فيرجع الشك إلى تعدد دلالات العبارة الغامضة، كأن يكون بعضها يخدم مصلحة المتعاقد الأول وبعضها الأخر يخدم مصلحة المتعاقد الثاني، والقاضي لم يتمكن ترجيح إحداهما، فيتردد في إختيار المعنى الذي تحمله العبارة محل التفسير،[2]إذا كانت عبارة العقد غامضة ويتراوح معناها بين وجوه متعددة، ولم يستطيع القاضي ترجيح أحد الاحتمالات رغم استعانته بعوامل التفسير المختلفة فهنا تواجهه حالة شك [3].

[1] – بن عمار مقني، المرجع السابق، ص156.

[2] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص 416.

[3] – زريق برهان، نظرية تفسير العقد في القانونين المدني، مطبعة الارشاد اللاذقية،،سوريا، 2000، ص49

ثانيا: المقصود بالمدين

هو المتعاقد الذي يتحمل الالتزام محل الشّك، مثل العقود الملزمة لجانب واحد ولأن المدين دائما هو الملتزم دون الطرف الأخر فهو المستفيد دائما من حالة الشك وفي العقد الملزم للجانبين يفسر العقد تارة لمصلحة أحد العاقدين وتارة لمصلحة الأخر تبعا للمدين في الالتزام الذي يفسره [1].

ثالثا: مبررات قاعدة تفسير الشك في مصلحة المادية

قيام شك في مدى التزام المدين، فسر هذا الشّك لمصلحته، ويبرر هذه القاعدة الاعتبارات التالية:

1- إذا أخذنا بالتفسير الأضيق في تحديد مدى التزام المدين، فلأن الاصل براءة الذمة والالتزام هو الاستثناء، والاستثناء لا يتوسع فيه، والنية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحمله عبارات العقد، فلا يكون توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا في حدود هذا المدى الضيق[2].

2- إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام[3] فإذا عجز عن ذلك نتيجة شك يتحمل النتيجة [4].

3- الدائن هو الذي يملي الالتزام على المدين، وعليه أن يتحمل إذن مسؤولية إملائه المبهم، بالإضافة إلى أن المدين هو الطرف الأجدر بالحماية لأنه الجانب الضعيف في العقد [5].

إضافة لما سبق من المبررات هناك قاعدة فقهية مشهورة، وهي" **الأصل في الشك عدم الفعل**" وتعني أنه من شك هل فعل شيء أو لا؟، فالأصل أنه لم يفعل.[6]

رابعا: نطاق تطبيق القاعدة

هو أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها تحتمل ولا ترجيح لوجه على وجه، أما إذا استحال التفسير، ولم يستطيع القاضي أن يبين أي وجه لتفسير العقد، فهذه قرينة على أنه ليست هناك إرادة مشتركة للمتعاقدين، بل أراد كل منهما شيئا[7].

---

[1] – قتال حمزة، مصادر الالتزام، العقد، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2018، ص200.

[2] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص 501 .

[3] – نص المادة 323 من القانون المدني الجزائري: " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ".

[4] – قتال حمزة، المرجع السابق ص 201.

[5] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 242.

[6] – الناصري نور الدين، المرجع السابق، ص10.

[7] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص501.

الفرع الثاني: الاستثناء الوارد على قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين

كما سبق ذكره عند غموض عبارة العقد ولم يستطيع القاضي معرفة الإرادة المشتركة للعاقدين رغم استعمال عوامل تفسير العقد، وقام لديه شك في تفسير عبارات العقد الغامضة، فإن القانون قد ألزم القاضي تفسير الشك لمصلحة المدين وهو الأصل إلا أن المشرع أورد استثناء عن هذا الأصل بشأن عقود الإذعان، وهذا ما سنحاول معرفته في هذا الفرع.

بأنه يفسر الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن حتى وإن كان دائنا، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 112 من القانون المدني الجزائري: " **غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن** ".

لهذا الاستثناء تبريره، مادام الطرف المذعن يخضع لشروط العقد دون مناقشة هذه الشروط فمن باب العدالة أن حالة الشك تفسر لمصلحة المذعن مهما كانت صفته [1]، ومن التبريرات إذا تعلق الأمر بعقد الإذعان يؤول الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا، باعتباره طرفا ضعيفا يستحق حماية القانون، ويتحمل الطرف القوي في عقد الإذعان مسؤولية العبارات محل الشك، لأنه هو الذي وضع تلك البنود [2].

وأكثر توضيح لما سبق ذكره سنحاول في المبحث الثاني والخاص بتطبيقات قواعد التفسير في بعض العقود دراسة عقد الإذعان وكمثال عقد التأمين.

[1] – حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 74.

[2] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص 418.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد التفسير في بعض العقود ورقابة المحكمة العليا عليها

بعد ما تناولت في المبحث الأول أحكام تفسير العقد، في المبحث الثاني تطبيقات قواعد التفسير على بعض العقود ونذكر منها تفسير عقد الإذعان وكمثال عنه عقد التأمين، أيضا تفسير عقد البيع وقبل الوقوف على سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد، لابد من معرفة دور قاضي الموضوع في عملية تفسيره، ولدراسة هذا المبحث قسم إلى مطلبين تطبيقات قواعد التفسير في بعض العقود (المطلب الأول)، سلطة المحكمة العليا في رقابة تفسير العقد(المطلب الثاني).

المطلب الأول: تطبيقات قواعد التفسير في بعض العقود

في هذا المطلب سوف نتناول تطبيقات قواعد التفسير في بعض العقود، ونذكر منها عقد الإذعان بصفة عامة (الفرع الأول) ثم كمثال عن عقود الإذعان عقد التأمين المستعمل كثيرا والمفروض في بعض المعاملات (الفرع الثاني) وفي الأخير تفسير عقد البيع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: عقد الإذعان

لدراسة هذا الفرع يستوجب معرفة معنى عقد الإذعان وظهور هذا النوع من العقود (أولا) وكيفية تفسيره (ثانيا) كما يمكن التطرق أيضا إلى شروط تفسير الشك لمصلحة المذعن (ثالثا) .

أولا: معنى عقود الإذعان

الأصل في إنجاز وإنشاء العقود أنها تتم بطريق المساومة، لكل متعاقد الحرية في التعبير عن إرادته التي يتساوى فيها طرفي العقد، أي تطابق الإيجاب مع القبول ينعقد العقد، أما عقود الإذعان فهي عقود تقوم على إحتكار بعض المرافق الهامة إحتكار قانوني، فالإردتان في هذه العقود ليستا متساويتين، أحداهما تملي والأخرى تذعن[1]، ويكون الإذعان أيضا عندما يفرض أحد المتعاقدين على المتعاقد الأخر شروط العقد بأكملها فعليه القبول أو الرفض، ونجد أن المشرع الجزائري لم يعرف عقد الإذعان، لكن في المادة 70[2] قانون مدني جزائري بين لنا كيف يحصل القبول في هذا العقد.

---

[1] – سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 26.

[2] - نص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ".

عقد الإذعان مصطلح غربي حديث يبدو أن الفقيه " **ساليي** " هو من جذب الأنظار في فرنسا نحو هذه العقود عندما سطر في كتابه " **الإعلان عن الإرادة** " أن هناك بعض عقود يفرض مضمونها بواسطة أحد المتعاقدين على المتعاقد الأخر الذي يقتصر دوره على انضمامه لهذه العقود دون مناقشة أو تعديل وأطلق عليها " **ساليي**" عقود الانضمام[1].

أما في الفكر القانوني العربي فيعتبر الفقيه " **عبد الرزاق أحمد السنهوري**' رحمه الله عليه أول من أستخدم تعبير عقود الإذعان، ويسمى الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه وهذه التسمية أبتدعها الأستاذ " **ساليي**" في كتابه " **الإعلان عن الإرادة** " وقد سميت هذه العقود في العربية بعقود الإذعان [2].

ثانيا: تفسير عقد الإذعان

في عقود الإذعان نكون أمام مركزيين اقتصاديين وقانونيين متباينين حيث يوجد طرف قوي يحتكر شروط العقد ويعدها، هذه الشروط مطبوعة أو نموذجية وفي المقابل يوجد طرف ضعيف اقتصاديا ومعرفيا، ليس له إلاّ الإذعان لشروط الموجب بقبولها دون مساومة أو مناقشة أو مفاوضة هذا الوضع قد يؤدي عند تنفيذ العقد إلى حالة نزاع يمنح للقاضي سلطة التدخل لتفسير عقد الإذعان فعند التفسير يمكن أن تكون عبارته واضحة وهو الأصل، كما يمكن أن تكون عبارته غامضة وبالتالي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وقد يتعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فنكون بصدد حالة شك وعليه ندرس هذه الحالات الثلاثة وهي: عندما تكون عبارات عقد الإذعان واضحة، وعند غموض عبارات هذا العقد، وأثناء اكتناف الشك إرادة المتعاقدين[3].

---

[1] –رحمون عامر، عقد الإذعان في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة الماجستير تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر–1 يوسف بن خدة، 2012 –2013، ص 20.

[2] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 1998، ص 289.

[3] –بن عمار مقني، قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد01، 2014 ص 155.

1- عندما تكون عبارات عقد الإذعان واضحة:

طبقا لنص المادة 111 من القانون المدني الجزائري أنه " **إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.**"

هذه الفقرة تفيد أنه عندما تكون عبارة العقد واضحة في جملتها في الدلالة وكانت هذه الدلالة مطابقة لما أتجهت إليه هذه الإرادة، فإن العقد هنا، لا يحتاج إلى بذل جهد لتفسيره، بل إن على القاضي تطبيقه وفقا للمعنى الظاهر لها [1].

2 – عندما تكون عبارة عقد الإذعان غامضة:

إذا كانت عبارة عقد الإذعان غير واضحة فلا مفر من تفسير العقد بحسب ما قصده المتعاقدان[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 111 السالفة الذكر " **أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات** "

وبذلك يكون المشرع قد وضع عدة عوامل يستهدي بها القاضي للوصول إلى غرضه من تفسير العقد وهي طبيعة التعامل، والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل، وأيضا ما بينهما من أمانة وثقة[3].

المشرع الجزائري كغيره من التشريعات لم يذكر هذه العوامل على سبيل الحصر، فيجوز أن يلجأ القاضي إلى غيرها كلما وجد سبيل إلى ذلك، ورغم هذه الحلول قد يتعذر على القاضي الوصول في بعض الأحيان إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فنكون بصدد حالة الشك وهذا ما نوضحه بالتفصيل.

---

[1] – لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1990، ص 148.

[2] – رحمون عامر، المرجع السابق، ص 76 .

[3] – لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 149.

3 - عندما يكتنف الشك إرادة المتعاقدين في عقد الإذعان:

تنص المادة 112 قانون مدني جزائري " **يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن** "، من النص أعلاه يتضح لدينا أنه إذا لم تفلح الوسائل السابقة ذكرها في الوصول إلى النية المشتركة، وكان هناك شك فالشك يفسر في مصلحة المدين .

ويبرر الأستاذ "**بلحاج العربي**" هذه القاعدة " يؤول الشك في مصلحة المدين:« وهذا انطلاقا من أصل ثابت وهو براءة الذمة حتى يثبت أنه مدين، بالإضافة إلى أنه الطرف الأجدر بالحماية لأنه الجانب الضعيف في العقد [1]. »

لكن تطبيق هذه القاعدة من طرف القاضي لا يجوز أن تلحق ضررا بمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان دائنا كان أم مدينا، هذا الاستثناء أيضا له ما يبرره سوف نتطرق إليها فيما بعد .

تعتبر هذه القاعدة التفسيرية والتي هي استثناء من الشك يفسر في مصلحة المدين، أنها مظهر من مظاهر الحماية القانونية أو الحصانة لفائدة الاطراف المستضعفة [2].

حتى وإن كان الفقيه "**عبد الرزاق أحمد السنهوري**" رحمة الله عليه يقول:« ... أن هذه القاعدة ليست بقاعدة تفسير لأنها إنما تستند إلى عدة اعتبارات لا ترجع إلى فكرة تفسير نية المتعاقدين...»[3] ونحن نناصر هذا الرأي لأن الاستثناء المذكور أعلاه له مبررات سوف يتم ذكرها.

ا- مبررات القاعدة:

مبررات قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن هي:

- أما إذا ظهر بأن الشروط الإذعانية المتنازع عليها يشوبها غموض أو إبهام كان على القاضي هنا أن يفسرها بما يتناسب مع مصلحة الطرف الضعيف في هذه العلاقة العقدية، وهو المذعن وهذا مسلك يتماشى مع المنطق القانوني السليم ومع روح العدالة [4].

---

[1] - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 242.

[2] - بن عمار مقني، قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن، المرجع السابق، ص 258.

[3] - السنهوري عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 1998،، ص946.

[4] - بن عمار مقني، قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن، المرجع السابق، ص 156.

– فإنه في عقود الإذعان يتعين تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن، دائنا كان أم مدينا تأسيسا على أنه الطرف الضعيف اقتصاديا، ذلك لأن المفروض أن الطرف الأخر هو الذي حرر العقد وشروطه، فإن كان غموض في عبارات العقد وجب ألاّ يفيد من غموض تسبب فيه .[1]

– في عقد الإذعان لا يوجد تكافؤ قانوني أو اقتصادي بين طرفيه، حيث ينفرد المتعاقد القوي باحتكار عملية وضع شروط العقد وصياغته وإملاء إرادته على الطرف الضعيف يورد شروطاً تحتمل أكثر من معنى، فإن هذا الإبهام قد يكون مرجعه إيراد المحترف لشرط خاص غامض وناقص، وعندها يفسر الشك ضده، ويؤخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته، لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض[2].

ثالثا: شروط تفسير الشك لمصلحة المذعن

هذه القاعدة التفسيرية الإستثنائية تطبق عند التأكد من توفر عدة شروط، لم تنص عليهم المادة 112 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري وإنما كشفت عنها الممارسات القضائية والإجتهادات الفقهية ومن الشروط : [3]

1– وجود المبرر للتفسير، وتعلق الشك بتفسير عقود الإذعان

2– إستنفاذ كل وسائل التفسير المتعلقة بالبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين .

3– إستمرار قيام الشك أو الغموض في التعرف على الإرادة المشتركة.

4– سوء النية أو الإهمال من جانب المذعن.

الفرع الثاني: تفسير عقد التأمين

بعد ما تناولنا في الفرع الأول تفسير عقد الإذعان بصفة عامة، سوف نتطرق في هذا الفرع إلى تفسير عقد التأمين والذي يعتبر نوع من أنواع عقود الإذعان حيث نقوم بتعريفه واستخراج خصائصه (أولا)، ثم بعد ذلك بيان كيفية تفسيره (ثانيا).

[1] - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 243.

[2] - بن عمار مقني، قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن المرجع السابق، ص 161.

[3] - المرجع نفسه، ص 163.

أولا: تعريف عقد الــتأمين وخصائصه

يستوجب تعريف عقد التأمين، ثم بيان خصائصه

1 – التعريف التشريعي:

عرف المشرع عقد التأمين في المادة 619 من القانون المدني الجزائري الذي يعد تطبيقا مثاليا لعقود الإذعان " **التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي عوض مالي أخر في مرحلة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أيه دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن** ".

من التعريف يستخلص أن عقد التأمين هو عقد ينظم علاقة قانونية بين طرفين يسمي أحدهما المؤمن ويسمى الأخر المؤمن له، يتفقان على أن يؤدي الأول مبلغا من المال للثاني يسمى مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن له، مقابل مبلغ مالي يدفه الثاني يسمى القسط أو الاشتراك وقد يتقاضى مبلغ التأمين شخص أخر يسمى المستفيد يكون المؤمن له قد أشترط التأمين لصالحه[1].

2 – خصائص عقد التأمين :

يتميز عقد التأمين بالخصائص التالية :

أنه عقد رضائي ملزم للجانبين، وهو كذلك عقد معاوضة واحتمالي ينتمي إلى عقود الإذعان. ويمتاز أنه من عقود حسن النية ونحاول شرح والتركيز على هذه الخاصية الأخيرة فيما يلي.

ا – عقد التأمين من عقود حسن النية:

هذا المبدأ له دور في مختلف العقود وهو عبارة عن الالتزام بالنزاهة والتعاون، والمشرع الجزائري نص عليه في المادة 107[2]من القانون المدني الجزائري، وهذا المبدأ يسود عقد التأمين في مرحلة تكوين العقد وعند تنفيذه، حيث يرتب التزامات على طرفي العقد تتمثل في :

– أن المؤمن له يلتزم أساسا بمقتضى عقد التأمين بأن يدلي بجميع البيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه، ويلتزم المؤمن من جهته بإحترام تعهداته في تغطية الخطر ودفع التعويضات دون استغلال ضعف المؤمن له، كالتأخر في دفع التعويض أما وثيقة التأمين فسوف نعرفها ثم نتكلم على من يقوم بإعدادها وشكلها النهائي[3].

---

[1] – بن خروف عبد الرزاق، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، التأمينات البرية، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع القبة، الجزائر، 2017، ص 47 ،

[2] – نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبحسن "

[3] - موسى عبد المنعم، حسن النية في العقود دراسة مقارنة، دون طبعة، منشورات زين الحقوقية، لبنان،2000 ص 195.

3- تعريف وثيقة التأمين:

ورقة نهائية يحررها المؤمن وتثبت وجود عقد التأمين، بل العقد ذاته وباللغة الفرنسية "police" ويستعمل بعض الشراح العرب عبارة البوليصة بتعريب الكلمة الفرنسية للدلالة على وثيقة التأمين[1].

4 - إعداد هذه الوثيقة:

فالمؤمنون يعدون وثائق تأمين نموذجية ويلتزمون بمراعاتها، أما المؤمن لهم فإنهم يلتزمون بقبول شروط الوثيقة وهذا لكونهم لا يجدون لدى غيرهم من يقدم إليهم غير ذلك، حيث يوجد احتكار للتأمين، أما شكل وثيقة التأمين يجب أن يحتوي على اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنونهما الشخص أو الشيء المؤمن عليه، طبيعة الأخطار المضمونة، تاريخ الاكتتاب، تاريخ سريان العقد مبلغ الضمان، القسط أو اشتراك التأمين.

ثانيا: كيفية تفسير عقد التأمين

المؤمن له هو الطرف المذعن في عقد التأمين إذ لا يناقش شروط العقد وقد شبه " **اميرجون** " المؤمن له باليتيم الذي هو بحاجة إلى حماية، ومثل هذا المفهوم أدى بالمشرع إلى التدخل في صالح المؤمن لهم، وهذه هي الفكرة العامة التي تتجلى في القانون الفرنسي الصادر في 13 جويلية 1930 المتعلق بالتأمين البري وهو يمثل أول تدخل تشريعي، يوجب فيه المشرع الالتزام ببعض الإجراءات كما يجب أن تحرر بعض الشروط بصفة أكثر وضوحا من غيرها خاصة شروط بطلان العقد، ومدة العقد[2].

يعني أن من أسباب هذا التدخل التشريعي هو محاولة تنظيم التأمين، وتحقيق التوازن العقدي بين طرفيه من خلال حماية المؤمن لهم .تسري في تفسير وثيقة التأمين المبادئ العامة في تفسير العقود، ولما كانت هذه الشروط المطبوعة وضعها المؤمن مقدما، القاضي يستطيع هنا أن يفسرها عند الشك ضد من وضعها.[3]

---

[1] – بن خروف عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 113.

[2] – لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 124

[3] –السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في الشرح القانون المدني عقود الغرر، المقامرة، والرهان، وعقد التأمين الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000، ص 1208.

لتوضيح أكثر لابد من أخذ مثال عن عقود التأمين وهو ما ذكره الأستاذ "مقني بن عمار" وكمثال لحالة الشك: أن يعرض على القاضي نزاع بشأن وثيقة التأمين تتضمن بندا يقضي بتغطية التأمين على خطر معين، وتنص في بند آخر عدم تغطية نفس الخطر، بالتالي غموض يصعب تنفيذ العقد، فالقاضي يجد إشكال حول البند الذي يأخذ به عند تفسير العقد، لأن الشك يفسر في مصلحة المدين لا يناسب عقد التأمين كون مركز الاطراف يختلف، والمسؤولية عن وجود هذا الشك والغموض فردية يتحملها الطرف القوي كقرينة ضده يتحمل توابع الشك سوى كان دائن أم مدين[1].

قد أنتهج قضاة الموضوع هذا الطريق، وصدر القرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/10/08 والذي رأى قضاة الموضوع في تفسيرهم للعقد المبرم بين شركة التأمين والنادي السياحي، مركز النادي في العقد كونه الطرف المذعن وفسر الشك لمصلحته[2].

إذا قام تعارض بين نسخ وثيقة التأمين وتناقض الشروط المدونة، فالنسخة التي يعتد بها هي النسخة التي بيد المؤمن له يحتج بها على المؤمن، ذلك لأن المؤمن هو الذي قام بتحرير هذه النسخ فهو المسؤول عن التعارض الذي يقوم بينها ،[3]

الفرع الثالث: تفسير عقد البيع

لم يكن عقد البيع معروفا في البداية، بل سبقته إلى الوجود المقايضة، أي التقايض بالسلع[4] وللإشارة أن هذا العقد ظهر في روما في بداية القرن الأول قبل الميلاد بوصفه عقدا رضائيا أطلق عليه إسم مركب" **شراء وبيع** "،[5] عقد البيع من أهم العقود المسماة بل يمكن القول كذلك أقدمها

---

[1] – بن عمار مقني، قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن، المرجع السابق، ص 156 .

[2] – قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 160673، بتاريخ 08 /10 /1998، قضية (ش .ج.ت) ضد (ن.س.ج) المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1998، ص 58 .

[3] –السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط ،عقود الغرر، المقامرة، والرهان، وعقد التأمين، المرجع السابق، ص 1208 .

[4] – قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2003، ص 12.

[5] – سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014، ص 09.

وأكثرها شيوعا لذلك أهتم المشرع بتنظيمه ولهذا أرتأينا أن نعالج في هذا الفرع التعريف بعقد البيع (أولا) تفسير عقد البيع (ثانيا) .

أولا : تعريف عقد البيع

عرفه المشرع الجزائري في المادة 351 قانون مدني جزائري على أنه: "**عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا أخر في مقابل ثمن نقدي**".

نظم المشرع الجزائري عقد البيع في الفصل الخاص بالبيع وقسمه إلى قسمين: تناول في القسم الأول الأحكام العامة وفي القسم الثاني أنواع البيوع وهي بيع ملك الغير، بيع الحقوق المتنازل عليها وبيع التركة، والبيع في مرض الموت، بيع النائب لنفسة[1] .

ثانيا: تفسير عقد البيع

قد يؤدي تنفيذ عقد البيع إلى نزاع، مما يمنح للقاضي سلطة التدخل لتفسيره لإيجاد الحل للنزاع، وعقد البيع كغيره من العقود تجري عليه القواعد العامة في التفسير بحيث يمكن أن تكون عبارته واضحة وهو الأصل كما يمكن أن تكون عبارته غامضة وبالتالي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وقد يتعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين فنكون بصدد حالة شك

.1- عندما تكون عبارات عقد البيع واضحة :

طبقا المادة 111 من القانون المدني الجزائري تنص أنه عندما تكون عبارة العقد واضحة في جملتها ومطابقة لما اتجهت إليه هذه الإرادة، فإن العقد لا يحتاج إلى تفسيره، وعلى القاضي تطبيقه

2 – أما إذا كانت عبارة عقد البيع غامضة:

إذا كانت عبارة عقد البيع غير واضحة القانون يفرض على القاضي تفسير العقد بحسب ما قصده المتعاقدان، وهذا ما نصت عليه المادة 111 قانون مدني " **أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات** "

[1] – السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 30.

أما في حالة ما إذا تعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فنكون بصدد حالة الشك وهذا ما نوضحه بالتفصيل في الفقرة الموالية .

3 – عندما يكتنف الشك إرادة المتعاقدين :

فسر عقد البيع بما فيه مصلحة الملتزم سوى البائع أو المشتري [1]طبقا المادة 112 قانون مدني جزائري " **يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن** " .

تقابلها المادة 151[2] قانون مدني مصري، أما التقنين المدني الفرنسي فإن الشروط الغامضة في عقد البيع تفسر لمصلحة المشتري وضد البائع أي سواء كان البائع هو الدائن أو المدين من النص أعلاه يتضح لدينا أنه إذا لم تفلح الوسائل السابقة ذكرها في الوصول إلى النية المشتركة، وكان هناك شك، فالشك يفسر في مصلحة المدين، وإذا كان البيع من عقود الإذعان فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فيه ضارا بمصلحة الطرف المذعن، ففي التعاقد مع شركة المياه يكون[3] العميل مشتريا للمياه بشروط أملتها عليه الشركة ولا يستطيع هو إلا أن يذعن لها، فإذا كان الغموض في التزامات الشركة، فسر هذا الغموض لصالح الطرف المذعن هو العميل .

المطلب الثاني : سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد

وضع المشرع قواعد يلتزم بها القاضي أثناء تفسير العقد في أحكام المادتين 111و112 قانون المدني الجزائري، فتفسير العقد يخضع لرقابة المحكمة العليا على مسائل القانون فإذا لم يلتزم قاضي الموضوع بهذه القواعد فحكمه معرضا للنقض، وعليه نتعرض بالدراسة إلى دور قاضي الموضوع في التفسير(لفرع الأول)، ورقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع عند تفسير العقد على التسبيب في حكمه(الفرع الثاني) أو عند انحراف القاضي عن العبارات الواضحة (الفرع الثالث).

---

[1] –السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع ،المقايضة الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، ص 54 .

[2] – تنص المادة 151 قانون مدني مصري على أنه:" يفسر الشك فى مصلحة المدين، ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

[3] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المرجع السابق، ص54

الفرع الأول: دور قاضي الموضوع في عملية التفسير

عندما يثور نزاع بين أطراف العقد أثناء التنفيذ حول غموض عبارات العقد، يتم اللجوء إلى محكمة الموضوع لتفسير العقد والفصل في النزاع، أما المحكمة العليا يقتصر دورها في الرقابة على المسائل القانونية دون الوقائع(أولا) التي تخضع للسلطة التقديري لقاضي الموضوع (ثانيا) ،هذه السلطة التقديرية لقاضي الموضوع لها حدود يجب ذكرها(ثالثا).

أولا: الوقائع والمسائل القانونية في تفسير العقد

هناك رأي ضعيف قارن بين تطبيق القانون وتطبيق العقد باعتباره شريعة المتعاقدين، ويرى أن تفسير العقد باعتباره قانون المتعاقدين مثل تفسير القانون تماما مسألة قانونية تخضع لرقابة قضاة القانون، والحقيقة أن التشابه الموجود بين العقد والقانون يقتصر على قوته الإلزامية لا غير، ومن ثم فإن تفسير العقد يبقى مسألة واقع [1].

1- الوقائع في تفسير العقد:

تنحصر مسائل الواقع فيما يجريه قاضي الموضوع من بحث للإستدلال على النية المشتركة لطرفي التعاقد[2]، وتقدير الوقائع يرجع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع من أجل البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ذلك أن الوسائل التي يعتمد عليها القاضي هي في الحقيقة ظروف مادية خارجية لا تتعلق بالقانون، لذلك لا رقابة للمحكمة العليا عليها [3].

تفسير العقد هدفه البحث عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين هذه العملية تخص الواقع لا القانون، ولقد حصل إجماع بصدد هذا التكييف ولا ينازع اليوم أحد في كون تأويل العقد مسألة واقع ومن المعروف والمتفق عليه أن الوقائع تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع[4].

---

[1] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص 420.

[2] – دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2015 /2016، ص 44.

[3] – حوحو يمينة، المرجع السابق، ص75.

[4] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص420.

2- المسائل القانونية في تفسير العقد:

التي تخضع لرقابة المحكمة العليا وضع المشرع قواعد محددة ينبغي على القاضي أن يحترمها في تفسير العقد ومنها ما يلي : القاعدة التي تقضي بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها تحت ستار التفسير للتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين المادة 111 من القانون المدني الجزائري، ومن مسائل القانون أيضا قاعدة تفسير الشك في صالح المدين المادة 112من نفس القانون مع **استثناء عقود الإذعان**[1] .

ثانيا: السلطة التقديرية لقاضي الموضوع

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية إزاء بحثه لمسائل الواقع في مجال تفسير العقد، فلا يخضع في شأنها لرقابة المحكمة العليا، وتتمثل مسائل الواقع ما يستعمله قاضي الموضوع للكشف والاستدلال على النية المشتركة لطرفي العقد مثل حسن النية والعرف والعدالة والثقة المتبادلة بين طرفي العقد، وخطأه في تقدير هذه المعايير يعد خطأ في الواقع لأنه يخالف العقد وليس القانون والمحكمة العليا دورها رقابة تطبيق القانون [2] .

ثالثا: حدود السلطة التقديرية لقاضي الموضوع

السؤال المطروح هل هذه السلطة التقديرية مقيدة أو مطلقة ؟، للإجابة على السؤال يقول الأستاذ" العربي بلحاج": «عند الأخذ بتفسير معين وجب على القاضي ذكر الأسباب التي يستند إليها، وردها إلى الثابت من وقائع الدعوى، ذلك أن الوقائع التي يعتمد عليها فاستخلاص إرادة المتعاقدين يجب أن تكون مستقاة من مصادر موجودة، وغير مناقضة للثابت في الدعوى » ،[3] وهذا ما سنحاول توضيحه في الفرع الثاني .

---

[1] – السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني ،النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد ولإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 289.

[2] – عاشور فاطمة، نفس المرجع، ص86 .

[3] – بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 244.

الفرع الثاني: سلطة المحكمة العليا في الرقابة على مسائل التسبيب

العدل القضائي يحتاج إلى تبرير أي تسبيب، والتسبيب له أهمية للخصوم والرأي العام، كما له أهمية للقاضي لصحة حكمه، والتسبيب حق الخصوم وأداة فعالة لحماية الحقوق وسيلة لإقناع الخصوم بصحة عدالة الحكم وعن طريق التسبيب تتكشف أخطاء القضاء وعدم صحة قضائه، ولهذا وضع القانون وسائل لعلاج مثل هذه الأخطاء منها جواز الطعن في الحكم [1].

قضت المحكمة العليا بالجزائر1990/03/19 أنه: "من المقرر قانونا، أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة مما قدم من أدلة في الدعوى، وما أبدي من طلبات أو دفوع أطرافها فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب.

ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه أكتفى في حيثياته بذكر بعض أقوال الطاعن دون تحليلها والإجابة عليها وإعطائها الصفة القانونية للإقتناع بها، يعد غير مسبب بما فيه الكفاية، مما يعرض للنقض"[2].

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري كرس مبدأ تسبيب الأحكام حيث نجد المادة 358 [3] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على حالات أو الأحكام القابلة للطعن بالنقض، وهي ثمانية عشرة (18) حالة منها 03 حالات تتعلق بالتسبيب وهي : انعدام التسبيب، قصور التسبيب تناقض التسبيب مع المنطوق [4].

بعد التطرق إلى أهمية التسبيب بصفة عامة، نعرج بعدها إلى الرقابة على تسبيب الأحكام المتعلقة بتفسير العقد، وبداية عندما تكون العبارة واضحة، إذا طرح نزاع على القاضي فيما يخص أي عقد فإنه يقوم بتفحص الشرط محل النزاع هل هو غامض يحتاج إلى تفسير أو واضح يكشف إرادة الطرفين ولا حاجة إلى تفسير لأنه ينسجم مع باقي شروط العقد، أي عبارات العقد واضحة فإنه لا يجوز البحث عن إرادة أخرى [5]

---

[1] – بن عمار مقني، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، المرجع السابق ص539.

[2]– قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 58797، بتاريخ 19 مارس 1990، قضية (ب.ن) ضد(ق.ح)، المجلة القضائية، عدد 1، الجزائر، 1993، ص 52.

[3] – نص المادة 358 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية : " لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الأتية: ...9- إنعدام التسبيب ،10- قصور التسبيب، 11- تناقض التسبيب مع المنطوق،..."

[4] –عبد السلام الذيب، قانون الاجراءات المدنية والاداري الجديد، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 289.

[5] –بن عمار مقني، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، المرجع السابق ص551.

يتضح مما سبق أنه في حالة وضوح العبارة المراد تفسيرها فإن رقابة المحكمة العليا على محكمة الموضوع تكون: فإذا اخذت محكمة الموضوع بالمعنى الظاهر من العبارة الواضحة فلا حاجة إلى بيان أسباب ذلك في حكمها، فيكفي في هذا الحكم القول بأنها أخذت بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة، أما في حالة الإنحراف عن المعنى الظاهر، فيجب بيان أسباب التفسير والإنحراف، ويجب أن تكون هذه الإسباب مقنعة أي الحكم سليما وإلاّ تعرض للنقض للقصور في التسبيب. [1]

كما أن تقدير وضوح العبارة أو غموضها، يعتبر مسألة قانونية يخضع أيضا لرقابة المحكمة العليا[2]، ذلك أن القانون لا يجيز التفسير في حالة العبارة الواضحة بينما يجيزه في حالة العبارة الغامضة، ونجد أن في العبارة الغامضة يتم إستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين من واقع الدعوى يكون من وسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة المحكمة العليا[3].

الفرع الثالث: تحريف الوقائع

التحريف لغويا تغيير طبيعة الشيء أو تبديله، أما من الناحية القانونية يقصد به تجاهل المعنى الواضح للتعبير من أجل أن يسند إليه معنى مغاير للمعنى الحقيقي[4]، ويظهر أن رقابة المحكمة العليا بشأن التفسير، أصبحت بموجب أحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية المادة 358 السالفة الذكر، محدودة لسببين هما :

أولا: أن المشرع ذكر أوجه الطعن بالنقض بالتفصيل وعلى وجه الحصر وهي ثمانية عشر ولم يرد من بينها تحريف الوقائع، وعليه لا يمكن للمحكمة العليا مراقبة تفسير العقد على أساس تحريف الوقائع[5].

---

[1] – السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني ،النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد ولإرادة المنفردة، المرجع السابق، 280.

[2] – الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص202.

[3] – أنور طلبة، المرجع السابق، ص 66 .

[4] – بن عمار مقني، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، المرجع السابق ص599

[5] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص 424.

ثانيا: أن رقابتها فيما يخص التحريف ينصب على تحريف المضمون[1] .

أكثر توضيح فيما يخص السبب الثاني مراقبة التحريف من طرف المحكمة العليا والذي يكون على تحريف مضمون الواضح لوثيقة معتمدة في الحكم يوضح عبد السلام الذيب أن المقصود بذلك: « هو عدم الأخذ بالمعنى الحقيقي لوثيقة معتمدة في الحكم كاعتماد فاتورة على أساس أنها مقبولة من طرف المشتري بينما لا يثبت منها هذا القبول، وينبغي هنا الإشارة إلى أن مراقبة قاضي المحكمة العليا لا تنصب إلاّ على مضمون الوثيقة دون الوقائع، وتكون الوثيقة دقيقة وواضحة المضمون إذا كانت لا تحتمل التفسير ولها معنى واحد، أما وجود غموض أو لبس في الوثيقة فيسمح للقاضي ممارسة حقه في التفسير والتأويل » [2].

في هذ الصدد يوضح "على فيلالي" : « كون مراقبة التحريف تقتضي المقارنة بين تأويل الذي خلص إليه القضاء كما ورد في حكمهم أو قراراهم، والصياغة المكتوبة التي توصلا إليها المتعاقدان

معنى ذلك أن الوقائع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ومراقبة التحريف لابد أن يتعلق الأمر بوثيقة أي مكتوبة »[3].

بعد أن بين القاضي الإرادة المشتركة للعاقدين، سواء من طريق عبارة العقد واضحة الدلالة على هذه الإرادة، أو من طريق تفسير عباراته غير الواضحة، يتعين عليه إعطاء الوصف القانوني الصحيح للعقد حتى يستطيع أن يرتب عليه أثاره القانونية الصحيحة [4].

[1] – نص المادة 358 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية : " لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الأتية...12– تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار..."

[2] –عبد السلام الذيب، مرجع سابق، ص 290،

[3] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص 425.

[4] – مرقس سليمان، المرجع السابق، ص 496 .

يرى الفقه الغالب أن تكييف العقد جزء داخل في تفسير العقد، فهو يلي التفسير ويقوم عليه والبعض الأخر يرى أن تكييف العقد يسبق تفسيره، إذ يساعد على تفسير العقد، فطبيعة التعامل يساعد القاضي على اكتشاف المعنى الحقيقي للعبارات الغامضة[1]، تكييف العقد من مسائل القانون التي لا يستقل بها قاضي الموضوع، ويعني تكييف العقد بيان طبيعة العقد مع تحديد القواعد القانونية التي تنطبق على المسائل التي نظمها الطرفان، أي أن القاضي يكيف العقد في ضوء مضمونه [2].

من تطبيقات رقابة المحكمة العليا على التكييف مثل الذي نقض وأبطلته المحكمة العليا فيما يخص القرار الصادر بتاريخ 22 سبتمبر 2011 من مجلس قضاء سطيف الذي كيف العلاقة التي تربط اللاعب المحترف بنادي الرياضي على أنها عقد عمل، أعادت المحكمة العليا تكييف تلك العلاقة على أنها عقد مقاولة [3].

[1] – قتال حمزة، المرجع السابق، ص 202.

[2] – حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 77.

[3] – قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 666367، بتاريخ 22 سبتمبر 2011، قضية (ع.ب) ضد النادي الرياضي مولوديه شباب العلمة، المجلة القضائية، عدد 1، الجزائر، 2012، ص 128.

خلاصة الفصل الأول:

نخلص في أخر هذا الفصل أنّ الأصل في العقود تنفذ وفقا لما اشتملت عليه وبحسن النية، إلاّ أنه قد يحدث أثناء تنفيذ العقد غموض يؤدي إلى تضارب مصالح المتعاقدين وبالتّالي الدخول في نزاع مما يمنح للقاضي سلطة التدخل لتفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة لأطراف العقد، فيجد أنّ العبارات التي يستخدمها الأطراف للتعبير عن إرادتهما إما أن تكون هذه العبارات واضحة الدلالة على مقصود أصحابها فهي لا تحتاج إلى تفسير، وقد تكون هذه العبارات غامضة المقصود فتحتاج إلى تفسير للوصول إلى النية المشتركة لأطراف العقد، أو أنْ يبقى الشّك يسود ويحوم ما قصدة المتعاقدين.

فالمشرع الجزائري زوّد القاضي بمجموعة من القواعد يرجع إليها أثناء تفسير العبارات الغامضة كالرجوع إلى العقد ذاته وسميت بالعوامل الداخلية، وأخرى يفسر بها العقد أيضا وهي خارجة عنه وسميت بالعوامل الخارجية، هذه العوامل كُلها لمْ تُذكر على سبيل الحصر من طرف المشرع فيجوز للقاضي أنْ يلجأ إلى عوامل أخري كُلّما وجد سبيل إلى ذلك، أما إذا بقى الشّك يسود ما قصده المتعاقدين، أي استحالة الوصول إلى النية المشتركة، منح المشرع للقاضي إضافة إلى الحلول المذكورة قواعد تفسير موضوعية وهي تفسير الشّك في مصلحة المدين، باستثناء عقود الإذعان التي يفسر الشك فيها في مصلحة الطرف المذعن.

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية إزّاء بحْثه لمسائل الواقع في مجال تفسير العقد فلا يخضع في شأنها لرقابة المحكمة العليا، وتتمثل مسائل الواقع في حسن النية بين الطرفين والعرف والعدالة والثقة المتبادلة بين طرفي العقد، لكن هذه السلطة التقديرية مقيدة فعند الأخذ بتفسير معين وجب على القاضي ذكر الأسباب التي يستند إليها وإلاّ تعرض للطعن بالنقض عند انعدام السبب أو تناقض السبب مع المنطوق، كما أن تفسير العقد يخضع لرقابة المحكمة العليا على مسائل القانون فإذا لم يلتزم قاضي الموضوع بهذه القواعد كان حكمه أيْضا معرضا للنقض كالقاعدة التي تقضي بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها تحت ستار التفسير للتعرف على الإرادة المشتركة ومن مسائل القانون أيضا قاعدة تفسير الشّك في صالح المدين استثناء عقود الإذعان.

الفصل الثانـي

سلطة التقاضي في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون المدنـي الجزائري

تمهيد الفصل :

إضافة إلى ما تم ذكره في الفصل الأول حول سلطة القاضي في تفسير العقد، منح المشرع أيضا للقاضي سلطة تعديل العقد وإعادة النظر في مضمونه، ومن الأسباب التي تجعل القاضي يعدل العقد في مرحلة إنشاءه، وقوع غبن أو استغلال أو حينما يكون إذعان للطرف الأخر، هذه الحالات تستدعي تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي عن طريق رفع الغبن والاستغلال أو تعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية أو تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن.

كما يمكن للقاضي أيضا تعديل العقد في مرحلة تنفيذه نتيجة لاختلال التوازن العقدي، حينما تكون هناك التزامات أحد الأطراف مرهقة بسبب الظروف الطارئة، أو احتواء العقد على شرط جزائي مبالغ فيه، أو حلول أجل الوفاء وحالة المدين لا تسمح، هذه الحالات تستدعي هي الأخرى تدخل القاضي لإعادة التوازن عن طريق رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والحد من المغالاة في الشرط الجزائي، كما يمكن للقاضي أن يمنح للمدين نظرة الميسرة أو أجل الوفاء

لهذا قسمنا الفصل الثاني إلى مبحثين خصصنا المبحث الأول لسلطة القاضي في تعديل العقد أثناء مرحلة تكوينه وتناولت فيه سلطة القاضي في تعديل العقد لرفع الغبن والإستغلال، وأيضا سطلة القاضي في تعديل العقد لمحاربة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، أما المبحث الثاني فقد خصصته لسلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه وتعرضت فيه لسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، وأيضا لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة .

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء مرحلة تكوينه

إن من أبرز الأسباب التي تمنح للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد في مرحلة تكوينه للوقاية وإعادة التوازن له، حينما يكون هناك تفاوت فادح بين التزام المتعاقد والعوض الذي يتحصل عليه أو انعدام العوض أصلا، وهذا ناتج عن غبن أو استغلال أحد الطرفين، أو حينما يكون إذعان للطرف الأخر، هذه الحالات تستدعي تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي عن طريق رفع الغبن والاستغلال (المطلب الأول) أومن أجل محاربة الشروط التعسفية في عقود الإذعان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور القاضي في تعديل العقد لرفع الغبن والاستغلال

المشرع الجزائري كغيره من التشريعات أخذ بفكرة الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، وهو أمر نفسي أما الغبن لا يعتبر إلا مظهر مادي له، نعالج في هذا المطلب مفهوم كل من الاستغلال والغبن (الفرع الأول)، ثم نبحث في مدى سلطة القاضي في تعديل العقد لرفع الغبن والاستغلال(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الغبن والاستغلال:

في هذا الفرع سوف نتطرق إلى مفهوم كل من الغبن والاستغلال عن طريق إعطاء تعريف لكل منهما (أولا) ثم نميز بين الغبن والاستغلال (ثانيا)، وبعدها نذكر أنواع الغبن (ثالثا) وأخيرا نعدد شروط تحقق الاستغلال (رابعا).

أولا: تعريف كل من الغبن والاستغلال

عرف الأستاذ "عبد الرزاق السنهوري رحمه الله الغبن: « بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه، فقد يكون مغبون إذا أعطى أكثر مما أخذ، وقد يكون غابنا إذا أخذ أكثر مما أعطى» [1].

أمّا الاستغلال فيعرف على أنه إنتهاز المتعاقد حالة الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد معه لحمله على إبرام العقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض، وللاستغلال عنصر مادي وعنصر نفسي أو معنوي [2].

[1] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 446.

[2] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص117،

هذا ما نص عليه المشرع المادة 90 من القانون المدني الجزائري بقولها على أنه: " **إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات التعاقد الأخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأنّ المتعاقد الأخر قد أستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد...** "

ثانيا: تمييز الغبن عن الاستغلال

يتميز الإستغلال عن الغبن ويختلف عنه في ثلاث أمور مهمة هي كما يلي:

الأمر الأول: أن الغبن لا يتصور في عقود التبرع، فهو يكون إلاّ في المعاوضات، لأن المتعاقد فيها يقدم أداء معين دون مقابل أما الاستغلال فيمكن أن يقع في جميع العقود معاوضة كانت أو تبرع[1] .

الأمر الثاني: الغبن يقاس بمعيار مادي، ينظر فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية، أي مقارنة مع سعر السوق، فإذا بلغ الفرق بينهما حدا معينا كان ذلك غبنا، بينما الاستغلال أمر نفسي يقاس بمعيار ذاتي أو شخصي لا مادي فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الأخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير[2].

الأمر الثالث: يكلف المدعي في دعوى الغبن بإثبات عدم التعادل بين المبيع والثمن لأن أساسها مادي عكس دعوى الاستغلال القائمة على الأساس النفسي أو الشخصي، حيث يجب على المدعي إثبات أنه كان تحت وطأة الطيش أو الهوى أو نقص التجربة أو غيرها من الحالات المشابهة لها[3].

ثالثا: أنواع الغبن

من خلال نص المادتين 90 و91 القانون المدني الجزائري، يتبين لنا هناك نوعين من الغبن الغبن المجرد والغبن الاستغلالي ولذلك سوف نتحدث عن كل نوع بالتفصيل كما يلي :

---

[1] – عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015 – 2016، ص 18.

[2] – جعفور محمد سعيد، نظرية عيوب الإرادة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع بوزريعة، الجزائر، 2014، ص 92.

[3] –بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، المصادر الارادية العقد والإرادة المنفردة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر. 2014 ص467.

1- الغبن المجرد:

المشرع الجزائري لم يأخذ بنظرية الاستغلال بصفة مطلقة بل أخذ بالغبن المجرد وحصر تأثيره على عقود معينة، فبعد أن قرر المشرع في المادة 90 من القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للاستغلال كعيب في الإرادة نص في المادة 91 من نفس القانون أنه[1] "**يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغين في بعض العقود**"، فالمشرع أعتبر الاستغلال عيب في الإرادة وأخذ بالغبن في بعض العقود كعيب في العقد ذاته[2].

ا- بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس:

إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للعقار المادتين 358[3]و359[4] قانون مدني جزائري، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل والمادة 360[5] من نفس القانون، لا تجيز الطعن بالغبن في البيع بطريقة المزاد العلني بمقتضى القانون.

هذا ما أكدته المحكما العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2000/09/12 حيث جاء فيه: " يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع ولما أستبان من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قاموا بتقدير قيمة العقار بعد تاريخ البيع فإنهم خالفوا أحكام المادة 358 فقرة الثانية من القانون المدني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه [6].

والملاحظ هو تعرض نص المادة 358 للنقد، لكون المشرع راعى فقط مصلحة البائع الذي وقع في الغبن دون المشتري، ومن جانب أخر إستبعاد إعمال نظرية الغبن في بيع المنقولات[7].

---

[1] – بوكماشة محمد، المرجع السابق، ص98.

[2] – بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص133.

[3] – نص المادة 358 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس(1/5) فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس(4/5) ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس(1/5) أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

[4] – نص المادة 359 من القانون المدني الجزائري على أنه: " تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا أنقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع، بالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم إنقطاع سبب العجز.

ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع ".

[5] – نص المادة 360 من القانون المدني الجزائري على أنه:" لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريقة المزاد العلني "

[6] – قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 245195، بتاريخ 2000/09/12، قضية (أ – ع) ضد (ش – ح)، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 02، 2001، ص 137.

[7] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 22.

ب – غبن الشريك في القسمة الرضائية:

إذا تضمنت القسمة الحاصلة بالتراضي غبنا بأحد الشركاء، كان له أن يطلب، خلال السنة التالية للقسمة نقضها نص المادة 732[1] قانون مدني جزائري، وفي هذا الصدد ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها صادر في تاريخ 1987/12/16 جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه لا يجوز الرجوع في قسمة التراضي إلا إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد على الخمس...[2]"

ج–عقد المقايضة:

تنص المادة 415[3] قانون مدني جزائري بأنه تسري على المقايضة أحكام البيع فيما يخص طبيعة المقايضة ويعتبر كل متعاقد بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه، فدعوى الغبن ممنوحة لكل من المتعاقدين أي تطبيق أحكام عقد البيع على المقايضة[4].هذه الحالات يكون تقدير الغبن بالمعيار المادي لا المعيار الشخصي[5].

هذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرار لها الصادر في 2001/06/20 إذ جاء فيه: " المستفاد من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما رفضوا دعوى الطاعنين الرامية إلى تكملة ثمن بيع العقار لعدم إثبات الغبن فإنهم يكونون قد وقعوا في خلط بين دعوى الغبن ودعوى الاستغلال فدعوى الغبن تقوم على أساس مادي ولا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط أو ضحية غش بل أن يثبت فقط توافر شروط الغبن لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع والثمن عكس دعوى الاستغلال القائمة على الأساس الشخصي وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الموضوع يكونون قد شوهوا قرارهم بالخطأ في تطبيق القانون[6].

---

[1] – نص المادة 732 من القانون المدني الجزائري على أنه:" يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراض إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس(1/5)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة. ويجب أن ترفع الدعوى في السنة التالية للقسمة، وللمدعي عليه أن يوقف سير ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته ".

[2] – قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 43462، بتاريخ 1987/12/16، قضية (ب– م) ضد (ن – ب ومن معه)، المجلة القضائية، العدد 03، الجزائر، 1993، ص 14.

[3] – نص المادة 415 من القانون المدني الجزائري على أنه:" تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي تقايض عليه"

[4] – بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص134.

[5] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 22.

[6] – قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 249694، بتاريخ 2001/06/20، قضية (ع– ح) ضد (ش – ت)، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 01، 2002، ص 157.

2- الغبن الاستغلالي:

فهو أمر نفسي أو شخصي ولا يعتبر الغبن إلاّ مظهرا ماديا له، كما أنه يعتبر من الغبن الاستغلالي من يستغل حاجة ملحة لشخص أخر أو ضعف إدراكه أو نقص تجربته، من أجل الحصول على مزايا لا تقابلها منفعة، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوت كبير [1].

رابعا: شروط تحقق الاستغلال

تناول المشرع الاستغلال في المادة 90 قانون مدني جزائري حيث يتضح من هذه المادة أنه يلزم ويجب لقيام الاستغلال الذي يعيب الإرادة توفر شرطين هما: العنصر المادي، والعنصر النفسي[2].

1-العنصر المادي:

يتمثل العنصر المادي في التفاوت بين التزام المتعاقد والعوض الذي يتحصل عليه، أو في التفاوت بين خط الربح والخسارة اللذين يتحملها كل متعاقد، أو في إنعدام العوض أصلا.

ا - التفاوت بين الالتزام والعوض:

التفاوت يكون ما بين قيمة الأداء الذي يقوم به المتعاقد المغبون، وقيمة العوض الذي يتحصل عليه ويظهر هذا التفاوت عند مقارنة قيمة الأداء بقيمة الأداء المقابل، المشرع يعتد "**بالتفاوت الكثير في النسبة**" دون تعيين مقدار حسابي له كما في حالات الغبن، لأن العبرة بنفسية المتعاقد وبالقيمة الشخصية للأداءات وليس قيمتها الاقتصادية والقاضي هو الذي يتولى تعيين التفاوت ويتمتع القاضي في هذا الشأن بسلطة تقدير واسعة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا والعبرة في تقدير الإختلال هي بقيمة الشيء وقت التعاقد[3].

ولا يعتد بالاختلال البسيط وذلك اعتبارا لإستقرار المعاملات [4].

ب - التفاوت بين خط الربح والخسارة :

لا يعتد بهذا التفاوت في العقود الاحتمالية، يجب أن يكون الربح والخسارة الذي يتحمله المتعاقد متكافئا مع خط الربح أو الخسارة الذي يتحمله المتعاقد الثاني[5].

---

[1] - بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص466.

[2] - فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق التعويض، الاثراء بلا سبب، القانون، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2015، ص99.

[3] - فيلالي على، المرجع السابق، ص 219.

[4] - سرايش زكريا، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر،2014، ص 97.

[5] - فيلالي علي، المرجع السابق، ص220.

ج – إنعدام العوض:

مثل عقود التبرع يقع فيها الاستغلال، بل أشد وطأة فيها من عقود المعاوضة لا تعادل أصلا [1].

2- العنصر النفسي:

يتمثل في الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون، واستغلال المتعاقد معه لهذا الضعف.

ا- الضعف النفسي:

ويكون هذا الضعف النفسي في المتعاقد المغبون بسبب ظروف معينة وحصر المشرع هذه الظروف بالطيش البين والهواء الجامح[2].

ا /1 – الطيش البين:

التسرع الذي يصحبه التهور وعدم التبصر، وما ينجر عنه من عدم الإكتراث بالعواقب والوقوف عند النزوة العابرة التي تدفع بالمتعاقد إلى التعاقد، ويشترط في الطيش أن يكون بينا واضحا وظاهرا[3].

ا / 2 – الهوى الجامح:

رغبة شديدة تقوم في نفس المتعاقد تجعله يفقد سلامة الحكم على أعمال معينة، فميول النفس وإشتهاؤها لشيء ما أو شخص معينا يندفع لتحقيق ذلك دون تبصر ومهما كان الثمن، هذه الرغبة الشديدة تضغط على إرادة المتعاقد المغبون، فيفقد حرية التصرف، فيفسد رضاه[4] أو الميل الشديد للنفس إلى شيء ورغبتها فيه دون مراعاة العواقب[5].

ب – استغلال الضعف النفسي:

لا يكفي وجود الطيش البين، والهوى الجامح لقيام عيب الاستغلال بل لا بد أن يستغل المتعاقد الأخر هذا الضعف فيدفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد[6]، وجب أيضا أن يعلم المتعاقد الأخر بهذا بهذا الحالة أي الضعف ويستغلها لصالحه، أما إذا صدر الاستغلال من غير المتعاقدين، فإنه وجب لإبطال العقد أن يكون المتعاقد الأخر على علم بالاستغلال أو كان من المفروض عليه أن يعلم[7].

---

[1] - قتال حمزة، المرجع السابق، ص 108.

[2] - جعفور محمد سعيد، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص95.

[3] - بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، 2014، ص473

[4] – فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 100.

[5] – تواتي محمد، سلطة القاضي في العقد الذي يتضمن حالة استغلال، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني رسالة الماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ميلود معمري تيزي وزو، 2012 – 2013، ص 121.

[6] – قتال حمزة، المرجع السابق، ص 111.

[7] – سرايش زكريا، المرجع السابق، ص 89.

هذا ما نصت عليه المادة 90 قانون مدني جزائري بقولها: " **إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأن المتعاقد الأخر قد أستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح** ".

يقع على المتعاقد المغبون إثبات الاستغلال، فيقيم الدليل على عدم التعادل الصارخ والفادح أي العنصر المادي واستغلال الطرف الأخر للضعف القائم فيه، وإن كان إثبات هذا الأخير أي العنصر النفسي هو أمر صعب لإرتباطه بنفسية الشخص التي تعتبر أمر باطني، ويستقل قاضي الموضوع بتقدير عنصر الاستغلال دون رقابة المحكمة العليا في ذلك[1].

وهذا ما أكدته المحكما العليا فيما يخص إثبات الاستغلال، في قرارها بتاريخ 2008/09/17 جاء:"يشترط القانون المدني لإبطال العقد على أساس الاستغلال إثبات العنصرين المادي والمعنوي"[2]

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الاستغلالي

يتضح من المادة 90 قانون مدني جزائري أن ممارسة القاضي سلطته في إبطال العقد وتقدير العرض الذي من الممكن أن يتقدم به الطرف المستفيد لتوقي دعوى الإبطال أو تعديل العقد، يجب توافر شروط تحقق الاستغلال قيام العنصر المادي والمعنوي، إضافة إلى طلب الغبون الذي منح له المشرع خيار الأبطال أو الإنقاص (أولا)، إلاّ أن هذه السلطة أورد عليها المشرع قيود يجب العمل بها من طرف القاضي (ثانيا) .

أولا: خيار المدعي بين الإبطال أو الإنقاص

في حالة تحقق الاستغلال يحق للمتعاقد المغبون طبقا للمادة 90 قانون مدني جزائري، المطالبة بإبطال العقد، أو الإنقاص من التزاماته، وذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلاّ كانت الدعوى غير مقبولة نحاول توضيح سلطة القاضي في دعوى إبطال العقد وكذلك سلطته في تقدير العرض الكافي لتوقي دعوى الإبطال المقدم من طرف المتعاقد المستفيد من الاستغلال، أو دعوى إنقاص.

---

[1] –السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام،المرجع السابق، ص201.

[2] – قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 427599، بتاريخ 2008/09/17، قضية (ق– ح) ضد (ق – ل)، المجلة القضائية، العدد 02، الجزائر، 2001، ص 137.

1- سلطة القاضي في دعوى إبطال العقد:

إذا رفع المتعاقد المغبون دعوى الإبطال، وكشف القاضي أن هناك استغلال، فهل هو ملزم بإبطال العقد أم يقضي بإنقاص التزام المتعاقد المغبون فقط؟، قبل الإجابة يستخلص من مبادئ التقاضي أن القاضي مقيد بطلبات المتخاصمين فلا يستطيع الحكم بأكثر من طلبات الخصوم[1].

في حين يسمح للقاضي أن يحكم بأقل معنى ذلك يجوز للقاضي إنقاص التزامات المتعاقد بدل من إبطال العقد، ويدخل الإختيار الذي يقوم به، ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع [2].

نجد أنه إذا رفع المتعاقد المغبون دعوى الإبطال، جاز للقاضي أن يحقق له طلبه المتمثل في إبطال العقد إذا تبين له أن الاستغلال عاب رضا المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضا، وأن المتعاقد المغبون ما كان يبرم العقد أصلا لولا هذا الاستغلال، أما إذا رأى القاضي أن الاستغلال لم يفسد الرضا فيرفض إبطال العقد ويقوم في هذه الحالة بإنقاص التزامات المغبون، والخيار ما بين إبطال العقد وإنقاص التزامات المغبون يسترشد فيه القاضي بملابسات القضية وظروفها فالمسألة إذن مسألة واقع لا رقابة للمحكمة العليا عليها[3].

2 – توقي دعوى الإبطال:

إذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد، وحفاظا على إستقرار الحقوق المكتسبة أتاح المشرع للمتعاقد المستفيد إتقاء إبطال العقد المشوب بالعيب في المعاوضات دون التبرعات، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن وهذا ما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة 90 قانون مدني جزائري بقولها: "**ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الأخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن**" والمقصود هنا ليس إزالة كل الغبن بل هو رفع الفحش في الغبن، فالغبن البسيط وعدم التوازن القليل بين الأخذ والعطاء ليس بالاستغلال[4].

يرجع ذلك الى تقدير القاضي في ضوء الظروف، دون رقابة من المحكمة العليا، إذ لا يوجد معيار حسابي يلزمه القانون باتباعه[5].

---

[1] –تنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " لا يبنى الطعن بالنقض إلاّ على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية:.. 16– الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب..." وكذلك في نفس الصدد تنص المادة 25 من نفس القانون " يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد..."

[2] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص227.

[3] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 303.

[4] – جعفور محمد سعيد، نظرية عيوب الإرادة، المرجع السابق، ص109.

[5] – بن النوي خالد، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد اشتراط الشروط المقترنة بالعقد مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد 08، ج02، جوان2017، ص877 .

3- سلطة القاضي في دعوى إنقاص الالتزامات :

أقر المشرع إلى جانب إبطال العقد وسيلة ثانية لرفع الغبن تتمثل في الإنقاص من التزامات المتعاقد المغبون ويتقيد القاضي بدعوى الإنقاص التي يتقدم بها المغبون، ولا يقضي بإبطال العقد لأن ذلك يخالف مبدأ التقاضي، هذه الدعوى تقلل من فداحة الغبن، ولا تحقق توازن كلي غير استقرار المعاملات، والمشرع ذكر إنقاص التزامات المغبون دون الإشارة إلى الزيادة في التزامات المستغل، لأن أنقاص الالتزامات المغبون بمقتضى القانون وزيادة التزامات المستغل ترجع إلى إرادة هذا الاخير[1].

ويتولى القاضي ويتمتع بسلطة تقديرية فيما يخص تحديد المقدار الذي يجب إنقاصه من التزامات المتعاقد المغبون لرفع الغبن، وعليه أن يحقق إعادة التوازن بقدر الإمكان بين أداءات المتعاقدين وذلك على أساس أحكام العدالة التعاقدية [2] .

ثانيا: القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل العقد لرفع الغبن الناتج عن الاستغلال

نذكر من هذه القيود صاحب الحق في رفع الدعوى وميعاد رفع الدعوى:

1- صاحب الحق في رفع الدعوى:

المشرع من خلال نظرية الاستغلال أراد حماية المصالح الشخصية للمغبون، بحيث إذا تحقق الاستغلال يصبح العقد قابل للإبطال، والمغبون وحده دون غيره حق المطالبة بإبطال العقد، كما له حق التنازل، ولا يجوز له التمسك بإبطال العقد، ولا يحكم القاضي به من تلقاء نفسه بإبطال العقد[3] المادة 90 قانون مدني جزائري"...**جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد**..."

2- ميعاد رفع الدعوى :

المادة 90 قانون مدني جزائري يجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة فهي مدة السقوط وليست مدة تقادم، لا تقبل الوقف أو الانقطاع [4].

---

[1] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص 228.

[2] – لحلو خيار غنيمة، نظرية العقد، الطبعة الأولى، بيت الأفكار للنشر والتوزيع دار البيضاء، الجزائر،2018 ص 74

[3] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 44.

[4] – بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص479.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد لمحاربة الشروط التعسفية في عقود الإذعان

الأصل في التعاقد المساواة بين طرفي العقد في التفاوض، لكن مع توسع النشاط الاقتصادي وبروز الشركات التجارية الاحتكارية أصبح الطرف القوي يتولى إملاء شروطه التي غالبا ما تكون تعسفية لا تقبل المناقشة، يسلم بها الطرف الضعيف وهو عقد الإذعان، المشرع قيد هذا النوع من التعاقد بعدم التعسف ومنح للقاضي سلطة التدخل لتعديل الشروط التعسفية الموجودة في هذا العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها، نحاول في هذا المطلب تبيان الشروط القانونية لتدخل القاضي لإعمال سلطته في التعديل (الفرع الأول)، ثم نبحث في مجال تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الشروط القانونية لتدخل القاضي لإعمال سلطته في التعديل

باستقراء نص المادة 110 قانون مدني جزائري" **إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروط تعسفية...**" نجدها تحتوي على الشروط الواجب توافرها في عقد حتى يسمح للقاضي التدخل لتعديل ما تضمنه العقد من شروط تعسفية، أو الإعفاء منها كليا خروجا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهي: أن يكون هناك عقد إذعان (أولا)، أن يتضمن هذا العقد شروط تعسفية مرهقة للطرف المذعن (ثانيا).

أولا: أن يكون هناك عقد إذعان

عند إعمال القاضي لسلطته المتمثلة في حماية الطرف المذعن طبقا للمادة 110 قانون مدني جزائري، يجب التحقق من العقد موضوع النزاع هو عقد إذعان أم لا ؟، وذلك بتوافر المميزات التالية :

1-أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ذات أهمية وتعد من ضروريات الحياة بالنسبة إلى المستهلك بصفة عامة أو المنتفعين، بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حاجاتهم دون أن يلحقهم أذى أو مشقة، ويخضع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي باعتباره مسألة من مسائل واقع[1].

2- الذي يبحثه القاضي هو كون أحد العاقدين محتكرا احتكارا قانونيا أو فعليا للسلعة أو الخدمة، أو على الأقل مسيطرا سيطرة تجعل المنافسة على السلع والمرافق المحتكرة محدودة النطاق، هذه الخاصية كغيرها من الخصائص الأخرى تفترض عدم المساواة الاقتصادية والاجتماعية بين المتعاقدين[2].

---

[1] – لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 59.

[2] – هاملي سعيدة، المرجع السابق، ص 122.

3- قيام صاحب ومقدم السلعة أو الخدمة بعرضه على الجمهور طبقا لشروط وضعها مسبقا وهذه الشروط لا تقبل نقاشا فيها، إذا توافرت هذه المميزات المذكورة سابقا كان العقد عقد إذعان، وبالتالي ينتقل القاضي بعد بحثه عن تحقق هذه الخصائص، إلى المرحلة الموالية وهي البحث في جوهر الدعوى، أي مدى تعسفية الشروط التي يحتويها العقد، وهذا ما يتم تناوله في الشرط الثاني[1].

ثانيا: أن يتضمن هذا العقد شروط تعسفية مرهقة للطرف المذعن

بعد توصل القاضي إلى أن النزاع المطروح أمامه يتعلق بعقد الإذعان، ينتقل إلى ما إذا كان هذا العقد يتضمن شروطا تعسفية لتبرير بسط سلطته في التدخل لحماية الطرف الضعيف المذعن وإعادة التوازن العقدي عن طريق تعديل هذه الشروط أو إلغائها كليا، وبالتالي نعرف الشرط التعسفي ثم نبين أنواع الشروط التعسفية وفي الاخير نبحث عن المعيار الذي يعتمد عليه القاضي حتى يستطيع بواسطته الوصول إلى تعسفية الشرط، حتى يبرر تدخله لإعمال هذه الحماية.

1- تعريف الشرط التعسفي:

لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالشروط التعسفية في نصوص القانون المدني، إلا أنه تدخل بعد ذلك بنصوص خاصة من خلال القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية في المادة 3 الفقرة 5" **شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق ووجبات أطراف العقد**" ونص أيضا في المادة 29[2] من نفس القانون على البنود والشروط التي تعتبر تعسفية في العقود بين البائع والمشتري.

---

[1] - بوكماشة محمد، المرجع السابق، ص 158.

[2] - نص المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية على أنه: " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الاخير:

أ- أخذ حقوق و/ أو إمتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو إمتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

ب- فرض التزامات فورية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشرط يحققها متى أراد.

ج- إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة دون موافقة المستهلك .

د- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد

ه- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

و- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

ز- التفرد بتغيير أجال تسليم منتوج أو أجال تنفيذ خدمة. "

المشرع الجزائري حصر تطبيق المادة 29 أعلاه على عقود البيع فقط، هذا التحديد يؤدي إلى التقصير في حماية المستهلك لأنه قد يبرم عقود مختلفة وليس البيع فقط، كما أنها جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر لأن المادة 30 من نفس القانون[1] تحيلنا إلى التنظيم الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود، ومنع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية هذا يسمح للقضاء ببسط سلطته على الشروط التي لم يرد ذكرها في هذه المادة بالتالي يستطيع القاضي اعتبار شرط معين من الشروط التعسفية بالرغم من عدم ذكرها ضمن القائمة الواردة في المادة المذكورة أعلاه[2].

وأضاف المشرع قائمة ثانية نموذجية، خاصة بالشروط التعسفية، في نص المادة 5[3] من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين

[1] - القانون 04- 02 المؤرخ في 05 جمادى الأول 1425، الموافق لـــ 23 يونيو سنة2004 م، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد41، الصادرة بتاريخ 29 جمادى الأول 1425 الموافق 27 يونيو سنة 2004.

[2] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 62.

[3] – نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على أنه: " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يلي:- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة من المادتين2 و3 أعلاه.

- الإحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة دون تعويض المستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلاّ بمقابل دفع تعويض.
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
- الإحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بنفسه ".

والمستهلك والبنود التي تعتبر تعسفية[1].

يمكن القول من خلال هذا القانون الخاص والمرسوم التنفيذي أن المشرع نظم الحماية ضد الشروط التعسفية، من خلال تعريفها ووضعه لقائمتين بهذه الشروط، يستند القاضي اليها عند التقدير.[2]

عرف الفقه الشرط الجزائي على أنه "الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة"[3]

2- أنواع الشروط التعسفية:

قسم الفقه الشروط التعسفية إلى شروط تعسفية بذاتها وأخرى بحكم إستعمالها، الأولى عند إدراجها تظهر في العقد وتمنح للمحترف ميزات مبالغ فيها، مثل الشرط الذي يعفي الموجب من المسؤولية، أو الحق في وقف التنفيذ، أما الثانية فلا تظهر إلاّ بعد التطبيق، كما في عقود التأمين الشرط الذي يلزم المؤمن له إعلام المؤمن بأمور معينة خلال سريان العقد وإلا فقد التعويض[4] .

3- معايير تقدير الشرط التعسفي:

المعيار الذي يسترشد به القاضي لتقدير الشروط التعسفية هو مراعاة مقتضيات العدالة حسب المادة 110 قانون مدني جزائري"...**وفقا لما تقتضي به العدالة**..."وهو معيار غامض، لم يعد يتماشى مع التطور التشريعي مما أدى إلى ظهور معايير أخرى لتقدير الشرط التعسفي في عقود الإستهلاك [5].

---

[1] – المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان عام 1427 ه، الموافق لـــ 10 سبتمبر سنة 2006 م يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 56، الصادرة بتاريخ 18 شعبان عام 1427 ه، الموافق لـــ 11 سبتمبر سنة 2006 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 26 محرم عام 1429 ه، الموافق لـــ03 فبراير سنة 2008 م الجريدة الرسمية للجمهورية عدد 07، الصادرة بتاريخ 03 صفر عام 1429 ه، الموافق لـــ 10فبراير سنة 2008 م

[2] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 64.

[3] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص57.

[4] – بحماوي الشريف، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية- دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات الأكادمية جامعة باتنة، العدد 02، جوان2014، ص 106.

[5] – بحماوي الشريف، نفس المرجع، ص 105.

وفقا لنص المادة 3 الفقرة الخامسة من القانون 04-02 فإن معيار الشرط التعسفي يتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد، وقد نقل المشرع الجزائري هذا المعيار من قانون الاستهلاك الفرنسي، والذي نقله بدوره عن التعليمة الاوروبية لسنة 1993[1] علما أن المشرع الفرنسي كان يتبنى في قانون 78-23[2] الصادر في01 جانفي 1978 معيارين لتحديد الطابع التعسفي وهما: معيار التعسف في إستعمال القوة الاقتصادية وهو شخصي ومعيار الميزة المفرطة أو الفاحشة التي حصل عليها المحترف وهو موضوعي[3] .

وطريقة تقدير القاضي للطابع التعسفي للشرط، حيث تعتبر المادة 110قانون مدني جزائري أداة قوية في يد القاضي لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية، وأن يرجع إلى النصوص الخاصة التي أوردت مجموعة من الشروط التي أعتبرتها تعسفية ولا سيما المادة 29 من القانون رقم 04-02 وكذا المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلك والبنود التي تعتبر تعسفية.[4]

كما قد يستعين القاضي لتحديد الشرط التعسفي بما ورد في المادة 124[5] مكرر قانون مدني جزائري التي نصت على ثلاث حالات يكون فيها إستعمال الحق إستعمال تعسفي، ويعد كذلك الشرط الوارد في عقد الإذعان تعسفيا في الحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا قصد الإضرار بالطرف المذعن كعقد العمل الذي يشترط أن يكون العامل أمام باب المؤسسة العمل ساعة قبل بداية العمل كل يوم.

---

1 - Directive Européenne n° 93-13 /CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

2 - La loi n°78-23 du10 Janvier1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits st de service, comprend cinq chapitres dont le quatrième est intitule " De la protection des consommateurs contre les clauses abusives **, modifie par :**

- Loi n°93-349 du 26/07/1993.
- Loi n° 95-96 du 01/02/1995 .
- Ordonnance n°2016-301 du 10/02/2016 relative à la partie législative du code de la consommation , (Chapitre II : Clauses abusives (Articles L212-1 à L212-3) .

[3] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص 92.

[4] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 73.

[5] – نص المادة 124مكرر من القانون المدني على أنه: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الحالات التالية: – إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

– إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

– إذا كان الغرض منه الحصول على فائجة غير مشروعة ".

الحالة الثانية: إذا كانت المصالح التي يرمي إليها الطرف القوي قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي يلحق الطرف المذعن، والحالة والأخيرة إذا كان يرمي إلى مصلحة غير شرعية، كالشرط الذي يدرجه رب العمل في عقد العمل ويشترط من خلاله على العمل التنازل عن حقوقه السياسية والنقابية[1].

الفرع الثاني: مجال تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان

بعد ما تناولنا في الفرع الأول الشروط القانونية لتدخل القاضي لإعمال سلطته في التعديل نحاول في هذا الفرع تسليط الضوء على مجال تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان بإستعمال إحدى الوسائل التالية: إما بتعديل الشرط التعسفي(أولا)، أو الإعفاء منه(ثانيا) بالإضافة إلى تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن الذي تم تناوله في الفصل الأول (ثالثا).

أولا: تعديل الشرط التعسفي

لغرض حماية المستهلك تنوعت أساليب الرقابة على شروط العقد بطرق حديثة منها الرقابة التشريعية بوضع قوائم محددة للشروط التعسفية في القوانين الحمائية من تلك الشروط، مثل المشرع الجزائري في المادة 29 قانون 04-02 المتعلق بالممارسة التجاري، تأثرا بنظيره الفرنسي المتأثر بدوره بالنموذج الألماني، وترك السلطة التقديرية للقضاء للحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسفية[2].

الأسلوب الثاني وهو التنظيمي لمواجهة الشروط التعسفية نظم الرقابة بأداتين وهما: رقابة لجنة الشروط التعسفية أنشأت هذه اللجنة الإدارية بمرسوم رقم 06-306، المؤرخ في 10سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ورقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم [3].

---

[1] – بوكماشة محمد، المرجع السابق، ص 163.

[2] – عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل الدكتوراه علوم القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر -**1**، 2014 – 2015، ص 91.

[3] – بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 106.

الأسلوب الثالث وهو الأسلوب القضائي وهو ما يهمنا في هذا الفرع، للقضاء دورا أساسيا في تحديد الشروط التعسفية في مجال العقود وتعديلها، أو الإعفاء منها بموجب المادة 110 قانون مدني جزائري إبتداءا والإسترشاد بالقائمة الواردة بالقانون 04-02 بموجب المادة 29 السالفة الذكر والقائمة الصادرة بموجب المرسوم التنفيذي06 -306، يجوز للمستهلك بموجب المادة 110 قانون مدني جزائري أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الموجودة في عقد الإذعان، أو الإعفاء منها كلية[1] .

كما أعترف المشرع بموجب المادة 65 [2]من قانون 04-02 لجمعيات حماية المستهلكين وكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة حق رفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون المذكور أعلاه، لكن هناك شروط لا يمكن إعفاء الطرف الضعيف منها بسبب طبيعتها، فإن إلغائها يعني القضاء على العقد كاملا[3].

فقد يتضمن العقد شروطا تتعلق بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي يؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع أو غير ذلك من العقود وبالتالي يعتبر شرطا جوهريا في العقد يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعقد ذاته فوسيلة التعديل هي الأنسب لرفع الاجحاف والضرر عن المتعاقد الضعيف والإبقاء على العقد[4].

وقد تكون هذه الشروط متعلقة بمدته، فيكون التعديل بالزيادة أو النقصان وهنا يتحقق إزالة المظهر التعسفي، ومثال أن يقضي عقد توزيع الكهرباء بحق الشركة قطع الكهرباء عن المستهلك في اليوم التالي من إستحقاق الفاتورة في حالة عدم دفعها، فتخلص المحكمة إلى أن هذا شرط تعسفي وبالتالي تقرر تعديله بإعطاء الشركة الحق بقطع التيار بعد أسبوع من إشعار المستهلك بدفع الفاتورة[5].

---

[1] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص 59.

[2] – نص المادة 65 قانون 04-02 المتعلق بالممارسة التجاري على أنه: "... يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمحالفة أحكام هذا القرار،،،"

[3] – بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 107.

[4] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 76.

[5] – بوكماشة محمد، المرجع السابق، ص 165.

هناك من يرى أن سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية وفقا للمادة 110 قانون مدني جزائري هي سلطة جوازية، وليست وجوبية،[1] غير أن البعض الأخر وخلافا لما ذهب إليه هذا الرأي يرى أن مسألة الجوازية التي نستشفها من صياغة نص المادة 110 السالفة الذكر "...جاز للقاضي..." تنصرف من جهة أولى إلى تخيير القاضي بين تعديل الشرط التعسفي أو الاعفاء منه، كما تنصرف من جهة ثانية إلى التأكيد أن نص هذه المادة في شقه المتعلق تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي ليس من النظام العام، بحيث لا يجوز للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه لإعمال مقتضياتها دون إثارتها أو لتمسك بها من طرف المتعاقد المذعن في الخصومة القضائية.[2]

ثانيا: الاعفاء من الشرط التعسفي

يلجأ إليه القاضي عندما يقرر أن تعديل الشرط التعسفي موضوع النزاع لا يضمن الحماية الكافية للطرف المذعن، جاز له أن يعفيه منه بإلغاء هذا الشرط التعسفي،[3] لكن تجدر الإشارة بالذكر أنه في بعض النصوص القانونية المتفرقة حدد المشرع جزاء الشرط التعسفي وهو البطلان مثل ما جاء في[4]:

1- الشرط الذي يُورده الناقل للإعفاء من المسؤولية في حالة تلف الأشياء المنقولة أو فقدها الكلي أو الجزئي المادة 52 الفقرة الثالثة من قانون تجاري جزائري.[5]

2- شرط الإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع المادة 178 قانون مدني جزائري[6].

---

[1] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص102.

[2] – معاشو خالد، المرجع السابق، ص97.

[3] – بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 109.

[4] - بودالي محمد، المرجع السابق، ص68.

[5] – نصت المادة 52 من القانون التجاري الجزائري على أنه : "...يكون باطلا كل اشتراط من شأنه ان يعفي الناقل الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف".

[6] – نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري على أنه : "... ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي ".

3- نص القانون على بطلان طائفة من الشروط التي ترد في عقد التأمين المادة 622[1] نفس القانون

4-الشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص ضمان العيب الخفي قبل البائع، المادة 384[2]من نفس القانون.

5- باطلا وعديم الاثر كل شرط في عقد العمل يخالف بانتقاصه حقوق منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات الجماعية المادة 137[3] من القانون رقم 90-11[4] المتعلق بعلاقات العمل.

6- الشرط الذي يرمي إلى إستبعاد ضمان الإستحقاق في عقد البيع، المادة 378[5] قانون مدني جزائري

7- بطلان الشروط المخالفة للأحكام الأمرة المتعلقة ببعض العقود، كما في عقد القرض بين الأفراد حيث قررت المادة 454 قانون مدني جزائري يكون دون فائدة ويقع باطلا كل شرط يخالف ذلك[6].

---

[1] -نص المادة 622 من القانون المدني الجزائري على أنه:" يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية : الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلاّ إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة .

- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه الى 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

- شروط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صوره اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

– كل شرط تعسفي أخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه ".

[2] – نص المادة 384 من القانون المدني الجزائري على أنه : يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه وأن يسقط هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو بنقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه "

[3] – نص المادة 137 من القانون رقم 90-11 على أنه: " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات الجماعية "

[4] – القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان،1410 الموافق لــ 1990/4/21، المتعلق بعلاقة العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 17، الصادرة في 25 ابريل سنة 1990.

[5] – نص المادة 378 من القانون المدني الجزائري على أنه " يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو ولو وقع الإتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك ..."

[6] -نص المادة 454 قانون المدني الجزائري: " القرض بين الأفراد يكون دائما دون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك ".

المبحث الثاني سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ

إضافة إلى حالات تدخل القاضي لتعديل العقد في مرحلة إنشائه في هذا المبحث ندرس حالات أخرى قد تصيب العقد أثناء تنفيذه فتجعله مختل التوازن لوجود التزامات مرهقة بسبب الظروف الطارئة أو إحتواء العقد على شرط جزائي مبالغ فيه، أو حلول أجل الوفاء وحالة المدين لا تسمح، هذه الحالات تستدعي تدخل القاضي لإعادة التوازن، برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (المطلب الأول) والحد من المغالاة في الشرط الجزائي(الطلب الثاني) وسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة(المطلب الثالث).

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

في بعض الأحيان عند تنفيذ العقود المستمرة أو المتراخية تنفيذها، تحدث حوادث طارئة غير متوقعة وقت التعاقد فتجل وفاء المدين بالتزامه مرها يكلفه خسارة فادحة، فيتدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، لهذا سوف نعالج هذا المطلب في فرعين نتناول مفهوم نظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول) ونظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

نحاول من خلال هذا الفرع تسليط الضوء على ظهور نظرية الظروف الطارئة في التشريعات (أولا) إضافة إلى تعريفها (ثانيا) وبعدها نذكر أنواع الظروف الطارئة(ثالثا) ثم نمييز نظرية الظروف الطارئة عن النظم المقاربة لها(رابعا) وأخير أساس النظرية (خامسا).

أولا: ظهور نظرية الطروف الطارئة

نحاول التعرف على ظهور نظرية الظروف الطارئة في التشريعات القديمة و الحديثة.

1- نظرية الظروف الطارئة في التشريعات القديمة:

لما كانت هذه النظرية ذات جانب أدبي أو خلقي بارز، إذ تسعف المتعاقد المنكوب عندما يختل التوازن الاقتصادي للعقد، ظهورها لا يستغرب في القوانين المشبعة بالروح الدينية ظهرت في العصر الوسطي في القانون الكنيسي ولها أثر في الفقه الإسلامي وسلم بهذه النظرية في بعض العقود، كعقد الإيجار حيث يقولون يفسخ الإيجار للعذر، وهي تقوم على أساس الضرورة والعدل والإحسان لقوله[1] تعالى: « يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» [2]

[1] – عنبر محمد عبد الرحيم، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، القاهرة، مصر 1987، ص 07.

[2] – سورة البقرة، الآية 185.

قامت الصياغة الفنية للنظرية في القانون الكنيسي على أساس قاعدة تغير الظروف فالعقد يشترط فيه شرط ضمني هو أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير جوهريا فإن تغيرت وأصبح تنفيذ العقد جائرا لأحد المتعاقدين وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغير الاقتصادية، أما في القانون الرماني فلا يسمع لها صدى إلاّ في أقوال الفلاسفة مثل شيسرون و سينيك.[1]

2- نظرية الظروف الطارئة في التشريعات الحديثة:

لما كانت نظرية الظروف الطارئة بمثابة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة فيعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضا الطرف الثاني، أندثرت النظرية بعد ذلك على أيدي المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم أمام النظرية المعارضة وهي نظرية القوة الملزمة للعقد وثبت القانون المدني الحديث على هذا الموقف فلم يقر النظرية لا فقها ولا قضاء، وكان خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضي بأن ينفذ المتعاقدين ما أتفقا عليه[2].

بقيت نظرية تغير الظروف في القانون الدولي العام، وهجره فقهاء القانون الخاص في القرون الأخيرة بعد أن أنتصروا لنظرية سلطان الإرادة[3].

رجعت نظرية تغير الظروف بإسم جديد فأصبحت تسمى بنظرية الحوادث الطارئة ولكنها لم تنتصر في ميدان القانون الخاص، بل بقيت مقصورة على القانون العام، وجدت نصيرا لها في القانون الإداري بعد بعثها من مرقدها على يد القضاء الفرنسي أثناء الحرب العالمية الأولى1914م فأخذ بها مجلس الدولة الفرنسي في قضية لشركة الغاز بمدينة بوردو، وهي ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ثم أرتفع سعر الفحم اللازم لإنتاج الغاز، فعدل مجلس الدولة العقد بما يتفق مع هذا الإرتفاع[4].

ساعد القضاء الإداري على الأخذ بالنظرية سببان هما: الأول أن القضايا المعروضة تتصل بالصالح العام وإستمرار المرفق العام في تقديم خدمات، أما السبب الثاني فيتمثل في أن القضاء الإداري ليس مقيدا كالقضاء المدني بنصوص تشريعية، وبذلك يستطيع أن يراعى الظروف[5] ويساير التصور، أما فيما يخص القانون الخاص ورغم مشكل التقلبات الاقتصادية، فلا زال بعض

---

[1] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 969.

[2] – عنبر محمد عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 10.

[3] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 970.

[4] – بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،الجزء الأول، المرجع السابق، ص 254.

[5] – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 110.

المشرعين مترددين في قبول النظرية، فالمشرع الفرنسي مثلا لم يأخذ بها مع أنه لم يتجاهل العوامل الاقتصادية التي تبررها، فأكتفى ببعض الأحكام الخاصة، في المقابل بدأت النظرية تظهر في القوانين الحديثة وتأييدها فقها قضاءا، فأخذت بها بعض التقنينان الحديثة البولوني والإيطالي والقانون المصري والقانون الجزائري في المادة 107 قانون مدني جزائري[1].

ثانيا: تعريف نظرية الظروف الطارئة

هناك من حاول تعريف الظرف الطارئ بأنه حالة عامة، غير مألوفة أو غير طبيعية، أو مادية عامة أيضا لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وأن لم يصبح مستحيلا[2].

ثالثا: أنواع الظروف الطارئة

الظروف الطارئة تأخذ أشكالا عدة وفقا لمصدرها وتكون :

1 الظروف الطبيعية: هي الظروف التي يكون مصدرها الطبيعة وتحدث دون تدخل من الإنسان كالزلازل والبراكين السيول الأوبئة والصواعق وسقوط الشهب.

2 الظروف البشرية: هي الظروف التي يكون مصدرها فعل الإنسان، كالحروب أو الثورات.

3 الظروف التشريعية: هي مصدرها إجراء تشريعي مثل الخاصة بتحديد الأسعار الجبرية للسلع.[3]

توسع الفقه المعاصر في مفهوم وتعريف الظروف الطارئة، نتيجة للتطور العلمي بحيث تشمل النظرية ظروفا لم تكن موجودة من قبل، مثال ذلك إنتشار الإشعاع النووي وتلوث البيئة، وإنتشار الغازات السامة، لأن هذه الظروف طارئة وتؤثر بشكل واضح على تنفيذ الالتزامات العقدية[4].

---

[1] – بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 255.

[2] – عنبر محمد عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 19.

[3] – خميس صالح ناصر عبد الله المنصور، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي العقدي، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رسالة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، قسم الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2017، ص 39 .

[4] – عنبر محمد عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 20.

رابعا: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة

فالفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة كلاهما أمر غير متوقع الحصول عند التعاقد ولا يمكن دفعه يختلفان أن القانون أشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاما ورتب عليه تعديل العقد، ورد الالتزام المرهق إلى المعقول بينما يمكن أن تكون القوة القاهرة حادثا فرديا أو عاما ينقضي بها الالتزام لإستحالة التنفيذ[1].

خامسا: أساس النظرية

ذهب بعض الفقهاء بأن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس المبدأ القائل، بأن المدين لا يلتزم في نطاق الالتزام التعاقدي إلاّ بتعويض الضرر المتوقع، فلا يحاسب المدين عن الأضرار التي سببتها ظروف لم تكن متوقعة وقت التعاقد، ويرد الخصوم أو المعارضون بالقول بأن هذا الحكم لا يطبق إلاّ عند عدم تنفيذ العقد بخطأ المدين،لا عند تنفيذه كما هي الحال في نظرية الحوادث الطارئة[2].

وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الأثراء بلا سبب، فالقاضي بتعديله العقد يمنع الدائن من أن يثري على حساب المدين، والرد بأن الدائن لم يثر بلا سبب بل هناك سببا وهو العقد وقيل كذلك يمكن أن يكون أساسها مبدأ التعسف في إستعمال الحق، ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد أن يتراخى التعاقد إلى مدة من الزمن، فإن تغيرت الظروف وطالب بحقه الذي تعاقد من أجله، كان متبصرا لا متعسفا [3].

يذهب عدد من الفقهاء في الوقت المعاصر إلى أن النظرية أساسها القانون، لكن الأستاذ خليل أحمد حسن قدادة يرى: « أن نظرية الظروف تجد أساسها في العدالة، لأنه وإن كان من العدالة أن ينفذ المدين ما أتفق عليه وقت إبرامه، لكن من الصعب تقبل أن يلتزم المدين بأضعاف ما أتفق عليه لسبب لا يد له فيه، بالتالي فإن أحكام العدالة تقضي تدخل المشرع لحماية مصلحة المدين وقد حدث ذلك بتنظيمه لأحكام نظرية الظروف الطارئة عن طريق إعطاء القاضي سلطة تعديل العقد [4]».

---

[1]– بوكماشة محمد، المرجع السابق، ص 243.

[2] – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 109.

[3] –عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، صادر الالتزام، المرجع السابق ص 518 .

[4] – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 110.

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة في الفقرة الثالثة من المادة 107 قانون مدني جزائر، بحيث كان القانون الفرنسي لم يكرس هذه النظرية في المواد المدنية قبل صدور القانون المدني 1975، ويعتبر البعض هذه النظرية قيد للحرية التعاقدية المطلقة وإستثناء للقوة الملزمة للعقد[1] .

لوحظ وجود انتقادات فيما يخص وضع هذه النظرية في هذا الموضع الغير مناسب. وفي هذا الصدد نجد الأستاذ محمد صبري السعدي يقول: « ...ونحن من جانبنا نلاحظ أن وضعها في هذا الموضع غير مناسب ذلك أن هذه النظرية إستثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لذا فإنه كان من الواجب أن يوضع هذا الإستثناء في الفقرة الثانية للمادة 106 ق م ج » [2].

ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي، فيما يخص الإنتقادات الموجه لموضع هذه النظرية الغير مناسب ذلك أن المشرع المصري في المادة 147[3] قانون مدني، جعل هذه النظرية كإستثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عكس المشرع الجزائري الذي نص على هذه النظرية في المادة 107 أعلاه، وكان من الأجدر أن ينص على هذه النظرية في الفقرة الأخير من المادة 106[4] ق م ج.

أولا: شروط تطبيق النظرية

قيد المشرع تطبيق النظرية بشروط موضوعية نص عليها في المادة 107 قانون مدني جزائري بقولها: "...**غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك**" ومنها نستخلص شروط تخص العقد محل المراجعة، وشروط تخص الحادث وشروط تخص بالالتزام وهي:

---

[1] – لحلو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 170.

[2] – السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 304.

[3] – نص المادة 147 من القانون المدني المصري على أنه : " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وسد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

[4] – نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري : " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"

1- أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شانه متراخيا:

يقتضي أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه، بحيث لا يحدث إختلال التوازن العقدي إلا إذا تغيرت الظروف ما بين نشوء العقد وتنفيذه[1].

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ2007/02/21 الذي جاء:" يتحمل المدين وحده، تبعات الحوادث الإستثنائية العامة، الواقعة خارج الأجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام، ولا يمكنه بالتالي المطالبة بتعديل العقد[2]، يتضح من القرار أنه إذا أتفق المتعاقدان على مدة تنفيذ العقد وتراخى المدين إلى أن أنتهت المدة وحدث ظرف طارئ بعد ذلك، يتحمل المدين وحده تلك الظروف.

2- أن يكون العقد من العقود المحددة :

فلا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة في العقود الاحتمالية لأن هذه العقود بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لكسب كبير أو خسارة جسيمة[3].

3- أن يكون الحادث الطارئ حادثا إستثنائي عاما وغير ومتوقع:

معنى ذلك أن حصول هذا الظرف نادر بحسب السير العادي للأمور، ومثاله حرب أو زلزال أو فيضان غير عادي أو فرض تسعير جبري، أما عامة أن الحوادث الإستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين، بل عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض فالحوادث الإستثنائية الخاصة بالمدين كإفلاس أو موته أو حريق محصوله لا تكفي لتطبيق هذه نظرية،[4] كما يجب أن يكون الظرف غير متوقع، ومعناه أن الشخص العادي لا يستطيع توقع هذا الظرف وقت إبرام العقد، وهذا معيار موضوعي، لا يتعلق بشخص المدين، فلو أن الرجل العادي كان في إمكانه توقع هذا الحادث، ولو كان المدين نفسه لم يتوقعه فإن الحادث لا يعتبر غير متوقع، ولا يكفي أن يكون الحادث إستثنائي وعاما وغير متوقع، بل يجب ألا يكون في الإستطاعة دفعه أو تحاشيه[5].

---

[1] –عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص524.

[2] – قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 324034، بتاريخ 2007/02/21، قضية (ف– ع) ضد مدير الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط ومن معه المجلة القضائية، الجزائر، العدد2007،01، ص 211.

[3] – سعداني نورة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة إبن خلدون بتيارت، الجزائر، العدد 02، أكتوبر2015، ص 36

[4] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص525.

[5] – السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 306.

4- أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا بحيث يهدده بخسارة فادحة:

وهذا بمعنى أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل الالتزام مرهقا للمدين دون أن يصل الأمر إلى حد إستحالة تنفيذه، وفي هذا يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة، لأنه إذا كان الجامع بينهما هو صفة المفاجأة، إلا أن الفرق بينهما هو أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وهذه الإستحالة تؤدي الى إنقضاء الالتزام، أما الحادث الطارئ فيجعل الالتزام مرهقا، ولذا يكون فيه الجزاء رد الالتزام إلى الحد المعقول، والإرهاق هنا هو الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة في التعامل[1].

ا - الالتزام المرهق :

لا يعتد بالحادث الإستثنائي إلاّ إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا، والإرهاق وصف يلحق بالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه مهددا أياه بخسارة، ومعيار الإرهاق هنا معياران

المعيار الأول:معيار ذاتي يقدر الإرهاق في ضوء ثروة المدين غنيا فقليلا ما يكون تنفيذ التزامه مرهقا.

المعيار الثاني: هو المعيار الموضوعي، فيقدر الالتزام في ضوء الالتزامات التي رتبها العقد بغض النظر عن ثروة العاقدين، فلا يعتد في تقدير إرهاق المدين في تنفيذ الالتزام إلاّ بما ورد في العقد من التزامات وحقوق ويحقق هذا المعيار الموضوعي العدالة بين المتعاقدين وهو المرجح قضاءا[2].

ب - مقدار الإرهاق :

لم يعين المشرع مقدارا حسابيا للإرهاق، أي مقدار التفاوت ما بين الالتزامات الذي يجعل تنفيذ العقد مرهقا، بل أكتفى بوصف هذا الإرهاق بالخسارة الفادحة أي الخسارة غير المألوفة، مما يستدعي تدخل القاضي لتقدير مدى فداحة الخسارة، وهو يتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة[3].

ثانيا: دور القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة

المشرع حرص على وضع ضوابط تحكم ممارسة القاضي لتطبيق النظرية كيفية مراجعة العقد:

[1] - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 258.

[2] - عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 103.

[3] - فيلالي علي، المرجع السابق، ص 400.

1 – ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة :

متى توافرت الشروط أعلاه، للقاضي سلطة تعديل العقد ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لكن المشرع حرص على تقييدها بوضع ضوابط تحكم ممارسة القاضي لها ويمكن حصرها في:

ا – ضابط مراعاة القاضي للظروف المحيطة بكل عقد على حدى فعلى القاضي أن لا يهمل أي ظرف من الظروف المحيطة بالتعاقد لأن عبارة " **تبعا للظروف**" تفتح للقاضي مجالا واسعا في أداء مهمته في تعديل العقد المختل اقتصاديا بسبب الظروف الطارئة[1]

ب – ضابط قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين، وهو توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين لأن العقد وقت نشأته كان متوازن بين طرفيه، فتغير الظروف أدى إلى إختلال تلك المصالح وإنعدام التعادل بينهما أي كاسب وخاسر، وهذه الموازنة تتم في ميزان الظروف الطارئة الجديدة[2].

ج – ضابط الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي لرد الالتزام المرهق، هو إشراك طرفا العقد الدائن والمدين معا في الخسارة التي نتجت عن حوادث طارئة، لا يتحملها المدين وحده[3].

2– كيفية مراجعة العقد:

نص المادة 107 قانون مدني جزائري يثير مسألتين هما: إلزام القاضي على مراجعة العقد إذا توافرت شروط الظروف الإستثنائية، وكيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ا – القاضي ملزم بمراجعة العقد:

أستعمل المشرع في المادة أعلاه عبارة " **جاز للقاضي**" يفيد السلطة التقديرية للقاضي في لتحديد مقدار الإنقاص من الالتزام المرهق بمراعاة مصلحة الأطراف والظروف المحيطة،ولا يعني أن للقاضي الخيار **في إعمال النظرية عند توفر شروطها، بل ملزم بمراجعة العقد، لأنها تتعلق بالنظام العام** [4].

---

[1] – بن النوي خالد، المرجع السابق، ص 887.

[2] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 106.

[3] – سعداني نورة، المرجع السابق، ص 37

[4] – قتال حمزة، المرجع السابق، ص 196.

ب – رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول:

المشرع الجزائري لم يحدد للقاضي القواعد التي يجري بها رد الالتزام للحد المعقول وترك الأمر لسلطته التقديرية،[1]وسلطة القاضي في هذا الشأن مطلقة وبالتالي فله أن يختار الطريقة التي من شأنها أن تحد من الإرهاق ورده إلى الحد المعقول[2]، إما أن يقوم القاضي بوقف تنفيذ الالتزام أو بإنقاصه أو بزيادة الالتزام أو يقضي فسخ العقد.

ب/1– أن يأمر القاضي بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث إذا كان مؤقت يرجى زواله، ولن تلحق ضررا بالدائن وعندئذ يعاود العقد ترتيب أثاره بذات الشروط المدرجة فيه ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء، فترتفع مواد البناء إرتفاع فاحش، لكن الإرتفاع سيزول مع قرب طرح كميات في السوق فيأمر القاضي بوقف التزام المقاول تسليم المبنى حتى يفي بالتزامه دون إرهاق إذا لم يكن هناك ضررا جسيما يلحق صاحب البناء نص المادة 281 قانون مدني جزائري[3] .

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ 2000/01/12 حيث جاء فيه "أن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الإستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما "[4].

ب/2– إنقاص التزام المدين وهو الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين، ويكون ذلك بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما التزم به، ومثال أن تتعهد شركة سكر بتوريد كمية منه لمصنع الحلوى، ولحدوث ظرف طارئ يكون توريد هذه الكمية مرهقا، فينقص القاضي من هذه الكمية إلى الحد المعقول، فتقوم الشركة بتوريد الكمية التي حددها القاضي فقط وهذا يسمى الإنقاص في الكم[5] كما يمكن للقاضي تعديل الالتزام المرهق بالإنقاص من ناحية الكيف، وذلك بالترخيص له بالوفاء بنفس الكمية المتفق عليها ولكن من سلعة أقل جودة منها يكون من السهل الحصول عليها [6] دون إرهاق، وقد طبق القانون المدني الجزائري وسيلة أنقاص الالتزام المرهق لرد الالتزام إلى الحد المعقول في عقد الإيجار في المادة 481 قانون مدني جزائري.

---

[1] – سعداني نورة، المرجع السابق، ص 38

[2] – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 113.

[3] – بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول المرجع السابق، ص 259.

[4] – قرار صادر من المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 212782، بتاريخ 2000/01/12، قضية (و– ع) ضد (ش ج ت) المجلة القضائية ،الجزائر، العدد 01، 2001، ص 114.

[5] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص403.

[6] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 110

ب/3- يعتقد بعض الفقهاء أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول قد يتحقق عن طريق الزيادة في التزامات الدائن، ويرى أنصار هذا الرأي أن النتيجة واحدة، سوى أنقصنا من التزام المدين أو زدنا في التزامات الدائن في كلتا الحالتين يتحمل كل متعاقد جزء من الخسارة[1].

إلاّ أن هناك من يرفض الاعتراف بإمكانية إستعمال القاضي لوسيلة الزيادة في التزامات الدائن لإعادة التوازن العقدي على أساس أن النص القانوني لم يشر إليها صراحة ولا ضمنيا، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ على فيلالي: « ... غير أننا نشك في صحة هذا الرأي لعدة أسباب منها، وضوح نص المادة 107 قانون مدني جزائري التي تقيد القاضي بالنظر" **في الالتزام المرهق**" وهو التزام المدين، أستعمل المشرع كلمة "réduire" في النص الفرنسي التي تفيد الإنقاص لا الزيادة في الالتزام ولو قصد الزيادة لعبر عنها بوضوح مثل ما فعل في المادة 561[2] قانون مدني جزائري، إن إضافة الفقرة الثالثة في المادة السابقة ليس لها مبرر سوى الحل الاستثنائي الذي تتضمنه ولو رأى المشرع أن المادة107قانون مدني جزائري تسمح للقاضي بزيادة التزام الدائن لما أضاف هذه الفقرة، وأخيرا نتساءل عن الأساس القانوني لهذه الزيادة » .[3]

ب/4- بالنسبة لفسخ العقد، هل يجوز للقاضي فسخ العقد بدلا من الزيادة أو الإنقاص أو وقف تنفيذ الالتزام ؟، الإجابة نجد أن المشرع الجزائري لم يأخذ بجزاء الفسخ كوسيلة لمعالجة الإرهاق عند توافر الظرف الطارئ، فيلقي بعبء الحادث على عاتق الدائن بدلا من المدين بل يجب عليه كما ورد في للمادة 107 قانون مدني جزائري"**...جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك**" وتوزيع عبء الحادث على طرفي العقد،[4]لكن يمكن للقاضي أن يفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة في الحالات التالي:

- الحالة الأولى نصت عليه المادة 561 المذكورة أعلاه.

---

[1] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص 403.

[2] – نص المادة 561 من القانون المدني الجزائري: ".....على أنه إذا أنهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو يفسخ العقد ".

[3] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص404: قتال حمزة، المرجع السابق، ص 196.

[4] – بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 260. 260.

– الحالة الثانية التي تجيز للقاضي فسخ العقد فهي إذا طلبه الدائن الذي لم يقبل ما طرحه القاضي من حلول، ولا يجوز له أن يفرض على الدائن تعديل العقد، وخاصة أن الفسخ أصلح للمدين[1] . – الحالة الثالثة ذكرها الإستاذ على فيلالي بقوله:« ... يبدو أن هذا الحل مناقض لنظرية الظروف الطارئة التي وجدت من أجل تيسير تنفيذ العقد وإستمراريته، إلا أن الفسخ يعد فعلا في بعض الحالات الخاصة وسيلة حقيقية لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول فإذا شرع المتعاقد في تنفيذ التزامه، وأنجز قسطا منه رغم الإرهاق يمكن للقاضي نظرا للإرهاف والخسارة التي تهدد المدين، أن يعفيه مما تبقى في ذمته فيقضي بفسخ العقد »[2].

تجدر الإشارة الى أن حكم المادة 107 الفقرة الثانية قانون مدني، من النظام العام فيبطل كل إتفاق يقضي باستبعاده وقد أراد المشرع بهذا التحريم أن لا يتحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف وبذلك يضمن الأخذ بحكم تمليه قواعد العدالة والإ نصاف[3] .

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

في بعض الأحيان يحدث تعذر تنفيذ العقد بالصورة المتفق عليه، نتيجة ما أصابه من إختلال في التوازن بسبب ما أحتوى العقد على شرط جزائي مبالغ فيه ومضر للطرف الأخر، مما يستدعي تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي، وعليه نتناول في هذا المطلب مفهوم الشرط الجزائي (الفرع الأول) ونطاق سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي

نعالج ضمن هذا الفرع تعريف وخصائص الشرط الجزائي (أولا) وبيان طبيعته (ثانيا) وفي الأخير الأغراض التي يحققها الشرط الجزائي (ثالثا).

أولا: تعريف وخصائص الشرط الجزائي

نعرف الشرط الجزائي ثم نبين خصائصه.

---

[1] – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 113.

[2] – فيلالي علي، المرجع السابق، ص 405.

[3] – بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 260.

1- تعريف الشرط الجزائي:

نذكر كل من التعريف التشريعي والفقهي.

ا - التعريف التشريعي:

المشرع الجزائري فلم يعرف الشرط الجزائي ونص علية في المواد 183، 184، 185 قانون مدني جزائري وقد أجازه صراحة، في المادة 183منه أنه "**يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 الى 181** ".

ب - التعريف الفقهي:

يعرف الشرط الجزائي بعدة تعريفات متعددة ونذكر منها: في غالب الأحيان أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدما على تقدير هذا التعويض، فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ

التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير، هذا الاتفاق مقدما على التعويض يسمى بالشرط الجزائي.[1]

كذلك بأنه الاتفاق مقدما على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن، إذا أخل المدين مستقبلا بالتزامه سواء كان عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فالشرط الجزائي تقدير إتفاقي على التعويض بنوعيه[2]. وعرف أيضا أنه بمثابة تعويض للالتزام يتم من خلال تحديد قيمة التعويض الواجب أداءه في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه [3].

2- خصائص الشرط الجزائي:

يتميز الشرط الجزائي بخصائص ثلاثة فهو:

أ- تابع للالتزام الأصلي، بطلان الالتزام الاصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي بالتبعية.

---

[1] - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام،(الإثبات- أثار الالتزام)، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968، ص 851.

[2] - السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام،(دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى للنشر والتوزيع عين مليلة- الجزائر، 2010، ص 80.

[3] - ملاحي أمل، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مجلة الفقه والقانون، جامعة إبن خلدون بتيارت، الجزائر العدد 60، أكتوبر2017، ص 129،

ب- الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام إحتياطي، لا يلجأ اليه إلاّ عند عدم تنفيذ الالتزام عينا، ولا يستطيع الدائن المطالبة إلاّ بالالتزام الأصلي ما دام التنفيذ ممكنا.

ج-الشرط الجزائي هو تقدير جزافي للتعويض، فهو ليس سوى إتفاق مسبق على التعويض[1].

ثانيا: طبيعة الشرط الجزائي

أختلف في تحديد طبيعته بين قائل إنه عقوبة وأخر إنه تهديد، والرأي الثالث أنه تعويض وحتى من قال أنه عقد تأمين، وفيهم من وصفه بأنه مجرد إتفاق، وأهم الأقوال تدور بين التعويض والعقوبة[2] ويظهر من كلام الأستاذ محمد صبري السعدي أنه يرجح أن الشرط الجزائي ذو طبيعة تعويضية[3].

ودائما في نفس المعنى فيقول الأستاذ بوكماشة محمد:« طبيعة الشرط الجزائي تبدأ إتفاقية تعويضية، وتنتهي بكونها إتفاقية تهديدية هادفة إلى إستخدام التهديد بالاتفاق من أجل التعويض عن ضرر تحقق، فهي بهذا تبدأ ثنائية الطبيعة لتنتهي ثلاثية الطبيعة » [4]

ثالثا: الأغراض التي يحققها الشرط الجزائي:

1- إعفاء الدائن من إثبات ركن الضرر، فالشرط الجزائي يفترض توافر الضرر لمجرد تأخر المدين في التنفيذ أو عدمه ويقع على المدين إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر إذا أدعى المدين ذلك.

2- إستبعاد تدخل القضاء في تقدير التعويض، إذ يحكم به القاضي غالبا إذا توافرت شروطه.

3- وسيلة للتخفيف من المسؤولية إذا كان التعويض المتفق عليه أقل من قيمة الضرر ولم يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

---

[1] - السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص85.

[2] - بوكماشة محمد، المرجع السابق، ص 329.

[3] -السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق ص80.

[4] - بوكماشة محمد، المرجع السابق، ص 330.

4- وأخيرا قد يكون الشرط الجزائي وسيلة تهديدية تحمل المدين على الوفاء وعدم التأخر في تنفيذه[1]

الفرع الثاني: دور القاضي في مواجهة الشرط الجزائي

سنتطرق في هذا الفرع إلى تقدير القاضي لوجود الشرط الجزائي (أولا) وبعد ذلك مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (ثانيا).

أولا: تقدير القاضي لوجود الشرط الجزائي

1- شروط استحقاق الشرط الجزائي:

لإجراء التعديل نجد أن القاضي ينظر إلى توافر هذه الشروط قبل التدخل، لكي يكون الشرط الجزائي مستحقا، وهي مأخوذة من المواد 179،183،182 قانون مدني جزائري، والشروط هي: الخطأ من المدين والضرر يصيب الدائن والعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر إضافة إلى إعذار المدين وهي نفسها شروط إستحقاق التعويض طبقا للقواعد في المسؤولية المدنية[2]

ا - شرط الخطأ:

يشترط وقوع خطأ من جانب المدين، وغالبا خطأ عقديا، والدائن عليه إثبات الخطأ طبقا للقواعد العامة، إلاّ إذا كان الالتزام العقدي للمدين تحقيق نتيجة، فيكفي عدم تحققها فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين فلا يلتزم بالتعويض، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي، لأنه تقدير للتعويض الذي لم يستحق[3].

ب - شرط الضرر:

ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن، وهو ركن إستحقاق التعويض وبفضله يتم تقدير التعويض الواجب أداءه، وجرى القضاء الفرنسي على أن الشرط الجزائي يستحق حتى ولو لم يثبت الدائن أن ضررا أصابه، غير أن التقنين المدني الجزائري والمصري أجازا للمدين دحض قرينة الضرر في المادة 184 قانون مدني جزائري على أنه" **لا**

---

[1] - السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص92.

[2] - عبيد نجاة، المرجع السابق، 122.

[3] -السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص86.

يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر...،"[1] تقابلها المادة 224[2]مصري.

يختلف الضرر في المسؤولية العقدية عن الضرر في الالتزامات المقترنة بشرط جزائي، أن هذا الأخير غير واجب الإثبات على الدائن بل هو مفترض في جانب المدين الذي يقع عليه عبء إثبات عدم تحقق الضرر أو المبالغة فيه،وإعفاء الدائن من الإثبات تكريسا من المشرع لمبدأ سلطان الإرادة[3].

ويعتبر شرط وقوع الضرر من النظام العام لا يمكن للأطراف إستبعاد تطبيقه بشرط إتفاقي أخر يجعل الشرط الجزائي مستحقا حتى في غياب الضرر وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 184 المذكورة بقولها "**... ويكون باطلا كل إتفاق يخلف أحكام الفقرتين أعلاه**"[4].

ج – شرط علاقة السببية:

لا يستحق الشرط الجزائي إلاّ إذا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر ولا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي، عند إنتفاء هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي، أو كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرا ولكنه غير متوقع[5].

---

[1] – السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق ص 86.

[2] –نص المادة 224 قانون مدني مصري"لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أيضا

[3] – قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، ،2013 –2014، ص 59.

[4] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 123.

[5] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، (الإثبات– أثار الالتزام)، المرجع نفسه، ص 859.

د – شرط الإعذار:

بالإضافة إلى الشروط السابقة فإنه يجب توجيه الإعذار للمدين في القانون المدني الجزائري شرط لا غنى عنه لإستحقاق التعويض نص المادة 179 قانون مدني جزائري[1] بقولها " **لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص محالف لذلك**".

ويكون إعذار المدين بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 180 قانون مدني جزائري[2]، إلاّ أن هناك بعض الحالات لا يشترط فيها المشرع ضرورة إعذار المدين فعندئذ يستحق الشرط الجزائي دون إعذار نص المادة 181 قانون مدني جزائري[3]

بناء على ما تم ذكره نصل إلى أنه على القاضي من خلال سلطته التقديرية أن يبحث في كل شرط من الشروط المذكورة أعلاه كما يطلع ما إذا كان الدائن قد أعذر المدين بضرورة التنفيذ، ويراقب توفر المشروعية في الاتفاق ومقدار التعويض المتفق عليه يتناسب مع الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام أو التأخير في تنفيذه، ثم يحكم بالتعويض المقرر في العقد الشرط الجزائي أو يتدخل لتعديله[4].

ثانيا: سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي

الأصل إذا تحققت شروط الإستحقاق الشرط الجزائي تدخل القاضي وحكم به دون الزيادة أو التخفيض إعمالا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، غير أن المشرع أجاز للقاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي في بعض الحالات، كما أجاز له زيادة قيمة الشرط الجزائي[5].

---

[1] – قارس بوبكر، المرجع السابق، ص 59.

[2]- نص المادة 180 من القانون المدني الجزائري على أنه "يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء أخر".

[3] - نص181 قانون مدني جزائري على أنه: " لا ضرورة لإعذار المدين في الحلات التالية : أ– إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو اصبح غير مجد بفعل المدين، ب– إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر، ج– إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك. د– إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه ".

[4] - عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 126.

[5] - السعدي محمد صبري،الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص86.

1- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

يبدو من المادة 184 السالفة الذكر أنه يجوز للقاضي تخفيض مبلغ التعويض في حالتين هما:

الحالة الأولى: إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا ومبالغا فيه إلى درجة كبيرة.

الحالة الثانية: إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، نحاول التطرق الى هذه الحالات.

ا - تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مفرط ومبالغ فيه لدرجة كبيرة:

وهنا نفرض أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصلا، أو تأخر في التنفيذ مدة إستحق من أجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي.[1]

أ / 1 - المقصود بالإفراط:

ويعتبر الشرط الجزائي مفرطا إذا كان مرتفعا، بمعنى وجود عدم التناسب الكبير بين قيمة التعويض المتفق عليه والضرر اللاحق بالدائن مما يستوجب تدخل القاضي لوضع حل وإعادة التوازن لقد أستعمل المشرع الجزائري " الافراط"[2]

ا / 2 - تقدير القاضي للإفراط:

المادة 184 قانون مدني جزائري لم تنص صراحة على كيفية التقدير ولا على العناصر التي يمكن للقاضي أن يستند عليها في تقديره إلا أن العرف جرى باللجوء إلى المعيار الموضوعي والذي يهدف إلى مقارنة مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر الذي لحق بالدائن، أي عدم التناسب الفاحش،[3] والمعيار الشخصي وهو أن يراعى القاضي في تقدير الأفراط الظروف الشخصية للأطراف لا سيما المدين منها حسن النية وسوء النية وغيرها من الظروف المحيطة، وكيفية تخفيض قيمة الشرط الجزائي فنجد المادة 184 المذكورة سابقا لم تحدد للقاضي كيفية التخفيض ولا نسبته، إذ أنها حددت له فقط معيار التدخل والإفراط في التقدير مما يجعل للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد قيمة التخفيض[4].

---

[1] - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، (الإثبات- أثار الالتزام)، الجزء2، المرجع السابق، ص 870.

[2] - عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 127.

[3] - حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، رسالة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة أبوبكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2012 2013 ،ص 156.

[4] - قارس بوبكر، المرجع السابق، ص 92،

ويلاحظ أن القاضي في تعديله للشرط الجزائي بالتخفيض يجب أن يكون بالحد الذي يتناسب مع قيمة الضرر ولا يصل الى الحد الذي يتساوى فيه مع الضرر، بل يزيل ما فيه من مبالغة [1].

ب – تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي من التزامه الاصلي:

إذا أثبت المدين أنه قد قام بتنفيذ جزء معتبر من التزامه بحسن النية، وقل حجم الضرر الذي كان متوقعا، فإن القاضي يكون قد تلقى الضوء الأخضر لإعمال سلطته في تخفيض قيمة الشرط الجزائي إستنادا إلى نص المادة 184 الفقرة الثانية[2]. لأن العدالة تقضي بعدم إلزام المدين بكل الشرط الجزائي وليس في هذا مساس بما اتفق عليه المتعاقدين.

1- سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:

للقاضي سلطة زيادة الشرط الجزائي إذا جاز الضرر قيمة التعويض المقدر، وأثبت الدائن أن المدين قد أرتكب غشا أو خطأ جسيما[3]، وفي هذا المعنى تنص المادة 185 قانون مدني جزائري على أنه " **إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطلب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد أرتكب غشا أو خطأ جسيم**"، واضح من نص المادة 185 المذكورة أعلاه أن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بقيمة الشرط الجزائي الذي يعتبر في هذه الحالة بمثابة تخفيف من المسؤولية، لذا فإن القاضي لا يحكم إلاّ بقيمة الشرط الجزائي حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي أصاب الدائن، غير أنه إذا تضرر الدائن من غش المدين أو خطئه الجسيم، وعلى القاضي تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة فيحكم بتعويض يتعادل مع الضرر حتى ولو كان أكثر من قيمة الشرط الجزائي، على الدائن الذي يطالب تعويض أكثر مما هو متفق عليه في الشرط الجزائي، أن يثبت أن المدين قد أرتكب غشا أو خطأ جسيم[4].

---

[1] – السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 89.

[2] – قارس بوبكر، المرجع السابق، ص 92،

[3] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص 66.

[4] –السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق ص 90.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة

قد يحدث أن يتعذر تنفيذ العقد بالصورة المتفق عليها بسبب حلول أجل الوفاء، وكانت حالة المدين لا تسمح بالوفاء في ذلك الوقت هذه الحالة تمنح للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد أثناء نظره في الدعوى بمنح المدين غير القادر على الوفاء في الأجل المتفق عليه، أجلا لتنفيذ التزامه أي نظرة الميسرة، نعالج ضمن هذا المطلب مفهوم نظرة الميسرة أو الأجل القضائي (الفرع الأول)، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة أو الأجل الفضائي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم نظرة الميسرة أو الأجل القضائي

ندرس ضمن هذا الفرع مفهوم نظرة الميسرة أو الأجل القضائي وذلك عن طريق البحث عن تعريف نظرة الميسرة في كل من التشريع والفقه وبيان خصائصها (أولا) وتمييز بين كل من الأجل الاتفاقي والقانوني والقضائي (ثانيا) ومعرفة شروط منح القاضي لنظرة الميسرة (ثالثا).

أولا: تعريف وخصائص نظرة الميسرة :

سوف نحول البحث عن التعريف التشريعي والفقهي لنظرة الميسرة وبيان خصائصها.

1- تعريف نظرة الميسرة:

نورد فيما يلي التعريف التشريعي ثم التعريف الفقهي، هذا المصطلح مأخوذ من الفقه الاسلامي حيث جاءت التسمية في قوله تعالى: « **وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ** » [1]

ا - التعريف التشريعي:

المشرع الجزائري لم يعرف نظرة الميسرة أو الأجل القضائي، غير أنه نص عليها في القانون المدني الجزائري المادتين 281، 119 منه، ففي المادة 281 السالفة الذكر جاءت على أنه: " **يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمّة المدين ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.**

غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها.

[1] - الآية 280، من سورة البقرة.

وفي حالة الإستعجال يكون منح الآجال من إختصاص قاضي الأمور المستعجلة وفي حالة إيقاف التنفيذ فإن الآجال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى إنقضاء الأجل الذي منحه القاضي".

أما المادة 119 الفقرة الثانية من نفس القانون تنص على أنه:" **ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات**".

ب – التعريف الفقهي:

لم تعّرف التشريعات نظرة الميسرة أو الأجل القضائي، بينما حاول الفقهاء إعطائها تعريفا نذكر منها التعاريف الآتية:

الأصل في نظرة الميسرة أن المدين إذا كان يجب عليه الوفاء بدينه في الميعاد المتفق عليه إلا ّأنه إذا أستدعت حالته الرأفة به، ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم، ولم يمنع من التأجيل نص في القانون، يجوز للقاضي، بهذه الشروط، أن يمنح المدين أجلا أو أجالا معقولا يفي فيها بدين[1]

كما تعرف نظرة الميسرة بأنها الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين مراعاة لظروفه السيئة[2]. وفكرة تأجيل الالتزام معروفة لدى المجتمعات القديمة والحديثة على السواء، منها القانون الروماني[3]

2– خصائص نظرة الميسرة:

بعد تعريف نظرة الميسرة فإننا سنقوم بتحديد خصائصها وهي:

أ– تعلق نظرة الميسرة بالنظام العام: القاعدة التي تقضي بجواز إمهال المدين، من بين القواعد التي جعلها القانون من النظام العام، فلا يجوز لطرفي العقد الاتفاق على إستبعاد حق القاضي في منحها.

---

[1] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، (الأوصاف – الحوالة– الانقضاء)، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي بيروت– لبنان، ص 95.

[2] –السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 211.

[3] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 138

ب- مخالفة نظرة الميسرة قاعدتين أساسيتين في الوفاء وهما: الأولى الوفاء بالالتزام فور نشوئه ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك نص المادة 281 قانون مدني جزائري الفقرة الأولى، والثاني عدم تجزئة الوفاء نص المادة 277[1] قانون مدني جزائري.

ج- يجوز للقاضي أن يمنح للمدين نظرة الميسرة دون طلب، فلا يشترط أن يطلبها صراحة أو ضمنا[2].

ثانيا: تمييز بين كل من الأجل الاتفاقي والقانوني والقضائي

الأجل من حيث المصد هناك أجل إتفاقي وأجل قانون وأجل قضائي.

1- الأجل الاتفاقي هو الذي يحدده العاقدان وهذا التحديد قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا.

2- الأجل القانوني هو الذي يحدده القانون، كما هو في حق الإنتفاع حيث يقرر القانون أجلا له ينتهي بوفاة المنتفع المادة 852[3] قانون مدني جزائري.

3- أما الأجل القضائي يمنحه القاضي للمدين مراعاة لظروفه السيئة وهو ما يسمى بنظرة الميسرة [4].

يقصد بالوفاء عند المقدرة في نص المادة 210[5]قانون مدني جزائري، لا يحدد المتعاقدان أجل للوفاء بالالتزام بل يتفقان على أن يقوم المدين بالتزامه عند المقدرة أو الميسرة أو الإمكان، وأعطى

---

[1] – نص المادة 277 من القانون المدني الجزائري على أنه " لا يجبر المدين الدائن على وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك..."

[2] – طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجزائر- 01،2014 – 2015، ص 13.

[3] – نص المادة 852 من القانون المدني الجزائري على أنه: " ينتهي حق الإنتفاع بانقضاء الإجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقررا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المعين... "

[4] – السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق ص 211.

[5] – نص المادة 210 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تبين من الالتزام أنّ المدين لا يقوم بوفائه إلاّ عند المقدرة أو الميسرة، عيّن القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه ".

النص للقاضي سلطة تحديد الميعاد، على أن يراعى ذلك موارد المدين وما يقوم به الرجل الحريص من بذل العناية في سبيل الوفاء بالتزامه[1].

ثالثا: شروط منح القاضي لنظرة الميسرة

إذا توافرت جاز للقاضي أن يمنح المدين نظرة الميسرة وهي:

1- أن تكون حالة المدين تستدعي أن يمنحه القاضي نظرة الميسرة: وأن يكون حسن النية في تأخره في الوفاء بالتزامه، ولا يجوز أن يكون معسرا فلا جدوى من منحه هذه النظرة، أي ليس في مقدوره مؤقتا أن يبيع هذا المال ليقوم بالوفاء، فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم لذلك[2]، وهذا الشرط يستخلص من نص المادة 119 قانون مدني جزائري الفقرة الثانية بقولها:"... **ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف**..." وحالة المدين من هي الظروف التي تقتضي منح الميسرة لفائدة المدين[3]

2- عدم وجود مانع قانوني لمنع منح نظرة الميسرة: ومثال ذلك ما ورد في القانون التجاري بعدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بورقة تجارية المادة 464 قانون تجاري جزائري،[4] فالقاضي لا يملك أية سلطة في منح الأجل في مثل هذه الحالة، وإلاّ عد محالفا للقانون يتعرض حكمه للنقض[5].

3- عدم تضرر الدائن من جراء منح الأجل القضائي: هذا الشرط لم ينص علية المشرع الجزائري عكس المشرع المصري[6]،

فهو يعتبر شرطا ضروريا إذ لا يجب أن يلحق بالدائن من هذا التأجيل ضررا جسيما لأنه ليس من العدالة تغليب مصلحة المدين على الدائن[7].

---

[1] - حمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 212.

[2] - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، (الأوصاف – الحوالة- الانقضاء)، المرجع السابق، ص 781.

[3] - بكماشة محمد، المرجع السابق، ص 377.

[4] - نص المادة 464 من القانون التجاري الجزائري على أنه: ".. لا يجوز منح أجال قانونية كانت أو شرعية إلاّ في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و438 من هذا القانون ".

[5] - بوكماشة محمد، المرجع السابق، ص 376.

[6] - نص علية المشرع المصري في المادة 346 من القانون المدني "... ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم"

[7] - عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 143.

4- أن يكون الأجل الممنوح للمدين أجلا معقولا: لا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا طويلا يعطل فيه على الدائن حقّه، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري ليتمكّن المدين من الوفاء وقد حدد المشرع الجزائري في المادة 281 ق م ج مدة نظرة الميسرة بما لا يزيد عن سنة، على عكس المشرع المصري فإنه لم يضع الحد الأقصى للأجل، بل وتركه لتقدير[1].

وبتوافر الشروط السابقة الذكر، يجوز للقاضي أن يمنح المدين نظرة الميسرة وكل ذلك متوقف على سلطته التقديرية فله أن يمنحه أجلا واحدا أو أجلا متعاقبة بأن يقسط الدين على أقساط حسب قدرة المدين على الوفاء[2].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة أو الأجل القضائي

بعد أن تعرضنا إلى مفهوم نظرة الميسرة أو الأجل القضائي، في هذا الفرع سنتناول سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة وذلك في النقاط التالية : سلطة قاضي الموضوع في منح نظرة الميسرة أو الأجل الفضائي(أولا) سلطة قاضي الإستعجال في منح نظرة الميسرة (ثانيا) والآثار المترتبة على منح نظرة الميسرة، وأخيرا سقوط الأجل في نظرة الميسرة(ثالثا).

أولا: سلطة قاضي الموضوع في منح نظرة الميسرة أو الأجل الفضائي

للقاضي سلطة تقديري واسعة منحها له المشرع في منح نظرة الميسرة أو رفضها بشرط تسبيب حكمها هذه السلطة تختلف باختلاف الدعوى التي يلجأ اليها الدائن، دعوى التنفيذ أو دعوى الفسخ[3] .

1- سلطة قاضي الموضوع في دعوى التنفيذ: هي الدعوى التي يرفعها أحد المتعاقدين على الأخر طالبا منه تنفيذ التزامه، ونصت المادة 281 قانون مدني جزائري، على أنه يجوز للقاضي التدخل أثناء نظره في الدعوى بمنح المدين غير القادر على الوفاء في الأجل المتفق في العقد أجلا لتنفيذ التزامه وأساس هذا الأجل قواعد العدالة وذلك تخفيفا من شدة القاعدة الواردة في نص المادة

[1] – طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 42.

[2] - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، (الأوصاف – الحوالة الانقضاء)، المرجع السابق، ص 783.

[3] - عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 145.

106 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وللقاضي بمناسبة هذه الدعوى أن يمنح المدين أجلا واحدا أو أجالا متعاقبة كأن[1] .

2- سلطة القاضي في منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ:

الفسخ هو جزاء يرتبه القانون على تقصير أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه، ليستطيع المتعاقد الأخر أن يتحلل هو أيضا من تنفيذ الالتزام المترتب عليه[2].

نص المشرع على الفسخ[3] في المادة 119 قانون مدني جزائري " **في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا أقتضى الحال ذلك، ويجوز للقاضي لأن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات**". يستخلص من هذه المادة أن القاضي إذا طرحت أمامه دعوى للمطالبة بفسخ العقد ليس ملزما بالإستجابة، بل له في ذلك سلطة مزدوجة، له منح للمدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك قبل أن يحكم بالفسخ، وأن يرفض طلب الفسخ إذا كان عدم التنفيذ قليل الإهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته وبالتالي فإن منح المدين مهلة أثناء نظر دعوى الفسخ أمر جوازي للقاضي وليس حقا للمدين[4].

ثانيا: سلطة قاضي الإستعجال في منح نظرة الميسرة:

نصت المادة 281 قانون مدني جزائري على أنه " **وفي حالة الإستعجال يكون منح الأجل من إختصاص قاضي الأمور المستعجلة**"، وهذا يعني أنه يمكن لقاضي الإستعجال أن يمنح مهلة للتنفيذ إذا ما تمت المطالبة بها أمام القضاء.

---

[1] - طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 44.

[2] – محمد حاتم البيان، القانون المدني المقارن بالفقه الاسلامي، الالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، سوريا، ص 293.

[3] – هو إنحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي، ولا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين، أي تلك التي يلتزم فيها كل متعاقد تجاه المتعاقد الأخر على وجه التبادل بمقتضى الاتفاق المعقود بينهما، فالفسخ إما يتقرر بحكم قضائي أو بالاتفاق بين الطرفين، وقد يقع بحكم القانون فيطلق عليه الإنفساخ، وقد يختار أحد الطرفين الدفع بعدم التنفيذ (فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 153).

[4] – عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 147.

ثالثا: الآثار المترتبة على منح نظرة الميسرة

من المادة 281 قانون مدني جزائري يتضح أن الأثار المترتبة على نظرة الميسرة هي:

1- وقف التنفيذ حتى ينقضي الأجل الذي منحه القاضي للمدين، عندما ينفذ الدائن بموجب سند رسمي، ومنح للمدين نظرة الميسرة وجب وقف إجراءات التنفيذ، وإذا استمر الدائن بعد منح نظرة الميسرة كان باطلا، أما الذي تم من إجراءات التنفيذ قبل منح المدين نظرة الميسرة يبقى قائما، إذا أنقض الأجل ولم يوف المدين، فإن الدائن يتابع إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفة، ولا يعيد هذه الإجراءات من جديد وإذا كان القاضي قسط الدين عن المدين، فإن تأخر المدين في أي قسط، يجعل جميع الأقساط الباقية حالة ويستطيع الدائن أن ينفذ بها[1].

2- جواز القيام بالأعمال التحفظية، للنظرة الميسرة أثر نسبي، فهو مقصور على المدين الذي منح الأجل دون غيره من المدنيين حتى ولو كان متضامنين معه، أما كفيل المدين يستفيد وينتفع بذلك ومقصورة كذلك على الدائن الذي حكم في مواجهتهم بها دون الدائنين الأخرين حتى ولو متضامنين مع الدائن الأول، وعلى المدين أن يدخل كل الدائنين في الدعوى ليحصل على حكم في مواجهتهم جميعا بمنحه نظرة الميسرة.

3- سقوط الأجل في نظرة الميسرة:

يخضع الأجل في نظرة الميسرة لأسباب السقوط العامّة التي نصت عليها المادّة 211[2] من القانون المدني الجزائري.

---

[1] – السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، (الأوصاف – الحوالة الانقضاء)، المرجع السابق، ص 785.

[2] – نص المادة 211 من القانون المدني الجزائري على أنه: ""يسقط حق المدين في الأجل:

– إذا أشهر إفلاسه وفقا لنصوص القانون.

– إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق، أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يفضل الدّائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان إنقاص التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدّم المدين للدّائن ضمانا كافيا.

– إذا لم يقدم للدائن ما وعد به في العقد بتقديمه من تأمينات".

خلاصة الفصل الثاني:

نخلص في أخر هذا الفصل إلى أن المشرع منح للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد في مرحلة تكوينه وأثناء تنفيذه لإعادة التوازن بين طرفي العقد ومن بين الأسباب التي تجعل القاضي يتدخل لتعديل العقد في مرحلة تكوينه، وقوع غبن أو استغلال بين طرفي العقد، أو وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان، هذه الحالات تستدعي تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي عن طريق رفع الغبن والاستغلال بإبطال العقد أو بإنقاص التزامات المغبون وحفاظا على إستقرار الحقوق منح للمتعاقد المستفيد حق إتقاء إبطال العقد المشوب بالعيب في المعاوضات دون التبرعات إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، أما حينما تكون هناك شروط تعسفية في عقد الإذعان هذه الحالة أيضا تستدعي تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو الاعفاء منها.

إضافة إلى ما ذكر عن حالات تدخل القاضي لتعديل العقد في مرحلة إنشائه، هناك حالات أخرى قد تصيب العقد أثناء تنفيذه فتجعله مختل التوازن حينما تكون هناك التزامات مرهقة بسبب الظروف الطارئة، أو احتواء العقد على شرط جزائي مبالغ فيه، أو حلول أجل الوفاء وحالة المدين لا تسمح، هذه الحالات تستدعي هي الأخرى تدخل القاضي لإعادة التوازن، عن طريق رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والحد من المغالاة في الشرط الجزائي إذا توفرت شروط إستحقاقه، كما يمكن للقاضي أن يمنح للمدين نظرة الميسرة أو أجل الوفاء

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة توصلت إلى النتائج والاقتراحات التالية :

أولا: النتائج

1-عملية تفسير العقد من أهم الأعمال القضائية التي لا تطرح إلا عندما يكون هناك نزاع بين المتعاقدين حول تنفيذ مضمون العقد نتيجة غموض التعبير أو الالتباس بما ورد في بنود العقد، مما يمنح للقاضي سلطة تفسير العقد بالبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين، وعملية تفسير العقد ليست بمعزل عن البحث في تكوينه، قبل البدء في التفسير يجب التأكد من وجود العقد وإشتماله على أركانه الأساسية، إذ لا جدوى من تفسير العقد إلاّ إذا كان صحيحا حتى يكون قابل التنفيذ.

2- يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية أثناء بحثه في مسائل الواقع عند تفسير العقد ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا عليها، وتتمثل مسائل الواقع التي يستعين بها من أجل التوصل الى النية المشتركة للمتعاقدين، في طبيعة التعامل الأمانة والثقة بين المتعاقدين والعرف، لكن هذه السلطة التقديرية مقيدة فعند الأخذ بتفسير معين وجب على القاضي ذكر الأسباب التي يستند إليها وإلاّ تعرض للطعن بالنقض.

3- للمحكمة العليا سلطة الرقابة على عمل القاضي الخاص بتفسير العقد على كل ما يتعلق بمسائل القانون كالقاعدة التي تقضي بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها تحت ستار التفسير للتعرف على الإرادة المشتركة ومن مسائل القانون أيضا قاعدة تفسير الشّك في صالح المدين إستثناء عقود الإذعان.

4- يتحدد مفهوم سلطة القاضي في تفسير العقد بالوقوف عند الإرادة المشتركة للمتعاقدين لكن البحث عن النية المشتركة يستوجب معرفة وجودها في الإرادة الباطنة، أم في الإرادة الظاهرة وأختلف الفقهاء فمنهم من يرى الأخذ بالإرادة الظاهر للوصول إلى النية المشتركة والرأي الثاني يرى الأخذ بالإرادة الباطنة للوصول إلى النية المشتركة فوجدنا أن المشرع لم يأخذ لا بالإرادة الظاهرة ولا الباطنة المحضة وإنما أخذ بما يسمى بالإرادة المتعرف عليها.

5-أما فيما يخص تعديل العقد نخلص إلى أن قاعدة حرية التعاقد المتعلقة بسلطان الإرادة لم تعد مطلقة كما كانت علية في السابق في ظل المذهب الفردي حيث وضع المشرع على هذه القاعدة قيود لحماية أطراف العقد من مضمونه.

6- للقاضي في التشريعات الحديثة دور إيجابي فيما يخص العقد سواء في مرحلة تكوينه أو عند تنفيذه حماية للطرف الضعيف مما يؤدي إلى حرص كل متعاقد من البداية على تفادي كل ما من شأنه يسمح للقاضي التدخل لتعديل العقد.

7 - سلطة القاضي في تعديل العقد هي سلطة استثنائية مقتصرة على حالات معينة واردة على سبيل الحصر وخارجة عن قاعدة العقد شريعة، ورغم ذلك لها اهمية بالغة في إعادة التوازن العقدي، وتتفق عليها القوانين الوضعية والشرائع السماوية

8 – يمكن القول من خلال قواعد القانون المدني والقوانين الخاصة والمراسيم التنفيذي أن المشرع نظم الحماية ضد الشروط التعسفية، من خلال تعريفها ووضعه لقائمتين بهذه الشروط، يستند القاضي إليها عند تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا.

9 – نلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 281 قانون مدني جزائري، أهتم بظروف المدين فقط دون الضرر الذي قد يلحق بالدائن جراء الأجل الذي يمنحه ، عكس المشرع المصري في المادة 346 قانون مدني مصري، ذكر عدم الإضرار بالدائن كشرط لمنح القاضي الأجل،

ثانيا: الاقترحات

1- إعادة النظر فيما يخص تفسير عقد البيع وتخصيص له على الأقل مادة عملا بما أخذ به المشرع الفرنسي الذي خصص مواد لتفسير عقد البيع منها القاعدة التي تنص بأن الشروط الغامضة في عقد البيع تفسر لمصلحة المشتري ضد البائع.

2 – حتى تشمل الحماية وتعم أكثر الطرف المغبون إضافة إلى المادة 90 من القانون المدني الجزائري حالات ضعف نفسي أخرى إلى الطيش البين والهواء الجامح كنقض الخبرة.

3- لوحظ وجود انتقادات فيما يخص موضع نظرية الظروف الطارئة الغير مناسب ذلك أن هذه النظرية إستثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لذا فإنه كان من الأجدر أن يوضع هذا الإستثناء في الفقرة الثانية للمادة 106 قانون مدني جزائري بدلا من المادة 107 قانون مدني جزائري.

قائمة

المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر

ا – القرآن الكريم.

ثانيا: قائمة المـــــــــــــــــــــــــراجع

ا – القوانين والمراسيم التنفيذية :

1. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموفق 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد21، الصادرة في17 ربيع الثاني 1429الموافق 23 أبريل 2008..
2. القانون 04- 02 المؤرخ في 05 جمادى الأول 1425 ه، الموافق لـــ 23 يونيو سنة 2004 م يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 41 الصادرة بتاريخ 09 جمادى الأول 1425 ه الموافق لـــ 27 يونيو سنة 2004 م
3. القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـــ 1990/4/21، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد17 الصادرة في 25 ابريل سنة 1990.
4. الأمر75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـــ 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30.المعدل والمتمم
5. الأمر رقم 75-59، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـــ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975. المعدل والمتمم.
1. المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 26 محرم عام 1429 ه، الموافق لـــ03 فبراير سنة 2008 م، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 07، الصادرة بتاريخ 03 صفر عام 1429 ه، الموافق لـــ 10فبراير سنة 2008 م، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 06 – 306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 م.

2. المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 المؤرخ في17 شعبان عام 1427 ه، الموافق لـــ 10 سبتمبر 2006 م، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 56، الصادرة بتاريخ 18 شعبان عام 1427 ه، الموافق لـــ 11 سبتمبر سنة 2006 م، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فبراير سنة 2008 م.

ب- النصوص القانونية الأجنبية:

1. القانون المدني المصري، رقم 131، الصادر بتاريخ 1948/07/16 .

ج - الكـــتب:

1. العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري،(وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة النشروالتوزيعالجزائر2014.
2. العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، دون طبعة ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001 .
3. أنور سلطان، المطول في شرح القانون المدني، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث الإزاريطية الإسكندرية، مصر،2004 .
4. برهان زريق، نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، دون طبعة، مطبعة الإرشاد اللاذقية، سوريا،2000.
5. حمزة قتال، مصادر الالتزام، العقد، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع الجزائر،2018 .
6. خالد عبد حسين الحديثي، تكملة العقد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2012.
7. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الخامسة ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2017.
8. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2003.

9. زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2014.

10. سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانونين اللبناني والفرنسي والمقارن الطبعة الأولى، دار الفكر اللبناني، 1987.

11. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة دار الكتب القانونية شتات، مصر ،1987 .

12. سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014 .

13. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثالثة، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1997.

14. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني عقود الغرر، المقامرة والرهان وعقد التأمين، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000.

15. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع ،المقايضة الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان 1966.

16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف –الحوالة– الانقضاء)، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان.1966.

17. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، دون طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، 1966.

18. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 1998.

19. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 1998،

20. عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، التأمينات البرية، دون طبعة دار الخلدونية للنشر والتوزيع القبة، الجزائر، 2017.

21. عبد الستار فتح الله السعيد، المدخل على التفسير الموضوعي، طبعة الثانية، دار التوزيع والنشر الاسلامية، مصر ،1991.

22. عبد السلام الذيب، قانون الإجراءات المدنية والإداري الجديد، الطبعة الثانية، موفم للنشر الجزائر،2012 .

23. عبد المنعم موسى، حسن النية في العقود دراسة مقارنة، دون طبعة، منشورات زين الحقوقية بيروت، لبنان، 2000 .

24. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2015.

25. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

26. عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الرابعة جسور للنشر والتوزيع المحمدية، الجزائر، 2014.

27. غنيمة لحلو خيار، نظرية العقد، الطبعة الأولى، دون طبعة، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، دار البيضاء، الجزائر، 2018 .

28. فاتح خلوفي، سلطات القاضي الإداري في التفسير، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2017.

29. فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق التعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، الطبعة الأولى، ديوان الطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر2015.

30. محفوظ بن حامد لعشب، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، دون طبعة المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

31. محمد حاتم البيان، القانون المدن المقارن بالفقه الاسلامي، الالتزامات، العقد والإرادة المنفردة منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، سوريا، 2014 .

32. محمد سعيد جعفور، مدخل الى العلوم القانونية، الجزء الأول، الطبعة التاسعة عشرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

33. محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع بوزريعة ،الجزائر،2014.

34. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزام، أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى للطباعة للنشر والتوزيع عين مليلة، الجزائر 2010 .

35. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة، بدون طبعة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2007.

36. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة ،الجزائر، 2008.

37. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران 4 شارع حمام المصبغة، الأزهر القاهرة، مصر، 1987.

د- الرسائل والأطروحات :

1. أحمد حدي لالة، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، رسالة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2012 2013.

2. بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2015 -2016.

3. بن عمار مقني، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي أطروحة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة وهران السانية 2008- 2009 .

4. خميس صالح ناصر عبد الله المنصور، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الإقتصادي العقدي، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رسالة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، قسم الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2017.

5. سعيدة هاملي، التعديل القضائي للعقد المدني في التشريع الجزائري، رسالة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي،2011 -2012.

6. عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة الماجستير تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر-1 يوسف بن خدة 2012 -2013.
7. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجزائر 1 2014 – 2015 .
8. فطيمة عاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل الماجستير، جامعة الجزائر، 2005.
9. محمد بوكماشة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي أطروحة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011 – 2012.
10. محمد تواتي، سلطة القاضي في العقد الذي يتضمن حالة إستغلال، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني رسالة الماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012 – 2013،
11. نجاة عبيد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان،2015 – 2016.
12. نورية طرطاق، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة الجزائر-1، 2014 2015.
13. يسين سعدون، أثر الظروف الإقتصادية على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د)، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ميلود معمري تيزي وزو،2017-2018.

ه – المقالات:

1. الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات الأكادمية ،جامعة باتنة، الجزائر، العدد 02، جوان 2014 .

2. أمل ملاحي، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مجلة الفقه والقانون، جامعة إبن خلدون بتيارت، الجزائر، العدد 60، أكتوبر2017،

3. بن عمار مقني قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن، المجلة الجزائرية للقانون المقارن الجزائر العدد01، 2014.

4. خالد بن النوي، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد إشتراط الشروط المقترنة بالعقد، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر العدد 08 مجلد 02، جوان2017 .

5. نور الدين الناصري، دور القاضي في تفسير العقد الإستهلاكي، مجلة الفقه والقانون، المغرب العدد 40، 2016 .

6. نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة إبن خلدون بتيارت، الجزائر، العدد 02، أكتوبر2015.

7. يمينة حوحو، سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد1 2013 .

و- المجلات القضائية:

1 . المجلة القضائية سنة 1993 عدد03.

2 . المجلة القضائية سنة 1993 عدد04.

3 . المجلة القضائية سنة1997 عدد02.

4 . المجلة القضائية سنة1998 عدد02.

5 . المجلة القضائية سنة2001 عـــــدد01.

6 . المجلة القضائية سنة2001 عـــــدد02.

7 . المجلة القضائية سنة2002 عدد01.

8 . المجلة القضائية سنة2002 عدد02.

9 . المجلة القضائية سنة2003 عدد01.

10 . المجلة القضائية سنة2007 عدد01.

11 . المجلة القضائية سنة 2012 عدد01.

ثالثا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية

1. Directive Européenne n° 93-13 /CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

2. La loi n°78-23 du10 Janvier1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits st de service, comprend cinq chapitres dont le quatrième est intitule " De la protection des consommateurs contre les clauses abusives modifie par :

- Loi n°93-349 du 26/07/1993.
- Loi n° 95-96 du 01/02/1995.
- Ordonnance n°2016-301 du 10/02/2016 relative à la partie législative du code de la consommation

الفهرس

الفهرس

الفهرس	الصفحة
الشكر	
الإهداء	
المقدمة	01
الفصل الأول: سلطة القاضي في تفسير العقد طبقا لاحكام القانون المدني الجزائري	06
تمهيد و تقسيم الفصل	07
المبحث الاول: احكام تفسير العقد	08
المطلب الاول : التعريف بنظام تفسير العقد وتمييزه عن انظمة مشابهة له	08
الفرع الاول: معنى تفسير العقد لغة واصطلاحا	08
أولا: التفسير من الناحية اللغوية	08
ثانيا : تعريف التفسير إصطلاحا	**09**
الفرع الثاني: أهمية تفسير العقد وتمييزه عن بعض الانظمة المشابهة له	10
أولا: أهمية تفسير العقد	10
ثانيا: تمييز تفسير العقد عن بعض الانظمة المشابهة له	11
المطلب الثاني : تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين	13
الفرع الاول : حالة وضوح عبارة العقد	13
اولا: معنى العبارة الوضحة	13
ثانيا: مدى جواز تفسير العبارة الوضحة	**14**
الفرع الثاني: حالة غموض عبارة العقد	**16**
اولا : معنى العبارة الغامضة	**16**
ثانيا: البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين	**17**
الفرع الثالث: العوامل المساعدة للبحث عن النية المشتركة	19
أولا : العوامل الداخلية في تفسير العقد	19
ثانيا : العوامل الخارجية في تفسير العقد	**20**
المطلب الثالث : تفسير العقد في حالة استحالة الوصول الى النية المشتركة للمتعاقدين	**22**
الفرع الثاني : قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين	**22**
اولا: مفهوم الشك	22
ثانيا: المقصود بالمدين	**23**

ثالثا: مبررات القاعدة	23
رابعا: نطاق تطبيق القاعدة	23
الفرع الثاني: الإستثناء الوارد على قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين	24
المبحث الثاني: تطبيقات قواعد التفسير في بعض العقود ورقابة المحكمة العليا عليها	25
المطلب الاول: تطبيقات قواعد التفسير في بعض العقود	25
الفرع الأول: عقد الاذعان	25
أولا: معنى عقود الاذعان	25
ثانيا: تفسير عقد الاذعان	26
ثالثا: شروط تفسير الشك لمصلحة المذعن	29
الفرع الثاني: تفسير عقد التأمين	29
اولا : تعريف عقد الــتأمين وخصائصه	30
ثانيا: كيفية تفسير عقد التأمين	31
الفرع الثالث: تفسير عقد البيع	32
أولا : تعريف عقد البيع	33
ثانيا: تفسير عقد البيع	33
المطلب الثاني : سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد	34
الفرع الاول: دور قاضي الموضوع في عملية التفسير	35
أولا: الوقائع والمسائل القانونية في تفسير العقد	35
ثانيا: السلطة التقديرية لقاضي الموضوع	36
ثالثا: حدود السلطة التقديرية لقاضي الموضوع	36
الفرع الثاني: سلطة المحكمة العليا في الرقابة على مسائل التسبيب	37
الفرع الثالث: تحريف الوقائع	38
خلاصة الفصل الأول	41
الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري	42
:تمهيد الفصل الثاني	43
المبحث الاول: سلطة القاضي في تعديل الشروط المقترنة بالعقد في مرحلة تكوينه	44
المطلب الاول: دور القاضي في تعديل العقد لرفع الغبن والاستغلال	44
الفرع الاول: مفهوم الغبن والإستغلال	44
أولا: تعريف كل من الغبن والاستغلال	44

ثانيا: أنواع الغبن	45
ثالثا: شروط تحقق الاستغلال	48
الفرع الثاني مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الاستغلالي	50
أولا: خيار المدعي بين الإبطال أو الإنقاص	50
ثانيا: القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل العقد لرفع الغبن الناتج عن الإستغلال	52
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد لمحاربة الشروط التعسفية في عقود الإذعان	53
الفرع الاول: الشروط القانونية لتدخل القاضي لإعمال سلطته في التعديل	53
أولا: أن يكون هناك عقد إذعان	53
ثانيا: أن يتضمن هذا العقد شروط تعسفية مرهقة للطرف المذعن	54
الفرع الثاني مجال تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان	58
أولا: تعديل الشرط التعسفي	58
ثانيا: الاعفاء من الشرط التعسفي	60
المبحث الثاني سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ	62
المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة	62
الفرع الاول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة	62
أولا: ظهور نظرية الطروف الطارئة	62
ثانيا: تعريف نظرية الظروف الطارئة	64
ثالثا: أنواع الظروف الطارئة	64
رابعا: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة	65
خامسا: أساس النظرية	65
الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري	66
أولا: شروط تطبيق النظرية	66
ثانيا: دور القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة	68
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي	72
الفرع الاول: مفهوم الشرط الجزائي	72
أولا: تعريف وخصائص الشرط الجزائي	72
ثانيا: طبيعة الشرط الجزائي	74
ثالثا: الأغراض التي يحققها الشرط الجزائي	74

الفرع الثاني: دور القاضي في مواجهة الشرط الجزائي	75
أولا: تقدير القاضي لوجود الشرط الجزائي	75
ثانيا: سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي	77
المطلب الثالث: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة	80
الفرع الأول: مفهوم نظرة الميسرة أو الأجل القضائي	80
أولا: تعريف وخصائص نظرة الميسرة	80
ثانيا: الأجل الاتفاقي والقاني والقضائي	82
ثالثا: شروط منح القاضي لنظرة الميسرة	83
الفرع الثاني: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة أو الأجل القضائي	84
أولا: سلطة قاضي الموضوع في منح نظرة الميسرة أو الأجل الفضائي	84
ثانيا: سلطة قاضي الإستعجال في منح نظرة الميسرة أو الأجل الفضائي	85
ثالثا: الآثار المترتبة على منح نظرة الميسرة	86
خلاصة الفصل الثاني	87
خاتمة	88
قائمة المصادر و المراجع	91
الفهرس	100